

RIVISTA SEMESTRALE

INDICE

SAGGI

Tommaso dalla Massara

*Per un'ermeneutica della certezza nel processo civile romano: tra
regula iuris e determinazione pecuniaria* 353

Beatrice Ficarelli

*L'acquisizione di informazioni e «prove» nella negoziazione assistita
da avvocati: la tessera che mancava* 375

Antonio Maria Marzocco

*Tentativi obbligatori e facoltativi di conciliazione nell'ecosistema
digitale regolato dall'AGCom* 405

Alessandro Fabbi

*Contratto e processo nella nomina congiunta dell'esperto ex
art. 47 bis.26 c.p.c.* 453

OSSERVATORIO SU LEGISLAZIONE E REGOLAMENTI

Mauro Bove

La domanda di mediazione 503

Edoardo Borselli

*Mediazione e processo civile riformato: quando il giudice dispone
l'invio?* 527

OSSERVATORIO SULLE PRASSI

- Silvana Dalla Bontà, Silvia Toniolo e Federica Simonelli
La mediazione come strumento di integrazione. Potenzialità e sfide dell'insegnamento interdisciplinare e bilingue della mediazione 559
- Alessandro Triolo
Tra decisione algoritmica e mediazione robotica 601

ATTI DI CONVEGNO

- Matteo Lupano
Il futuro della mediazione familiare 631
- Marc Juston
La mediazione familiare in Francia: sullo slancio della giustizia del XXI secolo 637
- Filippo Danovi
Il presente e il futuro della mediazione familiare in Italia 659
- Isabella Buzzi
La mediazione familiare, come è diventata una professione 681

FATTI E COMMENTI

- Elena Zucconi Galli Fonseca
Digitalisation of ADR: A New Category? 693
- Roberta Tiscini
La dialettica verità/certezza alla prova della negozialità nel processo 705

SEGNALAZIONI E RECENSIONI

- Valentina Bonini (a cura di), *La giustizia riparativa (d.lgs. n. 150/2022 – d.lgs. n. 31/2024)* (Antonia Menghini) 717
- William Ury, *Possible: How We Survive (and Thrive) in an Age of Conflict* (Rachele Beretta) 724
- Elena D'Alessandro and Davide Castagno, *Handbook on cross-border litigation* (Pietro Ortolani) 729

PER UN'ERMENEUTICA DELLA CERTEZZA
NEL PROCESSO CIVILE ROMANO:
TRA *REGULA IURIS* E DETERMINAZIONE PECUNIARIA

Tommaso dalla Massara (*)

SOMMARIO: 1. Una modalità del 'fare certezza'. – 2. *Regula iuris* e determinazione pecuniaria. – 3. La quantificazione pecuniaria quale modalità di determinazione della regola. – 4. Meccanismi di determinazione pecuniaria differenti dal processo: l'approdo alla determinatezza della somma pecuniaria. – 5. La *condictio* quale peculiare meccanismo di produzione del certo nel processo. – 6. Un modo d'intendere l'esercizio della giurisdizione.

1. *Una modalità del 'fare certezza'*. – Nel leggere in questi anni i fascicoli di *Giustizia consensuale*, mi sono formato l'idea che, tra i pregi di un'iniziativa editoriale tanto coraggiosa quanto riuscita, ve ne sia uno che supera tutti gli altri: non soltanto la *Rivista* coltiva una precisa linea tematica, ma per la sua stessa impostazione essa ingaggia gli studiosi in una riflessione ampia e profonda su scopi e modalità di esercizio della giurisdizione.

In effetti, già nell'evocare l'idea di giustizia in tutt'uno con quella di consensualità risulta messo in discussione, *radicitus*, il significato del giudicare.

Nella tradizione romanistica, giudicare significa anzitutto fare certezza su un rapporto controverso; occorre però chiedersi: perse-

Giustizia consensuale Fasc. 2/2024, 353-373. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) Professore Ordinario di Diritto Romano e Fondamenti del Diritto Europeo nell'Università Roma Tre.

guendo quali scopi e attraverso quali modalità è da immaginare che ciò avvenga?

È esattamente in questa prospettiva che, nella forma di sintetici appunti, intendo delineare qui di seguito un percorso che prende le mosse dalle fonti romane, con l'obiettivo però di consegnare al presente taluni elementi utili a una riconsiderazione del processo civile quale luogo del 'farsi' della certezza.

In special modo, confido potrà evidenziarsi come nel processo civile romano-classico si configuri una peculiare modalità del giudicare; non l'unica presente in quel sistema processuale, ben s'intende, bensì una – significativa – tra molte. Si tratta, dunque, di una modalità attraverso cui s'interviene a 'rendere certezza' a fronte di un rapporto controverso.

2. *Regula iuris e determinazione pecuniaria.* – È evidente che un discorso sulla certezza giuridica, ancorché lo si volesse limitare alla prospettiva processuale, risulta – per varietà di problemi e relative implicazioni – sconfinato ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Né appare possibile una confinazione del quadro bibliografico: con attenzione a Roma antica, rimane ancora proficuo muovere da M. SARGENTI, G. LURASCHI (a cura di), *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana. Atti del convegno (Pavia, 26, 27 aprile 1985)*, Padova, 1987, su cui si veda la *Recensione* di A. BURDESE, in *SDHI*, 54, 1988, 420 ss.; cfr., inoltre, F. DE MARTINO, *Certezza del diritto in Roma antica*, in *Fondamenti*, 12, 1988, 15 ss.; F. MERCOGLIANO, *La certezza del diritto nell'antica Roma*, in *Index*, 16, 1988, 417 ss. Di recente, L. SOLIDORO, *Habent sua sidera lites: l'imponderabile nell'avventura processuale*, in *Signa Amicitiae. Scritti offerti a Giovanni De Bonfils*, Bari, 2018, 321 ss., anche in *TSDP*, 11, 2018, 1 ss.; inoltre, con il tema della certezza si è confrontato A. ANGELOSANTO, *Prevedibilità degli esiti giudiziali e ius controversum. Tecniche di 'calcolo' attraverso le formulae: tracce nel pensiero dei giuristi romani*, Napoli, 2020, specificamente analizzandone le connessioni con la tecnica formulare. Al tema della certezza sono dedicati gli studi raccolti nel volume del 2022 di *Specula Iuris*: si tratta di una raccolta di riflessioni diversamente orientate e tra loro complementari, a firma di Emanuele Stolfi, Maria Floriana Cursi, Giuseppe Falcone, Italo Birocchi, Pietro Costa, Ernesto De Cristofaro, Riccardo Guastini, Roberto Bin e Francesco Viganò. Quanto ai profili teorico-generalisti del tema della certezza del diritto, con-

Prima di arrivare a ciò, è però utile muovere, un passo a monte, dall'idea di *regula iuris*.

Com'è noto, nella lingua latina il termine *regula* evoca non soltanto la linea che si traccia, ma anche lo strumento che quella linea va a disegnare: in effetti, *regula* indica il regolo, la riga, l'asticella; sicché si può dire che, nella semantica della *regula*, prevalente è lo strumento di tracciamento, nonché quindi l'azione stessa del tracciare, piuttosto che l'esito.

Depurata da ogni possibile dogmatizzazione, la regola cui por mente è dunque precisamente quella che viene a cristallizzarsi all'interno della cornice processuale.

Mai, invece, la regola rappresenta un dato pre-costituito, cui si tratti di dare una (più o meno) pedissequa applicazione.

Così, è il momento processuale a segnarne la definizione, in forza di conoscenze e tecniche che sono specifiche di quel sistema

viene muovere dagli inquadramenti proposti da M. LONGO, voce *Certezza del diritto*, in *Nov. dig. it.*, vol. II, Torino, 1979, 124 ss.; M. CORSALE, voce *Certezza del diritto. Profili teorici*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Roma, 1988, 274 ss.; L. GIANFORMAGGIO, voce *Certezza del diritto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. II, Torino, 1988, 274 ss. Cfr., inoltre, C. CARIA, *Certezza del diritto e prevedibilità. Una riflessione sul tema*, in *Diritto@Storia*, 14, 2016, 5 ss. Nel dibattito civilistico, limite qui il richiamo a N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2015, 1115 ss., da cui è possibile muovere per allargare il raggio dell'attenzione a tanti diversi problemi e ad ampia bibliografia. D'altra parte, che quello della (in)certezza del diritto debba intendersi come vero e proprio motivo identificativo della contemporaneità giuridica appare evidente almeno a partire da F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Roma, 1942 (ristampata nel 1950, nonché, in seconda edizione ampliata, nel 1968). Prendendo le mosse da quel lavoro, F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1943, 81 ss.; N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?* in *Riv. int. fil. dir.*, 1951, 146 ss. Cfr., inoltre, A. GUARINO, *L'incertezza del diritto*, in *Scritti in onore di Guido Capozzi*, Milano, 1992, 659 ss., poi in *Pagine di diritto romano*, vol. I, Napoli, 1994, 26 ss. Almeno un richiamo merita la pluriennale riflessione sulla relazione tra certezza, legalità e storicità, coltivata da Paolo Grossi: tra i tanti contributi, cfr. *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017. Quello tra certezza e legalità è, per l'appunto, un nesso che sempre merita di essere storicizzato, come emerge da A. BURDESE, *La certezza del diritto nell'esperienza di Roma antica*, in *Atti dell'Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti*, CL, 1991-1992, 315 ss., anche in *Miscellanea romanistica*, Madrid, 1994, 10 ss.

giuridico, da intendersi quest'ultimo nel suo significato più ampio, dunque inclusivo di aspetti etici e, più in generale, assiologici che sono necessariamente implicati nell'attività del giudicare.

Insomma, come avrebbe suggerito Mario Talamanca⁽²⁾, vengono in gioco molte e differenti *Leerformeln*, le quali necessitano volta per volta di essere colmate di contenuto, entro la tessitura di ciascuna specifica controversia.

Se, dunque, la cornice di riferimento è quella di un sistema – come si usa dire – aperto e controversiale, il tema della certezza merita di essere impostato nei termini seguenti: il processo civile rende disponibili tante tecniche di determinazione della *regula iuris*.

Precisamente, il punto su cui concentrerò l'attenzione è il seguente: la *regula iuris* neppure sarebbe concepibile nel processo civile romano, qualora essa non trovasse un preciso punto di conversione nella determinazione pecuniaria⁽³⁾.

⁽²⁾ Alludo, evidentemente, a M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: 'Leerformeln' e valori dell'ordinamento*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, vol. IV, Padova, 2003, 1 ss.; la medesima idea di fondo si coglie in tanti scritti dell'Autore, tra i quali mi limito qui a menzionare M. TALAMANCA, *Il Corpus iuris giustiniano fra il diritto romano e il diritto vigente*, in *Studi in onore di M. Mazzotti di Celso*, Padova, 1995, 771 ss.; ID., *Diritto e prassi nel mondo antico*, in I. PIRO (a cura di), *Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques de l'antiquité*, Soveria Mannelli, 1999, 137 ss., ID., *Il diritto romano come fattore di unificazione nel mondo antico*, in *Studi in memoria di G. Impallomeni*, Milano, 1999, 405 ss.

⁽³⁾ A monte, s'intravede uno scenario che implica considerazioni antropologiche, sociologiche, economiche e in definitiva – nel senso più largo – culturali. Valga il richiamo alle suggestioni ricavabili dalla lettura di M. WEBER, *Economia e società*, vol. III, *Diritto*, trad. it. a cura di M. Palma, Roma, 2016, 222 ss.: in specie, notevole è l'idea lì affacciata di una calcolabilità giuridica, la quale verrebbe a realizzarsi a mezzo di un sistema processuale, proprio quello *per formulas*, formalizzante e astratto. Il punto che a me preme rimarcare è che quella calcolabilità va a tradursi nella quantificazione in termini di denaro. Ciò induce, per immediata conseguenza, a una riflessione non soltanto sul ruolo della moneta, ma più ampiamente sulla relazione tra regole economiche e regole giuridiche. Così, sarebbe da chiedersi se, ed eventualmente in quale misura, sia dato identificare, con riguardo al mondo antico, regole economiche le quali siano concepibili in termini essenzialmente

Com'è noto, siffatta determinazione pecuniaria è il frutto di un procedimento che si svolge dapprima nella fase *in iure* e poi raggiunge un esito nella sentenza, la quale nel processo formulare classico è opera del giudice privato.

Per il punto prospettico adottato, si tratta dunque di osservare in qual modo il denaro si renda un insostituibile fattore di definizione della *regula iuris*.

È comprensibile pertanto come un'ermeneutica della certezza, allorché si abbia riguardo a quel sistema processuale, imponga un'attenzione specifica alla *regula iuris* nel suo determinarsi in termini pecuniari.

3. *La quantificazione pecuniaria quale modalità di determinazione della regola.* – Per quanto detto, occorre attingere all'idea di *regula iuris* nella sua accezione più lata: e così appare utile – a me pare – muovere dalla suggestione orestaniana di «fatto di normazione» ⁽⁴⁾, al fine di sottolineare come la regola giuridica vada intesa alla stregua di un'effettività (sul piano del diritto).

In altre parole, quella regola è riconoscibile in virtù degli effetti di vincolatività che un certo fenomeno socialmente rilevante mostra di produrre: il che equivale a dire che l'attenzione merita di appuntarsi sugli esiti di vincolatività piuttosto che sulla fonte.

All'interno del processo civile romano, la regola trova un riconoscimento (*Erkennung*) da intendersi quindi in senso forte, giac-

differenti rispetto alle regole giuridiche. Su questi problemi, nonché in generale sulle tecniche di regolazione di diritto ed economia, cfr. il lavoro a più voci E. LO CASCIO, D. MANTOVANI (a cura di), *Diritto romano e economia. Due modi di pensare e organizzare il mondo (nei primi tre secoli dell'Impero)*, Pavia, 2018, ove sono ampi riferimenti di letteratura. Tra i contributi meno recenti, mi limito a richiamare A. BÜRGE, *Geld- und Natural-Wissenschaft im Vorklassischen und klassischen römischen Recht*, in ZSS, 99, 1982, 128 ss.

⁽⁴⁾ Il riferimento è fin già alle parole del titolo di R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza giuridica romana*, Torino, 1967.

ché essa soltanto li addiviene alla sua concreta determinazione, e ciò sempre in relazione al caso di specie ⁽⁵⁾.

Inoltre, quella determinazione – qui è il decisivo passaggio, su cui ho poc'anzi portato l'attenzione – avviene nella misura in cui la macchina processuale approda a una precisa quantificazione pecuniaria.

Occorre a questo punto soffermarsi per un momento sull'incidenza della tecnica formulare (il tema risulterebbe ancor più ampio e complesso se si ponesse mente al processo *per legis actiones* ⁽⁶⁾). Ebbene, se – come appena detto – il meccanismo di determinazione della regola trova nella pecunia un decisivo strumento del suo *fieri* ⁽⁷⁾, si può allora affermare che nel processo formulare romano la quantificazione pecuniaria viene a rappresentare l'autentica modalità di determinazione della regola e, dunque, di esercizio della giurisdizione.

⁽⁵⁾ Sulla relazione tra regola e caso, il pensiero va anzitutto allo scenario esplorato a più riprese da L. VACCA, *Metodo casistico e sistema prudenziale. Ricerche*, Padova, 2006; cfr., già prima, EAD., *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, Torino, 1989, 9 ss.; EAD., *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, Milano, 1976. Nella prospettiva specifica del *fieri* della regola nel processo, in anni recenti, A. PALMA, *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, Torino, 2016; inoltre, P. GIUNTI, *Iudex e iurisperitus. Alcune considerazioni sul diritto giurisprudenziale romano e la sua narrazione*, in *Iura*, 61, 2013, 47 ss. Un suggestivo quadro sul tema della certezza, con precipuo riferimento alle fonti, tra antico e contemporaneo, nonché con attenzione al definirsi della *regula*, emerge da L. SOLIDORO, *Habent sua sidera lites*, cit., 321 ss. Nella letteratura precedente, sempre efficaci le pagine di G. GROSSO, *Premesse generali al corso di diritto romano*, 4ª ed., Torino, 1960, 147 ss.

⁽⁶⁾ Su cui cfr. R. FIORI, *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano, 2003; inoltre, A. SACCOCCIO, *Si certum petetur. Dalla conditio dei veteres alle conditiones giustinianee*, Milano, 2002, 12 ss.; M. VARVARO, *Per la storia del certum. Alle radici della categoria delle cose fungibili*, Torino, 2008, 153 ss., 180 ss.

⁽⁷⁾ Fondamentale rimane, a mio parere, il lavoro di A. BURDESE, *Sulla condanna pecuniaria nel processo civile romano*, in *Sem. Compl.*, 1, 1989, 175 ss. Pur orientato in altra prospettiva, incrocia questi problemi (in parte mettendone in discussione gli stessi presupposti) il lavoro di R. FIORI, *Ea res agatur*, cit.

In particolare, è utile concentrare l'attenzione sull'*intentio*, nel suo – logico, ma sempre elastico – coordinamento con la *condemnatio* entro la cornice della *formula* ⁽⁸⁾; e la *condemnatio*, com'è noto, deve intendersi tanto come *pars formulae* quanto in termini di decisione del giudice, dunque come *iudicium*.

Naturalmente, è nella condanna concretamente irrogata in sentenza che si rinviene l'esito ultimo di un percorso di definizione della regola quale viene a imporsi nello specifico al convenuto-condannato.

Pertanto, nel nesso intercorrente tra *intentio* e *condemnatio* si evidenzia in maniera chiara il costituirsi di una regola, la quale deve essere presa in esame tanto nel suo aspetto statico quanto in quello dinamico: qui intendo riferirmi alla regola come comprensiva sia dell'accertamento che della consequenziale condanna, sempre a misura che siffatte categorie possano efficacemente riferirsi al processo formulare.

Com'è noto, l'*intentio* rappresenta il luogo d'elezione dell'accertamento, giacché in essa è per regola generale definito il perimetro imprescindibile della cognizione ⁽⁹⁾.

Lasciando a margine la sfera dei *praeiudicia* ⁽¹⁰⁾, all'accertamento logicamente si connette la condanna.

⁽⁸⁾ Cfr. M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, 2. Aufl., München, 1996, 308; C.A. CANNATA, voce *Formula*, in *Nov. dig. it.*, vol. VII, Torino, 1961, 583; inoltre, L. WENGER, voce *Formula*, in *RE*, VI.2, Stuttgart, 1909, coll. 2859 ss.; E. BETTI, voce *Formula*, in *Enc. it.*, vol. IV, Roma, 1932, 706. Di recente, affronta la ricostruzione di molti problemi in un percorso che si sviluppa all'interno della *formula* (per spingersi poi alla proiezione *apud iudicem*) M.L. BICCARI, *Dalla pretesa giudiziale alla narratio retorica (e viceversa). Spunti di riflessione sulla formazione dell'avvocato romano e la sua azione*, Torino, 2017: si veda, in specie, 121 ss., 135 ss.

⁽⁹⁾ Naturalmente, il discorso andrebbe declinato analizzando *formula* per *formula*; consueto è il rinvio al tenore dell'*actio iniuriarum* quale esempio di formula priva di *intentio*. Utili le precisazioni di M.L. BICCARI, *Dalla pretesa giudiziale alla narratio retorica*, cit., in specie 150 ss. e nota 59 ss.

⁽¹⁰⁾ Su cui rimangono classici i lavori di M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *AUPA*, 24, 1955, 5 ss., e di K. HACKL,

Nel processo formulare, è Gaio stesso a ricordarci nelle sue Istituzioni che la regola definita in processo si estrinseca, in ultima analisi, in un ordine di pagamento avente per oggetto una somma di denaro determinata ⁽¹¹⁾.

Pertanto, quello che tradizionalmente viene indicato come principio di pecuniarietà della condanna condiziona nel profondo le logiche del processo formulare e, in tutt'uno con esse, il formarsi della *regula iuris*.

Al netto di rilevanti eccezioni (in primo luogo si pensi ai giudizi nossali) e a valle di tante osservazioni di contorno ⁽¹²⁾, si può quindi dire che il formarsi della regola appare per intero orientato alla quantificazione di una somma di denaro ⁽¹³⁾.

Praejudicium im klassischen römischen Recht, München, 1976. Cfr., inoltre, D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1999, 83 s., nonché, recentemente, M. VARVARO, *Lineamenti di procedura civile romana*, Napoli, 2023, in specie 172 s.

⁽¹¹⁾ Cfr. 4.48: *omnium autem formularum quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est. itaque et si corpus aliquod petamus, veluti fundum hominem vestem aurum argentum, iudex non ipsam rem condemnat eum cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, aestimata re pecuniam eum condemnat*. Si tratta di un testo che nasconde insidie maggiori di quanto non appaia a una prima lettura: vanno tenute in considerazione le cautele suggerite da R. FIORI, *Ea res agatur*, cit., 69 ss.

⁽¹²⁾ Superfluo ricordare che, nel caso delle azioni nossali, la condanna era alternativamente indirizzata a *tantam pecuniam vel noxae dedere*, così da consentire all'avente potestà, anche dopo l'avvenuta condanna, di liberarsi di responsabilità mediante la dazione a noxa del soggetto a potestà, il quale avesse commesso delitto in danno della controparte processuale che fosse risultata vincitrice. Inoltre, andrebbero rammentati i temperamenti, rispetto all'esito rappresentato dalla condanna pecuniaria, derivanti dal concreto applicarsi dei meccanismi imposti dall'*arbitratus de restituendo*. In generale, sul maggiore o minore grado di generalità della regola della condanna pecuniaria, A. BURDESE, *Sulla condanna pecuniaria*, 176 ss. Si veda anche G. PUGLIESE, *Principi teorici e realtà pratica nei processi romani*, in *TR*, 35, 1967, 298 ss.; N.M. BATISTA, *Condemnatio pecuniaria*, in *Romanitas*, 10, 1970, 349 ss.; H. BLANK, *Condemnatio pecuniaria und Sachzugriff*, in *ZSS*, 99, 1982, 303 ss.; C. VENTURINI, *Condanna in ipsam rem e condanna pecuniaria*, in *Labeo*, 34, 1988, 76 ss.

⁽¹³⁾ Il che suggerirebbe una riflessione sulla funzione della moneta nel mondo romano. Oltre al già richiamato *Diritto romano e economia*, cit. (entro cui soffer-

Occorre adesso osservare che la medesima prospettiva appare confermata allorché si presti attenzione alla confessione: già nelle XII Tavole (in specie, *Tab.* 3.1) affiora un chiaro nesso in base al quale la confessione, allorché abbia per oggetto una somma di denaro, si pone sullo stesso piano del giudicato ⁽¹⁴⁾.

In particolare, la confessione di colui che afferma di essere debitore di un certo *aes*, per un verso, e il giudicato, per altro verso, sono da intendersi equivalenti in vista del decorrere dei trenta *dies iusti* essenziali per procedere in esecuzione.

Sebbene non esplicitato, elemento imprescindibile del ragionamento è quindi rappresentato dalla determinatezza dell'*aes* ⁽¹⁵⁾.

Per comprendere il senso dell'affermazione, occorre ricordare come nel sistema processuale *per legis actiones* la precisa quantificazione del denaro sia essenziale in vista della *manus iniectio*. Quindi,

merci l'attenzione in specie su A. LOVATO, *Pretium e quanti ea res est nei giuristi: rapporto fra il prezzo di mercato e il calcolo giuridico*, 661 ss.), cfr. R. D'ALESSIO, *Alcune note minime su aestimatio e pretium*, in *Sem. Compl.*, 35, 2022, 57 ss., da collegarsi alla più ampia ricerca su *Il denaro e le sue funzioni nel pensiero giuridico romano. La riflessione giurisprudenziale nel Principato*, Lecce, 2018. Occorre pertanto muovere dalla «percezione della *pecunia* come di un valido succedaneo delle *res*, contribuendo a sviluppare un'importante riflessione sull'idoneità del denaro (quindi dell'*aestimatio*) ad assicurare la soddisfazione di ogni interesse giuridicamente rilevante»: così in *Alcune note minime*, cit., 61. Inoltre, si veda R. D'ALESSIO, '*Pecuniae*' nomine non solum numerata pecunia, in *Quaderni Lupiensis di Storia e Diritto*, 1, 2011, 79 ss. Per un quadro ampio sulla moneta e sulle sue funzioni nella storia, D. FOX, W. ERNST (eds.), *Money in the Western Legal Tradition: Middle Ages to Bretton Woods*, Oxford, 2016, ove in particolare Th. RÜFNER, *Money in the Roman Law Text*, 93 ss., oltre al precedente E. PERUZZI, *Money in Early Rome*, Firenze, 1985, in specie 207 ss.

⁽¹⁴⁾ Cfr.: *aeris confessi rebusque iure iudicatis XXX dies iusti sunt*, su cui R. FIORI, *Ea res agatur*, cit., 210 ss.; inoltre, A. BURDESE, *Sulla condanna pecuniaria*, cit., 177.

⁽¹⁵⁾ Quanto alla premessa rappresentata dalla certezza del credito, M. VARVARO, *Per la storia del certum*, cit., *passim*; più recentemente, una ripresa di quei temi è in ID., *Condictio e causa actionis*, in *AUPA*, 57, 2014, 265 ss. Per una messa a fuoco della determinatezza (e determinabilità) della somma di denaro, nella prospettiva del processo, C.A. CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, II.1, Torino, 2003, 198 ss.

proprio muovendo dall'esito della possibile *manus iniectio*, risulta comprensibile l'equiparazione tra confessione e giudizio.

Come a dire che, una volta che lo sguardo si collochi nella prospettiva esecutiva, il punto di fuga della rappresentazione è quello di un vincolo obbligatorio inteso in termini di esposizione di responsabilità.

Si sarebbe a questo punto indotti a estendere il discorso alla concezione primigenia dell'*obligatio*: certamente non è questa la sede per farlo, ma pare qui sufficiente evocare uno scenario generale nel quale, per un verso, il profilo dell'*Haftung* prevale su quello dello *Schuld* e, per altro verso, il momento processuale assorbe e supera quello sostanziale.

Basti, sul punto, il richiamo alla prospettiva indicata magistralmente da Emilio Betti⁽¹⁶⁾, nonché poi sviluppata da altri autori⁽¹⁷⁾.

Quel che conta sottolineare è che il vincolo di responsabilità merita di essere inteso nel senso che il debitore è tale in quanto sia esposto alla possibilità di una condanna pecuniaria che colpisca il suo patrimonio, allorché a impedire ciò non intervenga l'esecuzione della prestazione.

⁽¹⁶⁾ La ricostruzione del pensiero bettiano in tema di obbligazione e azione costringe a un lavoro piuttosto complesso di 'montaggio': basti dire che la riflessione prende avvio con la prolusione parmense del 1916, dedicata a *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, prosegue poi con *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi* e si chiude nei primi anni Cinquanta con la *Teoria generale delle obbligazioni*. Ho provato a ripercorrere la costruzione di quel pensiero in T. DALLA MASSARA, *Emilio Betti, l'obbligazione, il processo*, in *Emilio Betti e il processo civile*, a cura di A. Carratta, L. Loschiavo, M.U. Sperandio, Roma, 2022, 61 ss., in specie 62 e ntt. 2, 3, 4, 5 e 6.

⁽¹⁷⁾ Mi riferisco soprattutto a R. SANTORO, *Per la storia dell'obligatio*, Palermo, 2020. In precedenza, si veda almeno ID., *Potere e azione in diritto romano antico*, in *AUPA*, 30, 1967, 103 ss.; ID., *Per la storia dell'obligatio. Il iudicatum facere oportere nella prospettiva dell'esecuzione personale*, in *IAH*, 1, 2009, 61 ss., ora in *Scritti minori*, vol. II, Torino, 2009, 655 ss.; inoltre, R. CARDILLI, *Damnatio e oportere nell'obbligazione*, Napoli, 2016. In una differente prospettiva, ma sulle medesime questioni di fondo, ID., *Obbligazione e disuguaglianza. Per una lettura critica dell'obbligazione in Friedrich Karl von Savigny*, Bologna, 2022.

Si tratta di un'esecuzione che, nell'assicurare la soddisfazione del creditore, si rivela in grado di impedire la condanna del convenuto; per converso, si può affermare che l'esecuzione della prestazione è impeditiva della condanna del convenuto in quanto assicura la soddisfazione del creditore.

Come si è visto, da un canto la regola si fa certa precisamente nel senso che essa va a determinarsi in una quantità pecuniaria, dall'altro canto la quantificazione del denaro si rivela essenziale prioritariamente in vista dell'esecuzione.

Non v'è dubbio che quell'impronta antica, proveniente dal processo *per legis actiones*, mostri una forte persistenza nella cornice del processo formulare.

Celebri sono le parole con cui Gaio, nelle sue Istituzioni, esplicita il principio della pecuniarietà della condanna (4.48); in seguito, andando a osservare più da vicino il nesso intercorrente tra *intentio* e *condemnatio*, lo stesso Gaio insiste sulla necessità che all'esito di condanna si approdi in ogni caso per un ammontare certo di denaro ⁽¹⁸⁾.

Dalla rappresentazione gaiana del sistema processuale *per formulas* è agevole evincere, dunque, non soltanto la proiezione del processo civile verso la condanna pecuniaria, ma più ampiamente il disegno coerente di un'architettura che sospinge ad affrontare l'incertezza – quale, come detto, si dà come premessa indefettibile per il radicarsi stesso del giudizio civile – attraverso raffinate tecniche di monetizzazione ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁸⁾ Cfr. 4.51: *iudex si condemnet, certam pecuniam condemnare debet, etsi certa pecunia in condemnatione non sit*, su cui M. VARVARO, *Per la storia del certum*, cit., 169.

⁽¹⁹⁾ Va ribadito, in premessa, il riconoscimento della funzione del denaro quale misuratore di valore: di recente, in specie ponendo mente a Iav. 10 *ep.* D. 46.1.42, D'ALESSIO, *Alcune note minime*, cit., 67. Sul procedimento di stima a mezzo di denaro, nella cornice del processo formulare, rimane essenziale lo studio di S. TAFARO, *La interpretatio ai verba 'quanti ea res est' nella giurisprudenza romana. L'analisi di Ulpiano*, Napoli, 1980, dal quale emerge un utile sfondo di riferimento,

4. *Meccanismi di determinazione pecuniaria differenti dal processo: l'approdo alla determinatezza della somma pecuniaria.* – Le rapide osservazioni sviluppate fin qui consentono di ribadire che, in un significato che a me pare profondo e rappresentativo di una certa idea del giudicare, la condanna pecuniaria comporta che il ‘farsi’ della certezza proceda in tutt’uno con la quantificazione della somma di denaro.

In altre parole, la pecunia si rende misura della certezza della *regula iuris*.

Proprio in questa prospettiva credo possa impostarsi un tentativo di ermeneutica della certezza, con riferimento al processo civile romano.

Ma, a questo punto, pare utile allargare lo sguardo ad altri meccanismi di determinazione pecuniaria.

Come già accennato, dalle fonti emerge che tra la *confessio* e il *iudicatum* sussiste una relazione funzionale, nel senso che l’una e l’altro sono orientati al prodursi della certezza ⁽²⁰⁾.

Anche la confessione, in effetti, si presta a essere presa in considerazione sotto l’aspetto di tecnica utile a consentire l’approdo a un *certum* di pecunia.

riferibile all’arco tra Servio e Ulpiano. Inoltre, A. BURDESE, *Sulla condanna pecuniaria*, cit., 175 ss.

⁽²⁰⁾ Si pensi al testo di Ulp. 5 *de omni. trib.* D. 42.2.6 pr.-1: *certum confessus pro iudicato erit, incertum non erit. 1. Si quis incertum confiteatur vel corpus sit confessus Stichum vel fundum dare se oportere, argueri debet, ut certum confiteatur: item eum, qui rem confessus est, ut certam quantitatem fateatur.* Cfr. R. FIORI, *Ea res agatur*, cit., 208 ss. e nota 40; in specie 210: «se la *confessio* è *certae pecuniae*, si compie direttamente la *manus iniectio* (tab. 3,1); altrimenti si provvede – esattamente come nel caso di una *iudicatio* che non sia relativa a *certa pecunia* – ad una *damnatio* intesa non come ‘condanna’, bensì come semplice ‘quantificazione del *damnum*’, ossia del pregiudizio patrimoniale per il convenuto». Sul testo, si veda inoltre M. VARVARO, *Per la storia del certum*, cit., 157 s., ove ragguagli bibliografici. Che l’equiparazione tra confessione e *iudicatum* discenda dalle regole decemvirali si ricava già da E. BETTI, *L’effetto della confessio e della infitatio certae pecuniae nel processo civile romano*, in *Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino*, vol. L, 1914-1915, 705 s.; cfr., inoltre, M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., 137.

Così, viene in luce un itinerario convergente rispetto a quello tratteggiato con riguardo al giudizio civile, in quanto fondato sull'idea di determinazione pecuniaria della regola.

Il discorso, a questo punto, si presta a essere ulteriormente allargato.

In effetti, un'analoga prospettiva è quella che si dischiude allorché si prenda a riferimento il giuramento: dalle fonti emerge il sussistere del nesso tra il *solvere*, quando abbia per oggetto un certo, e il *iurare* ⁽²¹⁾.

Com'è noto, il giuramento è atto sacramentale che deriva dal sistema delle antiche *legis actiones*. Precisamente esso trae origine dal *sacramentum in personam*, un tempo in rapporto di cumulabilità alternativa con *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, nonché poi con la *condictio*.

Anche il giuramento rappresenta un meccanismo di produzione di certezza, non meno di quanto lo sia il giudicato.

In estrema sintesi, che si tratti di confessione oppure di giuramento, quel che preme evidenziare – se si rivolga lo sguardo al di fuori del giudizio civile – è che la tecnica di produzione del certo giuridico contempla, quale passaggio essenziale, il momento della determinazione in termini pecuniari.

Da questo punto di vista, si coglie appieno la complementarità tra i percorsi segnati da accertamento processuale, confessione e giuramento: attraverso strade differenti, l'obiettivo è pur sempre quello di rendere certa la regola sostanziale, in forza dell'impiego di tecniche di determinazione; e, al fondo, è l'idea che la pecunia funga da fattore di determinazione della regola.

⁽²¹⁾ Cfr. Ulp. 26 *ad ed.* D.12.2.34.6: *ait praetor: eum, a quo iusiurandum petetur, soverere aut iurare cogam: alterum itaque eligat reus, aut solvat aut iuret: si non iurat, solvere cogendus erit a praetore*. Si tratta di un passo alquanto tormentato, del quale è plausibile la ricostruzione proposta da Mario Varvaro, stando al quale nella formulazione originaria si sarebbe affermato: *si certam pecuniam petetur, solvere aut iurare cogam*, più probabilmente che *si certum petetur, solvere aut iurare cogam*. Cfr. M. VARVARO, *Per la storia del certum*, cit., 161 ss.

5. *La condictio quale peculiare meccanismo di produzione del certo nel processo.* – Nella cornice dei problemi che fin qui ho cercato di rappresentare, un passaggio fondamentale fu segnato dall'introduzione della *condictio* formulare.

Com'è risaputo, rispetto alle precedenti forme del processo *per legis actiones*, la *legis actio per conductionem* venne a offrire una procedura semplificata per i crediti di *certa pecunia* (a seguito della *lex Silia*), nonché per i crediti di *certa res* (per effetto della *lex Calpurnia*) ⁽²²⁾.

Con il passaggio alla *condictio* formulare, la procedura orientata all'ottenimento del *certum* raggiunse uno straordinario livello di razionalizzazione.

Lo schema decisivo imposto dalla formula rivelava la sua efficienza per l'architettura su cui era basato l'accertamento: si tratta di un'architettura – com'è quantomai noto – basata sull'alternatività *si paret-si non paret*. La scelta del giudice era dunque rigorosamente astretta entro le linee di un'indagine di fondatezza intorno alla pretesa espressa in *intentio* ⁽²³⁾.

⁽²²⁾ A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 12 ss. Di recente, nella prospettiva formulare, R. FERCIA, *La 'doppia veste' processuale del certum. Quinto Mucio e la conceptio verborum della condictio formulare*, in *MEP*, 24, 2021, 269 ss., il quale su questi temi è tornato nella relazione ARISTEC del 2023, dal titolo *Oggetto della prestazione e configurazione delle tutele: il modello rimediale romano alla prova del presente*, di prossima pubblicazione (si tratta di un testo che ho potuto leggere per la cortesia dell'a.).

⁽²³⁾ Basti pensare all'impostazione proposta da M. KASER, *Oportere und ius civile*, in *ZSS*, 83, 1966, 1 ss. Su siffatta alternatività, quale emerge a livello sia logico che grammaticale, sviluppa gran parte delle sue riflessioni critiche R. FIORI, *Ea res agatur*, cit., 1 ss., fin già in sede di discussione dell'ampia letteratura consolidatasi sul punto. Cfr. anche M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, Torino, 2008, 124 ss., con ripresa di problemi che avevano trovato un'impostazione assai originale in W. SELB, *Formeln mit unbestimmter intentio iuris. Studien zum Formelaufbau*, vol. I, Wien-Köln-Graz, 1974, 9 ss.; di recente, si veda M.L. BICCARI, *Dalla pretesa giudiziale alla narratio retorica*, cit., 135 ss., 144 ss., nonché in relazione a quanto nella formula è posto a precedere l'*intentio*, 150 ss.; ma, su ciò, si veda soprattutto L. PELLECCHI, *La praescriptio. Processo, diritto sostanziale, modelli espositivi*, Padova, 2003, in specie 171 ss. Nella letteratura precedente, rimane imprescindibile lo

Per converso, restava elisa in radice la necessità di una valutazione in ordine al *quantum*.

Più ampiamente, l'introduzione della *condictio* formulare comportò la definizione di un modello processuale nuovo, incentrato sul *certum dari oportere*.

Tale modello faceva dell'alternatività tra *si paret* e *si non paret*, sviluppata intorno a un'oggetto di pretesa insuscettibile di ulteriori elementi probatori in ordine al *quantum*, il binario di determinazione della scelta tra *condemna* e *absolve*.

Così, anche nel raffronto con altre formule munite di *intentio certa*, quella della *condictio* appare una struttura formulare prototipica: il processo civile in questo caso si presenta come un efficacissimo canale di produzione del 'certo'.

Quel modello processuale, sviluppatosi intorno all'idea della determinatezza della somma di denaro, rimase a fungere da riferimento generale nei termini del *certum dari*.

Vale la pena ora precisare, quantomeno per cenni, alcuni aspetti che mi sembrano in grado di integrare il quadro d'insieme.

Dapprima, occorre rilevare che l'efficienza del modello processuale della *condictio* si collegava all'obliterazione, che la peculiare modalità di costruzione della formula contribuì a realizzare, del rilievo della *causa petendi* rispetto al raggio di accertamento del processo.

Il che rappresenta una ragione di distinzione della *condictio* rispetto ad altre procedure più antiche: basti tenere a mente la tecnica processuale dell'*agere per sponsionem*.

Sotto il medesimo aspetto, rappresentato da un tal quale percorso di astrattizzazione della procedura, inoltre, viene ad apprezzarsi la maggior efficienza della *condictio* rispetto alla *postulatio*.

Nelle logiche del giudizio introdotto dalla *condictio*, la fonte dell'obbligazione resta dunque al di fuori dell'area della rilevanza giuridica; quale architrave fondamentale su cui far poggiare il fun-

scenario rappresentato da E. BETTI, *Su la formola del processo civile romano*, in *Filangieri*, 39, 1914, 674 ss.

zionamento del processo viene adottato, invece, proprio il tratto della certezza della pretesa.

Orbene, una siffatta tensione, interamente rivolta all'obiettivo rappresentato dalla determinazione pecuniaria del credito, manifesta la sua efficienza anche sotto un altro profilo: quello rappresentato dall'eliminazione radicale delle esimenti di responsabilità.

In effetti, a mente della natura della condanna, si dimostra irrilevante qualsiasi valutazione in ordine a un'eventuale *difficultas adimplendi* del debitore.

Com'è noto, il principio di indistruttibilità del denaro – a voler utilizzare il linguaggio contemporaneo – rende per definizione illimitata la responsabilità del debitore pecuniario. Secondo altra prospettiva, il denaro rappresenta un bene di genere e, come si sa, *genus numquam perit*.

In ogni caso, nessuna ragione d'impossibilità ovvero di ritardo assume rilevanza giuridica quando a essere dovuta sia una somma di denaro.

L'esito, che in antico era rappresentato dalla possibilità di attivare la *manus iniectio*, illumina la *ratio* fondamentale su cui poggia l'intero regime della *condictio*: per un verso, il processo civile mira alla pronta determinazione della regola in termini pecuniari e, per altro verso, l'epilogo è rappresentato dall'inesorabile esecutività della condanna.

Tra i riflessi che si potrebbero definire correlati, rispetto al consolidarsi del modello della *condictio*, merita di essere segnalato il percorso di progressiva definizione del ruolo del *iudex*, in specie quale figura differenziata rispetto a quella dell'*arbiter* ⁽²⁴⁾.

⁽²⁴⁾ Cfr. XII Tab. 2.2; 9.3; 2.1b = Gai. 4.17; *Frag. Atestinum* 1.7. In argomento, G. BROGGINI, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln-Graz, 1957, punto di partenza per una letteratura ispirata a una certa revisione delle posizioni wlassakiane. Si veda quindi l'inquadramento proposto da G. CRIFÒ, voce *Arbitrato (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958, 894 ss. Di recente, in prospettiva di sintesi sulla monografia del 1957, G. BROGGINI, *Iudex arbiterve*, in *RDR*, 2, 2002, 425 ss., poi in *Studi di diritto romano e storia del diritto*, Napoli, 2007, IX ss. In anni recenti, una rappresentazione limpida dei problemi

In effetti, è opinione consolidata che i poteri del *iudex* si caratterizzassero, almeno in linea del tutto generale, per i minori margini di discrezionalità che ne definiscono la perimetrazione, rispetto a quanto avveniva in presenza di un giudizio dell'*arbiter*.

6. *Un modo d'intendere l'esercizio della giurisdizione.* – Privilegiando in queste pagine una visione generale e di sintesi, ho creduto di poter evidenziare, puntando lo sguardo sul processo formulare romano, un modo d'intendere la giurisdizione.

In effetti, una certa idea del *iudicare*, risalente già al processo *per legis actiones* e persistente nel processo formulare romano, è quella che si collega all'accertamento di una pretesa avente per oggetto un *certum di pecunia*.

In tal senso, non risulterà di scarso significato che, in un passo della *pro Roscio*, Cicerone lasci affiorare l'idea secondo cui *iudicium est pecuniae certae, arbitrium incertae* ⁽²⁵⁾; tra i tanti profili di interesse del passo ⁽²⁶⁾, per tutto quanto sinora osservato spicca l'idea che il *iudicare*, in un senso che si potrebbe a questo punto definire

posti dall'arbitrato romano si ricava da L. DE GIOVANNI, *L'arbitrato nell'esperienza giuridica romana*, in *Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 333 ss.; inoltre, N. RAMPAZZO, *Sententiam dicere cogendum esse. Consenso e imperatività nelle funzioni giudicanti in diritto romano classico*, Napoli, 2012; F. SITZIA, *Riflessioni in tema di arbitrato in diritto Giustiniano e bizantino*, in *AUPA*, 57, 2014, 239 ss. Mi permetto poi di richiamare T. DALLA MASSARA, *Reciproche relazioni e integrazioni tra arbitrato e iudicium: un itinerario della giurisprudenza classica*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, vol. II, Padova, 2012, 113 ss.; ID., *Studio sui rapporti tra sententia iudicis e decisione arbitrale*, Napoli, 2012.

⁽²⁵⁾ Cfr., in specie, 10-11: *pecunia tibi debebatur certa, quae nunc petitur per iudicem, in qua legitimae partis sponsio facta est. Hic tu si amplius HS nummo petisti, quam tibi debitum est, causam perdidisti, propterea quod aliud est iudicium, aliud est arbitrium. Iudicium est pecuniae certae, arbitrium incertae; ad iudicium hoc modo venimus, ut totam litem aut obtineamus aut amittamus; ad arbitrium hoc animo adimus, ut neque nihil neque tantum, quantum postulavimus, consequamur.*

⁽²⁶⁾ Faccio rinvio al lavoro di A. ANGELOSANTO, *Prevedibilità*, cit., 41 ss., in particolare 43, nota 33.

prototipico, sarebbe quello che si esercita a fronte della pretesa diretta alla *certa pecunia* ⁽²⁷⁾.

Diversamente, quando il giudizio sia viceversa orientato all'*incertum*, il modello generale cui occorrerebbe por mente è piuttosto quello dell'*arbitrium*.

Quanto a una siffatta caratterizzazione della relazione tra *iudicium* e *arbitrium*, alcune consonanti riflessioni sembrano ricavabili dalla lettura di Seneca ⁽²⁸⁾.

Ne emerge una (possibile) visione di sintesi del processo civile: un'idea stretta del *iudicare*, in quanto attività articolata attorno a un *aut aut*, trova corrispondenza nell'etimologia di *ius* e di *ius-dicare* proposta da Varrone nel *de lingua latina* ⁽²⁹⁾.

⁽²⁷⁾ La considerazione è da inquadrarsi in una prospettiva più ampia di giustapposizione tra le formule *Si-Satz* e *Quod-Satz*, per utilizzare la terminologia di W. SELB, *Formeln*, cit. Cfr., inoltre, M. KASER, *Formeln mit intentio incerta, actio ex stipulatu und conditio*, in *Labeo*, 22, 1976, in specie 10. In precedenza, A. MAGDELAIN, *Les actions civiles*, Paris, 1954, 10 ss. Esiti originali si ricavano da A. CARCATERRA, *Semantica degli enunciati normativo-giuridici romani* (interpretatio iuris), in *SDHI*, 39, 1973, 532 ss. In tempi più recenti, questi problemi ha affrontato soprattutto il lavoro di R. FIORI, *Ea res agatur*, cit., 121 ss.; 186 ss. e, in via di sintesi, 193 s.

⁽²⁸⁾ Si pensi al passaggio del *de beneficiis* 3.7.5: *praeterea, quaecumque in cognitionem cadunt, comprehendunt et non dare infinitam licentiam iudici; ideo melior videtur condicio causae bonae, si ad iudicem quam si ad arbitrum mittitur, quia illum formula includit et certos, quos non excedat, terminos ponit, huius libera et nullis adstricta vinculis religio et detrudere aliquid potest et adicere et sententiam suam, non prout lex aut iustitia suadet, sed prout humanitas aut misericordia impulit, regere*. Sul punto, proficua la lettura di A. ANGELOSANTO, *Prevedibilità*, cit., 47 ss., ove viene tracciato un percorso senecano nel quale trova spazio anche il passo del *de clem.* 2.7.3, ove si precisa: *clementia liberum arbitrium habet; non sub formula, sed ex aequo et bono iudicat et absolvere illi licet et, quanti vult, taxare litem*.

⁽²⁹⁾ Cfr. 6.7.61: *dico originem habet Graecam, quod Graeci δεικνύω Hinc <etiam dicare, ut ait> Ennius: Dico hunc dicare <circum metulas>. Hinc iudicare, quod tunc ius dicatur; hinc iudex, quod iu<s> dicat accepta potestate; <hinc dedicat>, id est quibusdam verbis dicendo finit: sic enim aedis sacra a magistratu pontifice prae<e>unte dicendo dedicatur. Hinc, ab dicendo, indicium; hinc illa: indicit ellum, indixit funus, prodixit diem, addixit iudicium; hinc appellatum dictum in mimo, ac dictiosus; hinc in manipulis castrensibus <dicta ab> ducibus; hinc dictata*

Ecco allora che l'ermeneutica della certezza – quella certezza che sorregge l'impianto del processo civile romano – si gioca attorno all'idea di una determinazione della *regula iuris* che corrisponde a una quantificazione pecuniaria.

In Varrone, poi, viene istituito un collegamento tra l'idea del giudicare e il verbo greco *δεικνύω*: si tratta di un rimando prezioso, giacché in forza di esso risulta accreditata l'idea secondo cui il giudicare sarebbe, almeno in un certo senso (senza dubbio non esaustivo, eppure non per questo poco significativo), una declinazione dell'idea di 'indicare' ⁽³⁰⁾.

L'ermeneutica del processo spinge pertanto verso un percorso caratterizzato dall'alternativa netta tra fondatezza e infondatezza della pretesa.

Proprio in questo 'discernere' sarebbe riconoscibile la funzione caratterizzante del giudice, e ciò a distinguere la sua attività rispetto a quella svolta dall'*arbiter*.

In altre parole, 'giudice', in uno specifico significato (antico e prototipico), è colui che risulta chiamato a decidere quale tra le parti in contesa abbia avanzato una pretesa conforme al *ius*.

In origine, come si sa, si trattava di valutare propriamente la conformità dell'affermazione, presa in quanto tale, a un ordinamento giuridico-religioso; in seguito, in presenza di un processo civile laicizzato e strutturato sulla base delle *formulae*, quell'idea del *indicare* non avrebbe contemplato margini di estensione o di riduzione rispetto alla valutazione del *quantum* pecuniario, ogni qual volta il meccanismo della formula impostata sul *si paret certum dari* avesse razionalizzato, già a monte, tale problema.

Restano delineati, in esito, i profili di un'idea del giudicare.

in ludo; hinc dictator magister populi, quod is a consule debet dici; hinc antiqua illa <ad>dici numo et dicis causa et addictus.

⁽³⁰⁾ Cfr. R. FIORI, *Ea res agatur*, cit., 87 s. e nota 60. Si tratta della medesima prospettiva generale entro cui si collocano le osservazioni di M. VARVARO, *Per la storia del certum*, cit., 168, nota 587.

Entro una riflessione intorno a scopi e modalità di esercizio della giurisdizione, v'è lo spazio – a me pare – per una riflessione che, muovendo dalle fonti romane, consegna al presente una visione del processo civile quale luogo del 'farsi' della certezza; però si tratta di una certezza che si attinge a misura del suo determinarsi in una somma di denaro.

In tale prospettiva, la specificità della *condictio* spinge a riflettere attorno a un giudicare che non si sviluppi 'a campo libero', bensì all'interno dei binari di un'alternativa netta (*si paret condemnata/si non paret absolve*), così da elidere in radice ogni discrezionalità valutativa.

In ultima analisi, potrò sperare che gli appunti qui raccolti offrano un contributo in termini di discussione sui modelli di razionalizzazione del giudizio, secondo i meritori intendimenti di questa *Rivista*.

Abstract

Il contributo propone una riflessione sulla certezza processuale, muovendo dal processo formulare romano. In specie, al centro è l'idea che, in quel sistema processuale, la certezza sia da mettere in relazione con la regola della *condemnatio pecuniaria*. Dunque, la certezza si traduce nella determinatezza della condanna pecuniaria. Ne emerge un peculiare modo d'intendere l'attività giurisdizionale, che si caratterizza per l'alternatività tra fondatezza e infondatezza della pretesa (*si paret/si non paret* orientato a un *certum*), di contro all'ipotesi in cui la valutazione si rimessa per intero al giudice.

This contribution proposes a reflection on procedural certainty, starting from the Roman classical process. In particular, crucial is the idea that, in this procedural system, certainty is to be related to the rule of 'condemnatio pecuniaria'. Thus, certainty is translated into the determinacy of the pecuniary sentence. What emerges is a peculi-

ar way of understanding judicial activity, which is characterised by the alternativeness between the groundedness and groundlessness of the claim (si paret/si non paret oriented to a certum), as opposed to the hypothesis in which the assessment is left entirely to the judge.

L'ACQUISIZIONE DI INFORMAZIONI E «PROVE» NELLA NEGOZIAZIONE ASSISTITA DA AVVOCATI: LA TESSERA CHE MANCAVA

Beatrice Ficcarelli ()*

SOMMARIO: 1. La negoziazione assistita da avvocati nel sistema della centralità dei metodi complementari di risoluzione delle controversie civili. – 2. Le procedure collaborative «fuori dal» e «dentro» il processo nell'esperienza statunitense e francese. – 3. La negoziazione assistita da avvocati nel modello italiano e il disegno strutturale delle nuove norme in tema di «istruzione stragiudiziale». – 4. «Istruzione stragiudiziale» e «prova prima del processo». – 5. Conclusioni.

1. La negoziazione assistita da avvocati nel sistema della centralità dei metodi complementari di risoluzione delle controversie civili. – La recente riforma della negoziazione assistita, che ha anzitutto valorizzato complessivamente la funzionalità dell'istituto, consentendone l'applicazione a materie e casi originariamente non previsti ⁽¹⁾, si caratterizza anche per la previsione, all'interno della proce-

Giustizia consensuale Fasc. 2/2024, 375-403. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

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

⁽¹⁾ Ci si riferisce, in particolare, all'estensione della negoziazione assistita alle controversie di lavoro (art. 2 *ter* d.l. n. 132 del 2014) o, nell'ambito della negoziazione assistita familiare, alla possibilità di riconoscere un assegno di divorzio in unica soluzione, cui va aggiunta l'ulteriore modifica, già direttamente introdotta dalla l. n. 206 del 2021 con norma immediatamente precettiva, relativa alla possibilità di ricorrere a tale procedimento al fine di raggiungere una soluzione consensuale tra i genitori per la disciplina delle modalità di affidamento e mantenimento dei figli minori nati fuori del matrimonio, nonché per la disciplina delle modalità di

dura e a far parte integrante di essa, di una «istruzione stragiudiziale», mediante acquisizione di dichiarazioni da parte di terzi su fatti rilevanti in relazione all'oggetto della controversia e nella richiesta alla controparte di dichiarare per iscritto la verità di fatti ad essa sfavorevoli e favorevoli alla parte richiedente, con finalità ed effetti propri della confessione stragiudiziale.

Si tratta di un'innovazione di grande impatto, che apre a nuovi scenari nella fissazione dei fatti anche ai fini dell'eventuale futuro giudizio introdotto in caso di insuccesso della negoziazione assistita

mantenimento dei figli maggiorenni non economicamente autosufficienti nati fuori del matrimonio e per la modifica della condizioni già determinate, oltre che per la determinazione dell'assegno di mantenimento richiesto ai genitori dal figlio maggiorenne economicamente non autosufficiente e per la determinazione degli alimenti (v. complessivamente il rinnovato art. 6 d.l. n. 132 del 2014). Circa il procedimento di negoziazione assistita nei suoi tratti caratterizzanti e generali, nonché le sue origini, più dirette, dalla «*procédure participative*» francese, si rinvia all'ampia letteratura in materia ed in particolare a C. CONSOLO, *Un d.l. processuale in bianco e nerofumo sull'equivoco della «degiurisdizionalizzazione»*, in *Corriere giur.*, 2014, 1173 ss.; D. BORGHESI, *La delocalizzazione del contenzioso civile: sulla giustizia sventola bandiera bianca?*, in <www.judicium.it>, 5 dicembre 2014; A. BRIGUGLIO, *Nuovi ritocchi in vista per il processo civile: mini-riforma ad iniziativa governativa, con promessa di fare (si confida su altri e più utili versanti) sul serio*, in <www.giustiziacivile.com>; L. D'AGOSTO, S. CRISCUOLO, *Prime note sulle «misure urgenti di degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile» (commento al d.l. 12 settembre 2014 n. 132)*, in <www.ilcaso.it>; A. CARRATTA, P. D'ASCOLA, *Nuove riforme per il processo civile: il d.l. 132/14*, in <www.treccani.it/magazine/diritto>; M. GRADI, *Inefficienza della giustizia civile e «fuga dal processo». Commento del d.l. 132/14, convertito in l. 162/14*, Messina, 2014, 83 ss.; S. CHIARLONI, *Minime riflessioni critiche su trasferimento in arbitrato e negoziazione assistita*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 221 ss.; G. TRISORIO LIUZZI, *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, 1 ss.; D. DALFINO, *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati, tra collaborative law e procédure participative*, in *Foro.it*, 2015, V, 28; M. C. GIORGETTI, *Negoziazione assistita*, Milano, 2015; F. VALERINI, *La negoziazione assistita*, in F.P. LUISO (a cura di), *Processo civile efficiente e riduzione arretrato*, Torino, 2014, 13 ss.; A. GRAZIOSI, *Mediaconciliazione e negoziazione assistita: limiti o incentivi alla deflazione del contenzioso civile?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 37 ss. V. ora il lavoro monografico di C. ASPRELLA, *La negoziazione assistita*, Milano, 2024.

e contribuisce a realizzare, se non già una vera e propria «giurisdizione forense (giacché il sintagma è per sua natura ossimorico), quanto meno una forma di *giustizia complementare* realizzata attraverso il costruttivo apporto degli avvocati» ⁽²⁾.

Affidandosi agli avvocati, quali protagonisti assoluti della procedura, e alla loro prestazione professionale, sull'indefettibile presupposto dei doveri di buona fede e lealtà incombenti sui medesimi per risolvere in via amichevole la controversia intercorrente tra i loro assistiti – requisiti che da sempre rappresentano l'essenza stessa della negoziazione assistita, giusto l'art. 2 del d.l. 12 settembre 2014, n. 132 – la riforma Cartabia effettua, così, un passo ancora più lungo, prevedendo all'art. 2 *bis* di nuovo conio per effetto del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, che la convenzione di negoziazione possa precisare: a) la possibilità di acquisire dichiarazioni di terzi su fatti rilevanti in relazione all'oggetto della controversia; b) la possibilità di acquisire dalla controparte la verità di fatti ad essa sfavorevoli e favorevoli alla parte nel cui interesse sono richieste.

Si tratta di due innovazioni che trovano specifico sviluppo rispettivamente nell'art. 4 *bis* rubricato «Acquisizione di dichiarazioni» e nell'art. 4 *ter* rubricato «Dichiarazioni confessorie», in cui il legislatore cerca di dare corpo alla previa disposizione di carattere generale specificamente dedicata al contenuto della convenzione di negoziazione.

La finalità principale di queste norme, che consentono sostanzialmente alle parti di svolgere attività istruttoria nell'ambito della negoziazione assistita, è innegabilmente quella di metterle in condizione di acquisire tutti gli elementi che possano condurre, nel miglior modo, alla composizione della lite. E se la normativa prevede

⁽²⁾ V. la Relazione illustrativa al d.lgs. 10 ottobre 2022, n.149 recante attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206 recante delega al governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata, in <ilprocessocivile.it>. La legge delega 206 del 2021 si esprimeva precisamente in termini di «istruzione stragiudiziale».

che i risultati di tale attività possano essere utilizzati in giudizio, tale possibilità non costituisce lo scopo principale dell'innovazione. Esso resta, infatti, l'accordo.

Pare pertanto di potersi affermare che i due «dispositivi» introducano nel nostro sistema forme embrionali di «prova» prima e indipendentemente dal processo.

È bene subito chiarire che l'adesione all'istruzione stragiudiziale configura un'opzione o facoltà per le parti le quali debbono esplicitamente accordarsi in tal senso in occasione della stesura della convenzione di negoziazione, con ogni necessario obbligo informativo degli avvocati in ordine alle conseguenze di una tale scelta. Si può dar luogo alla stessa, di conseguenza, solo qualora la convenzione espressamente lo preveda.

Su questa premessa, prima di passare alla disamina delle norme, paiono necessari alcuni chiarimenti che possono servire a collocare l'istituto medesimo nel suo corretto contesto giuridico, sociale ed economico. Se è vero infatti che, operandosi una forte semplificazione del tema, sarebbe forse anche possibile affermare che l'istruzione stragiudiziale è solo il «tassello» che mancava al modello italiano di negoziazione assistita per allinearsi alle equiparabili procedure di diritto collaborativo sia delle principali esperienze di *common law* che di *civil law*, un tale approccio non renderebbe giustizia alle ragioni profonde di una scelta legislativa che, certamente, mira a risultati ben più ambiziosi rispetto a quelli che possono ricavarsi dalla semplice lettura del dato normativo; risultati il cui raggiungimento passa attraverso un vero e proprio mutamento, se non una rivoluzione, culturale nell'ambito della gestione delle controversie civili.

Posto che l'accostarsi ad un nuovo istituto impone sempre, a monte, indagini di ampio respiro per tracciarne una chiara visione d'insieme, il nuovo «strumento», al di là della sua collocazione in un procedimento di risoluzione alternativa delle controversie, sembra infatti davvero lambire anche alcuni dei principali temi e snodi problematici dell'odierno processo civile.

Non a caso alcuni primi autorevoli commentatori avevano ritenuto che esso avrebbe meritato una collocazione anche nel processo e non solamente al di fuori di esso ⁽³⁾.

Al centro di qualsivoglia prospettiva, il riferimento centrale è il nuovo ruolo, il valore e l'etica dell'avvocato nella gestione delle controversie. Il tutto in un contesto che pone al centro del moderno sistema di giustizia civile i metodi alternativi di risoluzione delle controversie, da leggersi peraltro non in termini di contrapposizione o di «concorrenza» bensì in un costante rapporto di cooperazione e dialogo tra di essi. Si pensi alla mediazione in materia di procedimenti familiari che non è di per sé suscettibile di produrre un accordo definitorio di una controversia di separazione, divorzio o modifica delle condizioni di separazione ma che eventualmente necessita che l'accordo ivi auspicabilmente raggiunto sia trasfuso in un accordo di negoziazione assistita.

Si pensi, con diversi presupposti, all'alternatività pensata dal legislatore tra la mediazione e l'art. 696 *bis* c.p.c., norma anche con funzione conciliativa, come condizione di procedibilità nel contenzioso sanitario. Si pensi, ancora, alla giurisprudenza che in ipotesi di condizione di procedibilità di uno strumento considera soddisfatta la condizione di procedibilità dopo l'esperimento del diverso strumento alternativo ⁽⁴⁾.

⁽³⁾ V. A. DONDI, V. ANSANELLI, *Istruzione stragiudiziale e discovery nei recenti «interventi per l'efficienza del processo civile»*. Qualche rapida impressione, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 760.

⁽⁴⁾ V. da ultimo, Trib. Termini Imerese, 12 settembre 2024, in <www.ilcaso.it>. La riforma Cartabia, nell'ambito degli interventi volti a garantire effettività all'accesso alla giustizia, da intendersi come garanzia di tutela dei diritti, celerità del processo, contenimento dei costi per i cittadini e le imprese, dedica, come ben noto, ampia attenzione agli strumenti stragiudiziali di risoluzioni delle controversie, affermando che intervenire sulla complementarità e la coesistenza delle due vie, giudiziale stragiudiziale, significa ampliare la risposta di giustizia a beneficio degli interessati e della società intera. L'indicazione è quella per cui la delega giudiziale si attiva dopo aver percorso la strada del confronto, del dialogo generativo di soluzioni, cui deve accompagnarsi una profonda innovazione culturale che passa dalla formazione universitaria a quella professionale capace di accogliere e sostenere il

Questi concetti non sono nuovi. Mauro Cappelletti, lo aveva affermato in *Access to justice* ⁽⁵⁾, facendo riferimento ad una galassia continuamente in movimento di strumenti e tecniche (*l'access to justice approach*) intesi a semplificare le procedure e/o a creare alternative alla giustizia delle corti; strumenti tutti utili in funzione dell'accesso pur nella consapevolezza che possono comportare un approccio diverso al tema delle garanzie.

Se oggi il sistema di giustizia civile si presenta con una forma del tutto nuova, le recenti norme in tema di istruzione stragiudiziale in commento vanno certamente nella direzione di un efficientamento del sistema nel suo complesso.

2. *Le procedure collaborative «fuori dal» e «dentro» il processo nell'esperienza statunitense e francese.* – Le manifestazioni di diritto e pratica collaborativa più consolidate risalgono agli Stati Uniti, in cui si sono diffuse trovando una notevole fortuna su impulso originario dell'avvocato matrimonialista Stuart Webb, il quale, dopo una ultraventennale esperienza professionale nell'assistenza giudiziale dei propri clienti in cause civili e soprattutto matrimoniali, si è avvicinato alle tecniche di mediazione e ad altre *Alternative Dispute Resolution*, maturando la convinzione che le migliori condizioni per la risoluzione di una lite si verificano in un contesto non conflittuale

cambiamento. Il legislatore promuove tali obiettivi attraverso la valorizzazione della pratica dell'autonomia privata conciliativa assistita da professionisti competenti. Solo un sistema di qualità orientato alla prevenzione e alla gestione coesistenziale dei conflitti che precede o si accompagna alla giurisdizione rende sostenibile il sistema della giustizia civile mediante il riequilibrio del rapporto tra domanda e offerta. Si evoca così il concetto di sostenibilità della giustizia che porta con sé anche quello di analisi economica del processo, da tempo esplorata soprattutto negli ordinamenti di *common law*. Su questi temi, da ultimo, v. complessivamente P. LUCARELLI (a cura di), *Giustizia sostenibile. Sfide organizzative e tecnologiche per una nuova professionalità*, Firenze, 2023, in accesso aperto al seguente indirizzo <www.fupress.com>.

⁽⁵⁾ M. CAPPELLETTI (gen. ed.), *Access to justice*, vol. IV, Milano, 1978-1979.

e non contenzioso, nel quale le parti e i rispettivi difensori siano guidati dall'obiettivo di raggiungere un accordo.

Il tratto caratteristico del modello statunitense della *collaborative practice* è rappresentato dall'impegno degli avvocati a rinunciare al mandato qualora la conciliazione fallisca e si debba procedere per via giudiziale, il che incentiva i professionisti ad impiegare al massimo le proprie forze ed energie al fine del raggiungimento dell'accordo. Inoltre, occorre l'espressa volontà delle parti di ricercare, con ogni impegno possibile, una soluzione del conflitto senza coinvolgimento del giudice.

Nel 2010 ha visto la luce la versione finale dello *Uniform Collaborative Law Act (UCLA)* il quale regola l'uso del diritto collaborativo. Tra queste, si definisce il *Collaborative Law Participation Agreement*, vale a dire l'intesa con cui le parti decidono di sottoporre la controversia ad un percorso di diritto collaborativo, ed il *Collaborative Law Process*, vale a dire la procedura finalizzata a risolvere la controversia senza il ricorso al giudice. Ne emerge la definizione di *collaborative lawyer*, qual è l'avvocato che rappresenta la parte nella procedura collaborativa, e del *collaborative matter*, ossia l'oggetto della controversia sottoposta alla procedura ⁽⁶⁾.

⁽⁶⁾ Quanto al *Collaborative Law Participation Agreement*, l'accordo deve risultare da un documento scritto e firmato dalle parti, le quali esprimono la loro volontà di risolvere la controversia per mezzo di una procedura collaborativa. Nell'accordo devono essere indicati anche gli avvocati di ciascuna delle parti, i quali forniscono una personale dichiarazione di conferma dell'accettazione dell'incarico. L'inizio della procedura coincide con la sottoscrizione dell'accordo, e la sua conclusione può essere dovuta a diverse circostanze, classificabili in *conclusion* o *termination*. La conclusione della procedura può conseguire dalla effettiva definizione amichevole della controversia, certificabile con la sottoscrizione del documento che ne contiene le indicazioni, ovvero dalla definizione parziale della *collaborative matter*, laddove le parti concordino di non proseguire il procedimento per le altre questioni originariamente determinate nel *participation agreement*.

Si può invece avere risoluzione della procedura nei casi in cui una parte comunichi di volerla interrompere, e ciò può avvenire anche senza giusta causa; nel caso in cui una delle parti che hanno sottoscritto l'accordo avvii, in qualunque forma, una iniziativa giudiziaria connessa al *collaborative matter*; nei casi di revoca dell'incarico all'avvocato o in caso di sua rinuncia, salvo che non intervenga la

Per quanto di nostro diretto interesse, il cuore della procedura medesima è rappresentato dalle modalità di assunzione delle «in-

tempestiva nomina di un altro difensore, il quale deve ratificare per iscritto la perdurante validità dell'accordo. Si può inoltre ricorrere alla procedura collaborativa anche nei casi in cui vi sia già un giudizio in corso; in tal caso, l'organo giudicante deve essere tempestivamente informato sia della sottoscrizione dell'accordo, che costituisce motivo di sospensione del giudizio, sia della relativa conclusione; è facoltà della corte richiedere alle parti ed ai relativi difensori uno *status report*, vale a dire una relazione sull'andamento della procedura, la quale è tuttavia limitata a informazioni di tipo formale sul fatto che la procedura sia ancora in corso o si sia conclusa. Vi è infatti espressa esclusione circa notizie, informazioni, valutazioni riguardanti la procedura in sé e l'andamento della vicenda che ne forma oggetto. Il dato rimarchevole è che in questo procedimento di tipo collaborativo è sempre ammesso il ricorso al giudice al fine di ottenere provvedimenti urgenti riguardanti la salute, la sicurezza, il benessere o l'interesse di una delle parti o di membro della propria famiglia coinvolti nella vicenda, ovvero al fine di far «ratificare» (diremmo omologare) l'accordo raggiunto all'esito della procedura collaborativa.

L'*Uniform Collaborative Law Act* (UCLA) dedica inoltre particolare attenzione alla disciplina dell'incompatibilità del *collaborative lawyer*, il quale, salvo eccezioni, non può patrocinare la parte nelle successive vicende giudiziali che riguardino il *collaborative matter* o questioni ad esso correlate. L'incompatibilità è estesa agli avvocati appartenenti alla stessa struttura professionale di cui fa parte il *collaborative lawyer* ma non opera quando si tratti di ottenere dal Tribunale l'approvazione dell'accordo risultante dall'esito della procedura, ovvero quando sia necessario chiedere un provvedimento urgente. Sono poi previste deroghe all'incompatibilità qualora la parte si trovi nella posizione di poter beneficiare dell'assistenza legale gratuita. Sul fenomeno e le sue origini sulla base dei dettati dell'UCLA, v. G. COSÌ, *Sistemi alternativi di soluzione delle controversie: intorno all'esperienza americana*, Siena, 2003; D. DALFINO, *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati, tra collaborative law e procédures participative*, in *Foro it.*, 2015, 28 ss.; P. DALLA VALLE, A. D'IPPOLITO, *La negoziazione assistita nella crisi coniugale: autonomia privata e controllo del P.M. dopo il D.L. 132 del 2014*, Milano, 2015; G.A. PARINI, *La negoziazione assistita da avvocati. Tecniche e linee evolutive della autonomia privata*, Torino, 2017, 76 ss. Nella letteratura straniera v. S.R. ABNEY, *Avoiding Litigation: A Guide to Civil Collaborative Law*, Trafford Publishing, 2006; L.R. MAXWELL, JR., *The development of collaborative law*, in *Alternative Res.* (Summer/Fall 2007), 22 ss.; J. LANDE, *Principles for Policymaking about Collaborative Law and Other ADR Processes*, in *Ohio State J. on Disp. Resol.*, 2007, 619; N. LEVINE TRUSCH, *Texas Leads the Way in Collaborative Law*, in *Alternative Res.*, 2006; C. FAIRMAN, *A Proposed Model Rule for Collaborative Law*, in *Ohio State J. on Disp. Resol.*, 2005, 73; L. SPAIN, *Collaborative Law: A Critical Reflection on Whether a Collaborative Orientation Can Be Ethically Incorporated into the Practice of Law*, in *Baylor L. Rev.*, 2004, 141.

formazioni» relative alla vicenda oggetto della procedura partecipativa, in particolare il loro scambio, la loro circolazione ed il loro uso. È previsto, infatti, che ciascuna delle parti, qualora l'altra lo richieda, debba fornire le dovute informazioni in modo tempestivo e trasparente. Si tratta, tuttavia, evidentemente, di una *informal disclosure*, cioè di informativa confidenziale e non già di una *formal discovery* ⁽⁷⁾ – utilizzata invece in ambito processuale per l'acquisizione delle informazioni rilevanti per la lite –, da cui conseguono rigorosi limiti per quel che riguarda l'eventuale successiva divulgabilità e utilizzabilità in giudizio. Infatti, tutte le dichiarazioni rese durante lo svolgimento della procedura collaborativa, sia verbali che per iscritto, sono coperte da segreto e non possono essere perciò divulgate; non sono ammissibili come prove in giudizio e le parti ed i rispettivi difensori non possono essere chiamati a deporre o comunque compiere atti di divulgazione sul loro contenuto, salvo espressa dichiarazione resa nel corso del processo in cui esse debbano essere acquisite, oltre che per effetto di un accordo liberatorio sottoscritto dalla totalità delle parti nell'originario *agreement*.

Il divieto di divulgazione non opera, tuttavia, quando la dichiarazione resa nel corso della procedura collaborativa rappresenti minaccia di un reato ovvero sia intenzionalmente utilizzata per tentare di commettere o commettere un reato, ovvero per nascondere uno in atto.

Il giudice, infine, limitatamente ad alcuni processi, a sua discrezione può sempre ammettere come prova la dichiarazione resa nel corso del procedimento collaborativo quando sia appurato che de-

⁽⁷⁾ Sul «fenomeno» della *pre-trial discovery statunitense*, limitatamente ai suoi profili essenziali e originari, considerata la vastità dell'istituto ed i suoi contorni, mi permetto di rinviare al nostro *Esibizione di documenti e discovery*, Torino, 2004.

terminati fatti non siano suscettibili di essere provati in altro modo e che, nel caso concreto, l'interesse all'acquisizione della prova sia prevalente rispetto a quello della riservatezza del procedimento.

Nonostante il collegamento forte con la società statunitense, il diritto collaborativo ha finito inevitabilmente per suggestionare anche gli ordinamenti di *civil law*. L'esperienza francese ne rappresenta una efficace dimostrazione sotto ogni più qualificante profilo. La *procédure collaborative*, a cui si fanno peraltro specificamente risalire le origini della nostra negoziazione assistita, è stata introdotta nel sistema francese dall'art. 37 della *loi* n. 1609 del 22 dicembre 2010, «relativa all'esecuzione delle decisioni giudiziarie, alle condizioni di esercizio di alcune professioni regolamentate e agli esperti giudiziari» ed è entrata in vigore il 23 gennaio 2012 a seguito dell'emanazione del decreto attuativo 20 gennaio 2012, n. 66.

Al pari della mediazione e differenza di quel che è accaduto nel nostro ordinamento, la disciplina francese è stata inserita in parte nel codice civile (artt. 2062-2068 *Code civil*), per ciò che concerne la nozione, l'ambito di applicazione e ogni altro aspetto di carattere sostanziale, e in parte nel codice di procedura civile (oggi agli artt. 1542 ss.), per ciò che riguarda lo svolgimento del procedimento ed i suoi possibili esiti.

Secondo il disposto dell'art. 2062, 1° comma, *Code civil*, la convenzione partecipativa è una convenzione per mezzo della quale le parti di una lite che non è stata ancora deferita ad un giudice o ad un arbitro si impegnano ad operare congiuntamente e in buona fede al fine di risolvere in modo amichevole la controversia con l'assistenza obbligatoria ed esclusiva di un avvocato, con ciò rievocando la disciplina italiana della convenzione di negoziazione assistita – che in effetti su di essa si ricalca – distanziandosene però da taluni aspetti di immediato rilievo. Anzitutto, diremmo, quello per cui, secondo il disposto degli artt. 2066 *Code civil* e 1556 *Code de procédure civile*, l'accordo, anche parziale, raggiunto dalle parti può essere sottoposto al giudice per l'omologazione dello stesso. La

procedura mantiene pertanto, in qualche modo, un *legame* con la giurisdizione ⁽⁸⁾.

⁽⁸⁾ L'ambito generale di applicazione dell'istituto è delineato dall'art. 2064 *Code de civil*, secondo cui la procedura può essere utilizzata da «chiunque» (*toute personne*), per controversie che abbiano ad oggetto diritti disponibili, con esclusione di quelle che riguardino contratti di lavoro. La convenzione deve essere redatta in forma scritta a pena di nullità (art. 2063 *Code de civil*) e indicare i dati relativi all'identificazione delle parti e dei loro avvocati, nonché ogni elemento utile all'individuazione dell'oggetto della lite, i documenti e le informazioni necessari. Ogni successiva comunicazione avviene sempre tra avvocati, secondo le modalità stabilite dalla convenzione e comunque con mezzi appropriati (art. 1545 *Code de procédure civil*). La convenzione può prevedere la sospensione del periodo di prescrizione durante il corso della procedura partecipativa, salvo che per le materie nelle quali tali accordi sono esclusi dalla legge richiamata. L'esperimento della procedura funziona come condizione di procedibilità della domanda giudiziale, a meno che una delle parti venga meno all'impegno assunto con la convenzione ovvero siano richieste, in caso di urgenza, misure provvisorie o conservative (art. 2065 *Code de civil*). Ai sensi degli art. 2066 *Code de civil* e 1556 *Code de procédure civil*, l'accordo (eventualmente parziale ai sensi degli artt. 1546 e 1555 *Code de procédure civil*) raggiunto dalle parti può essere sottoposto al giudice per l'omologazione. La domanda di omologazione, accompagnata, a pena di irricevibilità, dalla convenzione di procedura partecipativa, è presentata su richiesta della parte più diligente o di tutte le parti. Sulla domanda di omologazione, allo stesso modo che per gli accordi conclusi a seguito di mediazione o conciliazione, il giudice provvede senza discussione, a meno che non ritenga necessario ascoltare le parti. Il provvedimento di rigetto dell'istanza di omologa è suscettibile di impugnazione. Qualora non si raggiunga alcun accordo, le parti tornano ad essere libere di adire il giudice competente, senza dover esperire alcun altro «filtro» di accesso alla giurisdizione (in particolare, senza essere obbligate a promuovere alcun preliminare tentativo di mediazione o conciliazione, neanche nei casi in cui questo sia previsto come condizione di procedibilità della domanda). Ai sensi dell'art. 1555 *Code de procédure civil*, la procedura convenzionale può infine cessare, oltre che per raggiungimento dell'accordo, anche a causa dell'infruttuoso decorso del termine previsto nella convenzione ovvero per effetto della risoluzione anticipata e per iscritto della convenzione stessa. Dato di interesse è che le parti possono anche far ricorso ad un consulente esperto, scelto e remunerato di comune accordo (art. 1547 *Code de procédure civil*), il quale, prima di accettare l'incarico, è tenuto a rivelare ogni circostanza suscettibile di mettere in discussione la propria indipendenza (art. 1548 *Code de procédure civil*). Il consulente è tenuto ad espletare le operazioni con coscienza, diligenza e imparzialità, rispettando il principio del contraddittorio (art. 1549 *Code de procédure civil*), sulla base della documentazione fornita e, se del caso, delle even-

Si tratta di un dato che non indebolisce la procedura ma che garantisce, piuttosto, la possibilità di un controllo esterno sulla medesima favorendo il ricorso alla stessa.

Al pari delle procedure collaborative sperimentate nel sistema nordamericano, la convenzione deve indicare, oltre ai dati relativi all'identificazione delle parti e dei loro avvocati, anche ogni elemento utile all'individuazione dell'oggetto della lite, i documenti e le informazioni necessari, con ciò intendendosi come il gioco debba svolgersi «a carte scoperte» e prevedendo pertanto forme, diremmo, di *disclosure*.

Ma il sistema francese fa un passo ulteriore. Nel 2021 entra infatti in vigore, nel sistema del processo civile, la *procedure participative aux fins de mise en état* di cui all'attuale artt. 1546-1 del *Code de procédure civile*, introdotto per effetto del *décret* n. 892 del 2017.

Tra i mezzi alternativi alla giurisdizione spicca così, in tempi recenti, la possibilità per le parti già coinvolte in un procedimento giurisdizionale di svolgerne esse stesse l'attività istruttoria mediante la stipula di una *convention de procédure participative aux fins de la mise en état* rimessa alla loro volontà e gestita dai loro avvocati. L'attività istruttoria viene, così diremmo, «scollata» dal processo dopo la fase di preparazione della causa, e la raccolta delle prove delegata alle parti – con tecniche non precisamente individuate dal le-

tuali ulteriori richieste presentate dalle parti (artt. 1550 e 1551 *Code de procédure civile*). Ai sensi dell'art. 1551 *Code de procédure civile*, qualunque terzo interessato può intervenire nel corso delle operazioni peritali, ma a tal fine è necessario che sussista il consenso delle parti e del tecnico. Al termine delle operazioni l'esperto è tenuto a redigere una relazione scritta da sottoporre alle parti e al terzo interventore, nella quale deve dare atto delle eventuali osservazioni presentate (artt. 1553 e 1554 *Code de procédure civile*). La relazione può essere prodotta nell'eventuale successivo giudizio instaurato in caso di fallimento della procedura. In ordine alla medesima, anche per la suesposta ricostruzione dell'istituto ricavata dall'esegesi normativa nel combinato disposto tra *Code civil* e *Code de procédure civile* v. D. DALFINO, *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati, tra collaborative law e procédure participative*, cit., 31-32. Su tale procedimento in materia familiare v. V. EGÉA, *Il divorzio consensuale senza giudice nel diritto francese*, in C. BESSO, M. LUPANO (a cura di), *Separarsi e divorziare senza giudice*, 2018, 61 ss.

gislatore ma rimesse all'accordo delle parti medesime – per il tramite dei loro avvocati e rimessa al loro totale controllo. L'istruttoria, solo poi ed eventualmente, viene (ri)trasferita nel processo, mettendo il giudice in condizione di decidere la causa sulla base della stessa senza impegnarlo nell'attività di assunzione delle prove.

Ovviamente, il vero scopo dell'istituto è che il risultato dell'istruzione probatoria riesca a convincere le parti in ordine all'opportunità di addivenire ad un accordo sul merito della causa e «non far ritorno» nel processo.

Di qui la natura *ADR* della procedura partecipativa *de mise en état*, data la sua funzione deflattiva del contenzioso.

Se, pertanto, l'obiettivo iniziale della «*procedure participative*» era quello di consentire alle parti di raggiungere un accordo prima del ricorso al giudice, il suo campo di applicazione è stato esteso dalla legge n. 2016-1547 del 18 novembre 2016 e dal decreto n. 2017-892 del 6 maggio 2017 per renderlo anche uno strumento di «istruttoria convenzionale» (come poi implementato e modificato dalla legge n. 2019-222 del 23 marzo 2019 e dal decreto n. 2019-1333 del 11 dicembre 2019) tanto da ridisegnare il contenuto dell'art. 2063 *Code civil* ⁽⁹⁾.

Per qualunque procedimento e davanti ad ogni giurisdizione, sin dalla prima udienza (*audience d'orientation*) essa consente così alle parti di «riappropriarsi» della loro controversia, apportando anche una migliore prevedibilità dei costi del giudizio in quanto le fasi e il calendario della procedura sono controllati dagli avvocati medesimi.

Quando le parti dimostrino di aver stipulato un accordo sull'istruzione della controversia, il giudice può, su loro richiesta, fissare una data per l'udienza di chiusura del giudizio e la discussio-

⁽⁹⁾ Esso ora così recita: «*La convention de procédure participative est, à peine de nullité, contenue dans un écrit qui précise: 1° Son terme; 2° L'objet du différend; 3° Les pièces et informations nécessaires à la résolution du différend ou à la mise en état du litige et les modalités de leur échange. 4° Le cas échéant, les actes contresignés par avocats que les parties s'accordent à établir, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat*».

ne orale, ordinando, in difetto, la cancellazione della causa dal ruolo. In caso di esito favorevole della «istruttoria convenzionale», le norme prevedono la fissazione di una data di udienza in tempi brevi, fatto di rilevante interesse in considerazione dei termini di rinvio delle udienze.

La procedura istruttoria partecipativa pare essere ritenuta oggi dalla classe forense un prezioso strumento procedurale per gli avvocati la cui pratica destinata a diffondersi ⁽¹⁰⁾.

⁽¹⁰⁾ È così che il titolo V del *Code de procédure civile* dedicato alla «*Résolution amiable des différends*» che ricomprende gli artt. da 1528 a 1571 *Code de procédure civil* (tra cui la mediazione), vede ora, giusta la modifica all'originario art. 1544 *Code de procédure civil* che contemplava solo l'originaria, diremmo, «convenzione di negoziazione», la possibilità che la convenzione stessa preveda che la procedura collaborativa possa sfociare sì in un accordo che metta fine alla controversia che oppone le parti, ma anche alla *mise en état* della lite, vale a dire all'istruzione della causa. L'art. 1545 *Code proc. civ.*, come modificato dal décret n° 2020-1717 del 28 dicembre 2020 — art. 181, stabilisce che oltre a quanto previsto dall'art. 2063 *Code civil*, la *convention de procédure participative* deve contenere i nomi, cognomi, ed indirizzo delle parti e dei loro avvocati, stabilendo che la comunicazione (o scambio) delle pretese e degli elementi in fatto e in diritto, dei documenti e le informazioni tra le parti debbano svolgersi per il tramite dei loro avvocati, secondo le modalità previste dalla convenzione, i quali li portano alla conoscenza degli interessati con tutti i mezzi che si rivelino più appropriati. Nel caso di produzione documentale, è poi richiesto il rilascio di un *bordereau*, vale a dire una distinta di consegna. La convenzione stabilisce anche in ordine alle spese che, in assenza di previsione, sono equamente divise tra le parti.

Precisamente, le *Dispositions relatives à la procédure participative aux fins de mise en état* sono contenute nell'art. 1546-1. Secondo la stessa, come modificata dal décret n°2021-1322 del 11 ottobre 2021 — art. 4, le parti possono concludere una convenzione di procedura partecipativa finalizzata all'istruzione della lite in ogni stato del procedimento («*Les parties peuvent conclure une convention de procédure participative aux fins de mise en état à tout moment de l'instance*»). Le parti hanno in ogni momento la possibilità di rinunciare espressamente ad avvalersi di tutte le eccezioni di inammissibilità, delle eccezioni processuali, ad eccezione di quelle sopravvenute o manifestatesi successivamente alla firma della convenzione di procedura partecipativa («*Les parties ont, à tout moment, la possibilité de renoncer expressément à se prévaloir de toute fin de non-recevoir, de toute exception de procédure et des dispositions de l'article 47, à l'exception de celles qui surviennent ou sont révélées postérieurement à la signature de la convention de procédure participative*»). Quando le parti provino di aver concluso una tale convenzione, il giu-

Tale scelta si iscrive nell'ambizioso disegno dell'ultimo legislatore francese di favorire il ricorso ai metodi alternativi di risoluzione delle controversie in tutti gli stadi del procedimento, conformemente alle indicazioni della *loi n. 2019-222 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice* (L.P.J.), la quale costituisce il risultato di vari anni di studio diretti a un ripensamento complessivo del sistema, anche giudiziario, nell'ottica di un miglioramento dei tempi e della qualità della giustizia intesa, nel suo complesso, anche a ricomprendere i metodi ADR. Nessun «ingranaggio» può essere lasciato al caso o considerato strumento isolato o a sé stante.

3. *La negoziazione assistita da avvocati nel modello italiano e il disegno strutturale delle nuove norme in tema di «istruzione stragiudiziale»*. – E veniamo, dopo una lunga ma necessaria premessa, al cuore del problema di cui abbiamo inteso occuparci, vale dire all'esame di quel nucleo di nuove disposizioni che interessano oggi la procedura di negoziazione assistita da avvocati dopo la riforma della giustizia civile attuata con il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 che, non a caso, reca nella sua rubrica non solo il riferimento alle disposizioni per l'efficienza del processo civile ma anche la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie a far parte, per così dire, di un *unicum* in cui l'uno vive solo con e per effetto degli altri (oltre alle misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti familiari); ciò sul presupposto, emergente inequivocabilmente dall'impianto complessivo della riforma medesima, che la lite deve essere risolta senza ricorrere al processo nel

dice può, dietro loro richiesta, fissare la data di udienza di chiusura dell'istruzione e la data dell'udienza di conclusioni, e rinvia l'esame della causa alla prima delle udienze citate. In mancanza il giudice ordina la cancellazione della causa dal ruolo (*«Lorsque les parties et leurs avocats justifient avoir conclu une convention de procédure participative aux fins de mise en état, le juge peut, à leur demande, fixer la date de l'audience de clôture de l'Instruction et la date de l'audience de plaidoiries. Il renvoie l'examen de l'affaire à la première audience précitée. A défaut de demande en ce sens, le juge ordonne le retrait du rôle»*).

maggior numero possibile di casi e, quando ciò sia inevitabile, deve essere incoraggiato il raggiungimento di un accordo bonario nello stadio più avanzato.

Si diceva in apertura che per effetto della riforma Cartabia la convenzione di negoziazione può prevedere la possibilità per le parti, tramite i loro avvocati, di acquisire negli studi legali o presso i locali del Consiglio dell'Ordine dichiarazioni di terzi su fatti rilevanti in relazione all'oggetto della controversia nonché di acquisire dalla controparte la verità di fatti sfavorevoli al richiedente e favorevoli alla parte nel cui interesse sono domandate.

Circa l'acquisizione delle informazioni, l'art. 4 *bis* stabilisce che ciascun avvocato può invitare un terzo a rendere dichiarazioni su fatti specificamente individuati e rilevanti in relazione all'oggetto della controversia, presso il suo studio professionale o presso il Consiglio dell'Ordine degli avvocati, in presenza degli avvocati che assistono le altre parti. L'«informatore», così è denominato il chiamato a rendere la dichiarazione, previa identificazione, è invitato a dichiarare se abbia rapporti di parentela o di natura personale e professionale con alcuna delle parti o se abbia un interesse nella causa ed è altresì preliminarmente avvisato della qualifica dei soggetti dinanzi ai quali rende le dichiarazioni e dello scopo della loro acquisizione; della facoltà di non rendere dichiarazioni; della facoltà di astenersi ai sensi dell'art. 249 c.p.c.; delle responsabilità penali conseguenti alle false dichiarazioni; del dovere di mantenere riservate le domande che gli sono rivolte e le risposte date; delle modalità di acquisizione e documentazioni delle dichiarazioni.

L'art. 4 *bis* al terzo comma specifica inoltre come non possa rendere dichiarazioni chi non abbia compiuto il 14° anno di età o che si trovi nella condizione prevista dall'art. 246 c.p.c., vale a dire che sia incapace a testimoniare avendo un interesse nella causa (*rectius*, qui, diremmo nella controversia e nell'eventuale futuro giudizio).

Ogni domanda rivolta all'informatore e le dichiarazioni da lui rese sono verbalizzate in un documento, redatto dagli avvocati, che contiene l'indicazione del luogo e della data in cui sono acquisite le dichiarazioni, le generalità dell'informatore e degli avvocati e l'attestazione che sono stati rivolti gli avvertimenti di cui al secondo comma. Il documento, previa integrale lettura, è sottoscritto dall'informatore e dagli avvocati e all'informatore e a ciascuna parte è consegnato un originale.

Il dato di vero rilievo, per le conseguenze che il procedimento negoziale può avere nel futuro giudizio qualora la negoziazione fallisca, è che il documento, *rectius* il verbale contenente le domande e le dichiarazioni, fa piena prova di quanto gli avvocati attestano essere avvenuto il loro presenza, con assimilazione dello stesso alle prove documentali ed al valore di prova legale ai sensi degli artt. 2700 ss. c.c. e con conferimento, pertanto, agli avvocati, della qualità non solo di certificatori ma anche di pubblici ufficiali. Il documento può essere prodotto nel giudizio dalle parti della convenzione di negoziazione assistita ed è valutato dal giudice ai sensi dell'art. 116, 1° comma, c.p.c., vale a dire secondo il suo prudente apprezzamento. Il giudice, poi, può sempre disporre che l'informatore sia escusso come testimone.

Dalla normativa pare possibile evincere pertanto che, qualora la negoziazione si perfezioni con un accordo, il verbale è assimilato ad una prova documentale relativamente alla sua efficacia probatoria di prova legale. Una volta trasfuso nel processo, ferma l'efficacia di prova legale relativamente all'estrinseco, il contenuto intrinseco del documento viene valutato dal giudice in base al suo prudente apprezzamento. Il giudice, di conseguenza, ha la possibilità di esprimere – sia pure in forma tacita – un giudizio di irrilevanza ai fini del processo, di non attendibilità della testimonianza ritenendo ad esempio la prova testimoniale illecita o illecitamente raccolta (per es. violando regole basilari dell'attività di negoziazione assistita), oppure ritenerla legittima ma non suf-

ficientemente attendibile, disponendone così la rinnovazione in fase istruttoria.

Ai sensi del 7° comma, quando l'informatore non si presenti o si rifiuti di rendere dichiarazioni e la negoziazione sia conclusa senza accordo, la parte che ritiene necessaria la sua deposizione può chiedere che ne sia ordinata l'audizione davanti al giudice, applicandosi, in quanto compatibili, gli artt. 693, 694, 695, 697, 698, 699 c.p.c., ovvero le disposizioni di carattere procedimentale che regolano l'istruzione preventiva. Il richiamo è meramente relativo alle modalità procedurali, dovendosi ritenere qui difettare il presupposto dell'urgenza.

L'art. 4 *ter* disciplina invece le cosiddette «dichiarazioni confessorie», stabilendo che quando la convenzione di negoziazione assistita lo preveda, ciascun avvocato può invitare la controparte a rendere per iscritto dichiarazioni su fatti specificamente individuati e rilevanti in relazione all'oggetto della controversia, ad esse sfavorevoli e favorevoli alla parte nel cui interesse sono state richieste. Le nuove norme stabiliscono che la dichiarazione è resa e sottoscritta dalla parte e dall'avvocato che l'assiste anche ai fini della certificazione dell'autografia, con espresso conferimento agli avvocati del ruolo di certificatori. Anche qui è previsto che il documento contenente la dichiarazione faccia piena prova di quanto l'avvocato attesti essere avvenuto in sua presenza e può essere prodotto nel giudizio iniziato successivamente dalle parti.

Tale documento ha l'efficacia ed è soggetto ai limiti previsti dall'art. 2735 c.c., vale a dire la confessione stragiudiziale che, come noto, se fatta alla parte o a chi la rappresenta, ha la stessa efficacia probatoria di quella giudiziale ⁽¹¹⁾.

Nell'eventuale processo che sia instaurato successivamente al fallimento della negoziazione, il documento contenente le dichiarazioni fa pertanto piena prova contro colui che l'ha fatta, purché non verta su fatti relativi a diritti indisponibili (il che peraltro

⁽¹¹⁾ V. ANDRIOLI, voce *Confessione (Diritto processuale civile)*, in *Nov.mo Dig. it.*, vol. IV, Torino, 1959, 10 ss.

escluderebbe una vasta gamma di dichiarazioni rese ad es. nel contenzioso familiare riguardante figli minorenni o portatori di handicap o maggiorenni non economicamente autosufficienti). La confessione stragiudiziale ha infatti efficacia di prova legale se resa alla controparte oppure ad un suo rappresentante, come nel caso di specie (mentre, al contrario, ha efficacia di prova libera se resa ad un terzo o contenuta in un testamento ai sensi dell'art. 2735, 1° comma, c.c.).

Ciò posto, v'è da chiedersi a quali limiti faccia riferimento il legislatore. Avrebbe infatti forse poco senso immaginare che si intendessero quelli previsti dal secondo comma dell'art. 2735 c.c. secondo cui la confessione stragiudiziale non può provarsi per testimoni se verta su un oggetto per il quale la prova testimoniale non sia ammessa dalla legge (art. 2721 ss. c.c.); salvo non volersi immaginare lo smarrimento o la distruzione del documento contenente le dichiarazioni, essendo ciò però piuttosto improbabile in quanto formatosi in seno alla negoziazione e tra i suoi atti custodito unitamente all'accordo (trasmesso peraltro oggi anche al Consiglio dell'Ordine degli avvocati che ne cura la conservazione in apposito archivio).

Il rifiuto ingiustificato di rendere dichiarazioni sui fatti di cui al 1° comma è valutato dal giudice ai fini delle spese del giudizio anche sensi dell'art. 96, 1°, 2° e 3° comma, c.p.c.

Circa le conseguenze del rifiuto ingiustificato a rendere dichiarazioni o di dichiarazioni false, il legislatore distingue così a seconda che la dichiarazione provenga dal terzo (nel sistema quindi dell'art. 4 *bis*) o dalle parti (nel sistema dell'art. 4 *ter*): nel primo caso si prevede infatti l'infrazione di sanzioni penali ai sensi del rinovellato art. 371 *ter* c.p., cui sono aggiunti, i seguenti commi: «Nelle ipotesi previste dall'articolo 4-*bis* del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dall'articolo 1, comma 1, della legge 10 novembre 2014, n. 162, chiunque, non essendosi avvalso della facoltà di cui al comma 2, lettere *b*) e *c*), del medesimo articolo, rende dichiarazioni false è punito con la pena prevista dal primo comma.

Il procedimento penale resta sospeso fino alla conclusione della procedura di negoziazione assistita nel corso della quale sono state acquisite le dichiarazioni ovvero fino a quando sia stata pronunciata sentenza di primo grado nel giudizio successivamente instaurato, nel quale una delle parti si sia avvalsa della facoltà di cui all'articolo 4-*bis*, comma 6, del decreto-legge n. 132 del 2014, convertito con modificazioni, dall'articolo 1, comma 1, della legge n. 162 del 2014, ovvero fino a quando tale giudizio sia dichiarato estinto».

Nel caso, invece, della parte, il rifiuto ingiustificato a rendere dichiarazioni comporta conseguenze processuali nel successivo giudizio, nel senso che il giudice può valutare negativamente il contegno della parte ai fini di una responsabilità aggravata *ex art. 96 c.p.c.* ⁽¹²⁾. Il profilo sanzionatorio, evidentemente ideato per conferire effettività al sistema, si inserisce nel quadro di quelle nuove disposizioni di carattere sanzionatorio-punitivo che l'attuale riforma della giu-

⁽¹²⁾ Come è stato giustamente sostenuto quando la riforma si trovava ancora allo stato di legge delega ma già si intravedevano le criticità della procedura (v. G. BASILICO, *Note sull'«attività di istruzione stragiudiziale» secondo la Riforma del processo civile*, in <www.giustiziacivile.com>), se è ragionevole la scelta normativa di predisporre delle sanzioni per la violazione delle regole fondamentali della descritta attività istruttoria, l'applicazione delle stesse «non andrà sempre *de plano*». Nel caso della sanzione penale per falsa dichiarazione, al di là della necessaria e specifica previsione normativa, sarà altrettanto necessaria anche la denuncia della parte nei confronti della quale la dichiarazione falsa sia stata resa e qui si potranno determinare, alternativamente, due situazioni:

a) che l'attività negoziale-conciliativa si concluda positivamente e quindi le parti trovino un accordo escludente il processo, malgrado la falsità delle dichiarazioni di una di esse: in tal caso potrebbe scemare l'interesse alla denuncia, in assenza di reale pregiudizio per la parte ad essa legittimata;

b) che la fase negoziale si concluda negativamente e le parti vadano in giudizio. In ogni caso, l'infrazione della sanzione potrà essere disposta solo dal giudice penale e previo processo, il quale, sempre in entrambi i casi, seguirà il suo percorso, senza provocare la sospensione di quello civile eventualmente già iniziato, se non altro perché il giudice potrebbe ritenere di fare a meno di quella dichiarazione-testimonianza, oppure disporre la rinnovazione e, nella nuova sede, il terzo riferire correttamente sui fatti». Su questi passaggi v. oggi C. ASPRELLA, *La negoziazione assistita*, cit., 144 ss. e L.R. LUONGO, *L'istruzione stragiudiziale nel procedimento di negoziazione assistita*, in <www.judicium.it>, 20.02.2024.

stizia civile per la prima volta introduce nel e fuori dal processo, quantomeno in modo macroscopico e stavolta davvero incisivo ⁽¹³⁾.

⁽¹³⁾ La riforma Cartabia detta infatti alcuni «principi» volti a rafforzare i doveri di leale collaborazione delle parti e dei terzi, che hanno suggerito interventi su quattro diversi articoli del codice di rito. Innanzitutto il legislatore è intervenuto sull'art. 96 c.p.c. che disciplina la responsabilità aggravata aggiungendovi un quarto comma con il quale è stato previsto che nei casi disciplinati dei commi precedenti, il giudice può comminare alla parte soccombente la sanzione pecuniaria, determinata in una somma di denaro non inferiore ad euro 500 e non superiore a euro 5.000, da versarsi in favore della cassa delle ammende, a compensazione del danno arrecato all'amministrazione della giustizia per inutile impiego di risorse speso nella gestione del processo. La disposizione, quindi, riconosce che, nei casi di responsabilità aggravata, l'amministrazione della giustizia è uno dei soggetti danneggiati. Questo aspetto rappresenta un elemento di novità nella disciplina della responsabilità aggravata, poiché entrambe le ipotesi previste dai commi precedenti individuano quale soggetto danneggiato la sola parte non soccombente. Il legislatore, quindi, non ha introdotto una ipotesi di responsabilità aggravata ulteriore, ma ha previsto che, nelle due ipotesi già contemplate dall'art. 96 c.p.c., il giudice possa comminare alla parte soccombente anche una sanzione pecuniaria a favore dell'erario. Ciò sul presupposto che la condotta di *abuso* rechi, comunque, pregiudizio all'amministrazione della giustizia per inutile impiego di risorse e speso nella gestione del processo. La finalità di rafforzare i doveri di leale collaborazione delle parti e dei terzi ha ispirato, altresì, la modifica degli artt. 118 e 210 c.p.c., mediante l'inserimento della previsione di conseguenze processuali e di sanzioni pecuniarie nei casi di rifiuto ingiustificato di eseguire un ordine di ispezione o cose comminate dal giudice nel corso dell'istruttoria e nei casi di rifiuto o inadempimento non giustificati di consentire l'ordine di esibizione. Il legislatore delegato ha introdotto nelle suindicate disposizioni la possibilità per il giudice di irrogare una sanzione pecuniaria di importo compreso fra euro 500 ed euro 3.000 da versarsi in favore della cassa delle ammende. Inoltre all'art. 210 c.p.c. è precisato che il giudice potrà desumere da tale inadempimento argomenti di prova ai sensi dell'art. 116, 2° comma, c.p.c. Il quinto comma infine prende in considerazione l'inadempimento del terzo, sanzionandolo con una sanzione pecuniaria dimezzata. Va notato che analoga sanzione era già prevista dall'ultimo comma dell'art. 118 c.p.c., per il caso in cui il terzo rifiutasse di eseguire l'ordine di ispezione disposto dal giudice, e la misura della pena pecuniaria era stata solo aggiornata per effetto della l. n. 69 del 2009. La sanzione non è tuttavia automatica, consentendosi sempre al giudice di valutare se l'inadempimento risulti giustificato. Sul problema delle sanzioni in caso di inosservanza dell'ordine di esibizione nella fase prodromica della riforma v., se si vuole, il nostro *L'attuazione degli ordini esibitori in una recente proposta di riforma del processo civile*, in *Studi senesi*, 2019, 210 ss. Per l'efficace sintesi dei provvedimenti

Non è qui difficile riecheggiare il meccanismo della *pre-trial discovery* statunitense per cui contrasterebbe in modo evidente con la sua immagine ufficiale la mancanza di rimedi atti a garantirne l'effettività.

4. «Istruzione stragiudiziale» e «prova prima del processo». – Al di là dei dubbi e dei profili interpretativi che le norme indubitabilmente presentano e già oggetto di commento critico allo stato di legge delega ⁽¹⁴⁾, dalla lettura della nuova normativa possono ricavarsi due indici essenziali: 1) questa attività di istruttoria stragiudiziale quantomeno riecheggia, se non espressamente richiama, alcuni meccanismi tipici della *pre-trial discovery* del processo civile statunitense, ciò a dire, a quanto sembrerebbe, *le oral depositions* e *le requests for*

sanzionatori nell'attuale riforma v. la Relazione n. 110 dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione del 1° dicembre 2022, 9 ss. A tale elenco deve aggiungersi la sanzione di cui all'art. 473 *bis*.18 c.p.c. in tema di inadempienza agli obblighi c.d. di *automatic disclosure* nel processo di famiglia, quella prevista dall'art. 283, 3° comma, c.p.c. in tema di sospensione dell'efficacia esecutiva o dell'esecuzione della sentenza impugnata in grado d'appello e, in tema di ADR, l'art. 12 *bis*, 2° e 3° comma, d. lgs. 4 marzo 2010, n. 28 riformato secondo cui quando la mediazione costituisce condizione di procedibilità, il giudice condanna la parte costituita che non ha partecipato al primo incontro senza giustificato motivo al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al doppio del contributo unificato dovuto per il giudizio. Nei casi di cui al secondo comma, con il provvedimento che definisce il giudizio, il giudice, se richiesto, può altresì condannare la parte soccombente che non ha partecipato alla mediazione, al pagamento in favore della controparte di una somma equitativamente determinata in misura non superiore nel massimo alle spese del giudizio maturate dopo la conclusione del procedimento di mediazione stesso. Sul delicato tema delle sanzioni nella riforma v. le considerazioni critiche di G. SCARSELLI, *I punti salienti dell'attuazione della riforma del processo civile di cui al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149*, in <giustiziainsieme.it>.

⁽¹⁴⁾ V. in particolare G. BASILICO, *Note sull'«attività di istruzione stragiudiziale» secondo la Riforma del processo civile*, cit.

admission; 2) di poi, la *circostanza* «affatto trascurabile» ⁽¹⁵⁾ se non, diremmo, centrale o di assoluto rilievo, per cui i risultati di tali attività possono essere utilizzati nel successivo eventuale giudizio avente ad oggetto l'accertamento degli stessi fatti e iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della procedura di negoziazione assistita, e i relativi comportamenti non collaborativi valutati ai fini delle spese.

Sotto il primo profilo, pare davvero essere in presenza di un *legal transplant* nel nostro sistema ADR dei caratteristici strumenti di *pre-trial discovery* caratterizzanti il processo statunitense – ad eccezione della *production of documents*, in quanto le nuove norme non contemplano produzioni documentali *sub specie* di ordini esibitori – percorsi rimessi quindi all'esclusiva libertà dei difensori, non essendo in alcun modo previsto nel procedimento l'intervento del giudice. Il modello americano, prestandosi di per sé a facili forme di *abuse* procedimentale particolarmente gravi ed inevitabilmente funzionanti a discapito delle parti economicamente più deboli, ha visto infatti un progressivo intervento del giudice nella procedura di *discovery*, il che rappresenta caratteristica della sua evoluzione sia pur non alterando il modello processuale *adversary*.

A dire il vero la legge delega del 26 novembre 2021, n. 206 all'art. 1, 4° comma, lett. r), aveva opportunamente stabilito la previsione di garanzie per le parti e i terzi, anche per ciò che concerne le modalità di verbalizzazione delle dichiarazioni, compresa la possibilità per i terzi stessi di non rendere le dichiarazioni, prevedendo la necessità di «misure volte ad anticipare l'intervento del giudice al fine della loro acquisizione», e aggiungendosi che il compimento di abusi nell'attività di acquisizione delle dichiarazioni costituisse per l'avvocato grave illecito disciplinare. Niente di tutto questo compare nell'attuale assetto normativo dell'istituto che, richiamando semplicemente procedure che in altri sistemi e nell'ambito del processo

⁽¹⁵⁾ V., anche su questo punto, il corretto rilievo dei primi commentatori. Così A. DONDI, V. ANSANELLI, *Istruzione stragiudiziale e discovery nei recenti «interventi per l'efficienza del processo civile»*. *Qualche rapida impressione*, cit., 760.

hanno originato abusi e non tenendo conto che il controllo del giudice è previsto sotto svariate forme nelle pratiche collaborative anche di *common law*, mostra lacune o criticità suscettibili di rendere prive di possibilità di successo disposizioni che configurano un istituto nuovo, in funzione deflattiva, il quale, di per sé, con le opportune cautele, potrebbe invece dare buoni risultati nell'ottica dell'implementazione delle ADR per loro natura sottratte all'intermediazione di terzi.

Circa il secondo profilo, il legislatore ha evidentemente inteso, giusto anche il richiamo alle disposizioni di istruzione preventiva, in quanto compatibili, quando l'informatore non si presenti e la negoziazione si concluda senza accordo, garantire alle parti uno strumento attraverso cui chiarire i fatti oggetto della controversia prima del processo, permettendo loro di avere consapevolezze o conoscenze probatorie necessarie al fine di adottare decisioni sul destino della lite.

Nonostante l'assunzione preventiva dei mezzi di prova non pregiudichi le questioni relative alla loro ammissibilità e rilevanza né impedisca la loro rinnovazione nel giudizio di merito (attraverso il richiamo espresso dell'art. 698 c.p.c.) ⁽¹⁶⁾, l'eventuale futuro processo potrebbe essere deciso più rapidamente qualora si facesse utilizzo delle prove che, assunte prima della sua instaurazione, poi vi confluissero.

Tale meccanismo consentirebbe così alle parti di conoscere importanti aspetti e risvolti della propria situazione probatoria, permettendo loro di valutare al meglio le proprie probabilità di successo nell'eventuale futuro giudizio anticipandosi il momento di formazione della prova. Siamo così qui in presenza di strumenti di «prova

⁽¹⁶⁾ Sui procedimenti di istruzione preventiva e la relazione con il processo v. *ex multis* G. BALENA, voce *Istruzione (procedimento di istruzione preventiva)*, in *Enc. Giur.*, vol. XVIII, Roma, 1988; L. SALVANESCHI, *I provvedimenti di istruzione preventiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 800 ss.; G. TRISORIO LIUZZI, voce *Istruzione preventiva*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. X, Torino, 1993, rist. 1999, 255 ss.; C. BESSO, *La prova prima del processo*, Torino, 2004.

prima del processo» formatisi nell'ambito di un procedimento ADR, il che riecheggia in qualche misura il «congegno» della consulenza tecnica preventiva ai fini della conciliazione della lite di cui all'art. 696 *bis* c.p.c. e la sua funzione deflattiva ⁽¹⁷⁾.

Alla base del richiamo delle norme in tema di istruzione preventiva sembra infatti esserci l'idea di un'attività non dettata da finalità conservativa di elementi di prova ma invocata al fine di raccogliere elementi utili per costruire una strategia intorno all'opportunità di avviare o meno un giudizio.

In sintesi, se il sapere assume nell'azione funzione di guida, l'esigenza di disporre di adeguati elementi di conoscenza non si pone solo nell'ambito di un processo in atto per addivenire ad una giusta definizione della lite. La stessa esigenza sorge anche in momenti anteriori allorché si tratta di decidere se (ed eventualmente contro chi) instaurare un processo o occorre valutare se (ed eventualmente in quali termini) optare per una composizione transattiva della controversia ⁽¹⁸⁾.

E se il pensiero può essere stato inizialmente rivolto a quelle tendenze evolutive volte a dare corpo ad obblighi di informazione e chiarimento prima del processo, siccome finalizzati alla preparazione della lite e ad una sua eventuale risoluzione anticipata (ad es. l'art. 145 *Code de procédure civile* francese), in direzione analoga si è mosso, in Italia, l'art. 696 *bis* c.p.c. vale a dire la «consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite», applicandosi la stessa indipendentemente da qualsiasi requisito di urgenza. Ciò, soprattutto, allo scopo di tentare la conciliazione della controversia e rispondente all'idea di un rafforzamento degli obblighi di informa-

⁽¹⁷⁾ Su cui, anche per ogni richiamo bibliografico, mi permetto di rinviare ai nostri *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, Napoli, 2011, 201 ss., e *Anticipazioni della «prova» e consulenze psicologiche ante causam*, in *Fam. dir.*, 2019, 435 ss.

⁽¹⁸⁾ V. N. TROCKER, *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: gli insegnamenti di Calamandrei e le riforme processuali in Europa*, in G. SCARSELLI (a cura di), *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile, Atti del convegno di Siena del 23-24 novembre 2007*, Napoli, 2010, 190.

zione e di cooperazione tra le parti in fase pre-processuale ⁽¹⁹⁾. Ebbene, oggi una simile funzione paiono svolgere anche le nuove norme in tema di istruzione stragiudiziale nella negoziazione assistita da avvocati.

5. *Conclusioni.* – L’architettura attuale della nuova giustizia civile delinea un sistema in cui i rapporti tra processo e ADR paiono a ruoli invertiti: alla prima porta può bussarsi solo se si sia fatto tutto il possibile per evitarlo, ricorrendo ad altri accessi.

L’aumento dei casi in cui i metodi ADR rivestono carattere di obbligatorietà sotto forma di condizione di procedibilità dell’azione, la previsione di sanzioni nel caso di rifiuto a partecipare al primo incontro della mediazione (sia pur, al momento, solo se obbligatoria), il tema delle nuove sanzioni per l’attuazione di obblighi

⁽¹⁹⁾ A ciò fa eco, più di recente, anche Andrea Proto Pisani il quale già si era dichiarato favorevole, pur nel processo, ad una fase preparatoria «volta ad acquisire, indipendentemente dall’esistenza di ragioni di urgenza, la conoscenza di fatti rilevanti tramite la previsione di dichiarazioni testimoniali di terzi, di consulenze tecniche e di esibizione di documenti — tutte e tre prove «in senso stretto» raccolte prima e fuori dal processo — nell’assoluto rispetto del principio del contraddittorio e sotto la direzione di terzi (notaio o avvocato o tecnico) scelti dal giudice»: v. A. PROTO PISANI, *Problemi del processo civile rivisti da un ottantenne*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 1429 ss., spec. 1443-4, ed in ID., *Dieci studi sul processo. In ricordo di Virgilio Andrioli*, Napoli, 2019, 13 ss., spec. 29. Facendo un passo ulteriore, con finalità deflattiva, egli suggerisce oggi di prevedere che con riferimento a determinate — anche se molto estese — categorie di controversie relative a diritti disponibili, individuate in ragione della materia (ad es. talune controversie di lavoro e/o previdenziali, controversie locatizie, controversie in materia di diritti reali, (ivi comprese quelle condominiali) controversie da infortunistica stradale, controversie successorie e altre da individuare), sia introdotto, in via legislativa, quale condizione di procedibilità (o addirittura di proponibilità) del processo, il preventivo tentativo obbligatorio di conciliazione innanzi ad un terzo imparziale (notai, funzionari specializzati delle Camere di commercio, ex avvocati dello Stato, giudici ordinari in pensione, eventualmente ex giudici onorari o giudici di pace, funzionari della P.A., ecc.). V. ancora ID., *Ma è davvero impossibile scrivere una riforma del processo di cognizione capace di ridurre numero e durata dei giudizi?*, in <www.judicium.it>, 10.01.2023.

endoprocessuali, quello dei poteri officiosi del giudice in taluni procedimenti con la previsione di obblighi di *automatic disclosure* come per il contenzioso familiare, conduce inevitabilmente in questa direzione.

E allora, se le ADR non sono più metodi alternativi di risoluzione delle controversie rispetto al processo ma strumenti ad esso complementari, agli stessi deve potersi facoltativamente ricorrere, al di là dei casi in cui rappresentano condizione di procedibilità, per ogni genere di controversia, anche quelle che presentino aspetti di complessità.

Entra qui in gioco la nuova istruzione stragiudiziale del procedimento di negoziazione assistita che, al di là delle manifeste criticità che inevitabilmente presenta se ci si ferma alla lettura del dato normativo, può costituire una nuova opportunità per la definizione bonaria delle controversie in un'ottica deflattiva del contenzioso, restituendo alle parti il totale controllo della lite che le riguarda, senza rinunciare ad acquisire consapevolezza delle possibilità di vittoria o soccombenza nell'eventuale futuro giudizio che resta, comunque, sullo sfondo.

Del resto, non da oggi l'avvocato è visto dal legislatore come il primo veicolo di diffusione della cultura della conciliazione, al servizio degli interessi privati del cliente ed anche dell'interesse generale ad una giustizia statale che, se vuole essere efficiente, deve essere considerata come l'ultima soluzione possibile ⁽²⁰⁾. Per far questo, la sfida da raccogliere è quella di un sostanziale mutamento di mentalità nell'ottica di collaborazione e lealtà processuale tra le parti per il tramite dei loro difensori ⁽²¹⁾.

⁽²⁰⁾ Le parole sono di M. BOVE, *Le ADR e la composizione stragiudiziale delle controversie: obblighi ed opportunità per il sistema della giustizia civile*, in ID. (a cura di), *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, Torino, 2017, 70.

⁽²¹⁾ Sulla delicatissima «disputa» italiana in materia, dati i limiti della nostra indagine, si rinvia ancora alla analitica trattazione, anche storico-evolutiva, di M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, Torino, 2018, spec. 515 ss.

Ed allora, si può essere concordi con chi, in relazione alla istruzione stragiudiziale come configurata a livello di legge delega di riforma, aveva subito affermato che «una simile invenzione di strumenti chiaramente ispirati a meccanismi processuali tanto tipici e rivelatisi del tutto potenti nel trasformare in senso fortemente efficientistico interi modelli di processo, si ritiene che, come dire, avrebbe meritato una collocazione più centrale al e nel processo. Magari non ecumenicamente configurata a concernere qualsiasi tipo di controversia ma riferita a quei processi che, in ragione della loro complessità, ne avrebbero avuto necessità, avendo neanche la capacità di sopportare costi e *technicalities* relative» ⁽²²⁾.

Il modello avrebbe potuto essere forse quello della *procedure participative aux fins de mise en état* oggi sperimentata dal sistema francese, unitamente a forme di controllo giudiziale che, non a caso caratterizzano, anche le principali procedure collaborative totalmente stragiudiziali del panorama comparatistico. Gli incentivi fiscali e altri mezzi di sostegno alle parti vengono di conseguenza.

Ad ogni modo, concentrandosi per il momento sugli strumenti a nostra disposizione, se non è mai opportuno il mero e frettoloso trapianto legale di un istituto nuovo non connaturato al sistema dell'ordinamento che ne è destinatario, non è nemmeno il caso di opporsi aprioristicamente ad esso o non adoprarsi per il suo funzionamento qualora se ne vedano o anche solo intravedano le potenzialità.

⁽²²⁾ Così A. DONDI, V. ANSANELLI, *Istruzione stragiudiziale e discovery nei recenti «interventi per l'efficienza del processo civile»*, cit., 761, consapevoli che una simile scelta «sarebbe stata inevitabilmente di carattere strutturale per il processo civile italiano, ma forse avrebbe necessitato di un'elaborazione e una discussione più approfondita, fondata e articolatamente pubblica».

Abstract

La recente riforma della negoziazione assistita introduce all'interno della procedura una cd. istruzione stragiudiziale, mediante acquisizione di dichiarazioni da parte di terzi su fatti rilevanti in relazione all'oggetto della controversia e la richiesta alla controparte di dichiarare per iscritto la verità di fatti ad essa sfavorevoli e favorevoli alla parte richiedente.

Si tratta di un'innovazione di grande impatto, che apre a nuovi scenari nella fissazione dei fatti anche ai fini dell'eventuale futuro giudizio introdotto in caso di insuccesso della negoziazione.

Protagonisti assoluti del procedimento sono gli avvocati, sull'indefettibile presupposto dei doveri di buona fede e lealtà incumbenti sui medesimi per risolvere in via amichevole la controversia intercorrente tra i loro assistiti.

La finalità principale delle nuove norme all'istituto dedicate è di metterle in condizione di acquisire tutti gli elementi informativi che possano condurre, nel miglior modo, alla composizione della lite.

The recent reform of 'negoziazione assistita' (attorney-assisted negotiation procedure) introduces within the procedure a so-called out-of-court instruction, through the acquisition of statements from third parties on facts relevant to the subject of the dispute and the request to the other party to declare in writing the truth of facts unfavorable and favorable to the requesting party. This is a striking innovation that opens up new scenarios in the establishment of facts also for the purpose of the possible future judgment in case of an unsuccessful negotiation. The absolute protagonists of the proceedings are the attorneys, on the unfailing prerequisite of the duties of good faith and loyalty incumbent on them to amicably resolve their clients' dispute. The main purpose of the new rules is to enable them to acquire all the information that can lead, in the best way, to the settlement of the dispute.

TENTATIVI OBBLIGATORI E FACOLTATIVI DI CONCILIAZIONE NELL'ECOSISTEMA DIGITALE REGOLATO DALL'AGCOM

Antonio Maria Marzocco ()*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Individuazione delle fonti e struttura dell'indagine. – 3. I tentativi di conciliazione fondati sul CCE e/o sull'art. 1, 11° comma, l. n. 249 del 1997. – 3.1. Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie tra utenti e operatori di comunicazione elettronica. – 3.1.1. (segue) ...e nelle controversie tra operatori e utenti di comunicazioni elettroniche. – 3.2. Il dibattuto tentativo obbligatorio di conciliazione tra operatori di comunicazioni elettroniche. – 4. I tentativi di conciliazione fondati sul TUSMA. – 4.1. I tentativi obbligatori di conciliazione *ex art.* 40, 4° comma, TUSMA. – 4.2. Il tentativo facoltativo di conciliazione tra utenti e fornitori di servizi di media audiovisivi o di media radiofonici. – 4.3. I tentativi di conciliazione *ex art.* 33, 5° comma, TUSMA. – 4.4. Il tentativo facoltativo di conciliazione nelle controversie tra utenti e fornitori di piattaforme per la condivisione di video (o di solo audio). – 5. I regolamentari di procedura dell'AGCom e il sistema di ODR. – 5.1. Il vigente regolamento di procedura e l'attuazione della convergenza regolamentare.

1. Premessa. – L'art. 1, 11° comma, l. 31 luglio 1997 n. 249, legge istitutiva dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (d'ora innanzi AGCom o Autorità) ⁽¹⁾, ha introdotto il tentativo obbliga-

Giustizia consensuale Fasc. 2/2024, 405-452. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) Professore Associato di Diritto Processuale civile nell'Università degli Studi della Campania «Luigi Vanvitelli».

⁽¹⁾ Sulla l. n. 249 del 1997 e sull'istituzione dell'AGCom – a cui sono attribuiti compiti di regolamentazione, vigilanza e sanzionatori nei settori delle comunica-

torio di conciliazione sia per le controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche, sia per le controversie tra operatori. La stessa disposizione ha attribuito all'AGCom il compito di disciplinare le modalità per la soluzione non giurisdizionale di tali controversie.

Da quelle concise norme della l. n. 249 del 1997 è scaturita, almeno rispetto alle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche⁽²⁾, un'ampia produzione regolamentare dell'Autorità, che negli anni ha predisposto una disciplina sempre più precisa e completa del procedimento di conciliazione, fino a adottare, nel luglio 2018, un avanzato sistema di *online dispute resolution*

zioni elettroniche, dell'audiovisivo, delle piattaforme digitali, dell'editoria, ma anche la veste di Autorità di regolamentazione del settore postale (d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv. in l. 22 dicembre 2011, n. 214) – v., per un quadro generale con riflessioni a partire dalla l. 14 novembre 1995, n. 481 che ha istituito le Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, G. BONADIO, *L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni nel nuovo ecosistema digitale*, in L. AMMANNATI, A. CANEPA, G.L. GRECO, U. MINNECI, *Algoritmi, Big Data, piattaforme digitali. La regolazione dei mercati in trasformazione*, Torino, 2021, 41 s.; F. LATTANZI, F.S. CANTELLA, *Le comunicazioni in ambito nazionale: obiettivi e interpreti*, in G. CASSANO, C.E. CAZZATO, F. DI CIOMMO (a cura di), *Trattato delle garanzie nelle comunicazioni*, Milano, 2023, 55 ss., spec. 67 ss. per il rapporto con le altre Autorità indipendenti. Per approfondimenti sulla l. n. 249 del 1997 v. F. BRUNO, G. NAVA, *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni*, Milano, 2006, 105 ss.; R. DI GERONIMO, *Il sistema radiotelevisivo italiano dopo «la riforma Maccanico» (commento alla l. 31 luglio 1997, n. 249)*, in *Corriere giur.*, 1997, 1257 ss.; V. ZENO ZENCovich, *Il sistema integrato delle telecomunicazioni: spunti sistematici e critici sulla legge 31 luglio 1997, n. 249*, in *Dir. informaz. e informatica*, 1997, 735 ss. In particolare, sull'AGCom v. E. ALBANESI, A. VALASTRO, R. ZACCARIA, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, 12ª ed., Padova, 2023, 105 ss.; C. CALABRÒ, R. VIOLA, L. ARIA, *L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in G.P. CIRILLO, R. CHIEPPA (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. XLI, *Le autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010, 473 ss.; E. CHELI, G. D'AMATO, voce *Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Enc. dir.*, agg., vol. IV, Milano, 2000, 99 ss.; E. FRENI, voce *Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Enc. Giur.*, vol. IV, Roma, 1999, 1 ss.

(²) Ben diverso è stato il destino del tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche, v. *infra* paragrafo 3.2.

(ODR) attraverso la piattaforma denominata ConciliaWeb⁽³⁾. Parallelamente, l'AGCom ha valorizzato l'attività dei Comitati regionali per le comunicazioni (d'ora innanzi Co.re.com.)⁽⁴⁾, quali soggetti a cui delegare l'esercizio della funzione conciliativa e l'attività di definizione delle controversie. In questo modo l'Autorità ha sia attuato il decentramento territoriale richiesto dall'art. 1, 13° comma, l. n. 249 del 1997 e, da ultimo, dall'art. 25, 2° e 4° comma, codice delle comunicazioni elettroniche (d'ora innanzi CCE)⁽⁵⁾, sia fronteggiato l'elevato numero di controversie.

Intanto il tentativo obbligatorio di conciliazione tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche assumeva sempre più importanza, sia dal punto di vista sociale che giuridico. Di conseguenza, è giunto all'attenzione della Corte di Giustizia dell'Unione europea⁽⁶⁾ e, in più occasioni, della Corte Costituzionale⁽⁷⁾ e della Corte di Cassazione, fino al necessario intervento delle Sezioni unite

⁽³⁾ Sulla piattaforma ConciliaWeb v. E.M. COTUGNO, *La tutela giustiziale nell'ecosistema digitale: la piattaforma telematica ConciliaWeb*, in V. FRANCESHELLI, *Diritto delle comunicazioni*, Milano, 2022, 525 ss.

⁽⁴⁾ Sulla natura e sulle funzioni dei Co.re.com. v. E. ALBANESI, A. VALASTRO, R. ZACCARIA, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, cit., 119 ss.; F. LAZZARO, voce *Comitato regionale per le comunicazioni*, in *Dig. it., disc. pubbl.*, Agg., Torino, 2005, spec. 162 s.

⁽⁵⁾ Sul CCE v. *infra* note 40 e 42.

⁽⁶⁾ C. Giust. UE, 18 marzo 2010, cause riunite C-317/08 a C-320/08, Alassini ed a., [2010] ECR I-2213. Su tale sentenza v. G. ARMONE, P. PORRECA, *La mediazione civile nel sistema costituzional-comunitario*, in *Foro it.*, 2010, IV, 372 ss.; C. BESSO, *Obbligatorietà del tentativo di conciliazione e diritto all'effettività della tutela giurisdizionale*, in *Giur. it.*, 2010, 2585 ss.; G. FIENGO, *Principio della tutela giurisdizionale effettiva e previo esperimento di procedura di conciliazione extragiudiziale in materia di servizi di comunicazione elettronica*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, 2010, 1238 ss.; G. RIZZO, *L'obbligatorietà del tentativo di conciliazione extragiudiziale in ambito di servizi di comunicazioni elettroniche tra operatori di telecomunicazione e utenti finali*, in *Corriere giur.*, 2010, 1292 ss.

⁽⁷⁾ Cfr. Corte cost., 18 febbraio 2009, n. 51, in *Giur. cost.*, 2009, 373; Corte cost., 30 novembre 2007, n. 403, in *Giur. it.*, 2008, 1099, con nota di T. GUARNIER, *Ragionevolezza, interpretazione e dialogo tra giudici – Come la corte risponde alle esigenze di flessibilità dell'ordinamento*; Corte cost., 6 luglio 2006, n. 268, in *Giur. cost.*, 2006, 2817; Corte cost., 24 marzo 2006, n. 125, in *Giur. cost.*, 2006, 1186.

per chiarirne il rapporto con il processo, ormai ricostruito in termini di condizione di procedibilità (e non di proponibilità) della domanda giudiziale ⁽⁸⁾.

Questa sinergia tra normazione e interventi giurisprudenziali ha contribuito a rendere la disciplina dettata dall'AGCom così matura da assurgere a modello per esperienze affini. Si pensi all'utilizzo da parte dell'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA), ai fini del tentativo obbligatorio di conciliazione per le controversie nei settori dell'energia ⁽⁹⁾, di un procedimento di conciliazione molto simile, almeno in origine, a quello predisposto dall'AGCom ⁽¹⁰⁾; e più di recente all'adozione della piattaforma di ODR ConciliaWeb da parte dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti (ART) ⁽¹¹⁾.

La funzione conciliativa dell'AGCom, seppure all'inizio concentrata sulle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche, comprendeva già sia le controversie relative ai contratti di

⁽⁸⁾ Cfr. Cass., sez. un., 28 aprile 2020 n. 8240, in *Foro it.*, 2021, I, 292 ss., con nota di A.M. MARZOCCO, *Condizione di procedibilità e giurisdizione condizionata nel tentativo di conciliazione in materia di comunicazioni elettroniche: riflessioni sull'intervento delle sezioni unite*.

⁽⁹⁾ Il tentativo obbligatorio di conciliazione non riguarda più soltanto i settori energetici elettrico e gas ma anche, dal 30 giugno 2023 (v. delibera 233/2023/E/com del 30 maggio 2023), i settori idrico e telecalore.

⁽¹⁰⁾ Il procedimento di conciliazione è stato introdotto con l'Allegato A alla deliberazione 209/2016/E/com, del 5 maggio 2016, poi integrata e modificata da successive deliberazioni dell'ARERA. L'Allegato A reca il Testo Integrato Conciliazione (TICO), in attuazione dell'art. 2, 24° comma, lett. b), l. n. 481 del 1995 e dell'art. 141, 6° comma, lett. c), Codice del consumo (d.lgs. 06 settembre 2005, n. 206). Il tentativo obbligatorio di conciliazione, il cui campo applicativo è individuato dall'art. 2 TICO (cfr. art. 3 TICO, nel testo in vigore dal 1° ottobre 2024), se proposto dal cliente o dall'utente finale deve essere preceduto, a pena di inammissibilità, dal reclamo all'operatore o gestore (v. art. 7, 1° comma, TICO).

⁽¹¹⁾ Cfr. la delibera n. 21/2023 dell'8 febbraio 2023 con cui la ART ha approvato la «Disciplina, in prima attuazione, delle modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie tra gli operatori economici che gestiscono reti, infrastrutture e servizi di trasporto e gli utenti o i consumatori, ai sensi dell'articolo 10 della legge 5 agosto 2022, n. 118» (Allegato A alla delibera, applicabile alle istanze di conciliazione successive al 27 febbraio 2023).

telefonia fissa e mobile, inclusa la fornitura di servizi internet, sia le controversie relative alla fornitura di un servizio radiotelevisivo a pagamento (*pay-tv*), oggi collocate nel più ampio ambito delle controversie relative ai servizi di media audiovisivi. Un'estensione che, dunque, lasciava presagire futuri sviluppi, in ragione della celere evoluzione tecnologica.

Negli anni nuove norme hanno ampliato, di solito su impulso di direttive dell'Unione Europea⁽¹²⁾, la competenza dell'AGCom quale Autorità Nazionale di Regolamentazione (ANR)⁽¹³⁾. Da qui il ricorrente compito per l'Autorità di disciplinare, nei nuovi settori da essa regolati e vigilati, anche la risoluzione stragiudiziale delle controversie esercitando una funzione conciliativa⁽¹⁴⁾.

A tal fine l'Autorità ha approntato un sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie che garantisce, nell'ottica più ampia della convergenza regolamentare parallela alla convergenza tecnologica⁽¹⁵⁾, eguali (o equivalenti) modelli di risoluzione stragiudiziale-

⁽¹²⁾ Cfr. G. BONADIO, *L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni nel nuovo ecosistema digitale*, cit., 52 ss., spec. 54.

⁽¹³⁾ Sulle Autorità Nazionali di Regolamentazione (ANR) e sul ruolo ad esse attribuito, anche in termini di garanzie e di indipendenza, nelle diverse fasi di sviluppo del diritto europeo delle comunicazioni elettroniche, v. F. MARINI BALESTRA, *Assetto istituzionale: la Commissione, le ANR e il BEREC*, in G. CASSANO, C.E. CAZZATO, F. DI CIOMMO (a cura di), *Trattato delle garanzie nelle comunicazioni*, cit., 15 ss.

⁽¹⁴⁾ Sulle ragioni dell'affidamento all'AGCom della regolamentazione di ampi settori di ADR v. L. ARIA, F. MOROLLO, *I meccanismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie tra utenti e fornitori di servizi*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, M. BASSINI (a cura di), *Il T.U. dei servizi di media audiovisivi*, Milano, 2024, 206, che sottolineano (*ibidem*, nota 9) come «la competenza affidata all'Autorità si fonda anzitutto sulla sua competenza tecnica nel settore in esame, ma anche su una lunga tradizione di esercizio della funzione di risoluzione non giudiziale delle controversie (...)». In modo condivisibile, le stesse aa. (*ibi*, 207) collegano questa specifica competenza dell'AGCom anche al tecnicismo delle controversie.

⁽¹⁵⁾ Sulla convergenza tecnologica e sulla parallela convergenza regolatoria ed il ruolo, in questo contesto, sia della direttiva 2018/1808/UE che del CECE, v. M. D'OSTUNI, A. CARAVITA DI TORITTO, *Evoluzione del contesto normativo di riferimento*, in G. CASSANO, C.E. CAZZATO, F. DI CIOMMO (a cura di), *Trattato della*

le delle controversie nei diversi plessi dell'ecosistema digitale da essa regolati. Il riferimento è, soprattutto, alle comunicazioni elettroniche ⁽¹⁶⁾, ai servizi di media audiovisivi ⁽¹⁷⁾ e ai servizi di piattaforma per la condizione di video ⁽¹⁸⁾; ma appartengono inoltre al diritto vigente, sia pure non ancora attuato dall'AGCom per la risoluzione stragiudiziale delle controversie, i servizi di media radiofonici ⁽¹⁹⁾, i servizi di piattaforma per la condivisione di «contenuti di solo audio o audio generati dagli utenti o entrambi» ⁽²⁰⁾. Senza dimenticare ambiti ulteriori, rispetto a quelli classici di intervento dell'Autorità ⁽²¹⁾, in cui essa esercita funzioni regolatorie e di vigilanza estese anche alla tutela extragiudiziale dei diritti, ora soltanto con il compito di regolare la risoluzione stragiudiziale delle contro-

garanzie nelle comunicazioni, cit., 14, che così definiscono il fenomeno: «Alla convergenza tecnologica è conseguita la convergenza regolatoria, che indica il necessario processo di adeguamento alle nuove tecnologie, attraverso una regolamentazione che – nel rispetto dell'assetto concorrenziale e garantista dei fini di pluralismo – abbia un approccio neutrale nella disciplina delle diverse tecnologie esistenti. Si è quindi avviato un procedimento di revisione del quadro regolatorio nella prospettiva di assicurare il *level playing field* tra vari servizi concorrenti. E ciò in una duplice prospettiva volta a sottoporre i nuovi servizi ad un set minimo di regole comuni, così da evitare situazioni di *gap* normativo, e a deregolare i servizi tradizionali, così da accrescere la flessibilità operativa e la capacità competitiva».

⁽¹⁶⁾ Per un'idea concreta sull'estensione del settore v. la definizione di «reti di comunicazione elettronica» e di «servizio di comunicazione elettronica» compiuta dall'art. 3, 1° comma, rispettivamente lett. vv) e fff), TUSMA. Sul concetto di comunicazione elettronica, partendo da quello di telecomunicazione, v. ALBANESI, A. VALASTRO, R. ZACCARIA, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, cit., 125 ss.

⁽¹⁷⁾ Per la loro definizione v. l'art. 3, 1° comma, lett. a) e b), TUSMA.

⁽¹⁸⁾ Per la loro definizione v. l'art. 3, 1° comma, lett. c), TUSMA.

⁽¹⁹⁾ Sul punto v. *infra* paragrafo 4.2.

⁽²⁰⁾ Cfr. art. 42, 11° comma, TUSMA. Per la definizione di tali servizi v. l'art. 3, 1° comma, lett. c-bis), TUSMA. Sul tema v. *infra* paragrafo 4.4.

⁽²¹⁾ Sul progressivo ampliamento delle competenze dell'AGCom anche oltre i «tradizionali ambiti di intervento», individuati nelle «comunicazioni, la radiotelevisione e l'editoria», v. G. BONADIO, *L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni nel nuovo ecosistema digitale*, cit., 43 ss.

versie ma senza esercitare in via diretta una funzione conciliativa, come avviene per l'attività di certificazione degli organismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie prevista dall'art. 21, 3° comma *Digital Service Act (DSA)* ⁽²²⁾; ora soltanto con il compito di svolgere, ma questa volta in via diretta, non l'attività di conciliazione ma di definizione delle controversie, come avviene per la tutela degli utenti del settore postale in caso di inosservanza degli obblighi cui sono tenuti i fornitori dei servizi ⁽²³⁾ o per alcune viola-

⁽²²⁾ Si tratta del reg. UE 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo al Mercato unico dei servizi digitali, che ha modificato la direttiva sul commercio elettronico 2000/31/CE con l'intento di perseguire la migliore tutela dei diritti fondamentali degli utenti dei servizi digitali, di agevolare l'innovazione mediante il contrasto della diffusione *on line* di contenuti illegali, della disinformazione o di altri contenuti illeciti o nocivi. Cfr. L. BACCARO, J. ARPETTI, *Le nuove competenze AGCom sulle piattaforme digitali e futuri scenari*, in G. CASSANO, C.E. CAZZATO, F. DI CIOMMO (a cura di), *Trattato delle garanzie nelle comunicazioni*, cit., 990 ss., che evidenziano (*ibi*, 991) il ruolo chiave dell'AGCom per l'implementazione del regolamento. In tale contesto osservano (*ibi*, 992) che «il Regolamento obbliga le piattaforme a predisporre dei sistemi interni di *complaint handling* e, nel caso in cui non si raggiunga l'accordo con gli utenti, ad accettare il ricorso a procedure di risoluzione delle controversie extragiudiziarie presso organismi o istituti di mediazione certificati». La certificazione, ai sensi dell'art. 21 del DSA, degli organismi che intendono svolgere l'attività di risoluzione extragiudiziale delle controversie tra destinatari del servizio e piattaforme *on line* spetta all'AGCom, quale coordinatore dei servizi digitali. A tal fine l'Autorità ha di recente approvato il «Regolamento sulla procedura di certificazione degli organismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie tra fornitori di piattaforme online e destinatari del servizio ai sensi dell'art. 21 del regolamento sui servizi digitali (DSA)», di cui all'Allegato A della del. 282/24/CONS, in vigore dal 15 settembre 2024.

⁽²³⁾ Con la del. 184/13/CONS del 28 febbraio 2013 l'Autorità ha approvato il «Regolamento in materia di definizione delle controversie derivanti dai reclami nel settore postale» (Allegato A alla delibera). All'AGCom è attribuita non una funzione conciliativa ma soltanto l'attività di definizione delle controversie tra utenti e fornitori di servizi postali successiva al reclamo rivolto al fornitore del servizio postale (che dovrà rispondere entro quarantacinque giorni) e al procedimento di conciliazione svolto in sede locale con il singolo fornitore (che si dovrà concludere entro sessanta giorni). La conciliazione non è dunque amministrata dall'AGCom, che però ha dettato alcuni parametri relativi alla procedura di reclamo e di conciliazione svolta in sede locale (v. artt. 4 e 5 reg. cit.; v. anche la del.

zioni del diritto d'autore ⁽²⁴⁾. Un'attività, quella di definizione delle controversie, che è ascrivibile a volte all'attività giustiziale in senso stretto ⁽²⁵⁾, altre volte al più ampio schema della *regulation by litigation* ⁽²⁶⁾, in ragione dei fini anche regolatori perseguiti dal-

413/14/CONS, in procinto di aggiornamento, cfr. del. 116/24/CONS), fermo l'accesso agli strumenti alternativi di risoluzione extragiudiziale previsti dal d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28 e ferma, in ogni caso, la tutela giudiziale (v. art. 3, 4° comma, reg. cit.). Sul tema v. A. CONTALDO, *La tutela degli utenti postali*, in G. CASSANO, C.E. CAZZATO, F. DI CIOMMO (a cura di), *Trattato delle garanzie nelle comunicazioni*, cit., 1156 ss., spec. 1157 s. Sull'attribuzione all'AGCom delle funzioni di Autorità di regolamentazione del settore postale v. *supra* nota 1.

⁽²⁴⁾ Sull'attività di definizione nelle controversie relative alla violazione dei diritti d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e attraverso i servizi di media audiovisivi e di media radiofonici, cfr. l'Allegato A alla del. AGCom 680/13/CONS del 12 dicembre 2013 («Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70»); ma v. anche il recente regolamento di cui all'Allegato A alla del. 95/24/CONS, che attribuisce all'AGCom la definizione delle controversie, tra l'altro, in materia di obblighi di comunicazione e di informazione (art. 12 reg. cit.) e in materia di adeguamento contrattuale (art. 13 reg. cit.), secondo un meccanismo procedimentale (art. 14 ss. reg. cit.) simile a quello dettato dall'Allegato A alla del. 680/13/CONS. In entrambi i casi la competenza dell'AGCom attiene non alla conciliazione ma all'eventuale attività di definizione delle controversie.

⁽²⁵⁾ Sulla funzione giustiziale delle autorità indipendenti v. M. CLARICH, *L'attività delle autorità indipendenti in forme semicontenziose*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 149 ss.; ed inoltre E.L. CAMILLI, M. CLARICH, *Poteri quasi-giudiziali delle autorità indipendenti*, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010, 107 ss., M. CALABRÒ, *L'evoluzione della funzione giustiziale nella prospettiva delle appropriate dispute resolution*, in *Federalismi.it*, 10/2017, spec. 17 ss., M.P. CHITI, *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 1 ss. Sulla funzione giustiziale in generale cfr. V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Milano, 1991; A. PAJNO, *Amministrazione giustiziale*, in *Enc. giur.*, vol. IX, Roma, 2000, 1 ss.; ID., *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 107 ss.

⁽²⁶⁾ Sul tema v. lo studio di A.P. MORRIS, B. YANDLE, A. DORCHAK, *Regulation by litigation*, New Haven-London, 2009, spec. 36 ss., dove gli Autori trattano dei «*modes of regulation*», vale a dire «*rulemaking, negotiation, and litigation*»,

l'AGCom attraverso la definizione delle controversie, come ben testimonia l'art. 26, 3° comma, CCE ⁽²⁷⁾.

Certamente lo sviluppo della funzione conciliativa dell'AGCom ha trovato il suo impulso originario nella normativa dell'Unione Europea. Non bisogna però sottovalutare il ruolo del legislatore nazionale e della stessa AGCom.

L'attuazione delle direttive europee è avvenuta attraverso norme che, sulla base di quanto previsto dalla legge di delegazione europea di riferimento, talvolta sono andate, in via proattiva, oltre quanto previsto dalle norme dell'Unione. Si pensi alla scelta del Testo unico dei servizi di media audiovisivi (d.lgs. 8 novembre 2021, n. 208, d'ora innanzi TUSMA) ⁽²⁸⁾ di prevedere la risoluzione stragiudiziale anche per le controversie tra utenti e fornitori di servizi di media audiovisivi, nonostante che la direttiva 2018/1808/UE ⁽²⁹⁾, che il TUSMA ha attuato, la richiedesse agli Stati membri soltanto per le controversie tra utenti e fornitori di piattaforme per la condivisione di video ⁽³⁰⁾. In via proattiva hanno operato, nell'ottica della migliore e più agevole tutela degli utenti, anche alcuni regolamenti dell'AGCom. Si pensi all'offerta della piattaforma di ODR Conci-

compiendo un'analisi in termini di costi-benefici dei diversi metodi (*ibi*, spec. 47 ss. per l'esame della «*regulation-by-litigation*»); e, rispetto alla nostra esperienza nazionale, v. M. CALABRÒ, *L'evoluzione della funzione giustiziale nella prospettiva delle appropriate dispute resolution*, cit., 18 ss., S. LUCATTINI, *Modelli di giustizia per i mercati*, Torino, 2013, spec. 33 ss., G. NAPOLITANO, *Regulation and Litigation. La linea continua tra regolazione e soluzione delle controversie*, in A. ZOPPINI (a cura di), *Tra regolazione e giurisdizione. In ricordo di Antonio Preto*, Roma, 2017, 139 ss. e A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, cit., 108.

⁽²⁷⁾ L'art. 26, 3° comma, CCE connette la risoluzione delle controversie al perseguimento degli obiettivi generali della disciplina di reti, servizi ed attività di comunicazione elettronica previsti dall'art. 4 CCE: «Nella risoluzione delle controversie l'Autorità adotta decisioni al fine di perseguire gli obiettivi di cui all'articolo 4. Gli obblighi che possono essere imposti ad un'impresa dall'Autorità nel quadro della risoluzione di una controversia sono conformi alle presenti disposizioni».

⁽²⁸⁾ Sul TUSMA v. *infra* nota 44.

⁽²⁹⁾ V. *infra* nota 43 e *amplius* paragrafo 4.2.

⁽³⁰⁾ Al riguardo v. *infra* paragrafo 4.2.

liaWeb, quale strumento per il tentativo di conciliazione, ai fornitori di piattaforme digitali non stabiliti in Italia e dunque non soggetti alla giurisdizione italiana ⁽³¹⁾. Il risultato di queste sinergiche fonti e iniziative consiste nella progressiva attuazione, anche nella disciplina della risoluzione stragiudiziale delle controversie affidata all'AGCom, della convergenza regolamentare parallela alla convergenza tecnologica ⁽³²⁾.

Alla luce di quanto fin qui esposto si comprende perché ormai non si possa più discorrere, se si vuole esaminare la funzione conciliativa dell'AGCom, soltanto del tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche. Oltre alle comunicazioni elettroniche vi sono, nel diverso e ampio ambito dei servizi di media audiovisivi e radiofonici ⁽³³⁾, i servizi di media audiovisivi, che rappresentano l'esito della convergenza nel macrosettore dei servizi di media audiovisivi di quattro mercati dell'audiovisivo, vale a dire «televisione, *home video*, servizi video *via internet* e servizi video *via mobile*» ⁽³⁴⁾; i servizi di media radiofonici; i servizi «di piattaforma per la condivisione di video, di audio o di entrambi» ⁽³⁵⁾. Tali settori costituiscono i principali plessi regolati dall'AGCom dell'ecosistema digitale.

⁽³¹⁾ Sul punto v. *infra* paragrafo 4.4.

⁽³²⁾ Cfr. L. ARIA, F. MOROLLO, *I meccanismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie tra utenti e fornitori di servizi*, cit., 204 s., secondo le quali la «convergenza regolamentare, vale a dire il progressivo avvicinamento, almeno per alcuni profili, della disciplina nei settori delle comunicazioni elettroniche e dell'audiovisivo e l'individuazione di regole comuni, o quanto meno, di regole dialoganti tra loro», ha avuto quale «ultimo approdo» la «recente estensione dell'applicazione di strumenti di risoluzione extragiudiziale delle controversie originariamente introdotti per dirimere le liti fra utenti e operatori di comunicazione elettronica anche alle controversie fra utenti e fornitori di servizi media audiovisivi e di piattaforme di condivisione video».

⁽³³⁾ Cfr., in particolare, il Titolo IV (artt. 29-49) del TUSMA.

⁽³⁴⁾ Cfr. in tal senso L. ARIA, F. MOROLLO, *I meccanismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie tra utenti e fornitori di servizi*, cit., 204.

⁽³⁵⁾ Per questa nuova denominazione v. la rubrica del Capo II del Titolo IV TUSMA, come sostituita dall'art. 2, 1° comma, lett. t), d.lgs. 25 marzo 2024, n. 50.

Un vero ecosistema, sia pure digitale, perché i diversi elementi che lo compongono sono connessi e interagiscono strettamente l'uno con l'altro, grazie in particolare alla convergenza tecnologica e al fine di creare il Mercato unico digitale ⁽³⁶⁾. Pertanto, si deve ormai discorrere, più ampiamente, dei tentativi obbligatori o facoltativi di conciliazione nell'ecosistema digitale regolato (e vigilato) dall'AGCom.

2. Individuazione delle fonti e struttura dell'indagine. – Se si pensa al settore delle comunicazioni elettroniche vengono subito in mente la l. n. 249 del 1997, istitutiva dell'AGCom ⁽³⁷⁾, la direttiva servizio universale ⁽³⁸⁾ e le altre note direttive del 2002 in materia di comunicazioni elettroniche ⁽³⁹⁾, attuate in Italia con il d.lgs. 1° agosto 2003,

La precedente rubrica faceva riferimento soltanto «ai servizi di piattaforma per la condivisione di video».

⁽³⁶⁾ Sui «tasselli» per la creazione di un «un insieme completo di regole per il Mercato unico digitale» v. M. D'OSTUNI, A. CARAVITA DI TORITTO, *Evoluzione del contesto normativo di riferimento*, cit., 3 ss.; ed inoltre M. COLANTONI, *I «servizi di piattaforma per la condivisione di video» nel TUSMA e i compiti di AGCom*, in G. CASSANO, C.E. CAZZATO, F. DI CIOMMO (a cura di), *Trattato delle garanzie nelle comunicazioni*, cit., 996 s.

⁽³⁷⁾ *Supra* nota 1.

⁽³⁸⁾ Direttiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica.

⁽³⁹⁾ Il riferimento è alla c.d. direttiva accesso (dir. 2002/19/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime; alla cd. direttiva autorizzazioni (dir. 2002/20/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica); alla c.d. direttiva quadro (dir. 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, che ha istituito un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica); ed inoltre alla dir. 2002/77/CE della Commissione, del 16 settembre 2002, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica. Sugli obiettivi delle direttive, recepite dal CCE del 2003, cfr. M. CLARICH, G.F. CARTEI, *Dal*

n. 259 recante il codice delle comunicazioni elettroniche (CCE del 2003) ⁽⁴⁰⁾, la direttiva 2018/1808/UE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018, che ha istituito il codice europeo delle comunicazioni elettroniche (d'ora innanzi CECE) ⁽⁴¹⁾, e la sua attuazione con il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 207, che ha novellato il CCE del 2003 (d'ora innanzi: novella del 2021) ⁽⁴²⁾. Se invece si pensa al settore dei servizi di media audiovisivi, comprese le piattaforme di condivisione video, vengono subito in mente la direttiva 2018/1808/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 sui servizi di media audiovisivi (c.d. direttiva SMAV2) ⁽⁴³⁾, la sua attuazione con il TUSMA ⁽⁴⁴⁾ e, da ultimo, il

vecchio al nuovo quadro regolatorio: la prospettiva giuridica, in ID. (a cura di), *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2004, 11 s.

⁽⁴⁰⁾ Sul CCE, prima della novella del 2021, v. M. CLARICH, G.F. CARTEI, *Dal vecchio al nuovo quadro regolatorio: la prospettiva giuridica*, cit., 1 ss., spec. 12 ss.

⁽⁴¹⁾ Sul CECE e i suoi obiettivi, nell'ottica di «una revisione completa del quadro per le comunicazioni elettroniche» v., anche per riferimenti, M. D'OSTUNI, A. CARAVITA DI TORITTO, *Evoluzione del contesto normativo di riferimento*, cit., 5 s.

⁽⁴²⁾ Sul vigente CCE cfr. V. FRANCESCHELLI, *Diritto delle comunicazioni*, cit., 170 ss.

⁽⁴³⁾ Sulla direttiva 2018/1808/UE e sulla sua collocazione nel più ampio fine di creare un Mercato unico digitale, v. M. COLANTONI, *I «servizi di piattaforma per la condivisione di video» nel TUSMA e i compiti di AGCom*, cit., 995 ss., spec. 996. L'a. (*ibi*, 997) osserva che «l'obiettivo che si è posto il legislatore europeo è stato quello di fornire nuove regole chiare e più stringenti rispetto a quelle attuali, in grado di proteggere il pubblico, in particolare i minori, da contenuti nocivi (non solo, dunque, da quelli illegali) e da discorsi di incitamento all'odio e supportarlo nella libera formazione ed espressione della propria opinione a prescindere dalla piattaforma trasmissiva di fruizione». Cfr. inoltre M. D'OSTUNI, A. CARAVITA DI TORITTO, *Evoluzione del contesto normativo di riferimento*, cit., 12 ss., spec. 13, dove si afferma che la *ratio* comune delle previsioni della direttiva e della sua estensione alle piattaforme di condivisione video «è quella di rafforzare la tutela degli utenti, soprattutto dei minori, da talune forme illecite e nocive di contenuti audiovisivi online»; R. VIOLA, *La riforma del quadro normativo dell'audiovisivo tra mercato unico digitale e valori fondamentali*, in G.B. ABBA-MONTE, E. APA, O. POLLICINO (a cura di), *La riforma del mercato audiovisivo europeo*, Torino, 2019, spec. XII ss.

⁽⁴⁴⁾ Sul TUSMA v., per un'analisi completa, C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO (a cura di), *Testo unico servizi media e audiovisivi*, Napoli, 2023; R. MASTROIANNI,

d.lgs. 25 marzo 2024, n. 50, che ha apportato disposizioni integrative e correttive al TUSMA. Sono soltanto le principali e più recenti tappe della normativa dell'Unione Europea e nazionale nei settori qui in esame dell'ecosistema digitale regolato dall'AGCom. Sono settori nei quali più volte è stata attribuita all'Autorità una funzione conciliativa. Bisogna ora individuare le norme che hanno attribuito tale funzione.

A tal fine la ricerca si concentra, oltre che sull'art. 1, 11° comma, l. n. 249 del 1997 (legge istitutiva dell'AGCom), sul CCE, come modificato dalla novella del 2021, e sul TUSMA, come da ultimo integrato e corretto dal d.lgs. n. 50 del 2024. Si tratta delle principali fonti nazionali che hanno attribuito, di regola su impulso di norme dell'Unione Europea, funzioni conciliative all'AGCom, attraverso il compito di stabilire, con appositi regolamenti, procedure di risoluzione stragiudiziale delle controversie. Si intende dimostrare che in questo modo sono stati introdotti tentativi, ora obbligatori ora facoltativi, di conciliazione.

È intuibile che la scelta tra obbligatorietà e facoltatività non è stata compiuta dall'AGCom; né l'Autorità avrebbe potuto compierla, dal momento che un tentativo obbligatorio di conciliazione può essere fondato soltanto su una previsione di legge o di un'altra fonte di pari forza⁽⁴⁵⁾. La scelta non può essere imputata nei casi in esame neppure alle fonti dell'Unione Europea, ma soltanto al legislatore nazionale, che gode di discrezionalità, seppure nei limiti imposti alla giurisdizione condizionata dai ricordati interventi della Corte di Giustizia dell'Unione europea e della Corte Costituzionale nella materia in esame e dalle ben note norme sovranazionali e nazionali sul diritto di accesso al giudice (art. 6, 1° paragrafo, CE-

O. POLLICINO, M. BASSINI (a cura di), *Il T.U. dei servizi di media audiovisivi*, Milano, 2024; per una efficace sintesi cfr. V. FRANCESCHELLI, *Diritto delle comunicazioni*, cit., 262 ss.

⁽⁴⁵⁾ Sul tema v., *si vis*, A.M. MARZOCCO, *Le controversie in materia di comunicazioni elettroniche. Contributo allo studio della giurisdizione condizionata*, Roma, 2012, 20 ss.

DU, come letto a partire dalla pronuncia *Golder* del 1975; art. 47, 1° comma, Cedu; art. 24, 1° comma, Cost.) ⁽⁴⁶⁾.

Ciò che invece è spettato e spetta all'AGCom è l'adozione di specifici regolamenti per disciplinare la risoluzione stragiudiziale delle controversie, le modalità di svolgimento del tentativo obbligatorio o facoltativo di conciliazione e l'individuazione di eventuali organismi e procedimenti alternativi alla propria funzione conciliativa. Da qui l'importanza dei regolamenti di procedura con cui l'Autorità ha disciplinato i diversi tentativi di conciliazione.

Da ultimo l'AGCom, con la del. 194/23/CONS del 26 luglio 2023, ha revisionato il Regolamento di procedura di cui all'Allegato A della del. 203/18/CONS («Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche») e lo ha ridenominato «Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e fornitori di servizi dell'ecosistema digitale» (d'ora innanzi reg. di procedura 194/23/CONS) ⁽⁴⁷⁾. Inoltre, con la stessa del. 194/23/CONS l'Autorità ha revisionato il Regolamento applicativo di cui all'Allegato A della del. 339/18/CONS («Regolamento applicativo sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche tramite la piattaforma ConciliaWeb») e lo ha ridenominato «Regolamento applicativo sulle procedure di risoluzione tramite la piattaforma ConciliaWeb delle controversie tra utenti e fornitori di servizi dell'ecosistema digitale» (d'ora innanzi reg. applicativo 194/23/CONS) ⁽⁴⁸⁾. Due cambi di denominazione sintomatici delle evoluzioni in corso.

Dei regolamenti attuativi dell'AGCom si tratterà soltanto alla fine dell'indagine ⁽⁴⁹⁾. Questo studio mira, in primo luogo, a indivi-

⁽⁴⁶⁾ Sui limiti della giurisdizione condizionata v. ancora, *si vis*, A.M. MARZOCCO, *Le controversie in materia di comunicazioni elettroniche*, cit., 3 ss.

⁽⁴⁷⁾ Si indica in tal modo l'ultima revisione del regolamento di procedura approvato con la del. 203/18/CONS.

⁽⁴⁸⁾ Si individua così l'ultima revisione del regolamento applicativo approvato con la del. 339/18/CONS.

⁽⁴⁹⁾ *Infra* paragrafi 5-5.1.

duare i tentativi obbligatori o facoltativi di conciliazione affidati all'AGCom dalle seguenti fonti: a) l'art. 1, 11° comma, l. n. 249 del 1997 e/o il CCE ⁽⁵⁰⁾; b) il TUSMA ⁽⁵¹⁾.

3. I tentativi di conciliazione fondati sul CCE e/o sull'art. 1, 11° comma, l. n. 249 del 1997. – Sulla base del CCE e/o dell'art. 1, 11° comma, l. n. 249 del 1997 sono individuabili tre distinti tentativi di conciliazione: 1) il tentativo obbligatorio di conciliazione per le controversie tra utenti e operatori di comunicazione elettronica; 2) il tentativo obbligatorio di conciliazione tra operatori e utenti di comunicazioni elettroniche, ossia introdotto non dall'utente ma dall'operatore di comunicazioni elettroniche; 3) e il controverso, nella sua stessa esistenza, tentativo di conciliazione tra operatori di comunicazioni elettroniche.

3.1. Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie tra utenti e operatori di comunicazione elettronica. – Un chiaro impulso verso la risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di comunicazioni elettroniche può essere individuato nell'art. 34 della già ricordata direttiva servizio universale, che ha richiesto agli Stati membri: a) di prevedere procedure extragiudiziali trasparenti, semplici e poco costose per l'esame delle controversie in cui siano coinvolti i consumatori relative alle questioni contemplate dalla direttiva, che consentano un'equa e tempestiva risoluzione delle controversie e, nei casi giustificati, possano adottare un sistema di rimborso e/o di indennizzo (1° comma); b) di creare, ad un adeguato livello territoriale, uffici e servizi *on line* per l'accettazione di reclami, incaricati di facilitare l'accesso dei consumatori e degli utenti finali alle strutture di composizione delle controversie (2° comma); c) di coordinare i loro sforzi per pervenire ad una risoluzione delle con-

⁽⁵⁰⁾ *Infra* paragrafi 3-3.2.

⁽⁵¹⁾ *Infra* paragrafi 4-4.4.

troversie in cui siano coinvolti soggetti di diversi Stati (3° comma); d) di escludere ogni pregiudizio alle procedure giudiziarie nazionali (4° comma) ⁽⁵²⁾.

La direttiva servizio universale e le altre note direttive del 2002 in materia di comunicazioni elettroniche sono state attuate, come si è detto, con il CCE del 2003. La direttiva servizio universale ha poi subito più modifiche sino a confluire, insieme alle altre direttive del 2002, nella già ricordata direttiva 2018/1972/UE che ha istituito l'ormai noto CECE.

Nell'ambito del CECE più disposizioni sono state dedicate alla risoluzione extragiudiziale delle controversie, come l'art. 3, che pone la protezione degli utenti tra gli obiettivi generali; l'art. 5, 1° comma, che indica gli specifici compiti che devono essere attribuiti dagli Stati membri alle ANR, tra i quali la tutela dei diritti degli utenti finali nel settore delle comunicazioni elettroniche; e l'art. 25, dedicato in modo specifico alla «Risoluzione extragiudiziale delle controversie». Inoltre, il considerando 68 del CECE chiarisce la *ratio* di tali norme: «Le procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie possono rappresentare un modo rapido ed economicamente vantaggioso per consentire agli utenti finali (...) di far valere i loro diritti».

L'attuazione in Italia della direttiva 2018/1972/UE è avvenuta, come si è detto, con il d.lgs. n. 207 del 2021, entrato in vigore il 24 dicembre 2021. Quest'ultimo ha novellato il CCE del 2003 sostituendone gli artt. 1-98 con gli artt. 1-98^{tricies}. Di conseguenza, la risoluzione stragiudiziale delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche è oggi disciplinata dall'art. 25 CCE, mentre prima della novella del 2021 era disciplinata dall'art. 84

⁽⁵²⁾ Cfr. F. BASSAN, *Dalle telecomunicazioni alle comunicazioni elettroniche: motivi e percorsi di una riforma permanente*, in ID. (a cura di), *Diritto delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2010, 3 ss.; M. OROFINO, *Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell'ordinamento multilivello*, Milano, 2008, 331 ss.; G.L. TOSATO, *L'evoluzione della disciplina comunitaria sulle comunicazioni elettroniche*, in G. MORBIDELLI, F. DONATI (a cura di), *La nuova disciplina delle comunicazioni elettroniche*, Torino, 2009, 39 ss.

CCE, che aveva attuato il ricordato art. 34 della direttiva servizio universale.

In particolare, il 1° comma dell'art. 25 CCE richiama, come già il previgente art. 84 CCE, i commi 11-13 dell'art. 1 l. n. 249 del 1997, legge istitutiva dell'AGCom. In questo modo è stata confermata, tra l'altro, l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione, perché è prevista dal richiamato art. 1, 11° comma, l. n. 249 del 1997. Inoltre, l'art. 25, 1° comma, CCE ne ha definito l'ambito di applicazione, disponendo che l'Autorità «prevede con propri regolamenti le procedure extragiudiziali trasparenti, non discriminatorie, semplici e poco onerose per l'esame delle controversie tra utenti finali e operatori, inerenti alle disposizioni di cui alla parte III, titolo III», ossia alle disposizioni relative ai diritti degli utenti finali e inerenti «all'esecuzione dei contratti e alle condizioni contrattuali»⁽⁵³⁾. Vi rientrano, quindi, le controversie in materia di comunicazioni elettroniche tra utenti e operatori inerenti al mancato rispetto delle disposizioni relative al servizio universale⁽⁵⁴⁾ e ai diritti degli utenti stabilite da variegate fonti, quali norme legislative, delibere dell'Autorità, condizioni contrattuali e carte dei servizi (cfr. l'art. 2, 1° comma, reg. di procedura 194/23/CONS che, come l'art. 25, 1°

⁽⁵³⁾ Una formulazione che risulta dalla recente novella dell'art. 25, 1° comma, CCE ad opera dell'art. 4, 1° comma, lett. l), d.lgs. 24 marzo 2024, n. 48. La novella ha corretto l'erroneo rinvio – in precedenza contenuto nell'art. 25, 1° comma, al fine di individuare le controversie tra utenti finali e operatori – alle disposizioni del medesimo Capo in cui l'art. 25 è collocato. Si trattava di un chiaro refuso, un residuo del previgente testo dell'art. 84 CCE, che era effettivamente collocato nello stesso Capo che disciplinava i diritti degli utenti, mentre nel vigente testo del CCE l'art. 25 è collocato nel Titolo II («Comunicazione di informazioni, indagini, meccanismi di consultazione») della Parte I del CCE, dedicata alle «Norme generali di organizzazione del settore», e i diritti degli utenti finali sono disciplinati nel titolo III («Diritti degli utenti finali») della parte III («Servizi») del CCE. Da qui la modifica del rinvio compiuto dall'art. 25, 1° comma, CCE, ora esattamente riferito alle disposizioni sui diritti degli utenti finali contenute nel Titolo III della Parte III del CCE.

⁽⁵⁴⁾ Sull'aggiornata definizione di servizio universale alla luce del CECE v. M. D'OSTUNI, A. CARAVITA DI TORITTO, *Evoluzione del contesto normativo di riferimento*, cit., 7.

comma, CCE, richiama l'art. 1, 11° e 12° comma, l. n. 249 del 1997). Si tratta, ad esempio, delle controversie relative ai contratti di telefonia fissa, di telefonia mobile, ai servizi internet; ma lo sviluppo tecnologico ne incrementerà la tipologia o saranno creati, come è avvenuto per le controversie relative ai servizi di media audiovisivi, nuovi plessi dell'ecosistema digitale affidati alla regolazione e alla vigilanza dell'AGCom.

Il primo comma dell'art. 25 CCE richiede, infine, che le procedure individuate dall'AGCom consentano «una equa e tempestiva risoluzione delle controversie prevedendo, nei casi giustificati, un sistema di rimborso o di indennizzo». Di conseguenza, le forme di risoluzione extragiudiziale delle controversie predisposte dall'Autorità, da ultimo attraverso il reg. di procedura 194/23/CONS, si dividono in uno strumento conciliativo, vale a dire il tentativo obbligatorio di conciliazione per le controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche, ricostruito come condizione di procedibilità della domanda giudiziale (art. 2, 1° comma, e art. 3 reg. di procedura 194/23/CONS); e in uno strumento giustiziale, vale a dire l'attività di definizione delle controversie (art. 14 ss. reg. di procedura e artt. 17-18 reg. applicativo 194/23/CONS), in funzione della quale la del. 73/11/CONS, da ultimo modificata dalla del. 347/18/CONS, ha approvato un regolamento sugli indennizzi applicabili.

3.1.1. (segue) ...e nelle controversie tra operatori e utenti di comunicazioni elettroniche. – Il testo dell'art. 1, 11° comma, l. n. 249 del 1997 non delimita il tentativo obbligatorio di conciliazione alle controversie proposte da utenti di comunicazioni elettroniche; né si riferisce soltanto all'utente quale attore, dal momento che contempla persino le controversie tra operatori ⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵⁵⁾ Sul punto v. *infra* paragrafo 3.2.

Neppure l'art. 25, 1° comma, CCE è limitato alle controversie proposte da utenti. Lo dimostrano più fattori: il richiamo dell'art. 1, 11° comma, l. n. 249 del 1997 che esso contiene; il riferimento non a controversie proposte da utenti finali contro operatori ma, più genericamente, a «controversie tra utenti finali e operatori»; il riferimento alle controversie inerenti alle disposizioni in materia di diritti degli utenti finali (di cui al Titolo III della Parte III CCE), ma anche all'esecuzione dei contratti e alle condizioni contrattuali, due ambiti che possono ben fondare pretese anche dell'operatore. Pertanto, il riferimento dell'art. 25, 1° comma, ad un sistema di rimborso o di indennizzo, che fa giustamente pensare alla prospettiva dell'utente che chiede tutela, attiene soltanto ad una delle due possibili prospettive della lite.

Del resto, è facile osservare che la *ratio* attribuita dalla Corte Costituzionale al tentativo obbligatorio di conciliazione in esame⁽⁵⁶⁾ non potrebbe mai giustificare una limitazione della sua operatività a seconda di chi proponga la domanda giudiziale. Anche quando la controversia sia introdotta dall'operatore nei confronti di un utente sussiste l'esigenza di realizzare l'interesse generale ad un soddisfacimento celere delle posizioni giuridiche sostanziali ed il tentativo obbligatorio di conciliazione rappresenta uno strumento volto ad assicurare un più elevato livello di protezione dei consumatori e degli utenti e a promuoverne la fiducia⁽⁵⁷⁾.

L'interpretazione appena sostenuta non è smentita da un passo di un'ordinanza in cui la Corte Costituzionale, nell'affrontare alcune questioni di legittimità dell'art. 1, 11° comma, l. n. 249 del 1997, parve incidentalmente limitare l'obbligo del tentativo di conciliazione previsto dalla norma all'ipotesi che la controversia fosse pro-

⁽⁵⁶⁾ Sul tema *amplius, si vis*, A.M. MARZOCCO, *Le controversie in materia di comunicazioni elettroniche*, cit., 43 ss.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. Corte cost., 30 novembre 2007, n. 403, cit., ampiamente richiamata da Corte cost., 18 febbraio 2009, n. 51, cit.

mossa dall'utente, prospettiva sostenuta, secondo quanto emerge dall'ordinanza, anche dal giudice *a quo* ⁽⁵⁸⁾.

A tale lettura la Corte fu probabilmente indotta dalla differente formulazione dell'allora vigente regolamento di procedura, adottato dall'AGCom con la del. 173/07/CONS, rispetto al previgente regolamento approvato con la del. 182/02/CONS. Quest'ultimo prescriveva, all'art. 3, 1° comma, che «gli utenti, singoli o associati, ovvero gli organismi di telecomunicazioni» che intendessero agire in giudizio avrebbero dovuto «promuovere preventivamente un tentativo di conciliazione dinanzi al Co.re.com. competente per territorio». Conteneva dunque un esplicito riferimento all'azione proposta da organismi di telecomunicazioni. Un riferimento scomparso nel successivo regolamento di procedura 173/07/CONS, che assunse una formulazione meno esplicita, scorrendo soltanto di «controversie in materia di comunicazioni elettroniche tra utenti finali ed operatori» (art. 2, 1° comma, reg. cit.). Nondimeno la disposizione si riferiva, ripetendo il testo dell'art. 1, 11° comma, l. n. 249 del 1997, genericamente a controversie «tra» tali soggetti e non soltanto a controversie «proposte da» utenti o «nei confronti di» operatori. In concreto l'attore poteva essere l'uno o l'altro soggetto, senza alcuna restrizione soggettiva. Una restrizione che la fonte regolamentare non avrebbe potuto introdurre, pena il contrasto con l'art. 1, 11° comma, l. n. 249 del 1997. Se è vero, infatti, che tale norma rimette a «provvedimenti dell'Autorità» l'individuazione delle controversie, circostanza che attribuisce ai regolamenti una funzione attuativa, è escluso che l'AGCom possa con propri regolamenti delimitare o estendere l'ambito di applicazione stabilito dalla fonte legislativa ⁽⁵⁹⁾. Non è casuale che il vigente art. 25, 1° comma, CCE richiami l'art. 1, 11° comma, l. n. 249 del 1997 e rimetta all'AGCom soltanto la previsione, con propri regolamenti, delle

⁽⁵⁸⁾ Cfr. Corte cost., 18 febbraio 2009, n. 51, cit.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. *amplius, si vis*, A.M. MARZOCCO, *Le controversie in materia di comunicazioni elettroniche*, cit., 19 ss.

procedure extragiudiziali e non la determinazione delle controversie ad esse sottoposte.

L'obbligatorietà del tentativo di conciliazione anche per l'operatore di comunicazioni elettroniche è confermata, a ben vedere, dal vigente reg. di procedura 194/23/CONS, che meritoriamente disciplina il procedimento di conciliazione da seguire (Capo IV reg. di procedura). Non deve trarre in inganno il testo dell'art. 23, 1° comma, reg. cit., che non indica l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione proposto dall'operatore, ma soltanto l'ipotesi che l'operatore «intenda» avviare una procedura di conciliazione ai sensi dell'art. 2 reg. cit. Premesso che il rango della fonte non potrebbe derogare alla previsione legislativa di cui all'art. 1, 11° comma, l. n. 249 del 1997, in ogni caso l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione discende dal richiamo, da parte dell'art. 23, 1° comma, dell'art. 2 del regolamento, che a sua volta richiama espressamente, al 1° comma, l'art. 1, 11° comma, l. n. 249 del 1997. Inoltre, qualsivoglia dubbio è sfatato dall'art. 3, 2° comma, reg. cit., che nell'individuare gli organismi dinanzi ai quali (e i procedimenti secondo i quali) può essere espletato il tentativo obbligatorio di conciliazione afferma, alla lett. a), che il tentativo obbligatorio di conciliazione può essere svolto «dinanzi al Co.re.com. competente, secondo la procedura stabilita ai Capi II e IV» del regolamento. Il Capo IV disciplina proprio il tentativo di conciliazione nelle controversie tra operatori e utenti di comunicazioni elettroniche.

Un ulteriore argomento a sostegno della obbligatorietà discende dall'art. 2, 2° comma, reg. di procedura, che esclude, come i suoi predecessori, il tentativo obbligatorio di conciliazione per «le controversie attinenti unicamente al recupero di crediti relativi alle prestazioni effettuate dall'operatore, a eccezione di quelle inerenti a crediti o prestazioni contestate dall'utente». La norma si riferisce a crediti dell'operatore e contiene una delimitazione oggettiva di cui non vi sarebbe stata alcuna necessità se il tentativo obbligatorio di conciliazione fosse stato escluso, in via generale, per le controversie proposte dall'operatore.

Infine, l'art. 40, 4° comma, TUSMA ha offerto un'ulteriore prova della obbligatorietà del tentativo di conciliazione in esame. Esso prevede che «[a]lle controversie, tra gli operatori, e tra gli operatori e gli utenti, inerenti ai diritti e gli obblighi derivanti dall'attuazione dei piani di assegnazione delle frequenze e in materia di accesso alle infrastrutture, si applica la disposizione di cui all'articolo 1, comma 11, della legge 31 luglio 1997, n. 249» ⁽⁶⁰⁾. Il richiamo contrasterebbe con una lettura restrittiva dell'art. 1, 11° comma, l. n. 249 del 1997, volta a delimitarne l'applicazione, in contrasto con la sua lettera, alle controversie proposte da utenti. L'art. 40, 4° comma, TUSMA conferma che l'art. 1, 11° comma, l. n. 249 del 1997 prescrive il tentativo obbligatorio di conciliazione anche nelle controversie tra operatori e utenti di comunicazioni elettroniche e in quelle tra operatori di comunicazioni elettroniche, di cui si tratterà nel prossimo paragrafo.

3.2. Il dibattuto tentativo obbligatorio di conciliazione tra operatori di comunicazioni elettroniche. – In base alla lettera dell'art. 1, 11° comma, l. n. 249 del 1997 il tentativo obbligatorio di conciliazione dovrebbe essere prescritto anche per le controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ⁽⁶¹⁾. La disposizione indica sia le controversie «fra utenti o categorie di utenti ed un soggetto autorizzato o destinatario di licenze», sia quelle «tra soggetti autorizzati o destinatari di licenze tra loro», rimettendo all'AGCom il compito di disciplinare le modalità per la loro risoluzione non giurisdizionale. Si tratta, tuttavia, di un ambito non più certo di operatività del tentativo obbligatorio di conciliazione.

⁽⁶⁰⁾ Sul punto v. *infra* paragrafo 4.1.

⁽⁶¹⁾ In senso conf. G. PESCE, *Tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti amministrativi e sanzionatori, e soluzioni non giurisdizionali per la definizione delle controversie tra imprese*, in M. CLARICH, G.F. CARTEI (a cura di), *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, cit., 430.

In attuazione dell'art. 1, 11° comma, l. n. 249 del 1997 l'AGCom introdusse, con la del. 148/01/CONS del 28 marzo 2001 (d'ora innanzi reg. 148/01/CONS), il regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra organismi di telecomunicazioni, dettando anche la disciplina del tentativo obbligatorio di conciliazione (cfr. art. 7, Reg. cit.). Il reg. 148/01/CONS è stato abrogato dal nuovo regolamento per la risoluzione delle controversie tra operatori approvato con la del. 352/08/CONS del 25 giugno 2008 (d'ora innanzi reg. 352/08/CONS), che non ha disciplinato più alcun tentativo obbligatorio di conciliazione. Il reg. 352/08/CONS si è occupato esclusivamente, attuando l'art. 23 CCE del 2003, del procedimento per la risoluzione dinanzi all'Autorità delle controversie tra operatori individuate all'art. 2, 1° comma, dello stesso regolamento⁽⁶²⁾. Un'attività riconducibile alla funzione giustiziale di definizione delle controversie e non alla funzione conciliativa dell'AGCom.

Del tentativo obbligatorio di conciliazione non vi è traccia neppure nel successivo e vigente regolamento approvato con la del. 226/15/CONS (d'ora innanzi reg. 226/15/CONS)⁽⁶³⁾, poi modificato dalla del. 449/16/CONS, che ha adeguato le previsioni del reg. 226/15/CONS all'art. 9 d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 33⁽⁶⁴⁾.

⁽⁶²⁾ Cfr. A. LEONE, *La risoluzione delle controversie tra operatori*, in F. BASSAN (a cura di), *Diritto delle comunicazioni elettroniche*, cit., 274 ss.; P. MESSANA, *Il sistema di risoluzione delle controversie tra imprese in materia di comunicazioni elettroniche*, in *Dir. ed economia mezzi di comunicazione*, 2009, 57 ss.; G. PESCE, *Tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti amministrativi e sanzionatori, e soluzioni non giurisdizionali per la definizione delle controversie tra imprese*, cit., 425 ss.

⁽⁶³⁾ Cfr. V. MOSCA, *Le controversie tra operatori*, in G. CASSANO, C.E. CAZZATO, F. DI CIOMMO (a cura di), *Trattato delle garanzie nelle comunicazioni*, cit., 429 ss., spec. 452 s. per il tentativo di conciliazione interno al procedimento di risoluzione delle controversie, dunque ben distinto da un tentativo obbligatorio di conciliazione quale condizione di procedibilità dell'azione giudiziale o della tutela giustiziale dinanzi all'AGCom.

⁽⁶⁴⁾ L'art. 9 cit. ha attribuito all'AGCom il ruolo di organismo competente alla risoluzione delle controversie tra operatori di rete e gestori di infrastrutture fisiche o tra operatori di rete (v. anche l'art. 6, 2° comma, lett. b), CCE). Sul tema cfr. V. MOSCA, *Le controversie tra operatori*, cit., 433 ss.

La scomparsa dalla disciplina regolamentare del tentativo obbligatorio di conciliazione tra operatori, avvenuta soltanto nel 2008 a partire dal reg. 352/08/CONS, non può essere fondata sulla circostanza che prima l'art. 84, 1° comma, CCE del 2003, e oggi l'art. 25, 1° comma, CCE dopo la novella del 2021, abbiano richiamato l'art. 1, 11° comma, l. n. 249 del 1997 soltanto nella parte in cui si occupa delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche. Il limitato richiamo si spiega osservando che l'art. 84 era collocato nell'ambito del Capo IV (Servizio universale e diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica) del Codice, in particolare nella Sez. IV (Disposizioni finali in materia di servizio universale e di diritti degli utenti); così come oggi l'art. 25, 1° comma, seppure posto altrove nell'ambito del CCE, rinvia, dopo il correttivo del 2024 ⁽⁶⁵⁾, al Titolo III della Parte III del CCE, dedicato ai diritti degli utenti finali, senza alcun legame con le controversie tra operatori. È dunque la stessa collocazione, in passato dell'art. 84 ed oggi dell'art. 25 CCE, nonché lo scopo delle norme che essi dettano, a spiegare il limitato richiamo dell'art. 1, 11° comma, l. n. 249 del 1997, senza significati ulteriori.

La scomparsa non potrebbe essere fondata neppure sull'art. 23 CCE del 2003, norma che il reg. 352/08/CONS aveva inteso attuare (così come hanno fatto i suoi successori). L'art. 23 si occupava soltanto della risoluzione delle controversie tra imprese quale attività giustiziale dell'AGCom, senza alcun riferimento al tentativo obbligatorio di conciliazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Ad esso corrisponde, dopo la novella del 2021, l'art. 26 del vigente CCE, rispetto al quale vale la medesima osservazione.

È vero che l'art. 23 del CCE del 2003 aveva inteso introdurre, rispetto al passato, un nuovo modello ⁽⁶⁶⁾. Tuttavia, né il previgente

⁽⁶⁵⁾ V. *supra* nota 53.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. G. PESCE, *Tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti amministrativi e sanzionatori, e soluzioni non giurisdizionali per la definizione delle controversie tra imprese*, cit., 460.

art. 23 CCE né il vigente art. 26 CCE, che ne ha preso il posto dopo la novella del CCE del 2021, dettano una disciplina in tale contrasto con l'art. 1, 11° comma, l. n. 249 del 1997 da poterlo ritenere abrogato nella parte in cui prescrive, per le controversie tra operatori, il tentativo obbligatorio di conciliazione. Né a tal fine era in alcun modo dirimente l'art. 23, 5° comma, CCE (oggi art. 26, 5° comma), secondo cui «[l]a procedura di cui ai commi 1, 3 e 4 non preclude alle parti la possibilità di adire un organo giurisdizionale». La norma esprime soltanto la salvezza del diritto di accedere alla tutela giurisdizionale, senza che lo strumento stragiudiziale attribuito all'AGCom rappresenti una strada esclusiva di tutela. Nulla, invece, essa esprime in ordine all'esistenza del tentativo obbligatorio di conciliazione, che risulta ancora fondata sull'art. 1, 11° comma, l. n. 249 del 1997, che a sua volta non esclude affatto la tutela giurisdizionale, ma soltanto la condiziona all'espletamento del tentativo di conciliazione (condizione di procedibilità). Del resto, anche l'art. 25, 1° comma, CCE, che certamente prevede un tentativo obbligatorio di conciliazione, fa salvo l'accesso alla tutela giudiziale.

Le riflessioni compiute consentono di affermare che anche le controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche dovrebbero essere (ancora) sottoposte ad un tentativo obbligatorio di conciliazione. Non si può riconoscere ai regolamenti dell'AGCom, per le ragioni più volte chiarite, il potere di delimitare l'ambito soggettivo od oggettivo del tentativo obbligatorio di conciliazione previsto dall'art. 1, 11° comma, l. n. 249 del 1997. Quest'ultimo risulta pertanto, sotto il profilo in esame, non (più) attuato.

In mancanza di una disciplina regolamentare dell'AGCom, attuativa *in parte qua* della norma appena indicata, il tentativo di conciliazione non può ritenersi in concreto obbligatorio, nonostante che esso sia prescritto dall'art. 1, 11° comma, l. n. 249 del 1997. Lo dimostra l'esperienza maturata rispetto alla mancata adozione dei regolamenti attuativi dell'art. 2, 24° comma, lett. b), l. n. 481 del

1995 ⁽⁶⁷⁾, in assenza dei quali la Corte di Cassazione ha reputato in concreto non obbligatorio il tentativo di conciliazione imposto, quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale, dalla norma legislativa ⁽⁶⁸⁾. Allo stato, nell'ambito delle controversie in materia di comunicazioni elettroniche il tentativo obbligatorio di conciliazione è concretamente obbligatorio soltanto per le controversie tra utenti e operatori e per quelle tra operatori e utenti, perché soltanto rispetto ad esse l'AGCom ha dettato una specifica disciplina del procedimento di conciliazione (rispettivamente con il Capo II e il Capo IV del reg. di procedura 194/23/CONS).

Qualora si volesse sostenere che tutto ciò sia coerente con il mutato quadro complessivo e con il mutato ruolo dell'AGCom nei confronti degli operatori, bisognerebbe modificare anche l'art. 1, 11° comma, l. n. 249 del 1997, che per le ragioni indicate non può essere ritenuto tacitamente abrogato. Peraltro, il legislatore ne ha anche di recente ribadito la vigenza in tutto il suo contenuto. Lo dimostra il ricordato art. 40, 4° comma, TUSMA, che lo richiama per introdurre il tentativo obbligatorio di conciliazione proprio nelle controversie tra gli operatori, oltre che tra gli operatori e gli utenti, relative ai diritti e agli obblighi derivanti dall'attuazione dei piani di assegnazione delle frequenze e in materia di accesso alle infrastrutture ⁽⁶⁹⁾. È inverosimile che il legislatore abbia a tal fine richiamato una norma da ritenere abrogata proprio nella parte in cui pre-

⁽⁶⁷⁾ Sull'art. 2, 24° comma, lett. b), l. n. 481 del 1995 v. P. CHIRULLI, *Art. 2, comma 24°, lett. b*, in A. BARDUSCO, G. CAIA, G. DI GASPARE (a cura di), *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità – Istituzione delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità (l. 14 novembre 1995 n. 481)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1998, 383 ss.; G. NAPOLITANO, *Art. 2, comma 24°, lett. b*, 2., *ibidem*, 397 ss.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. Cass., 17 maggio 2007, n. 11452, in *Resp. civ.* 2007, 2058, con nota di P.M. PUTTI, *Le controversie tra utenti e gestori di servizi di pubblica utilità*, che al tempo ha affermato il principio rispetto al settore della regolazione del servizio di pubblica utilità per l'energia elettrica ed il gas.

⁽⁶⁹⁾ Al riguardo v. *infra* paragrafo 4.1.

scrive il tentativo obbligatorio di conciliazione tra operatori di comunicazioni elettroniche.

4. *I tentativi di conciliazione fondati sul TUSMA.* – L'evoluzione delle realtà del mercato ha condotto alla già ricordata direttiva 2018/1808/UE (c.d. direttiva SMAV2), che ha modificato la direttiva 2010/13/UE (cd. direttiva sui servizi di media audiovisivi – SMAV1) ⁽⁷⁰⁾. In Italia l'attuazione della direttiva 2018/1808/UE è avvenuta con il più volte ricordato TUSMA. Quest'ultimo ha abrogato il previgente d.lgs. 31 luglio 2005, n. 177 (Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici – TUSMAR), già oggetto di più interventi e non più adeguato all'evoluzione tecnologica e del mercato dei servizi audiovisivi ⁽⁷¹⁾.

Sulle disposizioni del TUSMA si basano sia tentativi obbligatori che facoltativi di conciliazione amministrati dall'AGCom.

Sono tentativi obbligatori di conciliazione quelli fondati sull'art. 40, 4° comma, TUSMA, in virtù del richiamo che esso contiene dell'art. 1, 11° comma, l. n. 249 del 1997. È invece un tentativo facoltativo di conciliazione quello fondato sull'art. 40, 1° e 2° comma, TUSMA per le controversie tra utenti e fornitori di servizi di media audiovisivi. Il d.lgs. n. 50 del 2024 ha poi introdotto nell'art. 40 TUSMA il comma 5 *bis*, estendendo ai fornitori di servizi di media radiofonici, alle emittenti radiofoniche e ai servizi dalle stesse forniti la disciplina dettata dall'art. 40 TUSMA per i fornitori di servizi di media audiovisivi.

Le funzioni dell'AGCom in materia di risoluzione stragiudiziale delle controversie, previste dall'art. 40, 1° comma, TUSMA, sono inoltre richiamate dall'art. 33, 5° comma, TUSMA rispetto alla vio-

⁽⁷⁰⁾ Sulla direttiva 2010/13/UE v. R. MASTROIANNI, *La direttiva sui servizi di media audiovisivi e la sua attuazione nell'ordinamento italiano*, 2^a ed., Torino, 2011, 59 ss.

⁽⁷¹⁾ Cfr. M. COLANTONI, *I «servizi di piattaforma per la condivisione di video» nel TUSMA e i compiti di AGCom*, cit., 995.

lazione delle disposizioni dettate dall'art. 33 TUSMA in tema di eventi di particolare rilevanza per la società, di interesse sociale o di grande interesse pubblico (almeno nella parte in cui l'art. 33 si riferisce ai fornitori di servizi di media audiovisivi e non agli operatori⁽⁷²⁾).

L'art. 42, 9° comma, TUSMA è invece il fondamento del tentativo facoltativo di conciliazione nelle controversie tra utenti e fornitori di piattaforme per la condivisione di video. Infine, l'art. 42 TUSMA, come sostituito dal d.lgs. n. 50 del 2024, prevede ora, al comma 11, che le disposizioni in esso contenute «si applicano anche ai servizi di piattaforma per la condivisione di contenuti di solo audio o audio generati dagli utenti o entrambi, per quanto compatibili». Un ulteriore tentativo facoltativo di conciliazione.

Ai tentativi di conciliazione appena individuati saranno dedicate le prossime pagine.

4.1. I tentativi obbligatori di conciliazione ex art. 40, 4° comma, TUSMA. – Secondo l'art. 40, 4° comma, TUSMA alle controversie tra gli operatori e tra gli operatori e gli utenti relative ai diritti e agli obblighi derivanti dall'attuazione dei piani di assegnazione delle frequenze e in materia di accesso alle infrastrutture si applica la disposizione di cui all'art. 1, 11° comma, l. n. 249 del 1997. Quest'ultimo prescrive, come è ormai noto, il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie in materia di comunicazioni elettroniche⁽⁷³⁾. Attraverso il rinvio, dunque, l'art. 40, 4° comma, TUSMA ha introdotto il tentativo obbligatorio di conciliazione per le controversie che esso contempla, sia tra operatori che tra operatori e utenti⁽⁷⁴⁾.

⁽⁷²⁾ Sul punto v. *amplius* paragrafo 5.1.

⁽⁷³⁾ Sul tema v. *supra* paragrafi 3.1 e seguente.

⁽⁷⁴⁾ Cfr., per una lettura conforme, L. ARIA, F. MOROLLO, *I meccanismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie tra utenti e fornitori di servizi*, cit., 216, spec. nota 31.

Non mancano però riserve sul significato dell'art. 40, 4° comma, TUSMA e dubbi sul suo campo applicativo. In primo luogo, si è dubitato che la norma sia effettivamente applicabile agli utenti, per la difficoltà di configurare, in relazione alle controversie che esso prevede, posizioni giuridiche dagli stessi azionabili⁽⁷⁵⁾. In secondo luogo, rispetto alle controversie tra operatori, si è sostenuta la non correttezza del rinvio all'art. 1, 11° comma, l. n. 249 del 1997, perché «sembrerebbe riproporre l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione in un ambito – quello dei rapporti tra imprese – ove, a partire dal pacchetto di direttive del 2002, nel settore delle comunicazioni elettroniche esso è ormai espressamente escluso (a livello di legislazione nazionale, la disposizione dell'art. 23 del CCE del 2003, anche con l'attuale collocazione all'art. 26 della versione del 2021, *apertis verbis* dichiara che la procedura di risoluzione delle controversie tra imprese ivi prevista 'non preclude alle parti la possibilità di adire un organo giurisdizionale')»⁽⁷⁶⁾.

Il secondo rilievo non appare condivisibile. La volontà dell'art. 40, 4° comma, TUSMA di introdurre un tentativo obbligatorio di conciliazione è chiara, visto il rinvio all'art. 1, 11° comma, l. n. 249 del 1997. Quest'ultima norma prescrive il tentativo obbligatorio sia per le controversie tra utenti ed operatori di comunicazione elettronica, sia, secondo la lettura qui compiuta, per le controversie tra operatori⁽⁷⁷⁾. Si sono, inoltre, già espresse le ragioni della inidoneità dell'art. 23 CCE del 2003, poi confermato dall'art. 26 CCE vigente, a determinare l'abrogazione tacita *in parte qua* dell'art. 1, 11°

⁽⁷⁵⁾ Cfr. E.M. COTUGNO, *Articolo 40. Risoluzione extragiudiziale delle controversie*, in C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO (a cura di), *Testo unico servizi media e audiovisivi*, cit., 746, che reputa «davvero arduo individuare diritti» attribuiti agli utenti, «ovvero obblighi per gli operatori da cui possano emergere diritti soggettivi da essi azionabili, derivanti dall'attuazione di strumenti o disposizioni, di natura eminentemente pubblicistica, quali il piano di assegnazione delle frequenze o le disposizioni in materia di accesso alle infrastrutture».

⁽⁷⁶⁾ Così ancora E.M. COTUGNO, *Articolo 40. Risoluzione extragiudiziale delle controversie*, cit., 746.

⁽⁷⁷⁾ Al riguardo v. *supra* paragrafi 3.1-3.1.1.

comma, l. n. 249 del 1997 ⁽⁷⁸⁾; così come era a tal fine inidoneo il riferimento dell'art. 23, 5° comma, CCE alla salvezza della tutela giurisdizionale dei diritti, poi ribadita dal vigente art. 26, 5° comma, dopo la novella del CCE del 2021. La salvezza della tutela giurisdizionale opera sempre, sia rispetto ai tentativi facoltativi che obbligatori di conciliazione, senza che la sua espressa indicazione possa significare che il tentativo di conciliazione previsto abbia carattere soltanto facoltativo. Lo conferma, nell'ambito dello stesso CCE, il vigente art. 25, che prevede senza dubbio un tentativo obbligatorio di conciliazione ma al contempo fa salva «la tutela giurisdizionale prevista dalla vigente normativa».

La necessità di un chiarimento legislativo è pienamente condivisibile rispetto all'individuazione delle posizioni soggettive che l'utente possa vantare nell'ottica dell'art. 40, 4° comma, TUSMA; mentre non dovrebbe riguardare la stessa norma nella parte in cui rinvia all'art. 1, 11° comma, l. n. 249 del 1997 anche per le controversie tra operatori ⁽⁷⁹⁾, quanto quest'ultimo al fine di chiarirne la piena prescrittività o meno in ordine al tentativo obbligatorio di conciliazione tra operatori di comunicazioni elettroniche. Allo stato si deve ritenere, per le ragioni già indicate ⁽⁸⁰⁾, che l'art. 1, 11° comma, l. n. 249 del 1997 continua a prescrivere il tentativo obbligatorio di conciliazione anche nelle controversie tra operatori, ma manca il regolamento attuativo dell'AGCom necessario per rendere il tentativo di conciliazione concretamente obbligatorio ⁽⁸¹⁾.

Anche rispetto all'art. 40, 4° comma, TUSMA mancano al momento, sia per le controversie tra operatori che tra operatori e utenti, le norme regolamentari attuative dell'AGCom. In mancanza di esse, come si è affermato per le controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche richiamando un noto intervento della Corte

⁽⁷⁸⁾ Sul punto v. *supra* paragrafo 3.1.1.

⁽⁷⁹⁾ In questo senso invece, per le ragioni già indicate nel testo, E.M. COTUGNO, *Articolo 40. Risoluzione extragiudiziale delle controversie*, cit., 746.

⁽⁸⁰⁾ *Supra* paragrafo 3.1.1.

⁽⁸¹⁾ Sul tema v. ancora *supra* paragrafo 3.1.1.

di Cassazione, il tentativo di conciliazione seppure previsto come obbligatorio dalla norma non lo è in concreto ⁽⁸²⁾.

4.2. *Il tentativo facoltativo di conciliazione tra utenti e fornitori di servizi di media audiovisivi o di media radiofonici.* – L'art. 28 ter, 7° paragrafo, direttiva 2018/1808/UE (c.d. direttiva SMAV2) si occupa soltanto della risoluzione delle controversie tra utenti e fornitori di piattaforme per la condivisione di video ⁽⁸³⁾, non anche tra utenti e fornitori di servizi di media audiovisivi ⁽⁸⁴⁾. Il compito di disciplinare procedure di risoluzione extragiudiziale in materia è stato attribuito all'AGCom direttamente dall'art. 3, 1° comma, lett. c), l. di delegazione europea 22 aprile 2021, n. 53 ⁽⁸⁵⁾, che nello stabilire i principi e i criteri per attuare la direttiva 2018/1808/UE ha chiesto al legislatore delegato di «prevedere specifiche misure a tutela dei consumatori di servizi di media audiovisivi, lineari e non lineari, anche mediante il ricorso a procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie e meccanismi di indennizzo in caso di disservizi, affidando la regolamentazione di tali procedure all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni».

In attuazione dell'art. 3 l. cit., l'art. 40, 1° comma, TUSMA ha rimesso all'AGCom il compito di definire, con un proprio regolamento, «procedure trasparenti, non discriminatorie e facilmente accessibili per la risoluzione delle controversie tra utenti e fornitori di servizi di media audiovisivi che si rivolgono al pubblico italiano»; il 2° comma ha poi specificato che tali procedure devono consentire «una equa e tempestiva risoluzione delle controversie inerenti alle condizioni contrattuali o all'esecuzione dei contratti stipulati pre-

⁽⁸²⁾ Sul punto v. *supra* paragrafo 3.1.1.

⁽⁸³⁾ In merito v. *infra* paragrafo 4.4.

⁽⁸⁴⁾ Per un quadro, anche terminologico, sui servizi di media audiovisivi v. E. ALBANESI, A. VALASTRO, R. ZACCARIA, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, cit., 171 ss.

⁽⁸⁵⁾ Su tale legge v. G. BONADIO, *L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni nel nuovo ecosistema digitale*, cit., 49 ss.

vedendo altresì, in caso di disservizio, un sistema di indennizzo». In questo modo è stato introdotto il tentativo facoltativo di conciliazione per le controversie in esame⁽⁸⁶⁾; ed inoltre è stata aperta la strada alla distinta e successiva attività di definizione delle controversie svolta dall'AGCom, che contempla appunto «un sistema di indennizzo» come richiede l'art. 40, 2° comma, TUSMA⁽⁸⁷⁾. Il risultato è l'ampliamento della tutela dell'utente nei confronti dei fornitori di servizi di media audiovisivi⁽⁸⁸⁾.

La facoltatività del tentativo di conciliazione è stata fondata sia sulla salvezza dell'accesso alla tutela giurisdizionale contenuta nell'art. 40, 3° comma, TUSMA, sia sull'assenza del richiamo all'art. 1, 11° comma, l. n. 249 del 1997 (compiuto invece dal 4° comma dell'art. 40 TUSMA⁽⁸⁹⁾), sia sui principi affermati dalla Corte Costituzionale e dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in tema di giurisdizione condizionata⁽⁹⁰⁾.

Mentre non si conviene sul valore a tal fine della salvezza dell'accesso alla tutela giurisdizionale, che è comune sia ai tentativi obbligatori che facoltativi di conciliazione, come dimostra l'art. 25, 3° comma, CCE che contiene una previsione analoga a quella dell'art. 40, 3° comma, TUSMA nonostante che l'art. 25 contempli un tentativo obbligatorio di conciliazione⁽⁹¹⁾, gli altri due argomenti sono pienamente condivisibili per affermare che nel caso in esame

⁽⁸⁶⁾ Una novità anche rispetto al previgente TUSMAR, cfr. L. ARIA, F. MOROLLO, *I meccanismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie tra utenti e fornitori di servizi*, cit., 214.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. L. ARIA, F. MOROLLO, *I meccanismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie tra utenti e fornitori di servizi*, cit., 216, che sottolineano l'analogia con quanto previsto dall'art. 25 CCE e la riconducono poi all'attuazione della convergenza regolamentare (*ibidem*, nota 30).

⁽⁸⁸⁾ Cfr. E.M. COTUGNO, *Articolo 40. Risoluzione extragiudiziale delle controversie*, cit., 740 s.; L. ARIA, F. MOROLLO, *I meccanismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie tra utenti e fornitori di servizi*, cit., 214.

⁽⁸⁹⁾ Sul punto v. *supra* paragrafo 4.1.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. L. ARIA, F. MOROLLO, *I meccanismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie tra utenti e fornitori di servizi*, cit., 216 s.

⁽⁹¹⁾ Sul tema v. *supra* paragrafi 3.1 e seguente.

si tratta di un tentativo facoltativo di conciliazione. A ciò si aggiunga che non sarebbe possibile introdurre un tentativo obbligatorio di conciliazione in via interpretativa, perché è necessaria una disposizione di rango legislativo, fermo il rispetto dei consolidati limiti che incontra la giurisdizione condizionata.

L'ambito soggettivo di applicazione riguarda le controversie tra utenti e fornitori di servizi di media audiovisivi che si rivolgono al pubblico italiano ⁽⁹²⁾; dunque un ampliamento rispetto al concetto di fornitore operante in Italia individuato dall'art. 2 TUSMA e rispetto al criterio di stabilimento su cui si fonda la c.d. direttiva SMAV2 ⁽⁹³⁾. L'ambito oggettivo copre, all'interno del servizio di media audiovisivo lineare o non lineare ⁽⁹⁴⁾, le «controversie inerenti alle condizioni contrattuali o all'esecuzione dei contratti stipulati» (art. 40, 2° comma, TUSMA), ma incluso il rispetto degli *standard* qualitativi promessi ⁽⁹⁵⁾.

Da ultimo, il d.lgs. n. 50 del 2024 ha introdotto nell'art. 40 TUSMA il comma 5 *bis*, estendendo ai fornitori di servizi di media radiofonici, alle emittenti radiofoniche e ai servizi dalle stesse forniti la disciplina dettata dall'art. 40 TUSMA per i fornitori di servizi di media audiovisivi. L'estensione riguarda senza dubbio il tentativo facoltativo di conciliazione fondato sugli articoli 40, 1° e 2° comma, TUSMA; ma il richiamo dell'intero art. 40 dovrebbe con-

⁽⁹²⁾ Sulle interpretazioni possibili del presupposto consistente nel rivolgersi al pubblico di uno Stato membro v. E. APA, G. CANGEMI, in G.B. ABBAMONTE, E. APA, O. POLLICINO (a cura di), *La riforma del mercato audiovisivo europeo*, cit., spec. 50 ss.

⁽⁹³⁾ Cfr. *amplius* E.M. COTUGNO, *Articolo 40. Risoluzione extragiudiziale delle controversie*, cit., 742.

⁽⁹⁴⁾ Per le loro definizioni v. l'art. 3, 1° comma, lett. p) e q), TUSMA. Sulle due tipologie di servizi cfr. E. ALBANESI, A. VALASTRO, R. ZACCARIA, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, cit., 137 s.; L. ARIA, F. MOROLLO, *I meccanismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie tra utenti e fornitori di servizi*, cit., 215.

⁽⁹⁵⁾ In tal senso v. E.M. COTUGNO, *Articolo 40. Risoluzione extragiudiziale delle controversie*, cit., 742; L. ARIA, F. MOROLLO, *I meccanismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie tra utenti e fornitori di servizi*, cit., 216.

sentire l'estensione, *mutatis mutandis*, anche dei tentativi obbligatori di conciliazione di cui al 4° comma dell'art. 40 TUSMA ⁽⁹⁶⁾.

4.3. *I tentativi di conciliazione ex art. 33, 5° comma, TUSMA.* – Le funzioni dell'AGCom nella risoluzione extragiudiziale delle controversie, previste dall'art. 40 TUSMA, sono espressamente richiamate dall'art. 33, 5° comma, TUSMA in relazione agli eventi di particolare rilevanza per la società, di interesse sociale o di grande interesse pubblico (cfr. art. 33, 1°-4° comma, TUSMA) di cui deve essere garantita, a tutela dell'utenza, la fruizione nel rispetto di adeguati *standard* di regolarità, continuità del servizio e qualità delle immagini.

Più precisamente, compete all'Autorità, d'intesa con il Ministero delle imprese e del *made in Italy* (MIMIT), determinare «le condizioni e i parametri di regolarità del servizio e qualità delle immagini, che devono essere assicurati dai fornitori di servizi media audiovisivi che trasmettono gli eventi di cui al comma 3, al fine di garantire l'integrità della rete e soluzioni di interconnessione e modalità di distribuzione del traffico volte ad evitare fenomeni di congestione della rete, secondo modalità eque, ragionevoli, non discriminatorie e proporzionali alla tipologia di servizio. L'operatore e il fornitore di servizi di media audiovisivi predispongono inoltre adeguati, efficaci e tempestivi strumenti di assistenza tecnica, nonché idonee procedure di gestione di reclami, istanze e segnalazioni degli utenti, singoli o associati, conformemente ai criteri e parametri fissati con la medesima delibera dell'Autorità» (così l'art. 33, 4° comma, TUSMA). Con la del. 74/24/CONS l'AGCom ha approvato, d'intesa con il MIMIT, il regolamento che stabilisce le condizioni e i parametri di regolarità del servizio e di qualità delle immagini che ai sensi dell'art. 33, 4° comma, TUSMA devono essere assicurati,

⁽⁹⁶⁾ Al riguardo v. *supra* paragrafo 4.1.

dai fornitori di servizi media audiovisivi, nella trasmissione di eventi di interesse sociale o di grande interesse per il pubblico.

All'Autorità spetta, secondo l'art. 33, 5° comma, TUSMA, la vigilanza sull'attuazione di tali disposizioni e l'esercizio sia delle funzioni sanzionatorie di cui all'art. 67 TUSMA, sia delle funzioni di risoluzione extragiudiziale delle controversie ai sensi dell'art. 40 TUSMA ⁽⁹⁷⁾.

Dopo le modifiche introdotte dall'art. 1, 22° comma, d.lgs. n. 50 del 2024 al 4° e 5° comma dell'art. 33 TUSMA, si può affermare che dal punto di vista soggettivo le funzioni di risoluzione extragiudiziale delle controversie, attribuite all'AGCom dall'art. 33, 5° comma, TUSMA richiamando l'art. 40, riguardano sia gli operatori di rete ⁽⁹⁸⁾ che i fornitori di servizi di media audiovisivi ⁽⁹⁹⁾. I due soggetti, infatti, risultano entrambi destinatari dell'obbligo – previsto dal novellato 4° comma dell'art. 33 che in precedenza menzionava soltanto gli operatori – di predisporre «adeguati, efficaci e tempestivi strumenti di assistenza tecnica, nonché idonee procedure di gestione di reclami, istanze e segnalazioni degli utenti, singoli o associati, conformemente ai criteri e parametri fissati» dall'Autorità.

Tali criteri e parametri sono stati fissati dall'Autorità con la medesima del. 74/24/CONS con cui ha determinato, ai sensi dell'art. 33, 4° comma, TUSMA, le condizioni e i parametri di regolarità del servizio e qualità delle immagini che devono essere assicurati dai fornitori di servizi media audiovisivi.

Per quanto attiene invece all'ambito oggettivo, è attribuita all'AGCom, dopo la modifica dell'art. 33, 5° comma, TUSMA ad opera dell'art. 1, 22° comma, d.lgs. n. 50 del 2024, la vigilanza

⁽⁹⁷⁾ Su tale competenza dell'AGCom v. L. ARIA, F. MOROLLO, *I meccanismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie tra utenti e fornitori di servizi*, cit., 217 ss., spec. 218 s. dove evidenziano l'esperienza in precedenza sorta rispetto alla trasmissione in *live streaming* delle partite di calcio.

⁽⁹⁸⁾ Per la definizione di «operatore di rete» v. l'art. 3, 1° comma, lett. f), TUSMA.

⁽⁹⁹⁾ Per la definizione di «fornitore di servizi di media» v. l'art. 3, 1° comma, lett. d), TUSMA.

sull'attuazione delle disposizioni dell'intero articolo e l'esercizio delle connesse funzioni sanzionatorie e di risoluzione stragiudiziale delle controversie. Prima della modifica la competenza dell'AGCom era limitata alle disposizioni di cui al 3° e 4° comma dell'art. 33 TUSMA.

L'ambito soggettivo delle funzioni di risoluzione extragiudiziale dell'AGCom comprende, come si è detto, sia le controversie con gli operatori di rete che con i fornitori di servizi di media audiovisivi. Ciò consente alcune riflessioni sull'obbligatorietà o sulla facoltatività del tentativo di conciliazione.

Se la controversia intercorresse con il fornitore di servizi di media audiovisivi, il tentativo di conciliazione sarebbe facoltativo, perché si dovrebbe applicare la disciplina prevista per la conciliazione nelle controversie tra utenti e fornitori di servizi di media audiovisivi ⁽¹⁰⁰⁾. Qualora invece intercorresse con l'operatore di rete, il tentativo di conciliazione sarebbe obbligatorio, perché si dovrebbe applicare la disciplina del tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche ⁽¹⁰¹⁾. Altrimenti si dovrebbe sostenere che in relazione agli eventi presi in esame dall'articolo 33, 5° comma, TUSMA operi una disciplina speciale e l'utente possa iniziare nei confronti dell'operatore di rete, così come nei confronti del fornitore di servizi di media audiovisivi, soltanto un tentativo facoltativo di conciliazione. Una lettura che tuttavia non persuade.

4.4. Il tentativo facoltativo di conciliazione nelle controversie tra utenti e fornitori di piattaforme per la condivisione di video (o di solo audio). – L'impulso verso la risoluzione extragiudiziale delle controversie in esame è scaturito dal già ricordato art. 28 *ter* direttiva 2018/1808/UE (cd. direttiva SMAV2). Esso ha introdotto le prime misure di tutela dell'utente nei confronti dei contenuti audiovisivi

⁽¹⁰⁰⁾ Su tale disciplina v. *supra* paragrafo 4.2.

⁽¹⁰¹⁾ Al riguardo v. *supra* paragrafo 3.1.

diffusi attraverso le piattaforme di condivisione di video, al fine di perseguire la convergenza regolamentare con la tutela esistente nei confronti dei fornitori di servizi di media audiovisivi⁽¹⁰²⁾. In tale contesto il paragrafo 7 dell'articolo si è occupato della tutela stragiudiziale, richiedendo che gli Stati membri assicurino «meccanismi di ricorso extragiudiziale per la risoluzione delle controversie fra utenti e fornitori di piattaforme per la condivisione di video concernenti l'applicazione dei paragrafi 1 e 3»⁽¹⁰³⁾; e che tali meccani-

⁽¹⁰²⁾ In generale sull'art. 28 *ter* e sulla sua importanza v. M. COLANTONI, *I «servizi di piattaforma per la condivisione di video» nel TUSMA e i compiti di AGCom*, cit., 1001 ss.; F. DI GIORGI, *Articolo 42. Misure di tutela*, in C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO (a cura di), *Testo unico servizi media e audiovisivi*, cit., 767, secondo cui questo articolo «è il cuore delle novità introdotte dalla predetta direttiva in quanto vengono, per la prima volta, adottate delle concrete misure di tutela dell'utente nei confronti dei contenuti audiovisivi diffusi presso una piattaforma di condivisione di video».

⁽¹⁰³⁾ L'art. 28 *ter*, 1° paragrafo, prevede l'obbligo degli Stati membri di assicurare che i fornitori di piattaforme per la condivisione di video soggetti alla loro giurisdizione adottino misure adeguate per tutelare «i minori da programmi, video generati dagli utenti e comunicazioni commerciali audiovisive che possano nuocere al loro sviluppo fisico, mentale o morale» (art. 28 *ter*, 1° paragrafo, lett. a) e il grande pubblico «da programmi, video generati dagli utenti e comunicazioni commerciali audiovisive che istighino alla violenza o all'odio nei confronti di un gruppo di persone o un membro di un gruppo» (art. 28 *ter*, 1° paragrafo, lett. b); e ancora il grande pubblico da programmi, video generati dagli utenti e comunicazioni commerciali audiovisive che includano contenuti la cui diffusione costituisce un'attività che rappresenta un reato ai sensi del diritto dell'Unione, in particolare la pubblica provocazione a commettere reati di terrorismo, reati di pedopornografia e reati di stampo razzista o xenofobo (cfr. art. 28 *ter*, 1° paragrafo, lett. c). L'articolo 28 *ter*, 3° paragrafo, prevede che «le misure adeguate sono determinate alla luce della natura del contenuto in questione, del danno che possono causare, delle caratteristiche della categoria di persone da tutelare nonché di tutti i diritti e gli interessi legittimi, compresi quelli dei fornitori della piattaforma per la condivisione di video e degli utenti che hanno creato o caricato contenuti, nonché dell'interesse pubblico generale». Il paragrafo 3 provvede poi ad indicare ulteriori caratteristiche di tali misure e ad individuare, più in dettaglio, «le misure che gli Stati membri devono garantire che i fornitori di VSP mettano in atto», cfr. ampiamente, sul tema, M. COLANTONI, *I «servizi di piattaforma per la condivisione di video» nel TUSMA e i compiti di AGCom*, cit., 1003 ss.

smi consentano «una composizione imparziale delle controversie», senza privare gli utenti «della tutela legale loro garantita dal diritto nazionale» ⁽¹⁰⁴⁾. Il successivo paragrafo 8 ha ribadito la salvezza dell'accesso alla tutela giurisdizionale ⁽¹⁰⁵⁾.

L'attuazione della direttiva 2018/1808/UE è avvenuta, come si è detto, con l'approvazione del TUSMA. In particolare, l'attuazione dell'art. 28 *ter*, 7° e 8° paragrafo, della direttiva è avvenuta con l'art. 42, 9° comma, TUSMA ⁽¹⁰⁶⁾. Quest'ultimo dispone che «[f]erma restando la possibilità di ricorrere all'Autorità giudiziaria, per la risoluzione delle controversie derivanti dall'applicazione del presente articolo, è ammesso il ricorso alle procedure alternative e stragiudiziali di risoluzione delle controversie fra utenti e fornitori di piattaforme per la condivisione di video dettate, nel rispetto del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, da un apposito regolamento adottato dall'Autorità».

Il testo della norma e l'assenza di un richiamo all'art. 1, 11° comma, l. n. 249 del 1997 – riscontrato invece nell'art. 25, 1° com-

⁽¹⁰⁴⁾ Per un'analisi comparativa sull'attuazione dell'art. 28 *ter*, in particolare sull'ambito oggettivo delle controversie, sui soggetti legittimati, sulla previsione o meno di mezzi di reclamo e sulla natura facilitativa o aggiudicativa della conciliazione, oltre che sul soggetto a cui è stato affidato il compito di assicurare meccanismi di risoluzione stragiudiziale delle controversie tra utenti e fornitori di servizi di piattaforme per la condivisione di video, v. la sintesi compiuta – alla luce dell'esito della richiesta di informazioni presentata dall'AGCom in sede ERGA in ordine all'attuazione dell'art. 28 *ter*, 7° paragrafo, direttiva 2018/1808/UE – da L. ARIA, F. MOROLLO, *I meccanismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie tra utenti e fornitori di servizi*, cit., 228 ss.

⁽¹⁰⁵⁾ Sui paragrafi 7 e 8 dell'art. 28 *ter* v. M. COLANTONI, *I «servizi di piattaforma per la condivisione di video» nel TUSMA e i compiti di AGCom*, cit., 1010.

⁽¹⁰⁶⁾ L'art. 42 TUSMA è stato sostituito dall'art. 1, 30° comma, d.lgs. 50/2024. Sul rapporto tra l'art. 40, 1° comma, e l'art. 42, 9° comma, TUSMA, che si riferiscono entrambi a procedure alternative stragiudiziali di risoluzione delle controversie ma, rispettivamente, per le controversie tra utenti e fornitori di servizi di media audiovisivi e per le controversie tra utenti e fornitori di piattaforme per la condivisione di video, v. L. ARIA, F. MORELLO, *I meccanismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie tra utenti e fornitori di servizi*, cit., 221, nota 39.

ma, CCE ⁽¹⁰⁷⁾ e nell'art. 40, 4° comma, TUSMA ⁽¹⁰⁸⁾ – conducono ad affermare che si tratta di un tentativo facoltativo di conciliazione. Resta peculiare la prescrizione, non riscontrata nella disciplina di alcuno dei tentativi (obbligatori e facoltativi) di conciliazione fin qui esaminati, che l'«apposito regolamento» adottato dall'AGCom disciplini le procedure alternative e stragiudiziali di risoluzione delle controversie fra utenti e fornitori di piattaforme per la condivisione di video nel rispetto del d.lgs. n. 28 del 2010 sulla mediazione. Una prescrizione che ha avuto precise conseguenze sulla disciplina del procedimento (cfr. Capo II *bis* reg. di procedura 194/23/CONS, artt. 13 *bis*-13 *quater*).

Il contenuto della disposizione è stato considerato sintetico, sia per i confini del potere regolamentare dell'AGCom, sia per i principi a cui dovrebbe informarsi, sia per la delimitazione dell'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione ⁽¹⁰⁹⁾.

Per quanto attiene all'ambito soggettivo, per utenti si intendono sia coloro che caricano contenuti sulle piattaforme, sia coloro che ne fruiscono accedendovi (art. 13 *bis*, 3° comma, reg. cit.). Il tentativo di conciliazione riguarda le controversie tra utenti e fornitori di piattaforme per la condivisione di video soggetti alla giurisdizione italiana (art. 13 *bis*, 1° comma, reg. cit.); o tra utenti e fornitori di piattaforme per la condivisione di video che si considerano operanti sul territorio nazionale (art. 13 *bis*, 2° comma, reg. cit.) secondo i criteri dettati dall'AGCom ai sensi dell'articolo 41 TUSMA. In questo modo l'AGCom ha effettuato una perequazione tra i fornitori di piattaforme soggetti alla giurisdizione italiana, in quanto stabiliti in Italia ⁽¹¹⁰⁾, e quelli non stabiliti in Italia ma comunque ivi

⁽¹⁰⁷⁾ V. *supra* paragrafo 3.1.

⁽¹⁰⁸⁾ Al riguardo v. *supra* paragrafo 4.1.

⁽¹⁰⁹⁾ In tal senso L. ARIA, F. MOROLLO, *I meccanismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie tra utenti e fornitori di servizi*, cit., 212.

⁽¹¹⁰⁾ Sull'applicazione, ad opera della direttiva 1808/2018, del principio del 'Paese di origine' v. R. MASTROIANNI, *Country of origin e principio di territorialità*, in G.B. ABBAMONTE, E. APA, O. POLLICINO (a cura di), *La riforma del mercato audiovisivo europeo*, Torino, 2019, spec. 7 ss.; per l'applicazione del principio

operanti. Con la profonda differenza che gli utenti di questi ultimi possono accedere alla procedura di conciliazione offerta dall'AGCom (attraverso la piattaforma ConciliaWeb) soltanto se il fornitore ha volontariamente scelto, mediante la propria registrazione sulla piattaforma ConciliaWeb, di avvalersi del procedimento predisposto dall'AGCom ⁽¹¹¹⁾.

L'ambito oggettivo comprende tutte le controversie derivanti dall'applicazione dell'art. 42 TUSMA, che pone una serie di obblighi a carico dei fornitori di piattaforme per la condivisione di video soggetti alla giurisdizione italiana.

alle piattaforme di condivisione video e sulle implicazioni in tema di giurisdizione sui fornitori di tali servizi, v. F. DI GIORGI, *Articolo 42. Misure di tutela*, cit., 773, che evidenzia la connessione del tema con il problema se la competenza dell'AGCom nella risoluzione stragiudiziale delle controversie tra utenti e fornitori di piattaforme di condivisione video possa essere estesa «anche a quelle piattaforme che, sebbene stabilite in altri stati membri, destinano i propri servizi all'Italia». Un'estensione operata dall'AGCom ma, al fine di non violare i principi indicati, soltanto su base volontaria (v. *supra* nel testo). Per un quadro completo sulla giurisdizione nelle controversie VSP e in generale sugli artt. 41 e 42 TUSMA, v. M. COLANTONI, *I «servizi di piattaforma per la condivisione di video» nel TUSMA e i compiti di AGCom*, cit., 1026 ss.; L. ARIA, F. MOROLLO, *I meccanismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie tra utenti e fornitori di servizi*, cit., 212 ss., spec. 213 sui criteri per individuare il paese di stabilimento del fornitore di servizi e sui poteri dell'AGCom, alla luce dell'art. 41 TUSMA, in caso di fornitore stabilito in altro Stato membro ma i cui contenuti siano diretti al pubblico italiano (dunque piattaforme non stabilite ma operanti in Italia).

⁽¹¹¹⁾ Si è osservato che il controverso ambito soggettivo di applicazione deriva proprio dalla formulazione dell'art. 42, 9° comma, TUSMA, che in parte si riferisce a fornitori di piattaforme soggetti alla giurisdizione italiana, in parte si riferisce soltanto a fornitori di piattaforme e non specifica la giurisdizione, cfr. L. ARIA, F. MOROLLO, *I meccanismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie tra utenti e fornitori di servizi*, cit., 230 ss., che opportunamente sottolineano (*ibi*, 231) come la scelta dell'AGCom, al tempo soltanto proposta e oggi accolta dal reg. di procedura 194/23/CONS, non imponga obblighi alle piattaforme non soggette alla giurisdizione italiana ma consenta soltanto la loro scelta volontaria di avvalersi del sistema ConciliaWeb per la risoluzione delle controversie con gli utenti. Nel senso che l'art. 42 si riferisce «ai fornitori di *video sharing platform* stabiliti o che si considerano stabiliti in Italia» secondo l'art. 41, 1°-6° comma, v. anche F. DI GIORGI, *Articolo 42. Misure di tutela*, cit., 766.

Infine, non bisogna dimenticare che il testo vigente dell'art. 42 TUSMA, come sostituito dall'art. 1, 30° comma, d.lgs. n. 50 del 2024, prevede che le disposizioni dell'art. 42 «si applicano anche ai servizi di piattaforma per la condivisione di contenuti di solo audio o audio generati dagli utenti o entrambi, per quanto compatibili». Da qui la necessaria estensione, nei limiti della compatibilità, anche della competenza dell'AGCom a regolare, ai sensi del 9° comma dello stesso articolo, le procedure stragiudiziali di risoluzione delle controversie.

5. I regolamentari di procedura dell'AGCom e il sistema di ODR. – Il momento di sintesi fra (quasi) tutti i tentativi obbligatori e facoltativi di conciliazione qui individuati, che attengono all'ecosistema digitale regolato e vigilato dall'AGCom, è rappresentato dai regolamenti (attuativi) di procedura nel tempo adottati dall'Autorità.

In origine l'AGCom ebbe il compito di attuare l'art. 1, 11° comma, l. n. 249 del 1997, che ha introdotto il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche (e, in realtà, anche nelle controversie tra operatori ⁽¹¹²⁾). L'attuazione è stata compiuta attraverso una serie di regolamenti, che si sono succeduti nel tempo, volti a disciplinare il procedimento di conciliazione e l'attività di definizione delle controversie.

Le principali tappe di questa attuazione sono rappresentate dal regolamento adottato con del. 182/02/CONS e poi, dopo l'emanazione del CCE, dal regolamento approvato con del. 173/07/CONS, che ha sostituito il primo. Quest'ultimo regolamento è stato a sua volta sostituito dal regolamento di cui all'Allegato A della del. 203/18/CONS (Reg. di procedura 203/18/CONS), poi modificato dalla del. 353/19/CONS, dalla del. 390/21/CONS e, in seguito, dalla del. 358/22/CONS, che lo ha ridenominato «Regola-

⁽¹¹²⁾ V. *supra* paragrafo 3.1.1.

mento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche o fornitori di servizi di media audiovisivi», al fine di ricomprendere le controversie nei confronti dei fornitori di servizi di media audiovisivi ai sensi dell'art. 40, 1° comma, TUSMA ⁽¹¹³⁾.

Infine, il reg. di procedura 203/18/CONS è stato revisionato – con effetto dall'8 agosto 2023, ma dal 1° gennaio 2024 per le disposizioni relative alle procedure di risoluzione delle controversie in materia di piattaforme di condivisione di video – dalla del. 194/23/CONS del 26 luglio 2023, che lo ha ridenominato «Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e fornitori di servizi dell'ecosistema digitale» (qui citato come reg. di procedura 194/23/CONS ⁽¹¹⁴⁾), estendendolo, in attuazione dell'art. 42, 9° comma, TUSMA, alle controversie tra utenti e fornitori di piattaforme per la condivisione di video ⁽¹¹⁵⁾.

Parallelamente all'espansione dei regolamenti di procedura è stata sviluppata la conciliazione *on line*. Un primo riconoscimento nella disciplina regolamentare dell'AGCom risale all'art. 9, 2° comma, reg. di procedura 173/07/CONS, introdotto dalla del. 597/11/CONS. Esso contemplava soltanto la possibilità per le parti, previa richiesta al responsabile del procedimento, di partecipare all'udienza in videoconferenza o tramite strumenti telematici, secondo le modalità indicate nell'Allegato 1 dello stesso regolamento. Il vero punto di svolta è rappresentato dalla del. 203/18/CONS (che ha abrogato la del. 173/07/CONS). Con essa è stato adottato un sistema di *ODR*, costituito dalla piattaforma ConciliaWeb, e un nuovo regolamento di procedura (Allegato A alla delibera – reg. di procedura 203/18/CONS) che ha introdotto, accanto al procedimento di conciliazione ordinaria, un procedimento di conciliazione semplificata.

⁽¹¹³⁾ Su tali controversie v. *supra* paragrafo 4.2.

⁽¹¹⁴⁾ Sul punto v. *supra* paragrafo 2 e nota 47.

⁽¹¹⁵⁾ Su tali controversie v. *supra* paragrafo 4.4.

Il reg. di procedura 203/18/CONS è stato poi affiancato dalla del. 339/18/CONS, che ha approvato il «Regolamento applicativo sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche tramite piattaforma ConciliaWeb» (Allegato A della delibera – reg. applicativo 339/18/CONS). In seguito, il reg. applicativo è stato modificato dalla del. 670/20/CONS e poi dalla del. 358/22/CONS, che ne ha consentito l'applicazione anche alle controversie tra utenti e fornitori di servizi di media audiovisivi ai sensi dell'art. 40, 1° comma, TUSMA.

Sulla stessa linea, volta a sviluppare lo strumento di ODR in esame e ad estenderne il campo applicativo si pone, da ultimo, la ricordata del. 194/23/CONS, che ne ha consentito l'applicazione anche al tentativo facoltativo di conciliazione nelle controversie tra utenti e fornitori di piattaforme per la condivisione di video (art. 42, 9° comma, TUSMA). La del. 194/23/CONS non soltanto ha revisionato il reg. applicativo 339/18/CONS, ma lo ha anche ridenominato «Regolamento applicativo sulle procedure di risoluzione tramite la piattaforma ConciliaWeb delle controversie tra utenti e fornitori di servizi dell'ecosistema digitale» (qui citato come reg. applicativo 194/23/CONS ⁽¹¹⁶⁾).

La piattaforma ConciliaWeb è operativa dal 23 luglio 2018. Lo sviluppo della conciliazione *on line* è stato negli ultimi anni esponenziale. L'utilizzo della piattaforma ConciliaWeb è prescritto, quale modalità ordinaria, sia per il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche (art. 6 ss. reg. di procedura 194/23/CONS), sia per il tentativo facoltativo di conciliazione nelle controversie tra utenti e fornitori di servizi di media audiovisivi (art. 2, 1°*bis* comma, e art. 6 ss. reg. ult. cit.); e, con importanti variazioni procedurali, anche per le controversie tra utenti e fornitori di piattaforme per la condivisione di video (cfr. art. 13 *bis* ss. reg. ult. cit.). Non è invece utiliz-

⁽¹¹⁶⁾ Sul punto v. *supra* paragrafo 2 e nota 48.

zabile per le controversie tra operatori e utenti di comunicazioni elettroniche (cfr. Capo IV reg. ult. cit.).

5.1. Il vigente regolamento di procedura e l'attuazione della convergenza regolamentare. – La versione vigente del regolamento di procedura 203/18/CONS, qui indicata come reg. di procedura 194/23/CONS al fine di evidenziarne l'ultima revisione, si occupa – giusto il compito attribuito all'AGCom dalle fonti normative esaminate ⁽¹¹⁷⁾ – di individuare gli strumenti di risoluzione extragiudiziale delle controversie. Questi sono rappresentati da procedimenti di conciliazione, svolti secondo riti variabili e amministrati in via diretta dall'AGCom o, di regola, delegati ai Co.re.com. quali suoi organi funzionali; ma anche da procedimenti alternativi, svolti dinanzi ad organismi di ADR differenti per la risoluzione delle medesime controversie ⁽¹¹⁸⁾.

Accanto alla funzione conciliativa è offerta dall'AGCom, per tutte le controversie disciplinate dal reg. di procedura, ma con l'eccezione delle controversie tra utenti e operatori di piattaforme di condivisione video (art. 14, 1° comma, reg. di procedura 194/23/CONS) ⁽¹¹⁹⁾, l'attività di definizione delle controversie, ancora una volta svolta in via diretta dall'AGCom (cfr. art. 22, 1° comma, reg. cit.) o di regola delegata ai Co.re.com. (cfr. art. 14 ss.,

⁽¹¹⁷⁾ Sul tema v. *supra* paragrafi 2 e seguenti.

⁽¹¹⁸⁾ Cfr. art. 25, 3° comma, CCE e art. 3, 2° comma, reg. di procedura 194/23/CONS per il tentativo obbligatorio di conciliazione tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche, così come tra operatori e utenti; l'art. 2, 1° *bis* comma, reg. cit. per le controversie tra utenti e fornitori di servizi di media audiovisivi; l'art. 13 *quater*, 1° comma, reg. cit. per le controversie tra utenti e fornitori di piattaforme per la condivisione di video.

⁽¹¹⁹⁾ Una interessante lettura delle ragioni dell'esclusione, fondata sulla finalità di perseguire, nel caso delle controversie con fornitori di piattaforme di condivisione video, «un obiettivo primario di conciliazione, di rammento del rapporto fra l'utente-consumatore e il prestatore di servizi», più che una «decisione finale e vincolante per le parti», è proposta da L. ARIA, F. MOROLLO, *I meccanismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie tra utenti e fornitori di servizi*, cit., 240 s.

reg. cit.). Alle norme procedurali del reg. 194/23/CONS si accompagna il reg. applicativo 194/23/CONS, che dettaglia le procedure di risoluzione delle controversie tramite la piattaforma ConciWeb.

Il reg. di procedura 194/23/CONS si occupa della disciplina soltanto di alcuni dei tentativi di conciliazione che sono stati individuati sulla base delle norme del CCE e del TUSMA: il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche (art. 6 ss. reg. cit.); il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie tra operatori e utenti di comunicazioni elettroniche (Capo IV reg. cit.); il tentativo facoltativo di conciliazione nelle controversie tra utenti e fornitori di servizi di media audiovisivi (art. 2, 1°*bis* comma, e art. 6 ss. reg. cit.); il tentativo facoltativo di conciliazione nelle controversie tra utenti e fornitori di piattaforme per la condivisione di video (art. 13 *bis* ss. reg. cit.).

Per gli altri tentativi di conciliazione qui individuati bisogna attendere le future norme regolamentari dell'AGCom. Si può supporre, tuttavia, che in alcuni casi sarà possibile estendere, con piccoli adattamenti, le procedure di conciliazione già dettate dal reg. di procedura 194/23/CONS.

Si pensi alle controversie che coinvolgano, ai sensi dell'art. 40, 5°*bis* comma, TUSMA, i fornitori di servizi di media radiofonici o le emittenti radiofoniche e i servizi dalle stesse forniti⁽¹²⁰⁾, alle quali si potrebbe applicare quanto previsto dal reg. di procedura 194/23/CONS per le controversie tra utenti e fornitori di servizi di media audiovisivi in attuazione dell'art. 40, 1° e 2° comma, TUSMA (ma ricordando che il comma 5 *bis* dell'art. 40 TUSMA dichiara applicabili le disposizioni dell'intero art. 40, dunque non è esclusa affatto l'estensione, *mutatis mutandis*, anche del tentativo obbligatorio di conciliazione previsto dal 4° comma dell'art. 40 TUSMA,

⁽¹²⁰⁾ V. *supra* paragrafo 4.2.

qualora si tratti della medesima tipologia di controversie dal punto di vista oggettivo).

Inoltre, alle controversie di cui all'art. 42, 11° comma, TUSMA ⁽¹²¹⁾ si potrebbe estendere la disciplina dettata – dal reg. di procedura 194/23/CONS in attuazione dell'art. 42, 9° comma, TUSMA – per il tentativo di conciliazione tra utenti e fornitori di piattaforme per la condivisione di video (art. 13 *bis* ss. reg. cit.). Infine, la risoluzione extragiudiziale delle controversie affidata dall'art. 33, 5° comma, TUSMA all'AGCom – rispetto alla fruizione degli eventi di particolare rilevanza per la società, di interesse sociale o di grande interesse pubblico – potrebbe essere svolta, qualora la controversia intercorresse con un fornitore di servizi di media audiovisivi, estendendo (o persino direttamente applicando) la disciplina che il reg. di procedura 194/23/CONS appresta per le controversie tra utenti e fornitori di servizi di media audiovisivi (art. 2, 1° *bis* comma, e art. 6 ss. reg. cit.); mentre qualora la controversia intercorresse, in relazione ai medesimi eventi, con un operatore di rete, dovrebbe operare il tentativo obbligatorio di conciliazione ai sensi del combinato disposto degli artt. 25, 1° comma, CCE e 1, 11° comma, l. n. 249 del 1997 (e quindi il procedimento previsto nel Capo II del reg. di procedura 194/23/CONS).

Resterebbero in ogni caso non coperti dal vigente reg. di procedura il dibattuto tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ⁽¹²²⁾, che richiederebbe una disciplina *ad hoc*; e, per le stesse ragioni, l'art. 40, 4° comma, TUSMA nella parte in cui si riferisce alle controversie tra operatori introducendo, attraverso il richiamo dell'art. 1, 11° comma, l. n. 249 del 1997, un tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie inerenti ai diritti e agli obblighi derivanti dall'attuazione dei piani di assegnazione delle frequenze e in materia di accesso alle infrastrutture ⁽¹²³⁾. Nella parte in cui si riferisce,

⁽¹²¹⁾ V. *supra* paragrafo 4.4.

⁽¹²²⁾ Sul tema v. *supra* paragrafo 3.2.

⁽¹²³⁾ Sul punto v. *supra* paragrafo 4.1.

invece, alle controversie tra operatori e utenti potrebbe applicarsi il procedimento dettato dal reg. di procedura 194/23/CONS per il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie tra operatori e utenti di comunicazioni elettroniche (Capo IV reg. di procedura 194/23/CONS).

Il vigente regolamento di procedura rappresenta, alla luce di quanto appena esposto, la prova tangibile che la convergenza tecnologica ha determinato la convergenza regolamentare non soltanto a livello legislativo, ma anche nella disciplina della risoluzione stragiudiziale delle controversie dettata dall'AGCom nei diversi plessi dell'ecosistema digitale da essa regolati. Una convergenza ancora *in fieri* per alcuni dei tentativi di conciliazione individuati in questo studio.

Abstract

L'evoluzione tecnologica ha ampliato le competenze dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCom) e l'ambito della sua funzione conciliativa. Quest'ultima non si esplica più soltanto nel settore delle comunicazioni elettroniche (in particolare per le controversie tra utenti e operatori), ma si estende ad altri settori dell'ecosistema digitale, come i servizi di media audiovisivi e le piattaforme di condivisione di video. Il saggio individua le principali fonti che hanno attribuito all'AGCom il compito di disciplinare procedure per la risoluzione extragiudiziale delle controversie: la legge istitutiva dell'AGCom (l. n. 249 del 1997), il codice delle comunicazioni elettroniche (CCE) e il testo unico dei servizi di media audiovisivi (TUSMA). L'a. evidenzia che tali fonti rappresentano il fondamento di plurimi tentativi obbligatori o facoltativi di conciliazione. La loro disciplina regolamentare converge parallelamente alla convergenza tecnologica tra i vari plessi dell'ecosistema digitale.

Technological developments have broadened the competences of the Communications Authority (AGCom) and the extent of its conciliatory function. This function is no longer limited to the electronic communications sector (in particular for disputes between users and operators), but extends to other sectors of the digital ecosystem, such as audiovisual media services and video-sharing platforms. The essay identifies the main sources that have assigned AGCom the task of regulating procedures for extrajudicial dispute resolution: the law establishing the AGCom (Law No. 249 of 1997), the electronic communications code (CCE) and the consolidated text on audiovisual media services (TUSMA). The Author points out that these sources represent the basis of several mandatory or voluntary conciliation attempts. Their regulatory discipline is converging in parallel with the technological convergence among the various sectors of the digital ecosystem.

CONTRATTO E PROCESSO
NELLA NOMINA CONGIUNTA DELL'ESPERTO
EX ART. 473 BIS.26 C.P.C.

Alessandro Fabbi ()*

SOMMARIO: 1. Nota introduttiva. – 2. Testo e contesto intorno alla nomina congiunta. – 2.1. Necessità dell'accordo e poi della nomina, per effetto del primo: digressione sulla materia «di cui le parti possono disporre», nelle ordinanze a contenuto concordato di cui all'art. 177, 3° comma, n. 1, c.p.c. – 2.2. *Favor* verso la scelta anche nominativamente concordata. – 3. Parti del contratto e dell'accordo. Profili di funzionamento del contratto nel processo. – 4. Proposta intorno all'inquadramento dell'esperto: di là della riconduzione agli «altri ausiliari», privato prestatore d'opera, con qualche dose di *munus publicum*.

1. Nota introduttiva. – La nomina congiunta dell'esperto di cui ci si intende occupare è disciplinata, dal solo art. 473 *bis*.26 c.p.c., all'interno della Sezione I, sulle «Disposizioni comuni al giudizio di primo grado», del Capo II, concernente il procedimento unitario in materia di persone e famiglia.

In consonanza con il titolo, diremo in questa sede che: il nuovo istituto in commento contempla, propriamente, un contratto, contagiato in qualche misura, ma certamente non integralmente attratto, dal *munus* (del giudice/)del processo; che l'istituto, peraltro, deve incastonarsi su di un modulo procedimentale concordato, talché

Giustizia consensuale Fasc. 2/2024, 453-501. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) Professore Associato di Diritto Processuale civile nella Università di Catania.

l'*iter* del processo nel costante e polifonico rimbalzo su tale duplicità di piani (contratto/modulo concordato) deve orientarsi.

Vedremo, poi, che il saldo fondamento contrattuale, poco meno il suo funzionamento nella e con la 'procedura concordata', servono anche a soppesare la posizione assunta espressamente dalla norma, già anticipata dalla Commissione Luiso ⁽¹⁾, che codesto neo-esperto vuole tra gli ausiliari del giudice «altrimenti» possibili a mente dell'art. 68 c.p.c. ⁽²⁾: su tale ipotizzato inquadramento dovendosi nelle conclusioni criticamente riflettere.

2. *Testo e contesto intorno alla nomina congiunta.* – La riforma Carabia, tra le novità di rilievo – nell'ambito della più importante innovazione costituita dal procedimento unitario per le liti concernenti le persone e la famiglia – ha prospettato, coniando un istituto forse più ampio del voluto e dai tratti ritenuti non chiarissimi ⁽³⁾, la consacrazione della figura, non ignota alla precedente prassi di settore e presa

⁽¹⁾ V. Commissione per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumenti alternativi (Pres. Prof. Francesco Paolo Luiso), *Proposte normative e note illustrative*, 135, ove è riportato il criterio di delega poi attuato, e ricordata la cornice processuale, ritenuta necessaria «al fine di controllare l'operato del professionista», di cui all'art. 68, spiegando la necessaria concorde richiesta delle parti non solo per i costi che saranno a loro carico ma in considerazione del fatto che tali interventi «necessitano della collaborazione e non dell'opposizione», e che, laddove mancanti, il giudice potrà ricorrere agli ordinari strumenti di ausilio.

⁽²⁾ Estendo in questa sede il commento all'art. 473 bis.26 c.p.c. redatto per l'opera collettanea, di prossima pubblicazione, a cura di F. GENOVESE, A. MORACE PINELLI, *Commentario alla riforma del processo civile. Procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie*, Roma, 2025.

⁽³⁾ In luogo di vari: R. DONZELLI, *Manuale del processo familiare e minorile*, Torino, 2024, 136 ss., spec. 137, ove si ritengono ampi e sfumati i contorni dell'istituto, mettendo in luce il carattere innovativamente «trasformativo» di codesta consulenza od intervento, senza tralasciarne quello «valutativo». La eventuale attività «valutativa» dell'esperto di che trattasi desta, però, più di qualche criticità, su cui si tornerà più avanti e in conclusione nel presente contributo.

dalla esperienza di sistemi stranieri, dell'esperto c.d. coordinatore genitoriale, incaricato dell'intervento nella crisi familiare.

L'innovazione, per la non chiara formulazione, ma anche – vedremo – per la commistione tra 'pubblico' e 'privato' che porta con sé, è stata già oggetto di incalzanti scetticismi ⁽⁴⁾, che proviamo senza remore a non partecipare, proponendo una lettura sul piano tecnico-processuale che tenga al centro il fondamento consensualistico che anima il neo-introdotta istituto, non sempre colto appieno nei commenti editi ⁽⁵⁾, per individuarne i tratti applicativi caratterizzanti.

Con la norma si è voluta positivizzare, entro schemi processuali come era invero solo discutibilmente esigibile ⁽⁶⁾, collocandola nell'ampio alveo dell'art. 68 c.p.c. ⁽⁷⁾, una figura di nuovo esperto,

⁽⁴⁾ Disparati ve ne sono nell'approfondita analisi di B.M. LANZA, *Il coordinatore genitoriale*, in C. CECHELLA (a cura di), *La riforma del processo e del giudice per le persone, per i minorenni e per le famiglie. Il decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149*, Torino, 2023, 141 ss., la quale, pur concedendo che la norma volesse riferirsi al «coordinatore genitoriale», accusa la riforma di creare la «ennesima figura che ruota intorno al minore senza una netta definizione operativa», così avendo dato vita ad una alternativa «a maglie larghe» della consulenza tecnica psicologica. V. MAZZOTTA, *Sub art. 473 bis.26*, in R. DONZELLI-G. SAVI (a cura di), *Procedimenti relativi alle persone, ai minorenni e alle famiglie*, Milano, 2023, 212 ss., ricorda come i primi commentatori abbiano plaudito l'introduzione della figura, ma di qui aderisce alle perplessità sulla riconduzione nell'alveo dell'art. 68 c.p.c., ricordando i vari utilizzi fatti nella prassi giurisprudenziale, ove la funzione del coordinatore era stata intesa come estranea al processo.

⁽⁵⁾ Almeno lacunosa, al riguardo, è la Relazione illustrativa al d.lgs. n. 149 del 2022 (v. 70), che ne fa un tema di costi e necessaria collaborazione, come ricorda ad es. G. ALEMANNO, *Sub artt. 473 bis.25, 26 e 17 c.p.c.*, in R. TISCINI (a cura di), *La riforma Cartabia del processo civile. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, Pisa, 2023, 826.

⁽⁶⁾ Sul punto si rinvia al successivo paragrafo 4.

⁽⁷⁾ Rammenta C.M. DE MARINI, voce *Ausiliari del giudice*, *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, par. 3, che «[a]ffini ai consulenti tecnici sono gli esperti in determinate arti e professioni, da cui il giudice, il cancelliere o l'ufficiale giudiziario può farsi assistere in caso di necessità (art. 68 c.p.c.)», citando specifiche figure e concludendo che «[t]utti gli ausiliari ora considerati possono essere riuniti in un'unica categoria per una specifica caratteristica che hanno in comune: quella di compiere un'attività

appunto il coordinatore genitoriale dalla pratica in uso negli Stati Uniti, già da qualche tempo affacciatasi pure in Italia ⁽⁸⁾.

Si è alluso ad una ‘inedita’ figura di ausiliare ⁽⁹⁾, al portatore di ‘altri saperi’ ⁽¹⁰⁾, mentre è fatto di rilevare che del coordinatore la disposizione (prima critica mossale) espressamente non discorre ⁽¹¹⁾: sicché ci si è già spesi ⁽¹²⁾ in tentativi di rinvenire altrove nella legge, o nei lavori che l’hanno preceduta, l’attuazione della finalità in parola ⁽¹³⁾. Altri hanno proposto paragoni con l’istituto distinto del mediatore familiare, per quanto le professionalità coinvolte nell’uno e

di valutazione o comunque di offrire elementi di valutazione per la decisione del giudice».

⁽⁸⁾ V. per sintesi tra le varie fonti B.M. LANZA, *La giurisprudenza di merito continua a promuovere la figura del coordinatore genitoriale*, in *Osserv. dir. fam., dir. proc.*, 2020, <www.osservatoriofamiglia.it>.

⁽⁹⁾ A. FIGONE, *La fase istruttoria e la fase decisoria*, in R. GIORDANO, A. SIMONE (a cura di), *La riforma del diritto di famiglia: il nuovo processo. Commento al d.lgs. 149/2022 e successive modifiche*, Milano, 2023, 69 ss. e spec. 99 ss.

⁽¹⁰⁾ Secondo B.M. LANZA, *Il coordinatore*, cit., 149, mettendo in relazione la disciplina della norma in commento con la precedente, relativa al c.t.u., si trova conferma del fatto che si tratta di uno degli altri ausiliari dell’art. 68 c.p.c., diverso dal consulente tecnico ed al quale, in materia psicologica, si affidano compiti netti e delineati, giacché dalla lettura dei documenti di accompagnamento al d.lgs. di riforma si ricava che al coordinatore possono essere demandati specifici interventi. Di qui l’a. ritiene di desumerne una possibile complementarietà tra i due istituti.

⁽¹¹⁾ Al coordinatore genitoriale si riferisce apertamente la relazione di Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, *Relazione su novità normativa*, Rel. 15 dicembre 2022, n. 113, spec. 67-8, nonché 122.

⁽¹²⁾ *Ex multis*, D. D’ADAMO, *La coordinazione genitoriale nella riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 481 ss. conclude nel senso che «compiti, funzioni e limiti dell’incarico inducono a ritenere che, al di là del *nomen iuris*, la disposizione in parola disciplini l’istituto della coordinazione genitoriale». A. FIGONE, *La fase istruttoria*, cit., 100, ritiene ibrido l’oggetto della attività dell’esperto, conclude dubitativamente che la figura richiami quella del *parenting coordinator*, afferma che l’attività dell’esperto, contrariamente a quanto si poteva prevedere, viene in tal modo attratta nell’ambito della giurisdizione. Per V. MAZZOTTA, *Sub art. 473 bis.26*, cit., 216, deve concludere, non potendo trarre la coincidenza del coordinatore genitoriale con il neo-introdotta esperto, con critiche sul richiamo all’art. 68 c.p.c.

⁽¹³⁾ G. ALEMANNO, *Sub art. 473 bis.26*, cit., 825 ss., richiama l’art. 1, 23° comma, 23 legge delega n. 206 del 2022.

nell'altro possano talvolta in parte somigliarsi, e quantunque il coordinatore coi suoi interventi possa contribuire a favorire soluzioni congiunte.

Non interessa stabilire a fondo se la norma recepisca il coordinatore genitoriale, soltanto quello, neppure quello, o non solo quello: tale ultima opzione essendo quella più plausibile, atteso che, come è stato rilevato, la figura che si accoglie è quella di un esperto ben più che percipiente ma anche trasformatore, d'azione e di intervento, con ruolo funzionale alla decisione della lite, anche promuovendo accordi e non esente da approcci valutativi (pur se negli stretti limiti che prospetteremo) ⁽¹⁴⁾. Il variegato inquadramento possibile dei compiti dell'esperto pare attestato dalla prima, scarna ma già multiforme, prassi pubblicata ⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁴⁾ R. DONZELLI, *Manuale*, cit., 136 ss., che tuttavia, come visto, rileva che l'istituto non mira solo alla «trasformazione» essendo pure di potenziale funzione valutativa, ossia «risponde a finalità diverse e inconciliabili».

⁽¹⁵⁾ Cfr. tra i provvedimenti rinvenibili *online*: Trib. Bergamo, 30 maggio 2024, in <www.osservatoriofamiglia.it/contenuti/17519343/un-coordinatore-genitoriale-quale-garante-della-bigenitorialita.html>, per cui – nella massima riportata – «va colto il suggerimento volto alla individuazione di un Coordinatore Genitoriale che possa garantire la comunicazione tra le parti, permettendo loro di riappropriarsi delle significative competenze genitoriali presenti e garantendo la bigenitorialità. Trattasi di percorso utile rispetto a dinamiche relazionali disfunzionali e necessario a recuperare un dialogo funzionale»; con la precisazione che «a differenza del c.t.u., l'esperto di cui all'art. 473-bis.26 c.p.c. si pone al di fuori del processo e non deve fornire al giudice elementi valutativi, ma compiere specifiche attività allo stesso demandate al fine di superare la conflittualità in seno alla coppia genitoriale e supportare i figli e la relazione con i genitori, laddove emergano specifiche difficoltà nei minori» e ancora che «l'Esperto nominato in dispositivo dovrà interloquire con il giudice ogni qual volta emergano, nel corso della sua attività, situazioni che possano compromettere l'esito dell'intervento, nonché elementi da cui desumere una disparità tra le parti». Diversamente, per Trib. Ancona, 4 marzo 2024, *ivi*, 19 marzo 2024, «il provvedimento di nomina dell'esperto, un intervento efficace sotto il profilo della ripresa o del miglioramento dei rapporti tra i minori e i genitori, non può prescindere da un'indagine sulle motivazioni che hanno provocato le difficoltà relazionali. Per aiutare a superare il conflitto è necessario conoscerne le cause ed appare opportuno – se non doveroso – che sia lo stesso professionista a compiere tale verifica. L'esperto dunque può sia assumere compiti di natura valutativa, che individuare

Testualmente, l'art. 473 *bis*.26 c.p.c. demanda al giudice, su richiesta congiunta delle parti, di nominare uno o più ausiliari per «intervenire sul nucleo familiare», al fine di superare i conflitti, fornire ausilio per i minori, «agevolare la ripresa o il miglioramento delle relazioni tra genitori e figli» ⁽¹⁶⁾.

Il fondamento sostanziale dell'istituto si rinviene, si è scritto, nei larghi margini di intervento lasciati, tanto più nel nuovo modello di rito ⁽¹⁷⁾, ai provvedimenti del giudice nell'interesse dei minori ⁽¹⁸⁾, ma l'affermazione rischia di restare generica, se non altrimenti compreso il suo funzionamento nel processo.

Affrontiamo gli aspetti sistematici e le critiche mosse, in parallelo all'esegesi, anzitutto partendo da quello che dal tenore della disposizione emerge, *ab verbis*, come punto di partenza, *i.e.* la nomina *congiunta*, da valutare: i) e nella misura in cui costituisce ineludibile presupposto per la operatività dell'istituto; ii) e come tecnica concordata in punto di scelta dell'individuo; iii) e nei suoi riflessi sul successivo corso contrattuale e del processo.

le attività necessarie per risolvere i conflitti e offrire sostegno»; di qui «trattandosi di un ausiliario del giudice (più esattamente appartenente alla categoria residuale degli 'altri ausiliari' di cui all'art. 68 c.p.c. contrapposta agli ausiliari tipici) che opera in una situazione di terzietà, facendo applicazione analogica dell'art. 193 c.p.c., può affermarsi che anche l'esperto *ex art.* 473 *bis*.26 c.p.c. debba svolgere la sua funzione sotto il vincolo del giuramento». Nel documento intitolato *Indicazioni operative per la CTU su famiglie e minori*, maggio 2023 (formato a cura di: Corte d'Appello di Milano, Tribunale di Milano, Ordine degli Avvocati di Milano, Ordine provinciale dei Medici chirurghi e degli Odontoiatri di Milano, Ordine degli Psicologi della Lombardia, Osservatorio sulla giustizia civile di Milano, Dipartimento di Studi internazionali, giuridici e storico politici dell'Università degli Studi di Milano e Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano-Bicocca) si indica che il c.t.u. nominato nel processo di famiglia si astenga dall'assumere «privatamente incarichi di sostegno e/o intervento terapeutico a favore delle parti e/o dei minori», ad es. quale ausiliario e coordinatore genitoriale *ex art.* 473 *bis*.26 c.p.c.

⁽¹⁶⁾ Espressioni generiche, per V. MAZZOTTA, *Sub art.* 473 *bis*.26, cit., 218-219.

⁽¹⁷⁾ R. DONZELLI, *Manuale*, cit., 138.

⁽¹⁸⁾ Così ad es. G. ALEMANNO, *Sub art.* 473 *bis*.26, cit., 825 ss., citando l'art. 337 *ter c.c.*

Senza l'accordo delle parti interessate, l'istituto non trova applicazione ⁽¹⁹⁾ (l'intervento esperto non potrebbe imporsi, tantomeno se in sede di giudizio ⁽²⁰⁾) e le ragioni di ciò sono evidenti, dalla lettura della norma e a più forte ragione se si guarda alle conseguenze che, dal piano sostanziale, da tale accordo discendono.

Tuttavia, stando al testo: dovrebbe oltremodo enfaticizzarsi l'uso del modale potere per ritenere che il giudice, come per gli altri ausiliari in genere possa, non debba, valutare caso per caso se procedere alla nomina di cui gli interessati si son detti, facendone congiunta richiesta, d'accordo? ⁽²¹⁾.

Se fosse vero, come crediamo, che al giudice nel processo non compete una posizione di potere in senso proprio, pur sempre di dovere trattandosi, potremmo in prima approssimazione concludere che l'accordo ne vincoli la decisione. Sennonché, occorre sempre interrogarsi sui giusti limiti da preservare a fronte di una tecnica concordata nel processo.

L'uso del modulo congiunto nell'ambito del rito di famiglia è quanto di più illustrativo possa prospettarsi, se si intendono indagare le 'valvole' del sistema in riferimento agli accordi, essendo questo un contesto di rito tutto teso – come era già prima ma come è ora, per scelta legislativa netta, immanente nella sua conformazione – a salvaguardare interessi di parti deboli, indisponibili sul piano sostanziale e quindi ai fini del processo 'pubblici'. Precisamente rilevano quelli dei minori, ma analogo discorso vale per le vittime di vio-

⁽¹⁹⁾ Normalmente, come avvertito, sia con riguardo alla disposizione che alla designazione, da C.M. DE MARINI, *Ausiliari*, cit., par 4: «l'ausiliare viene nominato dall'organo giurisdizionale a sua scelta. Tale discrezionalità viene solo limitata in alcuni casi (consulente tecnico) in cui la scelta deve essere effettuata tra gli iscritti ad un albo speciale».

⁽²⁰⁾ R. DONZELLI, *loc. ult. cit.*

⁽²¹⁾ D. D'ADAMO, *La coordinazione*, cit., par. 3, sembra rimettere *in toto* al giudice la valutazione di necessità e opportunità della nomina. Per V. MAZZOTTA, Sub art. 473 bis.26, cit., 217, la «imposizione» giudiziale porrebbe finanche dubbi di legittimità costituzionale.

lenza, gli uni e gli altri resi di rilievo per plasmare le regole procedurali ⁽²²⁾.

Con l'accordo di cui alla norma in commento, ammesso e disciplinato dalla legge, le parti dispongono di un particolare mezzo che, in tutte le sue peculiarità (attuando interventi ma, si è visto e si tornerà ad approfondire, offrendo *per incidens* valutazioni), sicuramente entra nella trattazione del processo.

Le parti concludono un contratto con l'esperto, ma – per darvi ingresso nel processo – si abbisogna dei paradigmi procedurali regolati dalle norme del codice di rito. Prevede l'art. 473 *bis*.26 c.p.c. che la stipula del contratto sostanziale si riflette nel processo quando della nomina congiunta le parti facciano richiesta al giudice e questo, appunto, la recepisca.

Ribadito che, in mancanza di richiesta congiunta, non s'integra neppure la fattispecie costitutiva dell'istituto, quando essa invece ricorra, codesto accordo processuale – lungi dal determinare una rinuncia a poteri delle parti ⁽²³⁾ – inserisce un segmento ulteriore di attività, ha carattere additivo, incrementa e non riduce l'attività giurisdizionale.

Ci si deve quindi prima di tutto chiedere se e quando il giudice possa ritenersi svincolato dalla richiesta congiunta.

2.1. Necessità dell'accordo e poi della nomina, per effetto del primo: digressione sulla materia «di cui le parti possono disporre», nelle ordinanze a contenuto concordato di cui all'art. 177, comma 3, n. 1, c.p.c. – Inseriamo nel discorso quella disposizione sovente svuotata di contenuto concreto, a dir poco negletta, ma che *magna pars* nel

⁽²²⁾ Nuovamente: R. DONZELLI, *Manuale*, cit., 136-8 sull'ambito in esame, e pure, per più ampi discorsi, 53 ss.

⁽²³⁾ Che il paradigma della rinuncia costituisca il nucleo essenziale di buona parte degli accordi 'ammissibili' è punto presente alla letteratura italiana, pur esigua, che alle 'procedure concordate' ha dedicato qualche attenzione: per tutti, si richiama G. BONGIORNO, voce *Accordo processuale*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, vol. I, 3 ss.

processo civile italiano che accetti la nozione generale dell'accordo può rappresentare: l'art. 177, 3° comma, n. 1, c.p.c., là dove rende revocabili e modificabili solo col consenso dei contendenti le ordinanze che su questa stessa base siano state emesse. Non vi è infatti dubbio che, volta fattane le parti concorde richiesta, il giudice che nomina l'esperto emette una ordinanza a contenuto concordato.

Postuliamo pure l'assunto, che dalla norma sicuramente si deve ritrarre, che quelle ordinanze concordate e irrevocabili pregiudichino eccome la decisione ⁽²⁴⁾, *recte* l'*iter* processuale, della causa, sempre e fin tanto che non revocate del pari di comune accordo.

Occorre interrogarsi circa il 'potere dispositivo' che questa trascurata regola ⁽²⁵⁾, solo per alcuni, sembrerebbe ingraziare ai contendenti, tanto più che, si ripete, nella disposizione speciale ora indagata l'istituto soltanto previo accordo conosce applicazione.

Alla lettera, l'art. 177 c.p.c. richiama quale presupposto dell'accordo la 'materia' di cui le parti possono disporre, ma il testo, in punto di interpretazione di codesta espressione, risulta anodino e lascia spazio a fraintendimenti.

In dottrina, è perlopiù assente la considerazione di cosa significhi «materia di cui le parti possono disporre»; e in quei pochi casi in cui

⁽²⁴⁾ Per il rango di principio processuale generale della modificabilità e revocabilità delle ordinanze, salvi i casi previsti dalla norma, v. in giurisprudenza Cass., sez. lav., 14 febbraio 2022, n. 4731; Cass., sez. lav., 21 dicembre 2023, n. 35704, per cui le ordinanze emanate nel corso del giudizio hanno efficacia provvisoria, senza effetto preclusivo, fatte salve le limitazioni *ex art.* 177 c.p.c. Si tratta del «principio della inimpugnabilità separata delle interlocutorie, che è, com'è noto, uno dei canoni del processo orale, e che già si trova attuato anche nel diritto italiano nel procedimento del lavoro e in altri procedimenti speciali»: P. CALAMANDREI, *Sul progetto preliminare Solmi*, in *Opere giuridiche, Problemi generali del diritto e del processo*, vol. I, Roma, rist. 2019, 295 ss. e spec. 324.

⁽²⁵⁾ Significativamente P. CALAMANDREI, *Sul progetto preliminare*, *loc. cit.*, definitiva strano che nel progetto Solmi non fosse stabilito, con «formula generale», che «con ordinanza si debba provvedere sempre, quando le parti siano d'accordo», tanto più che una simile previsione era in passato stata inserita nel Progetto Carne-lutti (*infra*, alle note che seguono), prevedendosi in tal senso soltanto nell'art. 360 c.p.c. sul procedimento di appello.

il tema è trattato prevale una visione restrittiva – con qualche rilevante e soltanto parziale eccezione⁽²⁶⁾ –: opinando, i più, per la interpretazione del riferimento quale richiamo al diritto sostanziale disponibile in lite⁽²⁷⁾.

Ora, però, va anzitutto osservato che alla lettera il richiamo non è qui al ‘diritto disponibile’ o al diritto sostanziale di cui si può disporre, ma diversamente, nel lessico, alla ‘materia’. Se il legislatore avesse voluto richiamare il diritto sostanziale disponibile, lo avrebbe fatto espressamente.

Poi: disparati e proprio per questo non meno problematici, sono i casi in cui la legge processuale utilizza il concetto di diritto disponibile quale elemento condizionante, fattispecie costitutiva o co-

⁽²⁶⁾ Per F. AULETTA, *Diritto giudiziario civile*, Bologna, 2023, 63, la norma «concettualmente ripete la categoria amministrativa degli accordi integrativi del provvedimento (...)» e «sembrerebbe conferire alle parti un potere quasi dispositivo del processo, poiché finisce per affermare che, se il diritto di cui si controverte è cosa delle parti, anche il processo è un po’ cosa loro, al punto che esse, d’accordo, possono integrare il contenuto di un’ordinanza del giudice istruttore, che quest’ultimo, poi, non potrà revocare d’ufficio». V. anche poco più avanti, ove riferisce la revoca come espressione del medesimo principio: «il giudice deve conformare la sua ordinanza all’accordo delle parti, qui concordi nello sciogliere l’accordo precedente». Trattando di questo regime, sul modo di perfezionamento dell’accordo, nota la possibilità che esso sia integrato da un incrocio di rinunce: v. B. SAS-SANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, Milano, 2023, 252, alludendo a titolo d’es. alla concorde rinuncia al beneficio di un termine.

⁽²⁷⁾ Così F. P. LUISO, *Diritto processuale civile. II. Il processo di cognizione*, 13^a ed., Milano, 2023, 53 ss. e spec. 54, ove confina le ordinanze sull’accordo delle parti alla materia dei ‘diritti disponibili’, quindi alla materia sostanziale; citando i soli casi, pur presentati come esempi, dell’art. 264, ult. comma, c.p.c. e dell’art. 296 c.p.c. (ossia due accordi altrove apertamente ammessi, e lasciando intendere che essi non possano trovare applicazione in processi relativi a diritti indisponibili). Conf. sul richiamo al «diritto di cui si controverte (...) cosa delle parti» è anche, come visto, F. AULETTA, *loc. cit.*, di cui v. però, in senso parzialmente diverso perché dubitativo, F. AULETTA, V. CAPASSO, *Lo statuto dei poteri del consulente tecnico d’ufficio: ansia da nomofilachia... con colpo di scena finale*, in *Corriere Giur.*, 2020, 1526 ss., nota 21, ove è riferito che codesta stessa norma «non specificando l’oggetto su cui deve insistere la disponibilità, non impedisce di ritenere che la ‘materia’ sia quella sostanziale».

munque *discrimen* al fine della applicazione di certe norme del rito ⁽²⁸⁾.

Intendiamo qui difendere l'idea che la *materia* in gioco in una ordinanza interlocutoria del giudice istruttore è al contrario, e non può che essere, quella che a quest'ultimo compete, coralmemente con le parti (es., sempre che ammesso: concordiamo su questa e così dimensionata istruttoria; su questi limiti ai testi da ascoltare; su questi fatti non contestati; su certa attività da compiere, od omettere, ecc.): ossia, altrimenti detto, la materia *del processo*.

Se ciò fosse corretto, della materia processuale le parti potrebbero o meno disporre non tanto a fronte di processi aventi ad oggetto diritti sostanziali in/disponibili; piuttosto, quando dalla legge del processo possa ricavarci, al fondo, la disposizione della situazione processuale ⁽²⁹⁾. Ciò: a) sebbene la tradizione della incisione della disponibilità del diritto sul rito sia magmatica e il vero e proprio dogma del presunto suo riflesso diretto abusato e difficile da estirpare ⁽³⁰⁾; b) senza voler abbandonare il tradizionale approccio dei si-

⁽²⁸⁾ Ex multis A. BARLETTA, *La disponibilità dei diritti nel processo civile e nell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 979 ss.

⁽²⁹⁾ Nel senso adottato nel testo cfr. subito Cass., n. 11999 del 1997, per cui «[l]a regola della non revocabilità delle ordinanze pronunciate sull'accordo delle parti opera solo con riferimento alle materie su cui le parti possono disporre (...) e quindi non può trovare applicazione riguardo all'ammissione di mezzi di prova nel processo del lavoro, in cui la deduzione dei mezzi di prova, ispirata a rigorosi criteri e sottoposta a specifici termini la cui inosservanza è sanzionata da decadenza, costituisce materia non disponibile».

⁽³⁰⁾ Nel 'Progetto Carnelutti' (v. F. CARNELUTTI, *Progetto del codice di procedura civile. Presentato alla Sottocommissione Reale per la riforma del Codice di Procedura Civile*, Padova, 1926), all'art. 257 (con l'eloquente titolo «provvedimenti istruttori concordati»), si prevedeva, più chiaramente di quanto al codice di rito vigente, che «qualora sulla risoluzione di una questione concernente il processo le parti siano d'accordo, e la legge non disponga altrimenti, il giudice provvede secondo il loro accordo», salvo la disposizione non applicarsi «alle liti previste dall'art. 13», che erano quelle caratterizzate da «azione del pubblico ministero», ossia quelle riguardanti «opposizione, nullità, scioglimento di matrimonio, interdizione, inabilitazione, rettificazione di atti dello stato civile ed in ogni altro caso previsto espressamente dalla legge».

stemi di *civil law*, soliti impiegare le norme processuali per contro-bilanciare situazioni di disparità di poteri sul piano sostanziale ⁽³¹⁾.

Se poi sia la indisponibilità del diritto sostanziale a suscitare, per scelta normativa, una certa differenziata situazione del giudice di cui dovessimo concludere che le parti non possono disporre, sarebbe questo un argomento finitimo, non sovrapponibile ma che non alimenta, anzi contribuisce a rigettare, presunti automatismi (quello che qui poniamo a *stress test* è: diritto indisponibile = processo indisponibile) che, come accennato, per niente ci convincono.

Non va neppure trascurato che la ordinanza concordata può investire profili che, all'un tempo, oltre a incidere sulla situazione processuale data, prendono rilievo sul versante del diritto sostanziale. Il diverso e secondo metro di paragone sarà così ricavato da tale ultimo ordinamento, cumulativamente a quello, primo, del processo. Si pensi all'accordo *ex art. 2698 c.c.*: per cui si potrebbe anche dire che, mentre l'art. 177 c.p.c. lo guarda nel rapporto tra parti e situazione del giudice/processo, l'art. 2698 c.c. lo riguarda nel solo rapporto tra le prime.

Verifichiamo quanto ipotizzato (*i.* la materia cui allude la norma è quella del *processo*; *ii.* la indisponibilità del diritto in lite non determina di per sé, in assenza di previsioni *ad hoc*, la indisponibilità della situazione del processo) nell'esperienza giurisprudenziale, mantenendo in via preliminare a mente come la portata pratica delle ordinanze istruttorie concordate si sia di fatto evoluta (dove si spiegano datazione e numerosità dei casi censiti nei repertori), quando venuta meno la reclamabilità al collegio delle ordinanze su ammissibilità e rilevanza dei mezzi di prova.

⁽³¹⁾ All'opposto si colloca l'approccio, criticato negli ultimi decenni nella stessa processualistica statunitense, del processo civile *trans-substantive*: es. A.R. MILLER, *The American Class Action: From Birth to Maturity, Theoretical Inquiries in Law*, 2018, 19, 1 ss., spec. nota 144, anche per riferimenti: «[t]rans-substantivity is a questionable proposition. It may have made some sense in the idyllic litigation world of the 1930s when the Federal Rules were drafted and promulgated, but it seems dubious today».

In punto di ordinanze emesse sull'accordo delle parti, se si guarda alle massime, sono poche ed equivoche quelle censite.

Nei commentari ne figurano per l'esattezza soltanto due, entrambe concernenti il rito del lavoro, per i confliggenti principi per cui: nella prima, «il potere del giudice di disporre d'ufficio mezzi istruttori – mentre può essere esercitato, in presenza di significativi dati d'indagine e per superare l'incertezza sui fatti costitutivi dei diritti in contestazione, anche se la parte onerata della prova sia incorso in preclusioni e decadenze – resta invece escluso in presenza di una precisa volontà della parte di non esperire una determinata prova (la quale perciò non può essere ammessa d'ufficio)» e ciò si motiva proprio per l'applicazione della norma di nostro interesse, ritenendo versarsi in ambito di *materia disponibile* ⁽³²⁾; per la seconda, invece, ove si assume che «la regola della non revocabilità delle ordinanze pronunciate sull'accordo delle parti opera solo con riferimento alle materie su cui le parti possono disporre ... e quindi non può trovare applicazione riguardo all'ammissione di mezzi di prova nel processo del lavoro, in cui la deduzione dei mezzi di prova, ispirata a rigorosi criteri e sottoposta a specifici termini la cui inosservanza è sanzionata da decadenza, costituisce *materia non disponibile*» ⁽³³⁾.

Se ne ritrae intanto come: la prima massima, decisamente più precipua, rammenta l'apparato di poteri istruttori officiosi del giudice del lavoro ma valorizza ciononostante il contegno processuale convergente delle parti alla stregua di un accordo; la seconda, di contro, per negare rilevanza a quest'ultimo, eleva ragioni poco o punto chiare e tantomeno pertinenti, laddove si riferisce alla decadenza dalla deduzione dei mezzi di parte, deduzione «ispirata a rigorosi criteri».

Le due massime, peraltro, non esauriscono il panorama della giurisprudenza pubblicata in argomento, in quanto ben più ariosa inda-

⁽³²⁾ «(...) con la conseguenza che anche nel rito predetto è irrevocabile, secondo la regola dell'art. 177, 3° comma, n. 1, c.p.c., un'ordinanza che sull'accordo delle parti abbia revocato il precedente provvedimento di ammissione di un determinato mezzo istruttorio»: Cass., sez. lav., 24 marzo 1993, n. 3537.

⁽³³⁾ Cass., sez. lav., 27 novembre 1997, n. 11999.

gine si dischiude se si guarda alle motivazioni estese di vari precedenti di legittimità e di merito: il più delle volte d'impugnazione e reiettivi del motivo, tutt'altro che infrequente, che assume in precedente grado la illegittima revoca, espressa od implicita, di ordinanze assunte come concordate senza ulteriore accordo risultante in loro revoca.

Da questa lettura delle decisioni *ab extenso*, si delinea meglio il modo in cui la giurisprudenza ha negli anni inteso applicare questa (solo teoricamente allora) trascurata norma del codice di rito.

Ancora nel processo del lavoro, frequente nelle parti motive è l'affermazione (come nella seconda massima succitata) che qui le prove «non sono disponibili», trattandosi di istruttoria «ispirata a rigorosi criteri e sottoposta a specifici termini» e che, quindi, costituirebbe «materia non disponibile»⁽³⁴⁾; ripetendo il contrasto ravvivato negli arresti da cui siamo partiti, si è però pure ritenuto non incompatibile coi poteri officiosi del giudice del lavoro, che, anche in questo ambito, vada ricondotta a materia di cui le parti possono disporre la 'concordata' rinuncia a una certa prova per testi, ancora non ammessi⁽³⁵⁾.

⁽³⁴⁾ V. ad es. Cass., sez. lav., 10 ottobre 2006, n. 21690: «in particolare (...) non risulta (né viene allegato) che l'ordinanza di ammissione di C.T.U. sia stata pronunciata sull'accordo delle parti, e, in ogni caso, le prove in materia di lavoro non sono disponibili: come rilevato, infatti, da questa Corte, 'la regola della non revocabilità delle ordinanze pronunciate sull'accordo delle parti' opera solo con riferimento alle materie su cui le parti possono disporre (art. 177 c.p.c. art. 177 – Effetti e revoca delle ordinanze c.p.c., comma 3, n. 1) e quindi non può trovare applicazione riguardo all'ammissione di mezzi di prova nel processo del lavoro, in cui la deduzione dei mezzi di prova, ispirata a rigorosi criteri e sottoposta a specifici termini la cui inosservanza è sanzionata da decadenza, costituisce materia non disponibile».

⁽³⁵⁾ Cass., sez. lav., 24 marzo 1993, n. 3537, dall'ampia motivazione: «non può anzitutto accettarsi in via di principio che il giudice (...) possa nella ricerca della verità non tenere conto di preclusioni e decadenze già verificatesi. Questo sarebbe contraddittorio con l'esistenza delle norme processuali che rigidamente prevedono tali preclusioni e decadenze. I poteri d'ufficio, in un tal sistema sempre di contese tra privati, che anzitutto stabilisce oneri di allegazione di fatti e di indicazione di prove a carico delle parti, non possono logicamente che essere poteri di supplenza. E i poteri di supplenza attribuiti ad un organo pubblico, nell'inconcepibilità di una

L'uno e l'altro orientamento contrastanti, e così le due massime da cui abbiamo iniziato, si possono riportare a coerenza se si tiene a mente il carattere sussidiario (potere-dovere di 'supplenza') che la giurisprudenza predica per la situazione dell'organo *ex art. 421 c.p.c.*: donde risulterebbe corretta la più aperta giurisprudenza poco su riportata, essendo inappuntabile che l'accordo istruttorio delle parti, quando, come nella maggioranza dei casi, integrato dall'incontro di due rinunce, è sufficiente e 'vincolante' per il giudice se in mancanza di quella «presenza di significativi dati di indagine» elevata a presupposto per l'attivazione del dovere istruttorio officioso ⁽³⁶⁾; a nulla rilevando,

sostituzione di questo ad una delle parti, per la 'terzietà' di tale organo – che è un giudice –, possono giustificarsi solo in presenza di acquisizioni processuali già avvenute e indicative, le quali danno fondamento, per l'interesse ad una decisione 'giusta' (...) Deve in conseguenza condividersi l'indirizzo recentemente prevalente di questa Corte (Cass. 20 giugno 1990, n. 6175, Cass. 8 novembre 1991 n. 11915, Cass. 22 aprile 1992 n. 4850, Cass. 14 luglio 1992, n. 8503) e condiviso da autorevole dottrina, secondo il quale i poteri d'ufficio suddetti possono esercitarsi 'in presenza di significativi dati di indagine, per superare l'incertezza sui fatti costitutivi dei dritti in contestazione', pur se la parte onerata della prova sia incorsa in preclusioni e decadenze (il cui mancato superamento coi poteri officiosi in effetti vanificherebbe tali poteri, che invece costituiscono, secondo l'opinione dominante, una nota saliente del processo del lavoro). Se, dunque, la deroga al principio di disponibilità delle prove ha questi precisi limiti, *non è logicamente accettabile che il giudice, in presenza di una precisa volontà della parte all'esclusione di una determinata prova, d'ufficio vada contro questa volontà e ammetta la prova non voluta*. Preclusioni e decadenze in cui è incorsa la parte indicano di solito negligenza, incuria e sono logicamente compatibili con un potere officioso successivo che non ne tenga conto. *Ed invece una espressa volontà contraria della parte interessata, alla cui iniziativa si deve il processo, rende insussistente ogni interesse d'ufficio alla prova in questione. In conseguenza, vale anche per il processo del lavoro la regola dell'art. 177 c.p.c., sulla irrevocabilità delle ordinanze emesse nell'accordo delle parti in materia disponibile*» (enfasi nostre).

⁽³⁶⁾ Sulla richiesta di «significativi dati di indagine» al fine di disegnare con definitività gli esatti contorni del dovere istruttorio, solo «sussidiario», del giudice del lavoro, cfr. *ex plurimis*, Cass. nn. 10043 del 2024; 7676 del 2021; 26597 del 2020; 32265 del 2019; 22628 del 2019; 33393 del 2019; 26107 del 2014; 18924 del 2012; 13533 del 2011; ecc., con l'avallo a suo tempo di Cass., sez. un., 17 giugno 2004, n. 11353. In dottrina, su tale arg., P. LICCI, *I limiti del potere istruttorio del giudice del lavoro*, Pisa, 2020, 97 ss. e 137 ss.

per la soluzione negativa, gli argomenti delle decadenze di parte o di «rigorosi termini».

Tornando sulla applicazione dell'art. 177, 3° comma, n. 1, c.p.c., di fuori dal rito del lavoro, si ritengono a volte generalmente indisponibili i poteri officiosi del giudice ⁽³⁷⁾ e questo si afferma nei casi repertoriati con riferimento al potere di disporre c.t.u. ⁽³⁸⁾ che, si argomenta anche qui genericamente, «non rientra nei poteri dispositivi delle parti» ⁽³⁹⁾. Il tema della disponibilità della prova tecnica, però,

⁽³⁷⁾ Cass., 23 luglio 1999, n. 7953: «(...) quanto infine alla censura di 'violazione del principio dispositivo' con la quale si adombra (*ex art. 177, comma 3, sub 1*) la irrevocabilità nella specie della ordinanza collegiale che aveva disposto la rinnovazione della indagine tecnica, basti osservare, da un lato, che l'accordo delle parti era stato manifestato con riguardo alla nomina di un diverso consulente (e dunque in funzione di un atteso provvedimento istruttorio, invece negato dal Collegio) e, dall'altro, che la irrevocabilità delle ordinanze pronunciate sull'accordo delle parti non può riferirsi ai provvedimenti relativi a mezzi istruttori che, come l'indagine tecnica, rientrano nei poteri officiosi del giudice».

⁽³⁸⁾ Cass., sez. lav., 26 agosto 2000, n. 11183: «(...) Né la suddetta revocabilità o modificabilità della ordinanza può essere, nel caso specifico, preclusa dal disposto dell'art. 177, I comma, CPC, come eccepito dal ricorrente, per essere stata la ordinanza ammissiva di nuova consulenza emanata sull'accordo delle parti, in quanto 'la regola della non revocabilità delle ordinanze pronunciate sull'accordo delle parti opera solo con riferimento alle materie su cui le parti possono disporre (...) e quindi non può trovare applicazione riguardo all'ammissione di mezzi di prova nel processo del lavoro, in cui la deduzione dei mezzi di prova, ispirata a rigorosi criteri e sottoposta a specifici termini la cui inosservanza è sanzionata da decadenza, costituisce materia non disponibile' (...) Il Collegio condivide anche questo principio, che va a maggior ragione applicato nel caso di ordinanza ammissiva di consulenza tecnica, che è sempre nella disponibilità del giudice: la nomina di un ausiliare va fatta solo se il giudice ritiene di avere bisogno di particolari cognizioni tecniche estranee alla sua preparazione scientifica e professionale e le conclusioni del consulente non sono mai vincolanti per il giudicante, che può sempre disattenderle (congruamente motivando in merito), quale '*peritus peritorum*', ove acquisisca '*aliunde*' le cognizioni necessarie e sufficienti per decidere la controversia. Ben poteva quindi il Tribunale disattendere la ordinanza ammissiva di nuova consulenza, revocandola così implicitamente, una volta acquisiti i chiarimenti del CTU, ritenuti sufficienti per la decisione della causa (...)».

⁽³⁹⁾ V. ancora Cass., 28 febbraio 2020, n. 5609: «(...) Fanno eccezione al principio, oltre alle ordinanze dichiarate espressamente non impugnabili dalla legge e a quelle per le quali la legge predisponga uno speciale mezzo di reclamo, le ordinanze

merita maggiore svolgimento e d'istinto, di là dagli esiti, non ci trovano d'accordo⁽⁴⁰⁾ buona parte delle motivazioni sbrigative e sommarie poste a fondamento di questi arresti, che tra l'altro misconoscono il punto essenziale all'attenzione nei casi trattati, ossia che l'accordo delle parti intorno all'ingresso del sapere tecnico pretendeva di essere vincolativamente 'additivo' di attività, non già di rinuncia (*i.e.*: le parti concordavano sulla necessità di disporre c.t.u., in altri casi di rinnovarla, ecc.). Su questo, atteso che anche il nostro accordo è 'additivo', torneremo in breve alla fine di questa rapida divagazione.

Proseguendo oltre: più volte ribadito tra le corti è l'orientamento per cui, quand'anche ammesso il giuramento decisorio per accordo delle parti, non sarebbe mai preclusa la rivalutazione delle sue condizioni di ammissibilità a iniziativa del giudice pur senza nuovo «accordo di revoca»: e così si motiva che la «materia della quale queste

pronunciate sull'accordo delle parti, in materia della quale queste possono disporre. Nella specie la disposizione di consulenza tecnica, non a caso definita 'd'ufficio', non rientra nei poteri dispositivi delle parti, stante la sua stretta inerenza ai poteri decisorii del giudice, che ben può disporre l'espletamento ai sensi degli artt. 61 e 191 c.p.c., così come può predisporre il quesito demandato, anche in difetto di sollecitazione delle parti, e diversamente da quanto da loro richiesto».

(⁴⁰) Sin dall'art. 61 c.p.c., il potere(dovere) di disporre c.t.u. è ancorato alla («(...) quando è necessario») necessità di cognizioni tecniche, al fine di decidere. La giurisprudenza, poi, specie la più recente (es. la nota Cass., sez. un., 1° febbraio 2022, n. 3086), informa l'istituto del principio dispositivo e di quello del contraddittorio; malgrado ciò, resta in capo al giudice la scelta (in sede di legittimità insindacabile se non tramite lo stretto spettro della motivazione, ciò che si spiega per il carattere tecnico, che dinanzi alla S.C. deve emergere come logico/illogico, della scelta negata) di disporre il mezzo, e ciò non perché codesta scelta resta indifferente alla volontà congiunta dei contendenti, ma perché, semmai, quando si tratti di richiesta concordemente tesa alla disposizione del mezzo, additiva nel senso adottato nel testo, torna al giudice, come vedremo tra poco, il vaglio di rilevanza, che qui si atteggia in termini di necessità o non necessità di un sapere tecnico, dell'istruttoria. Il che pure implica adesione alla opinione che nega la dispensabilità del procedimento di c.t.u. da parte del giudice perito nell'arte o nella scienza: per tutti, F. AULETTA, da ultimo in *Lo stato presente del procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, in S. PATTI, R. POLI, *La consulenza tecnica d'ufficio. Funzione, oggetto, sindacabilità*, Torino, 2024, 3 ss. 19 ss.

(le parti) possono disporre», non può riferirsi a un mezzo istruttorio, come è appunto il giuramento decisorio, «per il quale la legge pone condizioni di ammissibilità non derogabili dalle parti e dunque non rimesse alla loro disponibilità» ⁽⁴¹⁾. Il punto di diritto si comprende, *breviter*, se quelle condizioni di ammissibilità – processuali, pur se derivanti per espressa previsione dalla natura della situazione sostanziale in disputa, *recte*, del fatto da provare – si tengono a mente ⁽⁴²⁾; diverso discorso, sotto altra lente, dovrebbe però condursi, in differente prospettiva, per un verso intorno alla iniziativa di parte o d'ufficio nel deferimento e, per altro verso, per l'altrettanto corrente orientamento secondo il quale «il giuramento decisorio, che ha natura di prova legale in ordine alla quale è esclusa qualsiasi discrezionalità da parte del giudice, deve essere ammesso (...) anche quando i fatti dedotti siano stati già accertati in esito alle risultanze di causa e perfino quando dalla confessione giudiziale o da altra prova di carattere privilegiato risulti dimostrata una situazione di fatto contraria a quella che si intende provare con il giuramento» ⁽⁴³⁾.

⁽⁴¹⁾ Cass., 24 maggio 2004, n. 9927; conf. Cass., 12 marzo 1984, n. 1704; Cass., 9 luglio 1984, n. 4011; Cass., 5 agosto 1996, n. 7163; Cass., 24 maggio 2004, n. 9927, tutte per la ripetuta massima che «l'ammissione – sull'accordo delle parti – della formula del giuramento decisorio non preclude, neanche in sede di decisione sul merito, una nuova valutazione delle condizioni per l'ammissibilità del giuramento, prestato su quella formula, in quanto il doveroso esercizio, da parte del giudice, dell'indicato controllo non trova ostacolo né nell'art. 2738 c.c., primo comma – che attribuisce efficacia di prova legale al prestato giuramento, con preclusione di ogni prova contraria – né nell'art. 177 c.p.c., terzo comma, n. 1, che sancisce l'irrevocabilità delle ordinanze emesse sull'accordo delle parti in materia della quale queste possano disporre, e, perciò, non può riferirsi ad un mezzo istruttorio quale il giuramento decisorio, per il quale la legge pone condizioni di ammissibilità non derogabili dalle parti e dunque non rimesse alla loro disponibilità». Conf. prima, Cass., 9 luglio 1984, n. 4011 ed anche Cass., 12 marzo 1984, n. 1704.

⁽⁴²⁾ Essenzialmente rivenienti nei limiti di cui all'art. 2739 c.c.

⁽⁴³⁾ V. ad es. Cass., 13 dicembre 1994, n. 10653; Cass., 21 dicembre 1993, n. 12619. L'insegnamento resta comunque coerente con quanto poco prima riportato nel testo ed in nota, ove si rimette al giudice in via esclusiva, senza incisione neppure della volontà congiunta di parte, il vaglio di ammissibilità e decisorietà (*ergo*, per come essa si atteggia, rilevanza) dello strumento: rispettivamente, circa l'am-

Solo apparentemente in senso diverso, la giurisprudenza riconosce che l'acquisizione di comune accordo di mezzi di prova documentali (in particolare prove formate in altro procedimento) rientra nell'ambito del possibile⁽⁴⁴⁾: ma questo è perché l'addizione concordata di prova precostituita suscita, rispetto al vaglio giudiziale di rilevanza (e ammissibilità), uno sforzo del sistema di gran lunga inferiore, solo *a posteriori*, e dunque materialmente differente dai casi menzionati.

Per questi precedenti, si collega poi sempre al discorso della 'materia (in)disponibile' che ora stiamo conducendo la previsione di cui all'art. 153, 1° comma, c.p.c., che esclude la proroga del termine perentorio spirato per accordo delle parti⁽⁴⁵⁾.

missibilità, v. Cass., 29 maggio 1987, n. 4800, secondo cui «il principio per cui il giuramento decisorio, sia esso *de scientia* o *de veritate*, deve essere sempre ammes- so, anche se i fatti dedotti siano stati già accertati od esclusi dalle risultanze di causa, non opera quando si tratta di mezzi istruttori ai quali è attribuito ope legis un de- terminato valore probatorio come nel caso del riconoscimento di una scrittura pri- vata per mancato disconoscimento (art. 215 c.p.c.), poiché in questo caso l'accer- tamento del fatto controverso viene acquisito in forza di legge; ne consegue che per escludere l'autenticità della scrittura privata, riconosciuta o legalmente considerata tale, l'unico mezzo possibile è costituito dalla querela di falso»; circa la rilevanza, Cass., 17 maggio 2010, n. 11964: «il giudice di merito deve sempre disporre il giu- ramento decisorio, benché deferito in via subordinata, anche se i fatti con esso de- dotti siano stati già accertati o esclusi in base alle risultanze probatorie, purché il contenuto del giuramento abbia il carattere della decisorietà in ordine al '*thema de- cidendum*' oggetto della controversia». Su tale orientamento v. in dottrina V. AN- DRIOLI, *Diritto processuale civile*, vol. I, Napoli, 1979, 716, che già allora lo certifi- cava come «fermo».

⁽⁴⁴⁾ App. Bari, sez. III, 6 febbraio 2006, n. 67: «(...) è appena il caso di rilevare che gli atti del mezzo d'istruzione preventiva furono acquisiti con ordinanza del 23/2/1990 emessa sul sostanziale accordo delle parti poiché, a fronte delle richieste della difesa del D., i difensori dell'A. e del Comune dichiararono espressamente di non opporsi; detta ordinanza fu reiterata su concorde istanza di tutti i difensori il 25/5/1990. Ne deriva che, trattandosi di provvedimenti istruttori pronunciati sull'accordo delle parti, essi non sono revocabili (art. 177, c. 3, n. 1, c.p.c.) e dunque dell'acquisizione dell'a.t.p. il Comune non può più dolersi neppure coll'appello».

⁽⁴⁵⁾ Trib. Taranto, sez. II, 16 maggio 2016, n. 1590: «[p]rima della entrata in vi- gore del D.L. n. 35 del 2005, convertito in L. n. 80 del 2005 e poi modificata dalla L. n. 263 del 2005, l'attività diretta a richiedere i mezzi di prova si concludeva con lo

Logicamente non distante è la posizione che esclude che i contendenti possano di comune accordo vincolare il giudice a sospendere il processo per pregiudizialità necessaria (potendo invece far ricorso alla sospensione ‘non titolata’ altrimenti che dall’accordo *ex art. 296 c.p.c.*)⁽⁴⁶⁾; in senso simile, e a più seria ragione, vale pure l’altra che nega alle parti di poter ‘disporre’ della materia, rifluente su terzi e alle prime per definizione indisponibile, del litisconsorzio necessario e della integrità del contraddittorio⁽⁴⁷⁾.

Le inferenze deducibili dalla rassegna che precede sono disparate.

Quale minimo comun denominatore del dato giurisprudenziale, si osserva sempre che, a rilevare per l’applicazione del paradigma della interlocutoria concordata, non è mai per via diretta la materia sostanziale dedotta in lite, ma sempre e solo la *materia del processo*.

spirare dei termini di cui all’art. 184 c.p.c. o, qualora le parti non si fossero avvalse della facoltà di chiedere l’assegnazione dei termini di cui all’ultimo comma dell’art. 183 c.p.c., con lo spirare della predetta udienza di trattazione della causa. I termini in parola, definiti espressamente come perentori dal legislatore, sono insuscettibili di proroga neppure in presenza di accordo delle parti, per effetto della inequivoca disposizione di cui all’art. 153 c.p.c.». Conf. Trib. Taranto, sez. II, 16 ottobre 2015, n. 3151.

⁽⁴⁶⁾ Cass., 11 agosto 2023, n. 24516, «la sospensione del processo per pregiudizialità necessaria non è materia di cui le parti possano disporre, come emerge chiaramente dal raffronto con la sospensione prevista dall’art. 296 c.p.c. e come affermato in giurisprudenza di questa Corte», richiamando Cass., 13 luglio 2005, n. 14709.

⁽⁴⁷⁾ V. Trib. Savona, 29 marzo 2022, n. 285 (in un caso di giudizio di divisione): dalla motivazione: «atteso poi che, se è vero che l’art. 177 comma 1 c.p.c. stabilisce l’irrevocabilità delle ordinanze emessa dal Giudice sull’accordo delle parti, altrettanto è vero che tale principio può operare solo ed esclusivamente nel caso in cui l’ordinanza sia emessa in materia in relazione alla quale le parti medesime possono disporre; rilevato, a tale proposito, che certamente le parti non possono disporre in materia di litisconsorzio necessario e di integrità del contraddittorio, la mancanza della quale è, anzi, rilevabile di ufficio in ogni stato e grado del giudizio *ex art. 102 c.p.c.*, al punto che laddove essa sia accertata è espressamente previsto sia in appello (art. 354 c.p.c., il quale fa riferimento anche all’ipotesi in cui una parte sia stata erroneamente estromessa) che nel giudizio di Cassazione (art. 383 comma 3 c.p.c) la remissione degli atti al Giudice di primo grado per la costituzione del litisconsorzio».

Si osserva, altresì, che l'aspetto delle preclusioni, indisponibili ai privati, non va confuso con quello dell'accordo, sia esso di rinuncia od additivo di attività ⁽⁴⁸⁾.

Ancora, si ricava come non osta all'accordo (i casi censiti concernono quello 'rinunciativo'), in via generica, la presenza di particolari poteri officiosi del giudice: dovendosi invece caso per caso comprendere che natura abbia lo specifico potere d'ufficio sottomesso ad esame.

Quanto sinteticamente ricavato può essere applicato alla 'nostra' nomina necessariamente congiunta dell'esperto, tornando al quesito se l'accordo/richiesta congiunta vincoli sempre il giudice, o se, invece, quest'ultimo possa a sua volta replicare e se sì in quale misura.

Dalla rassegna sull'art. 177 c.p.c. sopra svolta ricaviamo come non possa qui rilevare in senso ostativo il contesto in cui ci troviamo, del rito di famiglia e persone. Non vale, dunque, quale generica

⁽⁴⁸⁾ Un conto è negare che le parti possano di comune accordo disattivare la decadenza *ex lege* scaturita dallo spirare del termine perentorio riaprendo spazio alla attività preclusa; altro è, anche a questo proposito, che le parti *ex ante* rinuncino di comune accordo a quel termine, riducendo l'attività del giudice: tale ultima possibilità, pur non espressamente regolata (per noi da mettersi alla prova esattamente nell'ambito della materia di cui le parti possono disporre ai fini delle ordinanze a contenuto concordato), resta comunque discussa perché la serie procedimentale, anche quando rimessa ad impulso di parte, mostra interferenza con l'attività del giudice, su cui talvolta pure quella rinuncia viene ad incidere non per riduzione, ma additivamente (es. anticipando attività); viene alla mente – senza poter qui risolvere il quesito – il dibattito che suscitò, dopo la riforma del 1990, il 'raddoppio' della prima udienza, comparizione e trattazione, e di qui sulla possibilità che le parti consensualmente chiedessero al giudice di ridurle ad una: v., per la opinione positiva, G. TRISORIO LIUZZI, *La difesa del convenuto e dei terzi nella nuova fase introduttiva del processo ordinario di cognizione*, in *Giur. it.*, 1996, 1008 ss. e spec. par. 9, che per l'appunto si chiedeva (riff. ad opinioni contrarie in nota 72) se con accordo di parte in prima udienza il giudice dovesse anticipare attività previste dalla legge per l'udienza successiva, concludendo in senso positivo essenzialmente perché «il processo è pur sempre delle parti», e così pure chiarendo che, a suo avviso, il g.i. avrebbe dovuto altresì disporre la immediata rimessione al collegio per la decisione là dove fin dalla prima udienza le parti ne avessero fatto richiesta.

obiezione all'accordo, il motivo che sarebbe questo un processo su diritti anche indisponibili ⁽⁴⁹⁾.

La 'indisponibilità sostanziale', per come si riflette sul rito in questione, può qui – se non si mettono a fuoco con precisione i vari aspetti che importano – persino causare un paradossale intreccio: in relazione al nuovo art. 473 *bis*.19 c.p.c., che disattiva le decadenze previste dagli articoli 473 *bis*.14, .16 e .17 proprio per i processi familiari o personali su diritti indisponibili. La norma di nostro interesse sull'esperto non chiarisce fin quando possa farsi l'istanza congiunta ⁽⁵⁰⁾, che di certo potrebbe giovare del beneficio di non scontare preclusione alcuna sulla base del citato art. 473 *bis*.19. Allora l'accordo, in materia indisponibile, si cala nella deroga alla viceversa generale inderogabilità del termine perentorio di cui all'art. 153 c.p.c.: fatto di nuovo illustrativo per sconfessare, una volta in più, inesistenti equazioni nel segno del motto diritto (in)disponibile/processo (in)disponibile.

Si vede poi anche come il generico *argumentum* della 'indisponibilità' dei termini preclusivi (non affatto condivisibilmente innalzato da una parte della giurisprudenza sopra riportata sulle ordinanze concordate quale barriera all'accordo istruttorio) è a maggior ragione inconferente: l'esempio ipotizzato lo dimostra con chiarezza, atteso che proprio in un rito che coinvolge diritti così delicati, il carattere decadenziale e rigido è per legge svalutato (con deroga all'art. 153, 1° e 2° comma, nel loro combinato disposto), ma ciò – come non è vero l'inverso – non può certo significare, di per sé, una maggior apertura alla disposizione dei privati.

Ancora, sulla base dell'insegnamento tratto poc'anzi, appare in prima battuta neutra e non automaticamente significativa – per cali-

⁽⁴⁹⁾ V. ancora F. AULETTA, V. CAPASSO, *Lo statuto dei poteri*, cit., 1526 ss., e nota 21 ove si osserva che l'art. 177 c.p.c. «non specificando l'oggetto su cui deve insistere la disponibilità, non impedisce di ritenere che la 'materia' sia quella sostanziale», richiamando a conforto la giurisprudenza detta scarsissima e non univoca (le due pronunce massimate in punto di ordinanze concordate, confliggenti e relative al rito lavoro, esaminate in precedenza nel testo).

⁽⁵⁰⁾ Sul punto v. *amplius* successivo paragrafo 3.

brare i giusti limiti del nostro accordo – la previsione dei poteri istruttori officiosi del giudice della famiglia *ex art. 473 bis.2 c.p.c.* ⁽⁵¹⁾: l'esperienza del rito del lavoro brevemente riassunta è utile quale *tertium comparationis* a questo scopo d'analisi, giacché:

i) per l'accordo integrante congiunta rinuncia delle parti (che non interessa l'art. 473 *bis.26 c.p.c.* ma che esaminiamo per completezza) è valorizzato lì il carattere suppletivo del potere istruttorio officioso di cui all'art. 421 c.p.c.: in simmetria, qui occorrerà comprendere gli esatti contorni del potere conferito al giudice della famiglia e delle persone, che sulle domande di contributo economico interessanti i soli coniugi e quindi *intra pares* (art. 473 *bis.2, 2° comma, c.p.c.*) potrebbe verosimilmente assumere un carattere analogamente sussidiario, con piena valorizzazione, dunque, della circostanza che i genitori contendenti abbiano con loro congiunta volontà assentito/rinunciato su una determinata istruttoria e sempre che non vi siano elementi significativi in differente direzione atti a trasformare in doverosa l'attivazione officiosa del giudice. Un risul-

⁽⁵¹⁾ Su cui, almeno: F. DANOVÌ, *Il nuovo rito delle relazioni familiari*, in *Fam. dir.*, 2022, 8-9, 837 ss., ove rammenta come da tempo la giurisprudenza (di cui richiama, sui contributi economici, Cass., sez. un., 11 luglio 2018, n. 18287) e la dottrina avessero evidenziato che nell'area della giustizia minorile il giudice non deve mai considerarsi vincolato al rispetto dei principi della domanda e della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, concedendo come la riflessione esigesse però una «più netta affermazione attraverso una previsione espressa»; enfatizzando della nuova norma l portata generale, B. FICCARELLI, *I poteri del giudice*, in C. CECHELLA (a cura di), *La riforma del processo e del giudice per le persone, per i minorenni e per le famiglie. Il decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149*, Torino, 2023, 115; ID., *Riforma del processo della famiglia, minorenni e persone e poteri officiosi del giudice*, in <www.judicium.it>, 09.05.2023, par. 1, per cui si delinea con tale norma «un giudice attivo, dotato di ampi poteri di direzione processuale, formale e materiale i quali si esplicano in ogni ambito che comporti la tutela dei soggetti più deboli»; cfr. anche A. CARRATTA, *Il nuovo processo speciale in materia di stato delle persone, minorenni e famiglie*, in ID., *Le riforme del processo civile. D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, in attuazione della l. 26 novembre 2021, n. 206*, Torino, 2023, 139; M.A. LUPOI, *Il processo di famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, 223 ss. e C. BRIGUGLIO, *Sub art. 473 bis.2 c.p.c.*, in R. TISCINI (a cura di), *La riforma Cartabia*, cit., 759 ss.

tato diverso, sempre circa l'accordo di rinuncia all'istruttoria (uno o più mezzi), dovrebbe probabilmente sostenersi con riguardo al potere esercitato nell'interesse del minore o del maggiorenne non autosufficiente (banalmente, poi: essi sono terzi rispetto ad un simile accordo rinunciativo dei genitori/parti: perciò inidoneo a produrre effetto nella sfera altrui), tanto più che qui la deroga ai principi codicistici è espressamente anticipata finanche all'art. 112 c.p.c., e non solo al momento della prova;

ii) per l'accordo con cui le parti del processo pretendano di aggiungere attività, invece, si è visto sopra restar irrilevante che il giudice abbia o meno il potere-dovere di assumere altri mezzi *ex officio*, il limite dell'accordo additivo dovendo evidentemente cercarsi altrove: come ha qui e lì intuito, pur senza intercettare l'aspetto che rileva, la giurisprudenza espressasi in termini generici sul potere-dovere di disporre c.t.u.

La fattispecie all'attenzione, in definitiva, come ogni altro accordo additivo di attività di trattazione nel processo ⁽⁵²⁾ prescinde del tutto dalle peculiarità, sostanziali e processuali, del rito di famiglia e persone: restituendo la opportunità di innalzare un generale limite (che, lungi dal confinarsi al presente caso, è, salva diversa previsione ⁽⁵³⁾) da individuarsi nel vaglio giudiziale di rilevanza, sufficienza,

⁽⁵²⁾ Fatte salve le eccezioni del caso (con ogni più ampia riserva di svolgimento ulteriore in altra sede: si è adombrato di sopra l'esempio, affatto particolare, del giuramento; v. poi la nota successiva).

⁽⁵³⁾ Un esempio, in senso lato (le parti non interferiscono con la fissazione, necessità, dell'udienza in quanto tale, sia essa fisica o cartolare, ma coi soli suoi modi di svolgimento; l'accordo, quindi, non sarebbe a ben vedere precisamente additivo di attività) è da rinvenire nell'art. 127 *ter* c.p.c.: tanto al primo comma (pur al ricorrere della condizione data che la udienza «non richiede la presenza di soggetti diversi dai difensori, dalle parti, dal pubblico ministero e dagli ausiliari del giudice», «l'udienza è sostituita dal deposito di note scritte se ne fanno richiesta tutte le parti costituite»); quanto al secondo comma, ove la volontà concorde è destinata a prevalere su quella inizialmente differente del giudice, fissando l'udienza fisica in luogo di quella cartolare: «in caso di istanza proposta congiuntamente da tutte le parti, dispone in conformità». Non è un caso (ma da sottoporre a verifica la correttezza della opinione enunciata intorno alla asserita unicità dell'esperienza) che autorevole

necessità, e con maggior evidenza sovrabbondanza, del mezzo nello specifico richiesto.

In questi termini – nel rito di famiglia come in ogni processo dichiarativo – dovrebbe comunque evitarsi «inutile spreco di attività istruttoria» od ancora la sottrazione al giudice del potere di decidere se non che sulla base dei fatti e delle prove ritenuti rilevanti, ovvero l'imposizione all'organo di attività da questo ritenute non necessarie⁽⁵⁴⁾.

dottrina abbia sin da subito qualificato questo accordo come l'unico in cui il giudice resta vincolato dalla concorde volontà delle parti: v. F.P. LUISO, *Il nuovo processo civile. Commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile*, Milano, 2023, 33 ss. Altri esempi derogativi in materia istruttoria constano dei (diversi) casi in cui la legge, valorizzando l'autonomia privata, imponga al giudice l'assunzione di un certo mezzo e non d'altri, ma si vede come il giudice che decidesse ritenendo superfluo quel mezzo violerebbe la legge, prima ancora che l'accordo.

⁽⁵⁴⁾ Ancora più all'evidenza (anche se non senza rischi), v. Cass., sez. lav., 26 maggio 2005, n. 11096: «che, avendo il giudice di primo grado ammesso la testimonianza richiesta dal Nenni senza opposizione della controparte, la successiva revoca dell'ordinanza trovava ostacolo nell'art. 177 comma 3 n. 1, c.p.c. che non consente di modificare o revocare le ordinanze pronunziate sull'accordo delle parti in materia della quale queste possono disporre. (...) Il motivo è infondato, per la considerazione assorbente rispetto ad ogni altra, che esso colloca erroneamente le ordinanze in materia di prova sul terreno riservato alla disponibilità delle parti. È vero invece, come altra volta affermato da questa Corte, e come qui si intende ribadire, che ai sensi dell'art. 177, terzo comma, c.p.c., non sono revocabili dal giudice, che le ha emesse, le ordinanze pronunciate sull'accordo delle parti 'in materia della quale queste possono disporre', e che però non è disponibile dalle parti la disciplina della deduzione dei mezzi di prova nel processo del lavoro, ispirata a rigorosi criteri e sottoposta a specifici termini la cui inosservanza è sanzionata da decadenza (v. Cass. 27 novembre 1999 n. 11999). D'altra parte, essendo espressamente stabilito che le ordinanze non possono mai pregiudicare la decisione della causa (art. 177 comma 1, c.p.c.) e non essendovi alcun elemento per escludere dall'ambito della norma del codice di rito ora cit. le ordinanze ammissive della prova, se ne deve desumere che, come del resto è pacifico, il giudice pur dopo l'espletamento della prova, riconsiderate le questioni sottopostegli, possa decidere la causa sulla base di ragioni diverse da quelle che nella prova trovano fondamento. Da ciò consegue che la tesi del ricorrente potrebbe in ipotesi condurre ad inutile spreco di attività istruttoria su circostanze o su temi che il giudice, prima dell'espletamento della prova, ammessa senza opposizione reciproca delle parti, dovesse successivamente ritenere irrilevanti, con

Ragionando in senso contrario, con l'ammettere che le parti possano 'impastoiare' l'incedere del giudice, sarebbe pure accidentalmente leso il principio di ragionevole durata del processo, ma il nodo centrale resta che – più di ricorrere a questioni di economia del rito o di indisponibilità del regime dei termini solo accidentalmente intaccati dall'accordo additivo ⁽⁵⁵⁾ – anche in un sistema improntato al principio dispositivo risulta prevalente l'esigenza, che (è a conferma presente nel c.p.c. italiano, che) il giudice possa e debba, *inter alia*, chiudere l'assunzione quando «egli ravvisa superflua, per i risultati già raggiunti» quella ulteriore.

A ciò non può ostare neppure che tale ulteriore istruzione sia richiesta congiuntamente dalle parti: così depone l'art. 209 c.p.c. ⁽⁵⁶⁾,

conseguente violazione anche del principio della ragionevole durata del processo, reso ormai esplicito nel nostro ordinamento dall'art. 111, comma 2, Cost.».

⁽⁵⁵⁾ Ed infatti, dato quel tenore testuale della norma (non esente da criticità: ci si limita ora a richiamare N. PICARDI, *Per una sistemazione dei termini processuali*, in *Jus*, 1963, 209 ss., spec. 230, ed altrove; in quella sede per il rilievo che, così disponendo, l'art. 153 «finisce per conferire al giudice (...) [riff. in nota 104] (...) il potere di dichiarare la nullità dell'atto compiuto senza l'osservanza del termine perentorio, anche se di questo le parti non chiedono il rispetto»), non stupisce la nota massima per cui «il regime di preclusioni introdotto nel rito civile ordinario deve ritenersi inteso non solo nell'interesse di parte, ma anche nell'interesse pubblico all'ordinato e celere andamento del processo, con la conseguenza che la tardività delle domande, eccezioni, allegazioni e richieste, deve essere rilevata d'ufficio dal giudice indipendentemente dall'atteggiamento processuale della controparte al riguardo e dall'eventuale accettazione del contraddittorio» (principio sancito da Cass., 7 aprile 2000, n. 4376, in seguito mai contraddetto; tra le successive, v. ad es. Cass., 26 giugno 2018, n. 16800).

⁽⁵⁶⁾ Cfr. anche, in non distante linea tendenziale, art. 257, 1° comma, c.p.c., oppure art. 245, 2° comma, c.p.c.: «[l]a rinuncia fatta da una parte all'audizione dei testimoni da essa indicati non ha effetto se le altre non vi aderiscono e se il giudice non vi consente». Si torna qui, peraltro, all'accordo processuale integrato dal nucleo essenziale della rinuncia, notandosi come, nel contesto di questa ultima norma, non basti per il teste già ammesso il contegno processuale delle parti – o, in positivo, le rispettive dichiarazioni rinunciative – a produrre *ipso iure* l'effetto voluto; potremmo anche dire, con Allorio, che non basta qui «il mio» e «il tuo» (l'autorevole studioso adotta(va) tale figura di concetto con riguardo alla diversa convenzione che esclude la prova di un fatto diversa da quella per documento: E. ALLORIO, *Forma e prova scritta nel pagamento*, in *Riv. dir. proc.*, 1936, 202), e che l'accordo non rilevi

ben più precisamente di, ma comunque confortato in punto da, l'art. 175, 1° comma, c.p.c., sulla direzione intesa al più «sollecito» «svolgimento del procedimento» od ancora dall'art. 127 c.p.c., sulla direzione dell'udienza e, in assonanza, la dichiarazione di chiusura della discussione «quando la ritiene sufficiente» ⁽⁵⁷⁾.

Così, le parti nel rito famiglia, disponendo la nomina dell'esperto possono disporre della materia del processo, conformemente al principio di adattabilità del rito alle esigenze della causa ⁽⁵⁸⁾, ma sempre e solo proporzionatamente all'idea – destinata a valere per ogni accordo additivo e anticipata dalla Relazione al c.p.c. – che al solo giudice compete di eliminare dalla «discussione il troppo e il

per colui il quale, il giudice, ne resta terzo. È per questo che G. DE STEFANO, *Studi sugli accordi processuali*, Milano, 1959, 43, riteneva che il modulo prescelto da questa norma non contemplasse una forma piena di accordo, ma che fosse «mera intesa» quella risultante dal combinato di rinunce, «dato che, in definitiva, l'effetto prospettato dipende dalla valutazione del giudice». Dovrebbe comunque isolarsi questo genere di casi, quand'anche si sia addivenuti all'apparente accordo «trilatero» con il giudice, indagandone il regime e vedendo se, davvero, di accordo in preciso ed identico senso si tratta.

⁽⁵⁷⁾ Come si conferma in giurisprudenza, ove si fa richiamo alla «discrezionalità» del giudice in tal senso, anzi con gittata più estesa: così, circa il potere «discrezionale» di rinnovazione, Cass., 23 marzo 1994, n. 2808; circa il potere, declamato allo stesso modo e di cui al testo, di non ammettere i mezzi richiesti dalle parti «ove ritenga sufficientemente istruito il processo», purché congruamente motivando (Cass., 10 giugno 2009, n. 13375; conf. Cass., 18 giugno 2015, n. 12595, ecc.); circa la riduzione delle liste testimoniali sovrabbondanti (potere «tipicamente discrezionale» per, tra le tante, Cass., 9 giugno 2016, n. 11810); circa, più in generale, l'ammissione delle prove rilevanti ed influenti al fine del giudizio, per cui v. ad es., su superfluità e genericità della prova per testi, Cass., 10 settembre 2004, n. 18222. Per l'affermazione del retroterra pubblicistico di cui alla direzione del processo dettata dal codice vigente, v., per tutti, E. FAZZALARI, *La funzione del giudice civile nella direzione del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 68.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli (Grandi) presentata all'udienza del 28 ottobre 1940-XVIII per l'approvazione del testo del Codice di Procedura Civile, 35, al par. 16, ove riferimento a tale «principio di adattabilità del procedimento alle esigenze della causa», per cui (ma v. la nota immediatamente di seguito) la «elasticità della fase istruttoria, che può essere allungata o abbreviata fino a che sia chiarita la verità».

vano»⁽⁵⁹⁾. Ed ecco allora disvelarsi nuovamente che, non è tanto l'anelito ad un processo frettoloso ma semmai la efficiente e proporzionata distribuzione di risorse, che a quella idea di rapidità ma giammai esasperata si collega, a dover incidere nella giusta ricostruzione dell'accordo⁽⁶⁰⁾. Corrobora quanto sopra lo *slogan* del processo come risorsa *scarcely available*, che, si ribadisce in fine, vale indistintamente per riti su diritti disponibili, come non.

Questo limite generale dell'accordo processuale additivo consente di smarcare agevolmente lo scolastico caso in cui, ad es., le parti, per avventura, vogliano la nomina dell'esperto per trascorrere il loro tempo nell'aula giudiziaria, assieme a questo, laddove, ad esempio, lite realmente tra di loro non sussiste.

Volendo infine ragionarne con quel minimo di relativistica comparazione che l'indagine del paradigma dell'accordo suggerisce, troviamo conforto alle conclusioni appena isolate nello studio che la migliore dottrina straniera ha svolto dei più noti casi di accordi integranti un *addendum* nella trattazione della causa, ossia (una parte di) quelli sull'ammissione dei mezzi di prova, c.d. *Beweismittelverträge*, lata espressione da tempo in voga a ricomprendere anche il caso che un turno di tempo prima si sarebbe qualificato entro i c.d. *Beweisführungsverträge*⁽⁶¹⁾.

Ebbene, presso la dottrina tedesca (non anche la nostra⁽⁶²⁾), co-desti accordi (come più in generale le convenzioni probatorie) sono

⁽⁵⁹⁾ V. ancora Relazione alla Maestà, cit., 45 ss., circa la figura del giudice istruttore («veramente la innovazione più originale e più significativa»), cui sarebbe dovuto spettare di «eliminare dalla discussione il troppo e il vano», mentre le ordinanze del g.l. sono definite come una «delle chiavi del nuovo procedimento».

⁽⁶⁰⁾ Per primo, R. CAPONI, *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 389 ss., ora in *Dogmatica giuridica e vita. Studi di giustizia civile*, Milano, 2022, vol. II, 325 ss.

⁽⁶¹⁾ G. DE STEFANO, *Studi*, cit., 24 e citazioni in nota 39.

⁽⁶²⁾ Basti confrontare l'indagine di T.M. PEZZANI, *Il regime convenzionale delle prove*, Milano, 2009, 56, ove emblematica è l'affermazione, in chiusura del capitolo dedicato alla dottrina tedesca ed agganciandosi, come l'ultima esaminata, alla ricostruzione permissiva di Wagner (*infra*, alle note seguenti) che, rispetto a tali aperte conclusioni, «in più occasioni è dato riscontrare una logica giuridica diversa dalla

da tempo generalmente elaborati ⁽⁶³⁾, sebbene discussi e non di rado ritenuti critici ⁽⁶⁴⁾. Nell'esaminarli, con riguardo all'incisione che sul processo può recare la indisponibilità della materia sostanziale, la dottrina in rassegna (descrivendo lo stato dell'epoca del diritto processuale tedesco) si discosta (solo parzialmente), invero, da quanto noi abbiām voluto ritenere: nel punto in cui motiva i poteri officiosi

nostra, soprattutto in relazione all'esigenza, sentita forse più in Italia, di tenere ben distinti il piano dei mezzi di prova da quello della determinazione del *thema probandum*. Differente posizione poteva apprezzarsi in G. DE STEFANO, *loc. cit.* e *passim*. Peraltro, non consta – né nello studio della prima autrice né in quello del secondo –, analitico isolamento degli accordi additivi di mezzi istruttori, come è quello di specie, non sempre distinti da quelli modificativi della ammissione di prove, in positivo (ammettendo mezzi non ammessi, es. 'atipici'), o in negativo (rifiutando certi mezzi con preferenza per altri). Nello studio di questa prima autrice, v. infatti, poco prima, *Il regime convenzionale*, cit., 54, quando riporta la opinione di Gerhard Wagner presentando all'apparenza come generali limiti, ed anzi addirittura riferiti agli accordi «di limitazione dei mezzi di prova», quelli che attengono per converso ai soli accordi additivi («è individuato un ulteriore limite agli accordi di limitazione dei mezzi di prova nel fatto che, come è possibile escludere mezzi di prova per economia processuale o per ridurre i costi dell'istruttoria, così viceversa non possono le parti prevedere un'assunzione di prova non necessaria o troppo costosa»).

⁽⁶³⁾ G. WAGNER, *Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, 1998, 686-7, parte dal presupposto di non potersi contendere la generale ammissibilità di accordi sulla prova ad opera delle parti («*Mit der heute herrschenden Meinung ist die Zulässigkeit von Beweismittelverträgen somit grundsätzlich zu bejahen*»: con riff. conformi in nota 384), «*wenn es ihnen freisteht, noch während des Prozesses über das streitbefangene materielle Recht zu disponieren und Fort- sowie Ausgang des Prozesses gänzlich ihrer Kontrolle unterstehen*» (ovvero al confronto con la libertà delle parti, anche durante il processo, di disporre del diritto materiale in causa, come pure del corso e dell'esito del processo). L'indagine è dunque svolta richiamando taluni accordi ammessi (stando alle aperture ricavabili dalla legge di gran lunga inferiori, peraltro, sia per numero sia per rilevanza, rispetto a quelli esplicitamente contemplati nel sistema italiano): quale l'accordo sulla scelta del perito (§ 404 ZPO); il diritto delle parti di rinunciare ai mezzi di prova, e in particolare alla prova per testi (§ 399 ZPO, che, al confronto con il succitato art. 245 c.p.c., non riserva alcun ruolo al giudice); od ancora, per via di prassi, gli accordi per l'utilizzo di prove raccolte in differenti procedimenti, civili o penali («*Beweisaufnahmen aus anderen Verfahren, wie etwa Strafverhandlungen oder parallelen Zivilprozessen*»).

⁽⁶⁴⁾ G. WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., 687.

del giudice nel processo familiare come riflesso (parziale però, precisa l'a.), della indisponibilità di situazioni facenti capo ai privati in tale ambito e di qui come limite all'accordo ⁽⁶⁵⁾. Per altro verso, però, dato atto di poteri officiosi anche nella tutela dichiarativa in generale, per processi in materia patrimoniale, tale medesima dottrina riporta le prevalenti opinioni che confinavano l'accordo probatorio alla sola prova per testi (l'unica del tutto rinunciabile in via autonoma dalle parti, nella ZPO tedesca) ⁽⁶⁶⁾, ma obietta che codesti poteri officiosi non rappresentano un limite alla autonomia dei privati ⁽⁶⁷⁾, e non privano, dunque, le parti del controllo sul processo e in parti-

⁽⁶⁵⁾ *Ibidem loc. cit.*, ove fa l'esempio – citando ed analizzando i poteri di cui alle §§ 612, cpv. 4, 616, 617 e 621, cpv. 1 ZPO, in combinato disposto con l'art. 12 *FamilienGesetz (FGG)* – dell'impegno dei coniugi di omettere prove a sostegno della durata, per legge maggiore di un anno, secondo il § 1566 *BGB* in forza, della separazione al fine della pronuncia sul divorzio, requisito ai soli separati indisponibile.

⁽⁶⁶⁾ Così, per la opinione per cui (stando ai poteri di: ordinare autonomamente e senza richiesta delle parti la presentazione di documenti: §§ 142, 273, cpv. 2, nn. 1, 2 ZPO; ordinare la consulenza tecnica: § 144 ZPO; chiarire i dubbi sulla verità o falsità di un fatto tramite l'audizione delle parti: § 448 ZPO), l'unico mezzo rispetto al quale il giudice necessita di istanza di parte è la testimonianza (§ 273, cpv. 2 n. 4 e § 373 ZPO), donde la diffusa teoria, che A. Wach avversa, secondo cui le parti possono escludere la raccolta della testimonianza attraverso contratto, mentre analogo accordo sarebbe inammissibile per tutti gli altri mezzi (cita in tal senso, ad es., G. BAUMGÄRTEL, *Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß*, Köln, 1972, 254 ss.).

⁽⁶⁷⁾ G. WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., 689, ove rimarca che codesti poteri officiosi servirebbero invece a «risparmiare al tribunale l'attesa di una richiesta di prova da parte delle parti, favorendo così una rapida conclusione del contenzioso» («(...) *wollen es dem Gericht ersparen, auf entsprechende Beweisanträge der Parteien warten zu müssen, dienen also der zügigen Erledigung des Rechtsstreits*»). V. ancora G. WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., 690, dichiarando di voler interpretare estensivamente aperture quale quella già citata sulla nomina congiunta del perito, ne conclude che «[u]mgekehrt spricht sowohl die Herrschaft der Parteien über das materielle Recht und den Fortgang des Prozesses als auch ihr anerkennenswertes Interesse an einem». In italiano, la conclusione è grosso modo che «(...) la sovranità delle parti sul diritto materiale e sull'andamento del processo, nonché il loro legittimo interesse a un procedimento economico ed efficiente, giustifica l'ammissione di contratti probatori anche per gli altri mezzi di prova».

colare sulla fase della raccolta delle prove ⁽⁶⁸⁾. Di qui, ostacoli agli accordi in questione non ravvede – avvalendosi di esempi risalenti a Adolf Wach ⁽⁶⁹⁾ –, in caso di congiunte rinunce, neppure a fronte dei poteri officiosi in richiamo, ponendo a sostegno dell'affermazione il risparmio di costi del processo e la sua maggior speditezza.

Diversamente, proprio per gli accordi 'additivi' che ora ci interessano, Wagner identifica in taluni principi generali del processo limiti che, se pur l'a. catalizza per brevità nel «pubblico interesse alla sollecita definizione delle dispute» (*Prozeßbeschleunigung*), nella sostanza riportano a quelli che abbiamo più sopra ritenuto di intravedere: evocando, infatti, il giudizio di necessità e non ridondanza del mezzo concordato, rimesso in esclusiva, anche lì come riteniamo da noi, alla prerogativa (situazione) del giudice ⁽⁷⁰⁾.

Tutto quanto sopra, forti della conferma sul piano del diritto comparato, risolve l'atto della nomina nel suo rapporto con il presupposto dell'accordo: in coerenza finalmente con l'idea – questa sì valida per questo esperto come pure per il consulente tecnico – che, presa da sola, essa sia atto di esercizio della funzione giurisdizionale, su cui le parti possono senza dubbio incidere, ma con il giusto limite, che, si è visto, alla funzione va riservato.

⁽⁶⁸⁾ *Ibidem*.

⁽⁶⁹⁾ G. WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., 690, fa l'esempio a suo tempo svolto da A. Wach, del giudice che, in una lite sulla qualità di una fornitura di vino, voglia ordinare una degustazione d'ufficio («*Was würden wir sagen, wenn bei einem Streit über die Probemässigkeit einer Weinlieferung der Richter sich einfallen liesse, die Weinprobe ex officio zu veranstalten (...)?*»). Di qui, ritiene che i contratti probatori dovrebbero essere ammessi, contrariamente all'opinione prevalente, anche nell'ambito di applicazione dei §§ 142, 144, 448, 273, cpv. 2, ZPO, esemplificando il caso in cui le parti vogliano evitare una costosa perizia.

⁽⁷⁰⁾ G. WAGNER, *Prozeßverträge*, loc. cit., dove rileva che l'ammissione di accordi sui mezzi di prova non deve comportare che le parti utilizzino più risorse giudiziarie di quelle loro spettanti secondo le norme processuali e, pertanto, che neanche un accordo può obbligare il tribunale a procedere a raccolte di prove 'non necessarie', che prolungherebbero oltremodo il processo («*Auch durch Vereinbarung kann das Gericht also nicht zu Beweisaufnahmen gezwungen werden, die sonst nicht geboten wären, den Rechtsstreit also über das notwendige Maß hinaus aufblähen würden*»).

2.2. *Favor verso la scelta anche nominativamente concordata.* – Volta che sia deciso l'*an* dell'*appointment*, come testé descritto, quanto alla selezione dell'individuo consulente ⁽⁷¹⁾, invece, l'art. 473 *bis*.26 c.p.c. prosegue a nostro avviso possibilmente ed anzi, interpretando la norma, regolarmente, affidandola alle parti, e solo residualmente al giudice.

Codesta nomina di per sé, viepiù basata su un modello condiviso quale presupposto, deve infatti rilasciar ampio spazio alla scelta concorde degli interessati: come si è da tempo esposto per il c.t.u., diversamente dalla disposizione (e dunque dalla valutazione di necessità del *tool*, che pure sopra abbiamo in via tendenziale riservato, a dispetto del nucleo dell'accordo, al giudice), anche la specifica selezione di questo o quell'esperto non è altrettanto scelta costituente esercizio della funzione giurisdizionale, ma invece attività sostanzialmente di amministrazione ⁽⁷²⁾.

Nel nostro caso, di più: la scelta delle parti va non solo permessa ma finanche favorita, per il particolare impatto su situazioni sostanziali personalissime che la nomina realizza, trattandosi di esperto contrattualmente obbligato a intervenire sul 'nucleo familiare'.

⁽⁷¹⁾ Peraltro, in chiave moderna non va escluso in futuro che, predisposte le norme attuative del caso, le dovute cautele sul piano deontologico, ecc., la nomina finanche possa indirizzarsi ad un ente, persona giuridica, società tra professionisti, associazione, ecc.

⁽⁷²⁾ In dottrina, in via del tutto precorritrice, si è da tempo giustificata la proposta di accordo sulla designazione del c.t.u., in assenza di norme nel c.p.c., in applicazione dell'art. 11 l. n. 241 del 1990, con solide argomentazioni volte ad esporre come l'elezione non costituisca atto di esercizio della funzione giurisdizionale, bensì atto amministrativo processuale: v. F. AULETTA, sin da *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova, 2022, 381 ss. Si è visto alle note precedenti come l'apertura verso l'accordo della dottrina tedesca abbia tratto fondamento anche da quelle scarse possibilità espresse dalla legislazione, tra cui esattamente la nomina congiunta dell'esperto da tempo permessa in § 404 ZPO: a comprova, se si considerano questa (la natura dell'atto designativo) e quello (lo stato dell'arte in Germania) di una inclinazione del sistema positivo italiano all'accordo ben superiore comparativamente anche rispetto a sistemi in cui codesta tecnica, con ben inferiori agganci positivi, ha da tempo ottenuto riconoscimento.

Altre volte questo modulo elettivo, che riteniamo preferito intorno alla designazione, potrà finanche allentare il rigore delle forme (in punto di contestazione dell'esperto, come è per la ricusazione del c.t.u., ecc.). Qui probabilmente – per quanto diremo più avanti sull'inquadramento dei suoi compiti – l'effetto si arresta alla scelta, ma non per questo l'indicazione non è utile al fine di spiegare, una volta in più, la via legislativa preferita.

A rafforzativo, se ne deve anche ricavare che l'apertura offerta dalla norma sulla designazione, là dove consente la nomina fuori albo sol che le parti siano d'accordo, conferma il senso di rimettere di preferenza la selezione a queste ultime (che pur potrebbero tornare a concordare di affidare al giudice la designazione): le parti, pertanto, ben dovrebbero potersi accordare finanche sullo specifico nominativo ⁽⁷³⁾, fuori o dentro l'albo come consente la norma, vincolando il giudice su di esso. Il giudice, da par suo, non potrà mai qui opporre ragioni ostative, poiché ciò avverrebbe al di fuori del proprio assetto, tecnicamente inteso, di poteri-doveri ⁽⁷⁴⁾.

Quanto alla richiesta congiunta *in incertam personam* perché le parti non vogliano o non possano selezionare il nominativo, la norma eleva a limite alla scelta del giudice, e al contempo garanzia in favore delle prime, la necessità di attingere dall'albo di riferimento, al più potendosi discutere a riguardo dell'aspetto della specifica preparazione che il coordinatore, se in parte o in tutto diversa dagli esperti di nuova recente valorizzazione (v. *sub* art. 473 *bis*.25 c.p.c.), dovrebbe possedere.

Del tutto desiderabile, nella stessa ottica sopra rassegnata, di una buona dose di contraddittorio 'procedimentale', per quanto non imposto dalla norma: sarebbe finanche che il giudice, richiesto generi-

⁽⁷³⁾ Dubbiamente, V. MAZZOTTA, *Sub art. 473 bis.26*, cit., 218.

⁽⁷⁴⁾ Talché, anche il caso limite di pur giustificati timori di incompatibilità o più semplicemente inopportunità 'ambientali' (es. coppia di psicologi operanti nella stessa città del foro, ma che pur vogliano nominare estraendo dall'albo di riferimento), dovrebbe recedere e rimanere superato dalla concorde designazione degli interessati.

camente della nomina ed ove intenda disporla, sottoponga agli interessati una lista di nominativi tra cui scegliere ⁽⁷⁵⁾.

3. *Parti del contratto e dell'accordo. Profili di funzionamento del contratto nel processo.* – Si è addivenuti alla nomina e alla designazione del consulente. Prima di tornare allo svolgimento degli interventi, su cui molto potrà aggiungere la prassi applicativa dell'istituto, aggiungiamo ancora che: la doppia dimensione di conformità a diritto (modulo concordato retto dalla legge del processo e, contemporaneamente, contratto tra l'esperto e la famiglia), non si accontenta del fondamento consensuale che accomuna l'una, processuale e l'altra, sostanziale ⁽⁷⁶⁾, ma è destinata a riemergere separatamente, per risolvere specifici quesiti pratici che possono presentarsi.

Primo quesito: circa le parti di tale accordo e del contratto, che, nella materia familiare sono senz'altro i due membri della coppia che hanno fatto concorde richiesta, il rappresentante sostanziale del minore eventualmente nominato e segnatamente, pare oggi sostenibile, il curatore speciale di quest'ultimo *ex art. 473 bis.8 c.p.c.*: se sarà confermata la necessità, che si fa decisamente largo, che il minore sia parte non solo sostanziale ma anche processuale dei giudizi in esame, inclusi quelli sulla crisi familiare ogni qualvolta vengano direttamente in rilievo suoi diritti ⁽⁷⁷⁾. Diversamente ragionando, esclu-

⁽⁷⁵⁾ Lo ammette V. MAZZOTTA, *Sub art. 473 bis.26*, cit., 218.

⁽⁷⁶⁾ Per D. D'ADAMO, *La coordinazione*, cit., par. 3, con risvolto invero solo narrativo, l'istituto sarebbe «*certamente uno strumento processuale*», poiché «l'inquadramento nella categoria dell'ausiliario dell'esperto mette il professionista a servizio del giudice e conferisce a costui [non è chiarito a quale scopo] valenza pubblica»; poi però si dice conservata «all'istituto la valenza, già attribuita nelle citate Linee guida, nonché da parte della giurisprudenza domestica, di metodo di risoluzione alternativo delle controversie o, *rectius*, di metodo complementare», con il risultato di «uno strumento ibrido che opera sotto l'egida del giudice, ma nella cornice del consenso delle parti».

⁽⁷⁷⁾ In arg., circa la riforma, v. R. DONZELLI, *Prime riflessioni sul minore come parte del processo alla luce della riforma del processo civile*, <www.judicium.it>, 31.01.2022, che cita tra l'altro Cass., 16 dicembre 2021, n. 40490, per l'affermazione

dendo la qualità di parte del minore e così del curatore speciale comunque nominato, la visione offerta da quest'ultimo dovrà almeno costituire necessario ausilio per la valutazione giudiziale, nei limiti in cui l'abbiamo ammessa in termini di necessità e non superfluità del mezzo, di accogliere o meno la richiesta congiunta.

Secondo quesito: ribadito che serve qui un contratto con l'esperto coordinatore affinché attui gli interventi, e che tale contratto è da farsi in forma scritta per vari tra i suoi contenuti, il rapporto di diritto sostanziale riemerge con nettezza se alla richiesta nomina si sia dato seguito nell'ordinanza, se si concentra l'attenzione sul successivo corso, del processo e del contratto, anzitutto indagandone il regime di revocabilità.

Con riferimento all'iniziativa del giudice: per la sua situazione rileva solo il processo, sicché la revoca dell'ordinanza, per le stesse ragioni esposte in precedenza, non può essergli liberamente rimessa come è invece d'uso sostenere (forse neppure lì del tutto a ragione) per l'ausiliario di cui all'art. 68 c.p.c. ⁽⁷⁸⁾. Al giudice sarà concesso soltanto di ritenere la sopravvenuta superfluità del mezzo prima disposto, permanendo identico il limite dell'accordo additivo che abbiamo poc'anzi enucleato. Così facendo, d'altronde, il giudice non avrà determinato eccessiva incisione nella sfera dei privati, sempre liberi di proseguire al di fuori del processo il rapporto con l'esperto.

In nessun caso, per consonanti ragioni, il giudice potrà 'cassare' sua sponde e nemmeno se richiesto il contratto decretandone ad es.

che «il denominatore comune di tutte le situazioni in cui si pone il problema della nomina di un curatore speciale (in funzione sostitutiva dei genitori) è costituito dal presupposto che il minore sia 'parte' del processo»; D. D'ADAMO, *Il curatore speciale del minore alla luce della riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 1315 ss. Più ampiamente, su tali specifici aspetti, B. POLISENO, *Profili di tutela del minore nel processo civile*, Napoli, 2017, spec. 105 ss.; nonché G. RUFFINI, *Il processo civile di famiglia e le parti: la posizione del minore*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, 1257 ss., spec. 1258-9.

⁽⁷⁸⁾ V. ancora C. M. DE MARINI, *Ausiliari*, cit., par. 4: «il giudice può sempre, d'ufficio o su istanza delle parti, qualora lo ritenga necessario, revocare la nomina dell'ausiliare, sostituendolo eventualmente con altro».

la risoluzione sul piano sostanziale, come si è addirittura sostenuto per 'inadempimento' dell'esperto ⁽⁷⁹⁾: un simile giudizio nel giudizio non è a darsi in assenza di indicazioni normative e sarebbe a dir poco ultroneo rispetto a quello che solo al giudice può competere. Il giudice si limiterà a revocare la nomina e al più, a seconda di quanto potremo concludere intorno allo statuto dell'esperto ⁽⁸⁰⁾, potrà – se convincentemente riconosciutone questo potere di *oversight* – tener conto degli accaduti sul piano disciplinare ⁽⁸¹⁾ o nella determinazione del compenso.

Nulla di complicato si prospetta nel caso in cui alla nomina con ordinanza concordata faccia seguito il *contrarius actus* che è la concorde volontà di revoca per stessa previsione dell'art. 177 c.p.c.: di cui il giudice deve prendere atto, senza poter imporre la prosecuzione, né più e né meno di come non poteva imporre la nomina, per la stessa base alla lettera assentita dell'istituto. Non sarà comunque precluso al giudice tener conto del contegno concorde così assunto e ancora, d'altra parte, la dualità contratto-processo non vieta pure qui alle parti, se lo vogliono, di proseguire solo 'privatamente' quel rapporto. Riprendendo quanto dicevamo: resta indifferente al processo che le parti abbiano voluto cessare il contratto e quindi revocare la ordinanza concordata, ad es., per inadempimento dell'e-

⁽⁷⁹⁾ *Contra* D. D'ADAMO, *La coordinazione*, cit., par. 3, per cui il giudice possiede nei confronti del professionista i poteri tipici di direzione e controllo previsti dal codice di rito e, «[i]n analogia con quanto previsto dall'art. 196 c.p.c., con riguardo al consulente tecnico e dall'art. 66 c.p.c., nei confronti del custode, il giudice ha sempre facoltà di disporre la sostituzione dell'esperto; ciò avverrà nei casi di inadempimento dell'incarico». Poco più avanti, *loc. cit.*, si afferma invero non chiaramente che «[i]l giudice potrà, inoltre, sempre previo assenso delle parti, sostituire l'esperto con altro professionista».

⁽⁸⁰⁾ A riguardo v. successivo paragrafo 4.

⁽⁸¹⁾ Cfr., per l'esperto iscritto in albi, artt. 19 ss. disp. att. c.p.c. e, trascrivendo dal primo: «[l]a vigilanza sui consulenti tecnici è esercitata dal presidente del tribunale, il quale, d'ufficio o su istanza del procuratore della Repubblica o del presidente dell'associazione professionale, può promuovere procedimento disciplinare contro i consulenti che non hanno tenuto una condotta morale specchiata o non hanno ottemperato agli obblighi derivanti dagli incarichi ricevuti».

sperto: a seconda di vari fattori, incluse le modalità di nomina, se fatta attingendo dagli albi, ecc., potrebbero scattare conseguenze sul diverso piano disciplinare, del compenso, ecc. ⁽⁸²⁾.

Del pari risolvibile è il caso del recesso o comunque della cessazione altrimenti causata del contratto a iniziativa dell'esperto: che assumerà rilievo sul piano civilistico, ed eventualmente su quelli ulteriori (disciplinare/del compenso) con gli stessi *caveat* appena sollevati; con riferimento al processo rimetterà parti, prime e giudice, secondo, nella situazione precedente.

Altro è dire dell'uso del materiale formato da questo esperto poi revocato, *tout court* o solo nell'ambiente del processo, ai fini del decidere ⁽⁸³⁾.

È prima di tutto il formante sostanziale – che giustifica a monte, come visto, la nomina necessariamente concordata – a giustificare infine la peculiare soluzione da prospettarsi nel caso in cui a venir meno in tempo successivo sia la volontà di una sola delle parti del contratto e dell'accordo. Deve infatti tenersi per ferma l'esigenza che l'intervento sul nucleo, se non volontario, resti non altrimenti 'coercibile', quale limite financo alla libertà ⁽⁸⁴⁾: come il giudice non può imporlo alle parti, neppure l'una parte potrebbe disporre dell'altra. Per riportare a coerenza l'art. 473 *bis*.26 c.p.c. con l'art. 177, 3° comma, n. 1, c.p.c., si dà quindi una deroga al generale regime di revocabilità delle ordinanze concordate, per solito solo dietro accordo congiunto, mentre qui anche per richiesta di una sola delle parti ⁽⁸⁵⁾.

⁽⁸²⁾ Sul punto v. successivo paragrafo 4.

⁽⁸³⁾ V. ancora paragrafo 4.

⁽⁸⁴⁾ Rilevano plurime norme della Costituzione: variamente qui, e senza approfondire: artt. 13, 14, 15 Cost. ma anche, come si vede, soprattutto, art. 29 Cost. specialmente comma secondo e, ancora, art. 32 Cost.). Nella l. ordinaria, ex art. 1 l. n. 219 del 2017, «nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge». Cfr. anche, in ambito processuale, l'art. 260 c.p.c., in combinato con il ridetto art. 13 Cost., ecc.

⁽⁸⁵⁾ Ritene la revoca unilaterale del consenso sufficiente anche A. FIGONE, *La fase istruttoria*, cit., 101, che pure condivisibilmente rammenta che, semmai, una

Volendo argomentarlo con giustificazioni oggettive, verrebbe qui meno l'essenziale, che è in questo contratto la collaborazione di tutte le parti coinvolte. Se ne dovrà prender atto revocando la nomina, fermo che in punto di condotta della parte, questa come ogni altra, rilevante per il processo, il giudice potrà sempre tener conto.

Sugli ulteriori aspetti procedurali: si è già accennato che la norma non indica in quale fase potrebbe effettuarsi la nomina, con il che anche tale (presunta) lacuna avrebbe dato luogo a malcontento⁽⁸⁶⁾. Trattasi a nostro avviso di richiesta che potrà condividersi, ove il giudice ne condivida la non superfluità, sin dagli atti introduttivi, per tutto il corso della trattazione e come chiaro prima che la causa sia rimessa in decisione; dovrebbe ritenersi ammissibile in casi dati, pur nel silenzio delle norme, anche nel corso del giudizio di appello, come è del resto per la consulenza tecnica⁽⁸⁷⁾ e vista la vocazione al contempo 'conciliativa' dell'istituto.

La norma si limita a prevedere poco di più circa l'incarico conferito: nei punti in cui richiede (secondo comma) che il giudice individui le attività demandate all'ausiliario nonché fissi termini anche periodici per il deposito di relazioni su quanto fatto (con termine per note scritte delle parti): cautele sufficienti per aver già noi, auspicabilmente, risolto prima alcuni dubbi sull'istituto⁽⁸⁸⁾, mentre su altri torneremo conclusivamente. Al terzo comma, là dove attribuisce al

revoca strumentale o ingiustificata di una o tutte le parti è circostanza di cui il giudice potrà tener conto al momento della decisione.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. D. D'ADAMO, *La coordinazione*, cit., par. 3, che rammenta come la Relazione illustrativa precisi che il potere del giudice di nominare l'esperto deve essere riconosciuto anche in corso di causa e ritiene da par suo che alla nomina dell'ausiliario si possa procedere almeno dopo l'emanazione dei provvedimenti temporanei e la definizione del piano genitoriale sulla cui corretta esecuzione l'esperto deve vigilare.

⁽⁸⁷⁾ Per A. FIGONE, *La fase istruttoria*, cit., 100-1, la nomina può farsi già nella fase destinata alla pronuncia dei provvedimenti provvisori ed urgenti, per tutto il giudizio di primo grado «fino alla sentenza», nonché in appello.

⁽⁸⁸⁾ V. B. M. LANZA, *Il coordinatore*, cit., 150, per la critica alle relazioni richieste dalla norma, insufficienti e prove «ben lontane dagli obiettivi che il coordinatore genitoriale dovrebbe raggiungere».

giudice il potere-dovere di assumere i provvedimenti opportuni ove sorgano questioni sui poteri e i limiti dell'incarico conferito ⁽⁸⁹⁾.

Non vengono disciplinate ulteriori linee del procedimento, rimesse all'ordinamento sostanziale, anche dando spazio allo sviluppo di buone prassi, protocolli locali e nazionali, ecc. ⁽⁹⁰⁾.

A processo definito (revocata espressamente o tacitamente l'ordinanza), come già prima della riforma, alla esecuzione del contratto ⁽⁹¹⁾ si darà seguito nel solo ambiente contrattuale che vi si attaglia; eventualmente, con interventi del giudice tutelare *ex art.* 337 c.c. ⁽⁹²⁾.

La definizione in ordinanza delle attività demandate e il ruolo di chiarimento attribuito al giudice circa i limiti dell'incarico costituiscono previsioni di tutela in favore delle parti: per il controllo dell'operato dell'esperto, altrimenti lasciato al livello individuale.

Quanto al primo aspetto, andrebbe riposto in primo piano l'elemento del consenso:

a) per negare che il giudice operi quale terzo *ex lege* designato di determinare per intero la prestazione dovutavi: le parti dovrebbero loro stesse identificare un oggetto nella richiesta congiunta, od anche, cogliendo le critiche avanzate alla norma che non lo chiarisce, nel piano genitoriale necessario nei processi sulla crisi familiare ⁽⁹³⁾;

⁽⁸⁹⁾ Secondo D. D'ADAMO, *La coordinazione*, cit., par. 3, si configura una proceduralizzazione delle attività, sullo schema della c.t.u., da cui l'istituto diverge, non essendo qui prevista la nomina di consulenti di parte.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. la *Relazione del Massimario*, cit., 122, in forma ipotetica.

⁽⁹¹⁾ Secondo V. MAZZOTTA, *Sub art. 473 bis.26*, cit., 215-6, in caso di dissenso nell'interesse dei minori, come ammesso da una certa giurisprudenza (riff. note 10-12), il coordinatore potrebbe indicare soluzioni che, in caso di violazione, la parte non inadempiente sarebbe autorizzata a chiedere di attuare coattivamente al giudice.

⁽⁹²⁾ D. D'ADAMO, *La coordinazione*, cit., par. 4. Per B. M. LANZA, *Il coordinatore*, cit., 151, pur sostanzialmente concorde sul punto, per demandare l'attività di controllo al g.t. dovrebbe «forzarsi» la lettura del secondo comma dell'art. 473 *bis.26* c.p.c.

⁽⁹³⁾ Rileva B. M. LANZA, *Il coordinatore*, cit., 147, che, nella prassi che ne ha motivato l'introduzione, la figura era sempre discesa dalla previa indicazione

b) per affermare che la ordinanza di nomina, fissando le attività, dovrebbe auspicabilmente risultare pure sul punto concordata, per non sfuggire dall'unico regime finora preso a riferimento: è (interesse e) dovere del giudice, lo prevede la norma, ingerirsi nell'oggetto dell'incarico, è ancor più diritto delle parti del contratto assentire su questo.

Quanto al secondo aspetto, dell'*oversight* giudiziale successivo in caso di contestazioni, e per la richiesta di relazioni periodiche dell'esperto, si nota una attrazione del contratto al processo, ma ciò riconduce al compito di elaborare compiutamente e conclusivamente sull'inquadramento dell'esperto, per soppesarne la riconduzione entro l'alveo generico dell'art. 68 c.p.c.

Per farlo, il campo è conteso tra:

a) coloro i quali negano che l'esperto/coordinatore possa svolgere anche valutazioni, dovendo solo attuare interventi: lo confermerebbe secondo costoro⁽⁹⁴⁾ il primo comma dell'art. 473 bis.26 c.p.c. e così deporrebbe *apertis verbis* la Relazione illustrativa al d.lgs. n. 149 del 2022. La conclusione, però, reca con sé conseguenze di non poco momento che per altri aumentano, invece che attenuare, le criticità;

all'interno di un piano genitoriale, fonte anch'essa contrattuale, non averlo precisato costituirebbe un limite della riforma; comunque, in combinato disposto con l'art. 473 bis.50 c.p.c., dovrebbe (come ovvio) ammettersi la richiesta all'interno del piano. Sul punto, v. anche V. MAZZOTTA, Sub art. 473 bis.26, cit., 220, per cui la lacuna servirebbe, ancora, a confermare che l'esperto in questione non è il coordinatore genitoriale.

⁽⁹⁴⁾ Così D. D'ADAMO, *La coordinazione*, cit., par. 3, per cui il coordinatore non potrà compiere direttamente interventi terapeutici di natura psicologica, né il giudice può disporre in tal senso, l'attività dell'ausiliare non ha la natura valutativa della c.t.u., bensì si concretizza in interventi di sostegno finalizzati a risolvere situazioni in cui le relazioni genitori-figli risultino compromesse, o specifiche difficoltà dei genitori nell'esercizio della responsabilità genitoriale. Conf. G. ALEMANNO, Sub art. 473 bis.26, cit., 825 ss. Diff. B.M. LANZA, *Il coordinatore*, cit., 152, laddove ritiene impossibile promuovere interventi a sostegno della genitorialità senza aver prima indagato sulle cause dei problemi e sulla capacità genitoriale.

b) questi altri, al contrario, lamentano che gli interventi sul nucleo e sulla coppia possono essere attuati solo previa valutazione da parte dell'ausiliare, talché ritenere che l'esperto debba ridursi a mero esecutore causerebbe l'inefficiente conseguenza di implicare che altri, un c.t.u. prima nominato, abbia svolto le valutazioni sulla cui base l'esperto andrebbe dopo ad operare ⁽⁹⁵⁾: sarebbe quindi preferibile, in tal senso, un ruolo più esteso, includente anche margini valutativi.

Dall'una o l'altra tesi si direbbero discendere conseguenze ben diverse e antitetiche.

4. *Proposta intorno all'inquadramento dell'esperto: di là della riconduzione agli «altri ausiliari», privato prestatore d'opera, con qualche dose di munus publicum.* – Nel caso *sub a)*: l'esperto non sarebbe chiamato a prestare giuramento ⁽⁹⁶⁾, con il che dovrebbe dubitarsi del rispettivo statuto di responsabilità sul piano penale ⁽⁹⁷⁾ escluden-

⁽⁹⁵⁾ Una tra le varie critiche mosse da ID., *Il coordinatore*, cit., 143, consiste in ciò che, la norma non sarebbe conforme alle prassi dei tribunali in cui la nomina, pur in presenza dell'accordo tra le parti, era in genere il frutto di un percorso valutativo già compiuto da un c.t.u. o dai servizi socio-sanitari, ed interveniva sulla base di «un articolato piano genitoriale» che costituiva la «fonte contrattuale del suo potere d'azione; il tutto ratificato dall'autorità giudiziaria»; cfr. anche per citazioni alla giurisprudenza che riteneva il coordinatore, pertanto, figura estranea al processo e non riconducibile all'art. 68 c.p.c.

⁽⁹⁶⁾ ID., *Il coordinatore*, cit., 142 ss., per l'insistito rilievo che il legislatore, vuoi nei lavori *ante* riforma vuoi nel testo, mai abbia usato la espressione coordinazione genitoriale; per questa autrice, data la riconduzione entro l'art. 68 c.p.c., l'ausiliare non dovrebbe giurare. *Contra* G. ALEMANNI, *Sub art. 473 bis.26*, cit., 825-827, secondo cui si tratta di un ausiliare «innominato» e il giuramento dovrebbe aver luogo.

⁽⁹⁷⁾ V. C.M. DE MARINI, *Ausiliari*, cit., par. 4, per cui da un canto «l'ausiliare compie la sua attività sotto il controllo e la vigilanza dell'organo che ha effettuato la nomina, esercitando gli eventuali poteri all'uopo conferitigli»; dall'altro «nel compimento dell'attività l'ausiliare può incorrere in responsabilità civile e penale. La responsabilità civile si verifica nei confronti delle parti danneggiate dal fatto doloso

do che possano trovare applicazione le norme incriminatrici tipiche dei periti (artt. 366 e 373 c.p.); la sua responsabilità civile resterebbe regolata dalle norme di cui al c.c. e non al c.p.c.; dubbi si agiterebbero sull'utilizzo nel processo delle relazioni che la norma espressamente gli richiede di presentare al giudice, il che neppure ammetterebbe, per certe allarmate opinioni, la nomina di esperti di parte a difesa ⁽⁹⁸⁾.

Nel caso *sub b*), l'ausiliare, come per principio si direbbe per ogni altro (non solo per il consulente tecnico; ma v. *infra*), siccome deputato a compiere anche valutazioni, dovrebbe prestare giuramento ⁽⁹⁹⁾, assumerebbe lo statuto di responsabilità civile e penale proprio dei periti e finanche i loro modi e protocolli di operato (art. 473 *bis*.25 c.p.c. ⁽¹⁰⁰⁾); le sue relazioni potrebbero essere utilizzate ai fini del decidere negli stessi termini in cui accade per gli elaborati dei consulenti, con conseguente diritto delle parti, in applicazione analogica dell'art. 201 c.p.c., di farsi assistere da loro periti. Solo in questo caso, dandosi per assorbente l'inquadramento quale ausiliario del giudice, il compenso dell'esperto nominato giudizialmente sarebbe determinato ai sensi degli artt. 52-53 c.p.c. nonché del d.p.r. n. 115

o colposo dell'ausiliare. Si deve ritenere che gli ausiliari incaricati di fornire elementi di valutazione al giudice rispondano solo per colpa grave (art. 64 c.p.c.)».

⁽⁹⁸⁾ B.M. LANZA, *Il coordinatore*, cit., 149, ove il rilievo che la neo-introdotta figura sarebbe «una specie di consulente tecnico», autorizzato però a fare quello che né il consulente tecnico né i servizi sociali possono fare.

⁽⁹⁹⁾ V. ancora C. M. DE MARINI, *Ausiliari*, cit., par. 4, ove ricorda come tutti gli ausiliari che compiono un'attività valutativa, o che comunque forniscono al giudice elementi di valutazione, devono prestare il prescritto giuramento. Diversamente, con distinzione aprioristicamente tracciata, N. GIUDICEANDREA, voce *Consulente tecnico (dir. proc. civ.)*, *Enc. dir.*, vol. IX, Roma, 1961, par 1, per cui «[i]l consulente è d'ausilio per il giudice, nei riguardi dell'attività intellettuale che questi deve svolgere per l'accertamento e la valutazione dei fatti; come tale si distingue dall'esperto, inteso quale ausiliare del giudice (... art. 68 c.p.c.), che svolge, invece, una attività operativa, cioè, compie atti che il giudice 'non è in grado di compiere da solo'».

⁽¹⁰⁰⁾ Superando le perplessità avanzate da B.M. LANZA, *Il coordinatore*, cit., 152, laddove ritiene che a questo esperto non sia richiesto di far richiamo a metodologie e protocolli riconosciuti.

del 2002 ⁽¹⁰¹⁾, mentre è finanche banale rammentare che, là dove la nomina non sia stata formalizzata nel processo, questo segmento del rapporto resterà regolato sul piano privatistico.

Partendo da quest'ultimo aspetto del compenso, confortati dalla Relazione illustrativa al d.lgs. n. 149 del 2022 che tra gli altri sollevava proprio il problema dei costi, lo riteniamo tra i possibili vantaggi della riconduzione dell'esperto nell'alveo degli ausiliari: da un canto, con la determinazione giudiziale – a nostro giudizio esigibile pur se non espressamente richiesta dalla norma – potrà tenersi contenuta la misura, considerato che le parti molte volte potrebbero non essere in condizione d'affrontare un simile intervento; d'altro canto, a maggior ragione, l'alveo prescelto potrebbe pure consentire, oggi *ex art.* 131, 4° comma, d.p.r. n. 115 cit., come modificato dal d.lgs. n. 164 del 2024 a seguito della pronuncia della Corte Costituzionale n. 217 del 2019, l'accesso al patrocinio a spese dello Stato per i medesimi esborsi.

Altra precisazione è poi che: quando si tratti di esperto nominativamente identificato dal giudice attingendo ad albi, è discutibile che a questo, quando richiesto di operare quale coordinatore e non c.t.u., pur sempre non si consenta di «rifiutare di prestare la relativa attività, avendo manifestato, con l'iscrizione all'albo, un consenso preventivo alla nomina» ⁽¹⁰²⁾; al contempo, dubitiamo pure che gli si possa attribuire la qualifica di pubblico ufficiale, sol che si consideri l'attività sostanzialmente espletata ⁽¹⁰³⁾.

⁽¹⁰¹⁾ D. D'ADAMO, *La coordinazione*, cit., par. 5.

⁽¹⁰²⁾ Cfr. Corte cost. n. 136 del 2016, relativamente al c.t.u.: «in base all'art. 63 del codice di procedura civile, il consulente tecnico – individuato tra coloro che, per propria scelta, si sono iscritti nel relativo albo – ha l'obbligo di prestare il suo ufficio, tranne che ricorra un giusto motivo di astensione, e non può rifiutare di eseguire gli incarichi ricevuti, avendo prestato con quella iscrizione un assenso preventivo alla nomina».

⁽¹⁰³⁾ Risulta prevalente l'attenzione al criterio dell'attività sostanzialmente svolta, per ritenere la qualifica di pubblico ufficiale di rilievo a fini penalistici, senza importanza data alla nomina giudiziale: v. Cass. pen., 28 marzo 2017, n. 15482; Cass. pen., 4 novembre 2008, n. 46310; Cass. pen., 1° marzo 2011, n. 23211; Cass. pen., 10

Tolto ciò, vanno a nostro avviso interpretati restrittivamente i presunti ulteriori effetti pubblicistici della riconduzione nell'art. 68 c.p.c.: anzitutto perché, testualmente, all'esperto non sono delegati atti di ausilio o finanche di spettanza della funzione giurisdizionale, né atti materiali come quelli cui allude lo stesso articolo sugli «altri ausiliari». È fin troppo chiaro che solo indirettamente – con i propri ‘interventi’ sul nucleo e a suo esclusivo beneficio, nell'esclusivo interesse degli assistiti ⁽¹⁰⁴⁾ – l'esperto può incidere sugli esiti o sugli sviluppi del giudizio, ma la sua attività, certo da relazionare/rendicontare perché lo richiede la norma, dovrebbe svolgersi a prescindere da esso, a maggior ragione perché la nomina non è officiosa ma su base volontaria, né tantomeno costituisce delega *ex lege*.

Di qui, larga parte delle soluzioni prospettabili riteniamo di ricavare dal diritto civile sostanziale, dovendo tornare a prevalere – dove non previsto diversamente – l'elemento del contratto ⁽¹⁰⁵⁾.

luglio 2007, n. 30976 (quest'ultima sulla configurabilità del peculato del notaio delegato alla vendita).

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr., per un caso assimilabile, Cass., 25 luglio 2013, n. 18080, che si fonda su un precedente consolidato orientamento della stessa S.C., per cui «l'amministratore giudiziario nominato dal Tribunale nel corso del procedimento *ex art.* 2409 c.c. non rientra, al pari dell'ispettore giudiziario previsto dalla stessa norma e dal commissionario *ex art.* 532 c.p.c. tra le figure di ausiliari del giudice (...)», definiti come «qualunque altro soggetto competente, in una determinata arte o professione o comunque idoneo al compimento di atti, che il magistrato o il funzionario addetto all'ufficio può nominare a norma di legge», ritenendo non decisiva l'attribuzione dell'incarico per nomina del giudice, ma anzi prevalente che, «nonostante egli rivesta nell'espletamento del suo incarico l'indubbia ed indiscussa veste di pubblico ufficiale, espleta opera di carattere non meramente esecutivo né affatto valutativa, e non nell'alveo del procedimento ma al di fuori di esso (...) non al fine di coadiuvare il giudice ma nell'esclusivo interesse della stessa società, e con l'obbligo di diligenza richiesta dalla natura del suo ufficio, cui si riconnette logicamente l'obbligo di rendere al Tribunale il conto della sua gestione (...)».

⁽¹⁰⁵⁾ Non privo di rilievo e qui porre in luce che, ad esempio, con riguardo al pur poco applicato istituto della amministrazione giudiziaria *ex artt.* 592 ss. c.p.c., ritenendosi l'amministratore così nominato (per legge tenuto, essenzialmente, al solo rendiconto), autorevole dottrina adoperava, per la ricostruzione ad ogni effetto dello stesso, ora il codice di rito ed ora, più largamente, l'impianto del codice civile

Circa il compenso, posta come sopra l'applicabilità del t.u. sulle spese di giustizia, come avviene per ausiliari ibridi o discutibilmente tali (es. il commissionario di cui all'art. 532 c.p.c., l'amministratore giudiziario *ex art.* 2409 c.c.), aggiungiamo che:

i. da un lato: la liquidazione finale dovrebbe prescindere dall'ordinario criterio della soccombenza, gravando il compenso, salvi diversi accordi od allocazioni dipendenti dal rapporto sostanziale, su tutti i membri della famiglia che dell'intervento si son beneficiati, e, per questo, ammettendo pure che pattuizioni *ad hoc* sulla misura, intervenute tra loro e l'esperto, vadano tenute in conto nella liquidazione giudiziale ⁽¹⁰⁶⁾;

ii. dall'altro lato: il decreto di liquidazione dei compensi dell'esperto, invece che nei modi speciali di cui al t.u. spese di giustizia, andrebbe contestato «esclusivamente col rimedio di carattere generale individuabile nell'opposizione prevista dall'art. 645 c.p.c.» ⁽¹⁰⁷⁾. Detta altrimenti, fondendo quanto al punto i. e al ii., si avrebbe qui una determinazione conforme, e di questa *lex specialis*, all'art. 2233 c.c. ⁽¹⁰⁸⁾.

Abbiamo genericamente ricordato che a questo esperto non sono del tutto precluse valutazioni, che potranno infatti esser contenute nei rendiconti inviati al giudice. Tuttavia, sul punto occorre spiegarsi, non essendo condivisibili i timori espressi circa il loro utilizzo ai fini della decisione.

(in particolare applicando le norme sul deposito: V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, vol. III, Napoli, 1957, spec. 282).

⁽¹⁰⁶⁾ Così, ancora, Cass., 25 luglio 2013, n. 18080, cit.; in precedenza, Cass. n. 27663 del 2011 e n. 9241 del 2012.

⁽¹⁰⁷⁾ Ancora, per l'amministratore giudiziario di cui all'art. 2409 c.c., Cass. n. 18080 del 2013; circa il commissario dell'art. 532 c.p.c., Cass., 14 novembre 1997, n. 11264, per cui questo risponde anche per colpa lieve, non dunque con le limitazioni di cui all'art. 64 c.p.c., previste per il c.t.u. e talvolta estese ad altri ausiliari.

⁽¹⁰⁸⁾ Peraltro, se non diversamente pattuito (od opportunamente previsto, nella ordinanza di nomina od almeno nel contratto), *ex art.* 2234 c.c., «il cliente, salvo diversa pattuizione, deve anticipare al prestatore d'opera le spese occorrenti al compimento dell'opera e corrispondere, secondo gli usi, gli acconti sul compenso».

Rileva che all'esperto, sulla base dell'art. 473 *bis*.26 c.p.c., *ex lege* non possono affidarsi valutazioni necessarie al fine del decidere, ma solo l'attuazione di interventi, che al nucleo, e poi al giudizio, l'esperienza concreta mostra poter giovare. Codesti interventi richiedono una periodica rendicontazione all'a.g. ed è in questo rendiconto che l'esperto esprimerà inevitabilmente valutazioni, ma non dovrebbe compierne di tipo statico, diagnostico, e via dicendo (a questo servirebbe il differente mezzo della c.t.u. psicologica), bensì soltanto rendicontare quanto fatto e, semmai, valutare esiti, risultati, il grado di collaborazione delle parti, e via dicendo. Il giudice, pertanto, non utilizzerà codeste valutazioni alla stregua di quanto fa con elaborati peritali che sfuggono alla scienza giuridica, ma solo al diverso fine di: da un canto, verificare la persistente necessità del mezzo; dall'altro, apprezzare la collaborazione che le parti, che la nomina all'origine richiesero, vi hanno riservato. Le parti, su quel che limitatamente si deduce nei rendiconti, potranno senz'altro esercitare il contraddittorio: con deduzioni tecniche, anche redatte da periti e aventi ingresso nel processo come allegazioni a contenuto difensivo, pur senza formale nomina come nel procedimento per c.t.u. ⁽¹⁰⁹⁾, ma, nondimeno, senza alcun *vulnus* realmente apprezzabile ⁽¹¹⁰⁾. Non va dimenticato che qui l'esperto è stato nominato e prosegue l'intervento per loro volontà, talché sarebbe almeno curioso immaginarlo condotto in chiave 'contenziosa' e alla presenza costante dei periti di fiducia. La ordinanza di nomina (che non a caso abbiamo ritenuto auspicabilmente concordata anche sui termini del mandato) dovrebbe limitare improprie fughe in avanti dell'esperto;

⁽¹⁰⁹⁾ V. B.M. LANZA, *Il coordinatore*, cit., 150 ed ivi richiami in nota anche alla giurisprudenza, nonché V. MAZZOTTA, Sub art. 473 *bis*.26, cit., 219 e nota 16, per cui gli scritti dell'esperto potrebbero essere utilizzati per la decisione come prove atipiche (citando Cass. n. 27348 del 2022), criticando perciò la mancata previsione, per noi come visto superabile, della nomina di esperti di parte.

⁽¹¹⁰⁾ Nota A. TEDOLDI, «Iudex servus peritorum»: *la consulenza tecnica (psicologica) all'alba del terzo millennio*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 1164 ss., spec. par. 6, che, maggiore il grado di specialità della materia *trattata*, più importante, per colmare l'asimmetria, la nomina dei consulenti di parte.

né è privo di rilievo che ciascuna parte, come visto di sopra, è in ogni momento unilateralmente titolata a porre termine a codesta nomina, intanto ai fini del processo.

Per le medesime ragioni, all'esperto non dovrebbero riferirsi i delitti propri del consulente tecnico, ma senza per questo escludere la configurabilità degli appropriati reati, di falso, o di quelli propri e tipici dell'ordinamento professionale cui l'esperto appartenga. In fine, sul piano della responsabilità civile, l'esperto risponderà *ex art.* 2236 c.c., donde non constano differenze con il regime dell'altrimenti invocato art. 64 c.p.c. (per l'esclusione della colpa lieve) ⁽¹¹¹⁾.

In definitiva, la soluzione da noi proposta solo in ridotta dose estende all'esperto l'assetto proprio degli ausiliari nel processo, per il resto lasciando prevalere l'elemento del contratto, in accordo con la prassi che ha anticipato la riforma ⁽¹¹²⁾, sulla scorta della centrale constatazione che gli interventi sono di ausilio ed interesse per le parti e solo indirettamente potrebbero recarne al processo. Nulla di insolito al confronto con lo stato dell'arte affatto variegato raggiunto per molti tra gli «altri», ausiliari, ricondotti o meno nell'art. 68 c.p.c., per i quali tutti, nel tempo, si sono prospettate discussioni analoghe, ma giungendo a soluzioni ogni volta differenti ⁽¹¹³⁾ e

⁽¹¹¹⁾ Ove ad essere nominato, come sarà spesso (ma non sempre: v. infatti i primi due casi rinvenuti in internet in richiamo alla nota 15, in uno dei quali è stato nominato esperto un avvocato) nel caso di coordinatore genitoriale (la norma richiede l'estrazione dall'albo dei c.t.u., di cui all'art. 13 disp. att. c.p.c.), sia un esperto dotato di competenze psicologiche, troverà applicazione l'art. 2231 c.c., talché (2° comma) «la cancellazione dall'albo o elenco risolve il contratto in corso»; varrà pure il principio del necessario *intuitus* riveniente dall'art. 2232 c.c.: «il prestatore d'opera deve eseguire personalmente l'incarico assunto» e solo in via eccezionale può valersi «di sostituti e ausiliari», sempre che consentito dal contratto o dagli usi e non «incompatibile con l'oggetto della prestazione».

⁽¹¹²⁾ V., per riferimenti, le precedenti note 93 e 95.

⁽¹¹³⁾ Oltre ai già citati casi di amministratore giudiziario, tanto *ex art.* 2409 c.c. quanto *ex art.* 592 c.p.c., e commissionario alla vendita delle cose pignorate, v. ad es.: il notaio delegato alla vendita, qui imparagonabile poiché delegato ad atti, o prodromi di atti, finanche di esercizio della funzione (per un riepilogo, G. TRISORIO LIUZZI, *La responsabilità del professionista delegato alla vendita nell'espropriazione immobiliare*, in AA.VV., *Studi in onore di Modestino Acone*, Napoli, 2010,

quindi per ciò solo non giocoforza trasponibili all'esperto analizzato.

Possiamo concludere che, quando dell'incarico contrattualmente preso si faccia congiunta richiesta di duplicazione di effetti anche nel processo, il codice di rito diviene, su taluni aspetti soltanto, 'legge speciale' nella disciplina di codesto contratto che, però, per ogni altro verso, rimane, con ripetuta espressione qui un po' meno vacua e più appropriata del solito, *cosa delle parti*.

Abstract

L'articolo analizza il neo-introdotta istituto dell'esperto di nomina congiunta, nell'ambito del procedimento per la famiglia e le persone, di cui all'art. 473 *bis*.26 c.p.c.: esaminandone gli aspetti applicativi, particolarmente centrati sul nucleo dell'accordo, nonché trattando

vol. II, 1481 ss., secondo il quale la responsabilità va costruita con il canone dell'illecito aquiliano di cui all'art. 2043 c.c., ferma l'esenzione, trattandosi di professionista, per problemi tecnici di speciale difficoltà), tanto che la figura ha richiesto chiarimenti in punto di controllo degli stessi atti (in giurisprudenza, tra le varie, Cass., 6 marzo 2018, n. 517; prima: Cass., 20 gennaio 2011, n. 1335; Cass., 19 gennaio 2010, n. 711), sulla responsabilità (per Cass., 20 febbraio 2018, n. 4007, il notaio incaricato delle operazioni divisionali opera quale ausiliario del giudice, dunque titolare di un *munus publicum*, che non risponde secondo il diritto comune dei contratti), finanche proponendo l'estensione di quella del magistrato ai sensi della l. n. 117 del 1988 (estensione negata, ad es., da Cass., 8 maggio 2008, n. 11229, per il curatore fallimentare; da Cass., 18 settembre 2015, n. 18313, per il c.t.u.); il c.t.u., per la costante massima secondo cui alla rispettiva attività «non possono applicarsi gli schemi privatistici dell'adempimento e dell'inadempimento, quasi che egli fosse vincolato alle parti da un rapporto di prestazione d'opera, giacché egli svolge nell'ambito del processo una pubblica funzione quale ausiliare del giudice, nell'interesse generale e superiore della giustizia, con responsabilità oltre che penale e disciplinare, anche civile, la quale importa l'obbligo di risarcire il danno che, come qualsiasi pubblico funzionario, abbia cagionato in violazione dei doveri connessi all'ufficio» (così, sin da Cass., 25 maggio 1973, n. 1545 e, più recentemente, Cass., 5 agosto 2010, n. 18170; Cass., 18 settembre 2015, n. 18313); l'esperto stimatore, nominato ex art. 569 c.p.c. e 161 disp. att. c.p.c. e tenuto a giurare per il ruolo valutativo svolto, ecc.

della – e formulando proposte sulla – dubbia natura del medesimo, collocato nell'alveo del processo, ma indubbiamente costituente un contratto tra le parti e l'esperto da esse nominato.

The article analyses the newly introduced joint-appointed expert, in the context of the proceedings for families and individuals, referred to in article 47 -bis.26 of the Italian Civil Procedure Code. The contribution deals with its operational aspects, particularly centered on the core of the agreement, as well as with – formulating proposals on – the dubious nature of the tool at issue, placed in the dynamical context of the civil process, but undoubtedly representing a private contract between the parties and the expert.

LA DOMANDA DI MEDIAZIONE

Mauro Bove ()*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I diversi aspetti della crisi di cooperazione. – 3. Caratteristiche strutturali della mediazione. – 4. Le indicazioni della legge. – 5. La domanda di mediazione prima del processo: punto di vista «interno». – 6. (segue) punto di vista esterno. – 7. La domanda di mediazione a processo pendente.

1. Premessa. – Assumendo ad oggetto di osservazione, non qualsiasi ipotesi di apertura di un tavolo di trattative al fine di trovare un componimento su una controversia giuridica che già pende o rischia di pendere di fronte ad un giudice (statale), bensì lo strumento disciplinato dal d.lgs. n. 28 del 2010 (e successive modifiche), la domanda di mediazione rappresenta l'inizio di un percorso mirante, nella migliore delle ipotesi, al raggiungimento della conciliazione ossia del componimento tra i litiganti, per mezzo dell'ausilio di un mediatore operante nell'ambito di un organismo accreditato secondo le regole di questa normativa e di quella, di rango inferiore, su di essa fondata.

Analizzare la domanda di mediazione come fattispecie giuridica significa interrogarsi sugli elementi che la devono integrare, compito che implica la comprensione dei criteri di legge alla luce dei quali si può descrivere un «dover essere» di quella fattispecie. E, allora, l'indagine esige l'individuazione, per un verso, dei contenuti «volu-

ti» dalla legge e, per altro verso, degli effetti giuridici per la cui produzione quei contenuti sono indicati, nella misura in cui, poi, effettivamente essi siano rilevanti. Insomma, ci si può chiedere: la domanda di mediazione ha dei requisiti «di legge»? E, in caso di risposta affermativa, quali sono le conseguenze per il caso di uno suo discostarsi dall'archetipo normativo?

Questo compito esige certamente la lettura della legge e in particolare del d.lgs. n. 28 del 2010. Tuttavia, prima di procedere a tale lettura, onde evitare grossolani errori, è necessario comprendere preliminarmente quale sia il posto che la mediazione ha nel panorama dei mezzi di soluzione delle controversie giuridiche e quali sono le caratteristiche strutturali di essa, quale via che si percorre al fine di giungere all'atto (sperato) di componimento. Insomma, è necessario partire da una chiara differenziazione concettuale tra la via giurisdizionale e la via negoziale per la soluzione delle liti civili.

Su questo piano emergono anche nette differenze nel ruolo dell'avvocato e del terzo rispetto alle parti interessate, che pur opera, sia pure in modi non paragonabili, ossia: il giudice da un lato ed il mediatore dall'altro lato.

2. I diversi aspetti della crisi di cooperazione. – La controversia civile nasce sempre da una crisi di cooperazione verificatasi in una concreta vicenda umana. In essa emergono due aspetti ⁽¹⁾, che vanno concettualizzati diversamente, aspetti che fanno «leggere» i fatti della controversia secondo due paradigmi differenti: nel processo si guarda alla crisi del diritto soggettivo, che si assume essere stato leso, mentre nella mediazione si guarda alla crisi umana tra le persone coinvolte.

Dal primo punto di vista già l'avvocato, chiamato a presentare una domanda giudiziale, deve narrare quei fatti selezionandoli se-

⁽¹⁾ Maggiori approfondimenti, se vuoi, in M. BOVE, *Riflessioni sparse su «La giustizia 'piovuta' dal cielo» di Francesca Ghirga e sull'ispirazione dalle lezioni americane di I. Calvino*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2024, 857 ss., spec. 864 ss.

condo la norma di legge che va applicata al fine di trarne la richiesta di tutela (accertamento, condanna o modificazione giuridica). Insomma, egli postula il concreto come fissazione di una norma derivante da un'operazione di sussunzione giuridica, a fronte della quale l'avversario postulerà il contrario (in fatto e/o in diritto) ovvero allargherà anche lo sguardo ad altri elementi della fattispecie sostanziale, andando oltre i fatti costitutivi del diritto in gioco, già individuato nella domanda, allegando fatti impeditivi, modificativi o estintivi di esso ⁽²⁾.

Dal secondo punto di vista, l'istante in mediazione, magari assistito ancorché non rappresentato da un avvocato ⁽³⁾, guarda alla crisi di cooperazione non come crisi del diritto soggettivo ⁽⁴⁾, bensì come frattura nel rapporto umano. Egli inizia un percorso nel quale si narrano pur fatti, ma non al fine di individuare l'effetto di una fattispecie giuridica (il diritto soggettivo), per la quale, assumendo un certo tipo di lesione giuridica, si chiede una precisa forma di tutela, bensì al fine di far emergere le vicende che hanno portato alla frattura, narrazione a fronte della quale la persona invitata offrirà il suo punto di vista, che altro non sarà se non addurre altre ragioni della frattura.

Nel primo paradigma (processo) il percorso, in mancanza di suoi vizi impedienti, giungerà senz'altro alla meta e porterà a sancire la vittoria di uno e la sconfitta di un altro, perché uno avrà ragione ossia la ragione della legge nel caso concreto, mentre l'altro porterà il peso del torto, perché la legge nel caso concreto gli è avversa, per ragioni in fatto e/o in diritto.

⁽²⁾ Insomma nel processo gli avvocati trasformano il materiale informale offerto loro dal vissuto narrato dai clienti in domande ed eccezioni processuali: risali a F. CARNELUTTI, *Figura giuridica del difensore*, in *Riv. dir. proc.*, 1, 1940, 65 ss.

⁽³⁾ Quindi, anche quando la detta assistenza è obbligatoria, per essa non si esige una procura alle liti secondo i criteri del codice di procedura civile, la quale, invece, sarà necessaria se e quando la lite dovesse essere trasferita nel processo.

⁽⁴⁾ Vedi anche M. FABIANI, *Profili critici del rapporto fra mediazione e processo*, in <www.judicium>, 05.07.2010, par. 1.

Nel secondo paradigma (mediazione) il percorso potrà portare o meno alla meta, ma questa, per un verso, è solo possibile, perché dipende dalla buona volontà dei protagonisti che mai perdono il controllo sulla soluzione, e, per altro verso, ove sia raggiunta, non rappresenterà la vittoria di uno sull'altro, bensì l'incontro di reciproche convenienze. La legge sostanziale non è il criterio generale che, verificatasi la sua fattispecie, va applicato in concreto, bensì essa traccia solo i binari al cui interno deve limitarsi l'attività del negoziare, affinché il contratto stipulato dagli interessati sia valido.

Insomma, se il contenuto della sentenza è dato dalla legge applicata, il contenuto dell'accordo è dato dalla volontà degli interessati che lo siglano.

3. Caratteristiche strutturali della mediazione. – Queste «sostanze» lontanissime implicano anche una decisa lontananza strutturale: la via della mediazione non è paragonabile alla via della giurisdizione.

Nella via giurisdizionale vi sono parti che esercitano poteri certamente da caratterizzarsi secondo il principio di parità tra le parti stesse, nonché tra loro ed il giudice, il quale, poi, è chiamato ad accogliere o meno la domanda, quindi a comandare in concreto, secondo il rigido paradigma della sussunzione giuridica. Insomma, in questo ambito si ha la ricerca del vero (giuridico) ed il percorso per giungervi è strutturato al fine di verificare quell'ipotesi di sentenza che l'attore formula nella domanda ed il convenuto nega nella risposta. In definitiva, nel caso più semplice, si tratta di accertare se il diritto soggettivo affermato con la domanda ed il suo bisogno di tutela esistano o meno, onde trarne le necessitate conseguenze nella posizione di una norma concreta a cui i litiganti sono soggetti.

Questo percorso è disciplinato in termini più o meno dettagliati dalla legge, ma sempre secondo il paradigma della sanzione processuale dell'invalidità ove siano violate le norme.

Ciò avviene evidentemente nel processo statale, nel quale la sentenza finale, a prescindere dal suo contenuto, può essere invalidabi-

le per suoi vizi di costruzione ovvero per vizi che ad essa derivino da atti irritualmente compiuti nel corso del processo, sempre che si possa predicare la causalità del vizio stesso ⁽⁵⁾ e questo non sia stato sanato.

Ma ciò avviene anche nel giudizio arbitrale, per il quale, fondandosi qui la giurisdizione sulla volontà delle parti, è meno rilevante il concetto di procedimento, lasciandosi alle parti la possibilità di strutturare il percorso secondo regole giuridicamente rilevanti ⁽⁶⁾, essendo esso, invece, liberamente trattabile in caso contrario, potendo gli arbitri scegliere come declinare in concreto il principio del contraddittorio.

Del tutto diverso è lo scenario nella mediazione, nella quale non si incrociano poteri, ma ci si incammina al fine di scoprire o meglio riscoprire l'umano. In esso non si cerca la vittoria attribuita da un terzo, ma si cerca un nuovo piano di dialogo. Il mediatore non è il terzo che comanda, ma l'amico comune che riapre un dialogo inceppato, operazione che può avere successo o anche non averlo.

Ecco, allora, che il concetto di «procedimento» non serve alla mediazione, essendo esso lo strumento tecnico per garantire il principio di legalità nello svolgimento di un'attività di normazione concreta alla quale altri sono soggetti. Gli stessi valori del «contraddittorio» e della terzietà ed imparzialità del mediatore nulla hanno a che fare col modo in cui essi sono declinati nell'ambito di una via giurisdizionale. Invero, una mediazione gestita senza dialogo paritario da parte di un mediatore squilibrato probabilmente potrà solo naufragare, cioè non giungere alla meta utile, mentre una sentenza pronunciata da un giudice che si sia discostato dai principi del «giusto processo» è invalidabile, secondo le regole della legge.

⁽⁵⁾ Se, ad esempio, è viziata l'assunzione di un mezzo di prova, la successiva sentenza ne sarà a sua volta viziata ove essa si fondi (anche) su quel mezzo di prova, rimanendo, invece, immune da ogni invalidità in caso contrario.

⁽⁶⁾ Sempre che le parti esplicitino che le loro previsioni sono indicate a pena di nullità: v. artt. 816 *bis* e 829, 1° comma, n. 7, c.p.c., sui quali si rinvia a M. BOVE, *La giustizia privata*, Milano, 2023, 113 ss., 207.

Questa netta differenza comporta l'impossibilità di spendere la categoria dell'invalidità nell'ambito della mediazione ⁽⁷⁾, né nel suo atto iniziale (la domanda) né nel suo atto finale (ove riesca) ossia l'accordo tra le parti. Ma, allora, è qui che nasce il problema, perché, se pur la legge detta una serie di regole che devono essere seguite in mediazione, che dire per l'eventualità che esse non siano in concreto rispettate?

4. *Le indicazioni della legge.* – La nostra normativa di riferimento (d.lgs. n. 28 del 2010) ⁽⁸⁾ è assai prodiga di regole sulla mediazione, anche perché si è voluto scegliere di giocare sulla leva dell'obbligo in relazione all'esercizio dell'azione in giudizio, che per molte materie è condizionato dal previo rispetto di esso.

Così l'art. 4 dice che la domanda di mediazione: 1) va presentata di fronte ad un organismo che sia accreditato e competente territorialmente, ancorandosi al foro della controversia giudiziale, 2) che in caso di più domande per la stessa controversia la mediazione deve svolgersi di fronte all'organismo investito per primo, 3) che essa deve indicare l'organismo, le parti, l'oggetto e le ragioni della pretesa.

A queste indicazioni possiamo aggiungere la previsione dell'art. 29 d.m. n. 150 del 2023, ai sensi del quale la domanda di mediazione contiene l'indicazione del suo valore in conformità ai criteri previsti dagli artt. 10-15 c.p.c.

L'art. 6, poi, fissa una durata della mediazione, salvo proroghe concordate ⁽⁹⁾.

⁽⁷⁾ Così anche R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011, 193, la quale pur non rinuncia a vedere nella mediazione un procedimento, ma solo come una serie di attività, così utilizzando il concetto in termini in fondo a-tecnici.

⁽⁸⁾ Ad esso si riferirà la numerazione successiva.

⁽⁹⁾ Senza soffermarsi sul punto si ricorda che il citato art. 6 è stato ampiamente ritoccato dal Correttivo alla riforma Cartabia, portando il termine a sei mesi e, inoltre, differenziando la disciplina della sua proroga a seconda che già penda o meno il processo statale.

L'art. 8, quindi, stabilisce una serie di regole, ossia: 1) il responsabile dell'organismo designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti, che deve tenersi non prima di 20 giorni e non oltre 40 giorni dopo la presentazione della domanda, fermo restando che poi il tutto va comunicato alle parti a cura dell'organismo; 2) quando la mediazione è obbligatoria (*ope legis* o *ope iudicis*) le parti devono farsi assistere da un avvocato; 3) si impone alle parti di partecipare personalmente alla mediazione, salvo che sussistano giustificati motivi che consentono una loro rappresentanza sostanziale⁽¹⁰⁾; 4) si impone alle parti ed ai loro avvocati di cooperare in buona fede e lealmente al fine di realizzare un effettivo confronto sulle questioni controverse.

Ora, concentrando la nostra attenzione sulla domanda di mediazione, se in questo contesto non ha rilievo il concetto di procedimento né opera la sanzione dell'invalidità, dobbiamo trarne la conseguenza per cui un eventuale successo della mediazione non può essere inficiato dalla violazione di una delle regole sopra indicate che riguardano l'atto introduttivo del percorso. Insomma, l'eventuale contratto stipulato tra le parti, col quale si supera la controversia (transazione) è fattispecie che resta disciplinata unicamente dal codice civile, senza subire alcuna ripercussione da eventuali violazioni di norme dettate nella legge speciale⁽¹¹⁾.

⁽¹⁰⁾ Anche qui è intervenuto il Correttivo alla riforma Cartabia, col quale, introducendo un comma 4 *bis* nell'art. 8 si prevede: «La delega per la partecipazione all'incontro ai sensi del comma 4 è conferito con atto sottoscritto con firma non autenticata e contiene gli estremi del documento di identità del delegante. Nei casi di cui all'articolo 11, comma 7, il delegante può conferire la delega con firma autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato. Il delegato a partecipare all'incontro di mediazione cura la presentazione e la consegna della delega conferita in conformità al presente comma, unitamente a copia non autenticata del proprio documento di identità, per la loro acquisizione agli atti della procedura».

⁽¹¹⁾ Si tenga presente che il verbale contenente l'accordo origina due fattispecie: quella (sostanziale) che fa nascere le regole di comportamento imposte alle parti e quella (processuale) che origina l'azione esecutiva. Sono due fattispecie diverse per effetti ed anche per presupposti. V. M. BOVE, *I verbali che concludono la mediazione nel d.lgs. n. 149 del 2022*, in questa *Rivista*, 2022, 455 ss., spec. 465.

Tuttavia, pur mantenendo fermi i principi posti, ossia l'inutilizzabilità del concetto di procedimento e della sanzione dell'invalidità, bisogna pur ipotizzare che quelle norme di legge abbiano una qualche ricaduta pratica, insomma che dalla loro violazione derivino conseguenze che possiamo definire negative. Quand'anche l'attività in concreto svolta senza rispettare il suo archetipo normativo non sia squalificabile come invalida, devono pur individuarsi conseguenze, altrimenti avremmo la descrizione di un «dover essere» senza una reale giuridicità.

L'apparente contraddizione nel sistema in realtà è superabile se solo si pone mente agli scopi che la legge ha assunto al fine di dettare le regole viste. E, allora, posto che il problema emerge essenzialmente per il caso che la mediazione non abbia successo ⁽¹²⁾, le varie previsioni sulla domanda di mediazione e le loro conseguenze giuridiche si comprendono nella misura in cui si tiene presente che tutta la materia è fondata sul paradigma del condizionamento del diritto d'azione e del diritto di difesa. La mediazione non è vista dal legislatore come un fenomeno a sé, bensì sempre come un fenomeno collegato ad un processo che si spera non penda mai (funzione deflattiva) ovvero ad un processo che già pende, ma che si auspica non debba giungere alla pronuncia della sentenza. Ed allora, se il problema emerge essenzialmente quando speranza ed auspici non si realizzano, è da questo punto di vista che bisogna porsi.

Insomma, trattando della domanda di mediazione, le regole che la presiedono trovano un senso ed un'effettività giuridica solo ipotizzando, per un verso, il fallimento della mediazione e, per altro verso, il collegamento della vicenda stragiudiziale con un processo imminente o già iniziato. Nel prosieguo, peraltro, terremo distinte le due situazioni, perché il discorso assumerà pieghe diverse a seconda che, appunto, il processo già penda ovvero non sia ancora pendente.

⁽¹²⁾ Quando, quindi, il percorso non mette capo all'atto di normazione concreta, ma solo ad una dichiarazione (di scienza) di fallimento.

5. *La domanda di mediazione prima del processo: punto di vista «interno»*. – Partendo dal caso in cui la domanda di mediazione sia proposta senza che già penda il processo giudiziale, per comprendere quali debbano essere i suoi elementi di contenuto bisogna distinguere due diversi punti di vista: uno interno che guarda al percorso di negoziazione, insomma al tavolo parti (avvocati)/mediatore, ed uno esterno che guarda, per l'eventualità che la negoziazione fallisca, al processo che poi sarà instaurato di fronte ad un giudice.

Dal primo punto di vista la domanda di mediazione ha una struttura che deriva dal suo scopo. Se questo sta nel dare inizio ad un percorso nel quale si tenti di ricomporre la frattura di una relazione umana, evidentemente in essa l'istante deve narrare la vicenda nella quale quella frattura è nata. In ciò non vi è alcuna necessità di individuare un diritto soggettivo né la sua lesione od anche la tutela che a causa di detta lesione si richiede, in una via giurisdizionale, al terzo chiamato a porre il comando giuridico concreto.

Insomma, se la domanda giudiziale, instaurando un percorso antagonistico di ricerca della vittoria, in ipotesi attribuita da un terzo (il giudice) mediante un'operazione di sussunzione giuridica, individua un diritto soggettivo, quale effetto appunto di una fattispecie giuridica, nonché la tutela richiesta a causa della sua lesione, se in essa, in altri termini, abbiamo quella che classicamente definiamo *editio actionis*, niente di tutto ciò serve alla domanda di mediazione, il cui linguaggio porta ad una diversa razionalizzazione della complessità del reale.

Invero, la mediazione non ambisce all'applicazione della legge nel caso concreto. Né, mancando la normazione concreta di un terzo, in mediazione ha un qualche senso il c.d. principio della domanda⁽¹³⁾, in virtù del quale nel processo si tiene distinto il ruolo di chi individua su cosa comandare dal ruolo di chi appunto porrà quel comando.

⁽¹³⁾ Vedi anche M. FABIANI, *Profili critici del rapporto fra mediazione e processo*, cit., par. 3; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., 193.

In altri termini, la domanda di mediazione, non protesa ad uno *ius dicere* in concreto, apre un campo largo di dialogo, nel quale poi litiganti e mediatore cercheranno insieme un soddisfacimento degli interessi inizialmente contrapposti che ha come suo solo criterio la convenienza e la volontà degli stessi portatori di quegli interessi.

Così, guardando esclusivamente il fenomeno dal punto di vista interno, quindi a prescindere da effetti giuridici, positivi o negativi, costruiti dal punto di vista della legge statale, la domanda di mediazione deve avere contenuti in fondo scarsamente predefinibili: quelli che sono sufficienti affinché si possa comprendere, almeno in termini inizialmente generici, la contrapposizione di interessi in gioco, insomma i termini della frattura umana, che possano bastare per aprire un dialogo che, poi, lungi dal dover restare costretto in binari predefiniti e rigidi, ben potrà spaziare, anche in base all'abilità del mediatore.

Inoltre, vista la burocratizzazione del sistema, anche dal punto di vista delle spese e delle indennità richiedibili (art. 28 d.m. n. 150 del 2023), è necessario che dalla domanda emergano elementi anche per capire quale sia il valore della controversia (art. 29 d.m. cit.), che in definitiva potrà essere fissato o dall'istante con adesione della persona invitata ovvero dall'organismo.

Se la domanda di mediazione è estremamente lacunosa, al punto che non si riesce ad individuare nemmeno una base di partenza per la trattativa, insomma quali siano i termini della contrapposizione, né i valori economici in campo, il percorso non può concretamente partire e, lungi dal mettere in campo ipotesi di invalidità, accadrà semplicemente che l'organismo investito si rifiuterà di procedere, perché non ha gli elementi minimi per poter svolgere il lavoro che gli è malamente richiesto.

Invero, per un verso un mediatore incaricato dall'organismo non potrebbe neanche ipotizzare un avvio del dialogo, mancandogli ogni punto di riferimento, e, per altro verso, l'organismo non saprebbe come dare contenuto economico al suo rapporto contrattua-

le coi litiganti. Sempre fatte salve, ovviamente, eventuali integrazioni successive ad una domanda inizialmente del tutto insufficiente.

Se invece quel minimo fattuale ed economico è rintracciabile, immediatamente o per integrazioni successive, la mediazione può partire perché di niente altro ha bisogno la relativa domanda.

Né, si badi, un elemento necessario della domanda di mediazione sta nella formulazione da parte dell'istante di una proposta di accordo ⁽¹⁴⁾, se è vero che lo scopo di essa è quello di aprire un dialogo e non quello di ipotizzare un'ipotesi di risultato.

Anche da questo punto di vista il paradigma della domanda di mediazione è lontanissimo dal paradigma della domanda giudiziale: in questa l'attore postula un'ipotesi di sentenza, mentre in quella l'istante non postula un'ipotesi di accordo. Tutto ciò deriva sempre dalla ragione di fondo per cui, se l'atto di normazione concreta che certamente (salvo carenze di presupposti processuali) giungerà alla fine del processo è necessitato nel suo contenuto dal previo accertamento dei suoi presupposti, insomma esso è la legge nel caso concreto, l'eventuale, e non certo, atto di normazione concreta che in caso di successo dovesse mettere fine alla mediazione ha un contenuto liberamente fondato sulla volontà dei contraenti, i quali assumono in questo contesto una prospettiva di sola convenienza e non di giustizia.

Il processo verifica l'ipotesi di sentenza formulata nella domanda dell'attore che già pone un'operazione di sussunzione giuridica, mentre la mediazione è una navigazione in mare aperto, che cerca in sé le vie di approdo che non sono predeterminate dalla legge, salvi gli accertamenti da svolgere nel processo, per cui il suo atto fondativo, la domanda, ha solo lo scopo di far emergere l'intenzione del dialogo su una vicenda umana, senza chiuderlo in anticipo con un'ipotesi di soluzione.

⁽¹⁴⁾ Analogamente G. ARIETA, *La domanda di mediazione e le regole di instaurazione del procedimento*, in *Corriere giur.*, 2011, 565 ss., spec. 566.

6. (*segue*) *punto di vista esterno*. – Tutte le indicazioni contenute nel d.lgs. n. 28 del 2010 sopra elencate assumono ben diversa valenza se le si guardano dal punto di vista di un processo che si apre successivamente al fallimento di una mediazione. Invero, se resta sempre fuori gioco la categoria dell'invalidità⁽¹⁵⁾, non spendibile a fronte di atti che nella mediazione dovessero essere compiuti in modo disforme dal loro archetipo normativo, non è tuttavia escluso che il discostarsi dalle modalità previste dalla legge abbia conseguenze giuridiche.

Per comprendere tali conseguenze bisogna mettere a fuoco lo scopo di dette previsioni, considerando la rigida prospettiva obbligatoria che il nostro legislatore, soprattutto in chiave deflazionistica, ha voluto assumere.

Dal punto di vista dell'ordinamento statale, che si rende poi concreto nel punto di osservazione del giudice il quale sia investito della controversia giuridica dopo il fallimento di una mediazione, sono da tenere presenti i seguenti rilievi.

Il primo: in una serie di materie è stato stabilito che l'esercizio dell'azione sia condizionato dal previo esperimento di un tentativo di accordo per la via della mediazione. Insomma, in questi ambiti, sempre che emerga l'ipotesi di un diritto disponibile, si è voluto costruire un altro presupposto processuale, un'altra condizione che deve esistere affinché il giudice statale possa e debba decidere nel merito la causa.

Il secondo: nelle dette materie le parti sono obbligate, non solo a provare una negoziazione, ma anche a dialogare con spirito di lealtà e cooperazione, obbligo che al minimo impone la presenza personale delle parti stesse assistite dai loro avvocati. Di conseguenza, l'istante (futuro attore) non potrebbe vantare di aver assolto la condizione processuale sia nel caso in cui egli non abbia presentato al-

⁽¹⁵⁾ Vedi anche G. IMPAGNATIELLO, *La domanda di mediazione: forma, contenuto, effetti*, in <www.judicium.it>, 01.04.2011, par. 2; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., 222; D. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, Bologna, 2016, 137.

cuna domanda di mediazione sia nel caso in cui egli lo abbia fatto, ma senza rivolgersi ad un organismo accreditato ovvero senza aver seguito le indicazioni di legge che danno corpo al suo obbligo di effettiva e seria partecipazione al necessario dialogo. E, dall'altro lato, colui che sarà il futuro convenuto non potrà sfuggire alle sanzioni processuali ed economiche che l'art. 12 *bis* prevede per l'ipotesi di una sua partecipazione non effettiva.

Il terzo: posta la necessità, di rango costituzionale, di «conservare» giuridicamente il diritto in gioco durante il tempo necessario per svolgere la mediazione (imposta), comunque delimitato in un tempo massimo oltre il quale la domanda giudiziale non può rimanere improcedibile, la relativa domanda produce sulla prescrizione e la decadenza gli effetti sostanziali della domanda giudiziale.

Così, guardando alla domanda di mediazione, il quesito è: quali devono essere il suo contenuto e le sue modalità affinché dal punto di vista della legge statale non emergano conseguenze sanzionatorie? Insomma, come evitare che non si ritenga integrato il necessario presupposto processuale o non adempiuto l'obbligo di effettività nella trattativa ovvero non operanti gli indicati effetti sostanziali della domanda?

A me sembra che vi siano aspetti più chiari ed aspetti più discutibili. I problemi sembrano avere dei contorni più chiari quando guardiamo alla regola sulla competenza ed all'imposizione dell'assistenza da parte degli avvocati.

Una domanda di mediazione depositata presso un organismo, pur accreditato, ma incompetente secondo il criterio di cui all'art. 4, se certamente può fondare un percorso che metta capo ad un accordo del tutto valido, potrebbe far emergere problemi quando, al contrario, la negoziazione fallisca.

Ovviamente ogni problema è superato se la parte invitata compaia senza eccepire alcunché. In caso contrario, se credo si possa il più delle volte affermare che emerga un giustificato motivo in capo alla parte invitata per astenersi dal partecipare, il dubbio è se, dal

punto di vista dell'istante, si possa poi ritenere in giudizio che egli abbia assolto alla condizione di procedibilità.

Posto che con la riforma Cartabia è stato inserito il canone della c.d. effettività ⁽¹⁶⁾, non è da escludere che nella scelta dell'istante di investire un organismo incompetente potrebbe emergere la mancanza di quella lealtà e buona fede che oggi sono imposte dall'art. 8, 6° comma, con la conseguenza per lui negativa di non poter affermare l'assolvimento della necessaria condizione di procedibilità. La situazione va certamente valutata di caso in caso. Ma, se alla luce del paradigma normativo precedente era certamente da escludere una simile conclusione, oggi il problema è più spinoso e le soluzioni diventano più fluide.

Direi meno fluida è la risposta a fronte della domanda: l'irrituale presenza in mediazione della parte sprovvista di assistenza tecnica determina conseguenze negative nell'eventuale processo successivo? Qui francamente non avrei dubbi nel dire che, per un verso, l'istante non può affermare l'assolvimento della condizione di procedibilità e, per altro verso, la parte invitata non potrà sfuggire alle sanzioni di cui all'art. 12 *bis* ⁽¹⁷⁾. È bene solo precisare che l'avvocato in mediazione non rappresenta la parte in nessun senso. Per gli atti della mediazione la parte non ha bisogno di rappresentanza tecnica, come invece accade in sede processuale, ma solo, appunto, di un'assistenza, per la quale, quindi, l'incarico non è conferito con una procura alle liti. Piuttosto essa deve partecipare personalmente e se, poi, sussistendo giustificati motivi, dovesse decidere di farsi rappresentare, allora dovrà conferire il relativo potere sostanziale, scegliendo lo stesso avvocato che l'assiste ovvero altra persona.

⁽¹⁶⁾ Per approfondimenti, anche in riferimento alla questione della competenza, rinvio a M. BOVE, *La mediazione obbligatoria*, in D. DALFINO (a cura di), *La nuova «giustizia complementare»*, ne *Gli Speciali de Il Foro* 2/2023, 3 ss., spec. 11 ss.

⁽¹⁷⁾ Approfondimenti sempre in M. BOVE, *La mediazione obbligatoria*, cit., 17, 26.

Perplexità, invece, suscita dal punto di osservazione ora assunto, l'applicazione della regola di cui all'art. 4 secondo la quale nella domanda bisogna indicare le parti, l'oggetto e le ragioni della domanda. Tale norma sembra ricalcare in parte le previsioni di cui all'art. 163 c.p.c., come se la domanda di mediazione dovesse contenere quella *editio actionis* che è tipico contenuto della domanda giudiziale.

Qui bisogna intendersi, ipotizzando delle possibili carenze di contenuto e, quindi, anche distinguendo a seconda delle diverse esigenze che pone la legge.

Dal punto di vista interno abbiamo visto che la domanda di mediazione deve contenere quelle indicazioni che sono sufficienti al fine di iniziare un dialogo. Così, ad esempio, in essa si dovranno pur raccontare le vicende che possono ricondursi ad una certa situazione concreta nella quale è nato il dissidio, insomma narrare fatti accaduti tra persone individuate. Ma questo racconto deve far emergere i termini della frattura umana, senza che in esso si arrivi anche a formulare l'ipotesi di un diritto soggettivo, quale effetto di una fattispecie giuridica. Insomma, con la domanda di mediazione non si ha certo l'esercizio dell'azione, quale ponte di collegamento tra il diritto sostanziale ed il processo, perché con essa non si fa valere un diritto soggettivo del quale si chiedi l'accertamento.

Ed allora il punto è: se la domanda di mediazione non contiene l'affermazione di un diritto soggettivo, che è integrata sia da allegazioni in fatto sia dalla sussunzione (ipotetica) di quelle allegazioni in una norma di legge, possiamo dire poi che, fallita la mediazione ed aperto un processo, quella domanda abbia prodotto gli effetti sostanziali della domanda giudiziale ovvero che la domanda giudiziale sia procedibile per il tentativo svolto e in quanto tentativo svolto con effettività?

A mio sommo avviso sono questi due aspetti che vanno tenuti distinti.

A me sembra che certamente il massimo di sovrapponibilità tra domanda di mediazione e domanda giudiziale si debba avere dal

punto di vista della produzione degli effetti sostanziali, i quali, si ricorda, sono da parificare solo in riferimento alla prescrizione ed alla decadenza, non producendo la prima, a differenza della seconda, gli effetti relativi alla restituzione frutti da parte del possessore in buona fede (1148 c.c.) e del donatario (art. 807 c.c.), alla corresponsione di interessi sugli interessi (art. 1183 c.c.), all'obbligo del convenuto in rivendica di custodire il bene (art. 948 c.c.), all'esclusione della domanda di adempimento contrattuale dopo la domanda di risoluzione (art. 1453 c.c.).

Si tratta, sia per la prescrizione sia per la decadenza, del doppio effetto di interruzione e di sospensione sui relativi termini, che si ancora al momento in cui la parte invitata riceve la comunicazione da parte dell'organismo di cui al primo comma dell'art. 8.

Peraltro, sulla previsione vanno fatte tre precisazioni.

La prima: perché si producano i detti effetti, se è sufficiente che la indicata comunicazione avvenga con ogni mezzo idoneo, è tuttavia necessario che quanto comunicato giunga a conoscenza del destinatario, con la conseguenza che, ove quella comunicazione si snodi in più momenti, non conta il primo di essi, bensì l'ultimo.

La seconda: data l'importanza di possibili conseguenze negative, soprattutto quando è in gioco un termine di decadenza, lo stesso istante può provvedere a comunicare alla controparte la domanda di mediazione dopo averla depositata presso l'organismo, fermo restando che questo dovrà comunque curare la comunicazione di cui al primo comma dell'art. 8 rivolta ad entrambe le parti.

La terza: ove la mediazione fallisca, alla luce del comma 4 *bis* inserito nell'art. 11 Correttivo alla riforma Cartabia, si può ritenere ormai *per tabulas* quanto prima si doveva ritenere in via interpretativa, ossia che quei termini ricominciano a decorrere dal deposito del verbale negativo. È vero che il legislatore ha dimenticato di occuparsi del termine di prescrizione, disciplinando solo la ripresa del termine di decadenza, ma è altrettanto vero che un'interpretazione costituzionalmente orientata impone di parificare le due fattispecie.

Fatte queste premesse, tornando al nostro tema, a me sembra inevitabile affermare che, se l'istante vuole che la domanda di mediazione produca gli indicati effetti sostanziali, nei termini visti, egli debba dare ad essa un contenuto che ricalchi l'*editio actionis* che è necessario contenuto della domanda giudiziale. Con tutto ciò che questo significa a seconda che sia in gioco un diritto eteroindividuato o autoindividuato ovvero un diritto ad una certa modificazione giuridica. In particolare per i primi, posto che un elemento di loro identificazione sta anche nella rappresentazione della c.d. *causa petendi*, non vedo come possa l'istante esimersi, non solo dal narrare i fatti relativa alla vicenda della vita che è intercorsa con la controparte, ma anche dal qualificarli giuridicamente, passaggio essenziale al fine di integrare quell'imprescindibile *causa petendi* che concorre appunto all'individuazione del diritto in gioco.

Lo stesso rigore a me non sembra necessario in riferimento all'assolvimento della condizione di procedibilità⁽¹⁸⁾. È vero che l'art. 5 d.lgs. n. 28 del 2010 assoggetta ad essa solo le azioni che rientrano in certe materie. Tuttavia, io credo che una domanda di mediazione in cui sia narrata nei suoi aspetti fattuali una certa vicenda della vita intercorsa tra due persone, nell'ambito della quale sia insorta una frattura tra loro, facendo emergere i termini economici e personali del conflitto, possa essere idonea ad iniziare il percorso di negoziazione anche senza che l'istante abbia individuato propriamente un diritto soggettivo, insomma senza che quei fatti siano qualificati giuridicamente, rappresentandoli come concretizzazione di una data norma di legge.

Poi, ove la mediazione dovesse fallire, di fronte ad un giudice, rappresentandosi propriamente la crisi di cooperazione come lesione di un diritto soggettivo, per il quale si chiede tutela, emergerà ovviamente la qualificazione giuridica del vissuto già narrato prima in mediazione ed allora, ove si dovesse riscontrare l'operatività della

⁽¹⁸⁾ Diversamente mi sembra F. SANTAGADA, *La mediazione*, Torino, 2012, 130. Anche F.P. LUISO, *Diritto processuale civile. V. La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, 14^a ed., Milano, 2024, 47.

condizione di procedibilità (in quanto si rientra nell'elenco dell'art. 5), ben la si potrà ritenere assolta, perché quella vicenda umana è stata già 'trattata' in mediazione.

Insomma, a me sembra che non avrebbe alcun senso negare l'assolvimento della condizione di procedibilità quando già la vicenda umana in gioco ha avuto modo di essere scandagliata al fine di trovare una via di accordo. E ciò solo perché, magari, né nella domanda di mediazione né in possibili integrazioni successive è stato formulato propriamente l'ipotesi di un diritto soggettivo, ipotesi che, si badi, non interessa al tavolo della mediazione.

Così un eventuale difetto della domanda di mediazione dal punto di vista che poniamo, se non potrebbe produrre gli effetti sostanziali in relazione a prescrizione e decadenza, dato il loro necessario ancoraggio ad un'individuata ipotesi di diritto soggettivo, non rileva da altri punti di vista. Non certamente da quello squisitamente interno, perché all'organismo basta solo aver un contesto fattuale in cui poter aprire il tavolo della trattativa. Ma neanche da quello che poi assume una valenza esterna, ove la mediazione fallisca, guardando all'integrazione del presupposto processuale qui in rilievo. È vero che esso si ancora all'oggetto della domanda giudiziale. Ma non è necessaria conseguenza di questo rilievo quella per cui, allora, la domanda di mediazione dovrebbe avere quella stessa *editio actionis* che caratterizza la domanda giudiziale. Invero, svolta una trattativa in mediazione su una certa vicenda starà poi al giudice valutare se essa abbia abbracciato il diritto soggettivo rappresentato nella domanda giudiziale.

Ma, allora, se la domanda di mediazione col contenuto ipotizzato è, se così possiamo dire, 'buona', evidentemente con essa insorge anche l'obbligo di cooperazione in capo alla parte invitata (art. 12 *bis*), non potendo in modo giustificato essa esimersi dalla partecipazione perché l'istante non ha formulato una *editio actionis* sul modello della domanda giudiziale. Le parti contrapposte sono destinatarie dello stesso obbligo di trattativa in termini di effettività e serietà, ancorché per esse le ipotetiche sanzioni siano diverse. E se

per l'istante è sufficiente perimetrare la vicenda della vita in gioco senza necessità di una sua qualificazione giuridica, ciò deve essere sufficiente anche per l'invitato.

Se si vuole, e per finire, questi rilievi dovrebbero essere la naturale conseguenza dei diversi punti di vista che si assumono. Mediazione e processo trattano sempre una vicenda umana nella quale è emersa una crisi di cooperazione. Ma, se il mediatore la guarda con l'occhio attento alla frattura umana ed al conflitto economico, il giudice la guarda con l'occhio del giurista, che esige l'emersione di un diritto soggettivo, in ipotesi leso. Sono due punti di vista diversi della stessa vicenda ed allora quella diversità ben dovrà essere concessa e tollerata anche nelle due diverse domande che fondano percorsi di recupero della cooperazione che sono strutturalmente e funzionalmente diversi.

Peraltro, questa che potremmo definire tolleranza a fronte di una domanda di mediazione non perfettamente sovrapponibile alla domanda giudiziale non credo possa essere mantenuta quando l'insufficienza strutturale è soggettiva. Così, se nel processo è necessaria la presenza di più parti perché è in gioco un rapporto unico plurisoggettivo (art. 102 c.p.c.), sembra naturale affermare che anche la mediazione esigerà quella complessità soggettiva. Si faccia l'esempio di una domanda giudiziale rivolta alla costituzione di una servitù coattiva ove il fondo servente è di proprietà di più soggetti. Se nella già svolta mediazione l'istante non aveva invitato tutti i comproprietari, il fallimento del tentativo svolto *inter pauciores* non credo possa far ritenere assolta la condizione di procedibilità ⁽¹⁹⁾.

7. *La domanda di mediazione a processo pendente.* – Se quanto detto finora ha un senso, dobbiamo anche arrivare a dire che la domanda di mediazione presentata a processo già pendente non debba

⁽¹⁹⁾ Se, invece, la mediazione ha posto capo ad un accordo, questo varrà tra i partecipanti, per cui chi ha concesso la servitù è obbligato a renderne possibile l'esercizio (art. 1059, 2° comma, c.c.), ancorché il diritto reale non si sia costituito.

avere lo stesso contenuto della domanda di mediazione presentata prima che il processo penda.

Le ipotesi sono due. Innanzitutto è possibile che il giudice, a fronte della relativa eccezione, riscontrata la necessità di assolvere la condizione di procedibilità, non assolta per nulla o assolta in modo irrituale prima del processo, invii le parti in mediazione al fine di sanare la carenza del presupposto processuale (art. 5, 2° comma).

In secondo luogo, può accadere che il giudice ritenga opportuna ed utile una trattativa tra le parti, che potrebbe dare loro una soluzione della lite migliore di quella che esse avrebbero con la pronuncia di una sentenza (art. 5 *quater*). Il giudice utilizza la sua possibilità di dialogare con le parti, secondo gli artt. 183, 117, 185 c.p.c., non per tentare la conciliazione, bensì per aprire un pre-dialogo e poi inviare le parti in mediazione delegata, riconoscendo l'inopportunità di gestire in proprio la trattativa, perché invero: 1) egli non ha la professionalità del mediatore; 2) nel suo ruolo egli soffre dei limiti 'naturali' nella gestione di un dialogo non giurisdizionale, dovendo, fra l'altro, salvaguardare la sua terzietà, valore che gli impone di evitare anticipazioni nel merito, nonché il principio del contraddittorio secondo i canoni del metodo giurisdizionale, in virtù del quale, ad esempio, sarebbe molto discutibile la possibilità di svolgere sessioni separate, che invece sono indispensabili al mediatore per acquisire chiavi di apertura delle porte del dialogo; 3) inoltre è improbabile che le parti 'si aprano' di fronte a chi, se non si raggiunge un accordo, deciderà la lite; invero, la riservatezza che assiste il dialogo in mediazione qui sarebbe messa a rischio, perché è difficile che il giudice possa vestire due panni diversi e dimenticare nel contenzioso quanto ha saputo nella negoziazione.

Insomma, la verità è che il paradigma della conciliazione giudiziale ha un qualche senso solo quando gli avvocati delle parti hanno già raggiunto un accordo fuori dal processo e vogliono dare ad esso il «vestito» giuridico della conciliazione giudiziale.

Ebbene, senza ulteriori approfondimenti, le due fattispecie sopra indicate sono da trattare allo stesso modo dal punto di vista che qui

interessa. Perché è evidente, o almeno così a me pare, che, pendendo già il processo con un oggetto individuato e definito nella domanda giudiziale, diversi aspetti della domanda di mediazione finiscono per poter essere sminuiti.

È evidente che un problema di produzione degli effetti sostanziali in relazione a prescrizione e decadenza non emerge, ancorandosi essi alla domanda giudiziale già presentata. Né tantomeno l'organismo potrà avere problemi nella determinazione del valore della lite, già individuato di fronte al giudice. E ancor più semplice potrà essere la narrazione della vicenda umana sottostante, potendosi anche fare riferimento alle narrazioni sempre già contenute nella domanda giudiziale. Fermo restando, poi, la necessità di 'aprirsi' al dialogo di fronte al mediatore.

Né, infine, credo che le parti debbano preoccuparsi di conferire nuovi incarichi ai loro avvocati, per l'assistenza in mediazione, bastando quella procura alle liti siglata all'inizio del processo, con la quale si è attribuito sia il potere di rappresentanza sia il compito di assistenza. È vero che, a rigore, la procura alle liti conferisce all'avvocato poteri di rappresentanza ed assistenza in relazione agli atti del processo (art. 84 c.p.c.) e che, sempre a rigore, gli atti della mediazione si pongono formalmente all'interno di un percorso che è esterno al processo. Ma, mi pare, si scadrebbe in un vero eccesso di formalismo se s'imponesse all'attore⁽²⁰⁾, sulle cui spalle grava l'onere di assolvere alla condizione di procedibilità, di esplicitare l'incarico per la mediazione al suo avvocato.

Ciò perché evidentemente la mediazione qui è intimamente legata al processo, emergendo o come un'attività in sanatoria di un presupposto processuale mancante o come l'obbedienza ad un ordine che il giudice ha impartito nell'esercizio del suo più generale potere direttivo del processo di cui all'art. 175 c.p.c. Del resto se, come è ragionevole, non serve una nuova procura alle liti per porre in essere un atto di riassunzione del processo ai sensi dell'art. 125 disp. att.

⁽²⁰⁾ Il discorso ovviamente vale anche per il convenuto.

c.p.c., ancor meno mi sembra che si potrebbe pretendere un nuovo incarico al proprio avvocato per farsi assistere in una mediazione disposta a processo pendente, che rappresenta una sorta di 'incidente' interno alla via giurisdizionale, insomma una sede nella quale momentaneamente si 'trasferisce' la lite.

Ma, si badi, quella procura non comprende certo anche il potere di rappresentanza sostanziale nella mediazione, che, in ipotesi, è esercitato in sostituzione della parte che per un giustificato motivo sceglie di non partecipare personalmente al tavolo delle trattative. A tale fine l'interessato dovrà attribuire uno specifico ed ulteriore incarico, allo stesso avvocato, che così cumulerebbe due funzioni, o ad altra persona.

Abstract

L'a. si occupa della domanda di mediazione, confrontandola col contenuto della domanda giudiziale, per tracciarne differenze strutturali e differenze di loro «lettura» giuridica. Partendo dall'esclusione del paradigma dell'invalidità dal campo della mediazione, le conseguenze applicative sono tratte dai due differenti punti di vista che le due fattispecie fanno emergere nella crisi di cooperazione, guardando la mediazione alla frattura del rapporto umano, di cui cerca la ricomposizione, ed il processo alla lesione del diritto soggettivo, di cui si vuole l'accertamento.

The Author examines the content of the mediation request, comparing it with the content of the judicial application, to identify structural differences and differences in their legal 'reading'. Starting from the exclusion of the paradigm of invalidity from the field of mediation, practical implications are drawn taking into account the different points of view that the crisis of cooperation entails: while mediation looks at the human relationship, seeking to mend its

breakdown, judicial proceedings focus on the infringement of a substantive right and the respective ascertainment.

MEDIAZIONE E PROCESSO CIVILE RIFORMATO: QUANDO IL GIUDICE DISPONE L'INVIO?

Edoardo Borselli ()*

SOMMARIO: 1. Panoramica generale sulle finestre temporali in cui il giudice dispone l'invio in mediazione. – 2. Il tentativo obbligatorio di mediazione previsto dalla legge: l'art. 171 *bis* c.p.c., il principio del contraddittorio e l'interlocuzione con le parti in vista dell'emanazione del decreto «preliminare». – 3. (segue) L'art. 171 *bis* c.p.c. e la suddivisione delle verifiche preliminari in due «gruppi»; in particolare l'assolvimento della condizione di procedibilità come questione da trattare nelle memorie integrative. – 4. (segue) L'interpretazione secondo cui il giudice, una volta sentite le parti, può ordinare l'esperimento del tentativo di mediazione obbligatorio *ex lege* già con il decreto «preliminare». – 5. Il momento a partire dal quale il giudice può demandare la mediazione. – 6. Procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo e tentativo di mediazione obbligatorio *ex lege*. – 7. Il processo in «*stand-by*».

1. Panoramica generale sulle finestre temporali in cui il giudice dispone l'invio in mediazione. – Nei rapporti fra mediazione e processo civile riformato un profilo rilevante è quello relativo ai momenti in cui il giudice può (o deve) disporre l'invio in mediazione. In proposito si pongono nuovi interrogativi. Da una parte, infatti, il d.lgs. n. 28 del 2010 è stato modificato dalla c.d. riforma Cartabia e dal c.d. Correttivo n. 216 del 27 dicembre 2024; dall'altra, grosse novità

Giustizia consensuale Fasc. 2/2024, 527-557. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) Assegnista di ricerca di Diritto Processuale civile nell'Università di Firenze.

sono state introdotte nel codice di procedura civile dalla medesima riforma e ulteriori modifiche sono state operate dal c.d. Correttivo n. 164 del 31 ottobre 2024.

L'individuazione dell'intera finestra temporale entro cui può collocarsi il provvedimento di invio rappresenta una questione rilevante non solo per approfondire la nuova architettura del rito ordinario con tutte le problematiche, anche di sistema, che questa reca con sé, ma anche nella prospettiva dello studio della mediazione. È noto infatti che il successo di tale percorso di composizione stragiudiziale disposto dal giudice dipende anche dal momento processuale in cui esso si innesta, oltretutto dalla persuasività dell'ordinanza di invio in mediazione ⁽¹⁾.

Un richiamo alle norme rilevanti può risultare utile.

L'art. 5, 2° comma, d.lgs. n. 28 del 2010 afferma, quando la mediazione è prevista dalla legge come condizione di procedibilità della domanda giudiziale – tentativo di mediazione obbligatorio *ex lege* – che il mancato esperimento di tale procedimento è eccepito a pena di decadenza dal convenuto o rilevato d'ufficio dal giudice «non oltre la prima udienza». L'art. 171 *bis* c.p.c., dal canto suo, prevede, per il rito ordinario di cognizione, che il giudice, quando emette il decreto all'esito delle verifiche preliminari, indica alle parti, fra l'altro, la questione relativa al (mancato) assolvimento della condizione di procedibilità della domanda, della quale si tratterà

⁽¹⁾ Sul punto si vedano, su tutti, S. DALLA BONTÀ, *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, 608 s., nonché 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*, Milano, 2015, XIV, XVI. In generale sull'importanza della mediazione come sistema di giustizia complementare si rinvia a M.F. GHIRGA, *La cultura della mediazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2024, 45 ss.; S. DALLA BONTÀ, *Mediation: A Sleeping Beauty. La promessa della giustizia consensuale alla luce della riforma della giustizia civile*, in questa *Rivista*, 2023, 251 ss.; P. LUCARELLI, *Mediazione dei conflitti: una spinta generosa verso il cambiamento*, in questa *Rivista*, 2021, 15 ss. Si osservi che la complementarità dello strumento rispetto alla giustizia «tradizionale» si apprezza anche nell'innesto dell'un procedimento all'interno dell'altro.

nelle memorie integrative *ex art. 171 ter* c.p.c. Il Correttivo non ha apportato grosse innovazioni, procedendo soprattutto ad una più razionale collocazione delle disposizioni citate all'interno del nuovo testo dell'*art. 171 bis* c.p.c.

Quanto alla mediazione demandata, l'*art. 5 quater* d.lgs. n. 28 del 2010 prevedeva che il giudice potesse, sulla base di una serie di indici, disporre l'esperimento del procedimento di mediazione «fino al momento della precisazione delle conclusioni» ⁽²⁾. Il Correttivo al d.lgs. n. 28 del 2010 ha indicato invece come momento finale quello in cui il giudice «fissa l'udienza di rimessione della causa in decisione» ⁽³⁾.

Per ciascuna 'tipologia' di mediazione occorre individuare il primo momento nel quale il giudice può ordinare l'invio nonché lo sbarramento finale.

Sgombriamo subito il campo dai casi che non presentano particolari profili problematici per poi dedicare i successivi paragrafi a quelli che invece necessitano di un più ampio approfondimento.

Cominciamo dall'analizzare il momento ultimo in cui può innestarsi il percorso stragiudiziale. Quando il tentativo di mediazione è obbligatorio *ex lege*, lo sbarramento finale – e ciò vale tanto per il rito ordinario quanto per quello semplificato di cognizione – è collocato in corrispondenza della prima udienza, o meglio è in quella sede previsto il rilievo della questione (su istanza di parte ovvero d'ufficio; *art. 5, 2° comma*, d.lgs. n. 28 del 2010). Non c'è dubbio tuttavia che il giudice, oltre a rilevare, debba anche subito decidere la questione e, se del caso, disporre l'invio in mediazione. È quanto si desume chiaramente dal terzo e quarto periodo della norma, oltreché dal fatto che rinviare la decisione alla fine del processo, in-

⁽²⁾ L'antesignano di questa disposizione, l'*art. 5, 2° comma*, d.lgs. n. 28 del 2010 nella formulazione antecedente alla riforma Cartabia, prevedeva che il medesimo provvedimento fosse adottato «prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista, prima della discussione della causa». Lo sbarramento finale si collocava dunque in un momento leggermente precedente rispetto a quello previsto dal d.lgs. n. 149 del 2022.

⁽³⁾ Con una sorta dunque di riavvicinamento al passato.

sieme alla soluzione di tutte le altre questioni, magari all'esito di un'istruttoria, sarebbe diseconomico e contrario alla *ratio* dell'esperimento del tentativo di mediazione come «condizione di procedibilità».

Come sbarramento finale per la mediazione demandata *ex art. 5 quater* d.lgs. n. 28 del 2010, invece, la formulazione ante-Correttivo prevedeva il momento della precisazione delle conclusioni, che avviene nell'ambito delle note scritte di precisazione delle conclusioni *ex art. 189 c.p.c.* ⁽⁴⁾, in quei modelli decisori che le prevedono e nell'udienza di cui all'art. 281 *sexies* c.p.c. negli altri. Il Correttivo del d.lgs. n. 28 del 2010 rivede il testo della disposizione, escludendo che l'ordinanza di invio in mediazione possa essere emanata dopo che il giudice ha fissato l'udienza di rimessione della causa in decisione. La nuova formulazione si presenta, da un punto di vista terminologico, del tutto in linea con il modello decisorio a trattazione scritta (artt. 189 e 281 *quinqies*, 1° comma, c.p.c.) o mista collegiale (art. 275, 2° comma, e ss. c.p.c.); si mostra invece un po' meno coerente con quello a trattazione mista monocratica (art. 281 *quinqies*, 2° comma, c.p.c.) o con quello di discussione orale (art. 275 *bis* e art. 281 *quinqies* c.p.c.). È però tutto sommato agevole far combaciare in questi casi lo sbarramento finale con l'udienza in cui il giudice fissa la discussione orale.

Resta da trattare il momento a partire dal quale il giudice può disporre l'invio in mediazione tanto nel caso in cui il tentativo sia obbligatorio *ex lege* quanto nel caso della demandata.

Con riferimento al rito semplificato di cognizione, o comunque alle cause aperte con ricorso (si pensi, ad esempio alle controversie locative cui sono applicabili gli artt. 414 ss. c.p.c.), il primo mo-

⁽⁴⁾ Si osservi che le note di precisazione delle conclusioni sono previste, nelle cause di competenza del tribunale in composizione collegiale, oltreché nel modello a trattazione tutta scritta, nel modello a trattazione c.d. mista dall'art. 275, 2° comma, e nella decisione a seguito di discussione orale dall'art. 275 *bis* c.p.c., mentre nelle cause di competenza del tribunale in composizione monocratica, oltreché nella decisione a seguito di trattazione scritta, anche nella trattazione c.d. mista (art. 281 *quinqies*, 2° comma, c.p.c.).

mento utile è rappresentato dalla prima udienza in cui si incontrano parti e giudice. Era stata avanzata l'interpretazione per cui sarebbe possibile disporre l'invio (quantomeno per le ipotesi di tentativo di mediazione obbligatorio *ex lege*) anche prima della costituzione del convenuto, subito dopo il deposito del ricorso, ma tale opzione è stata correttamente scartata⁽⁵⁾ e comunque si tratta di questione non mutata a seguito della riforma Cartabia.

Le maggiori difficoltà si mostrano invece nell'ambito del nuovo rito ordinario di cognizione. Stando alla sola, rigida lettura dell'art. 171 *bis* c.p.c. parrebbe che l'invio in mediazione non possa essere disposto già con il decreto «preliminare». Il legislatore, volendo garantire il contraddittorio sull'assolvimento della condizione di procedibilità, pare aver immaginato di utilizzare le memorie integrative come luogo in cui darvi sfogo, con la conseguenza che il provvedimento di invio potrebbe sopraggiungere solo in prima udienza⁽⁶⁾.

Occorre subito osservare che una simile interpretazione risulta scarsamente in linea con gli obiettivi di speditezza ed efficienza del processo perseguiti dalla riforma Cartabia, oltre ad essere soluzione che probabilmente non garantisce appieno il buon esito della mediazione⁽⁷⁾.

Inoltre, che la lettura della fase introduttiva appena proposta sia l'unica possibile è tutto da dimostrare, specie in considerazione dell'interpretazione che dell'art. 171 *bis* c.p.c. hanno dato il giudice costituzionale, la giurisprudenza di merito e la dottrina. Occorre

⁽⁵⁾ Al riguardo v. D. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, 2ª ed., in *Commentario del codice di procedura civile fondato da S. Chiarloni*, Bologna, 2022, 307, testo e nota 283.

⁽⁶⁾ La versione ante- e post-Correttivo sono simili ma non del tutto analoghe. Sul punto v. *infra*, paragrafo 4, testo e nota 32.

⁽⁷⁾ Sul punto cfr. S. DALLA BONTÀ, *La (nuova) introduzione e trattazione*, cit., 610 ss., la quale osserva che l'invio in sede di verifiche preliminari eviterebbe che il fascicolo diventi nel frattempo un «millefoglie», appesantito dalle memorie integrative, e che le parti si arroccino sulle loro posizioni giuridiche. Come contropartita si osserva che in questa fase non c'è stato ancora un confronto delle parti sul punto. Quest'ultimo tema sarà però oggetto di analisi nel prosieguo del lavoro.

dunque soffermarsi sul punto, trattando separatamente l'ipotesi della mediazione demandata da quella in cui il tentativo è obbligatorio *ex lege*, cominciando da quest'ultima ⁽⁸⁾.

In premessa è opportuno sottolineare che lo scopo della presente indagine è quello di tracciare, all'interno della linea temporale di svolgimento del processo, la barriera oltre la quale – o meglio, da un punto di vista cronologico, prima della quale – non può inserirsi il procedimento di mediazione. Una volta rimossi apparenti ostacoli processuali, la concreta determinazione del momento più utile per disporre l'invio dipende dalle circostanze del caso concreto, oltretutto, naturalmente, dal tipo di tentativo di mediazione per cui il giudice svolge la propria verifica.

2. Il tentativo obbligatorio di mediazione previsto dalla legge: l'art. 171 bis c.p.c., il principio del contraddittorio e l'interlocuzione con le parti in vista dell'emanazione del decreto «preliminare». – Per comprendere se il giudice, già all'esito delle verifiche preliminari, qualora abbia rilevato il mancato assolvimento della condizione di procedibilità, possa immediatamente disporre l'invio in mediazione, occorre partire dal modo in cui il legislatore ha scelto di costruire l'art. 171 *bis* c.p.c. e dalle ragioni di tale scelta. La norma appena richiamata ha infatti creato una bipartizione fra le questioni che il giudice rileva. In un primo gruppo si sono inclusi, fra l'altro, la nullità dell'atto di citazione (art. 164, 2°, 3°, 5° e 6° comma, c.p.c.) o della domanda riconvenzionale proposta in comparsa di risposta (art. 167, 2° comma, c.p.c.), la pretermissione di un litisconsorte necessario (art. 102, 2° comma, c.p.c.), il difetto di rappresentanza, autorizzazione o procura (art. 182 c.p.c.), il vizio nel procedimento di

⁽⁸⁾ Si precisa che quanto si dice con riferimento al tentativo obbligatorio di mediazione vale, con i dovuti distinguo, in generale per le ipotesi in cui l'esperimento di un tentativo di composizione stragiudiziale della controversia è previsto come condizione di procedibilità della domanda e, segnatamente, per la negoziazione assistita di cui al d.l. n. 132 del 2014.

notificazione della citazione (art. 291, 1° comma, c.p.c.), ecc. In un secondo gruppo il legislatore ha invece collocato tutte le innominate «questioni rilevabili d'ufficio» e la verifica dell'assolvimento della condizione di procedibilità cui sia eventualmente soggetta la domanda proposta ⁽⁹⁾. Questa la versione post-Correttivo; quella ante-Correttivo era sostanzialmente identica quanto alla bipartizione in due gruppi e presentava soltanto limitate differenze, all'interno di ciascuno di essi, quanto alle questioni richiamate (da segnalare in

⁽⁹⁾ L'elencazione di alcune verifiche preliminari che il giudice deve compiere *in limine litis* è stata introdotta dalle riforme degli anni '90. Sulle verifiche indicate prima nell'art. 180 c.p.c. e poi nell'art. 183 c.p.c. si vedano, soprattutto, F.P. LUISO, Sub art. 180, in C. CONSOLO, F.P. LUISO, B. SASSANI (diretto da), *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, 116 ss. (l'a. precisa che l'elencazione non è esaustiva e che è opportuno che, per ragioni di speditezza e ordinato svolgimento del processo, vengano esaminate subito tutte le questioni processuali potenzialmente idonee ad assorbire la trattazione nel merito della causa); A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, 131 (che precisa che alcune delle verifiche sarebbero meglio svolte anziché in apertura dell'udienza, una volta avvenuta la definitiva posizione delle domande e delle eccezioni e delle questioni indicate dal giudice). Nell'ambito del rito disegnato dalla riforma Cartabia si afferma generalmente che l'art. 171 bis c.p.c. non impone di svolgere necessariamente in quella sede le attività dallo stesso previste, ma lascia aperta la possibilità al giudice di compierle anche successivamente, e segnatamente in prima udienza. Ciò in considerazione del fatto che il regime di rilievo delle questioni menzionate non è stato modificato e resta disciplinato nelle singole *sedes materiae* – tolto il caso dell'eccezione di incompetenza, dove il Correttivo ha previsto un'anticipazione proprio al momento delle verifiche preliminari. Per tale osservazione v. B. GAMBINERI, *Il procedimento semplificato di cognizione (o meglio il «nuovo» processo di cognizione di primo grado)*, in *Questione Giustizia*, 1, 2023, 6; A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile*, Torino, 2023, 45; ID., *Due modelli processuali a confronto: il rito ordinario e quello semplificato*, in *Giur. it.*, 2023, 699; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile. II. Il processo di cognizione*, 14^a ed., Milano, 2024, 30; R. PEZZELLA, *Prime riflessioni sulla nuova fase introduttiva e di trattazione del giudizio di cognizione di primo grado*, in *Giust. civ.*, 2023, 278; C. DELLE DONNE, Sub art. 171-bis c.p.c., in R. TISCINI (a cura di), *La riforma Cartabia del processo civile*, Pisa, 2023, 291, 292 s. È tuttavia evidente che una rilevazione precoce, laddove possibile, è in grado di assicurare maggiormente la speditezza e l'ordinato svolgimento del processo, consentendo allo stesso di epurarsi prima dell'eventuale vizio ed evitando di tornare indietro quando si sono già svolte numerose attività.

particolare che nell'ambito del secondo gruppo era ricompresa la verifica circa la sussistenza dei presupposti per procedere con il rito semplificato).

A tale bipartizione corrisponde una diversa disciplina processuale: per il primo gruppo è sancito che il giudice adotti immediatamente il provvedimento di sanatoria previsto di volta in volta dalla legge; per il secondo che si limiti a indicare la questione e poi consenta alle parti di sfogare il contraddittorio sul punto nelle memorie integrative ⁽¹⁰⁾.

Senza richiamare tutte le problematiche che sono emerse con riferimento all'art. 171 *bis* c.p.c., norma centrale per quanto riguarda la fase introduttiva nel nuovo processo ordinario di cognizione, si pone l'attenzione in questo paragrafo sulla potenziale frizione di tale disposizione con il diritto di difesa delle parti.

Fin da subito la dottrina ha sottolineato come la circostanza che il giudice adotti i provvedimenti del primo gruppo in solitaria possa rappresentare una lesione del principio del contraddittorio, oltreché risultare in certi casi addirittura contraria al canone di efficienza (si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui si dispone l'avvio di un provvedimento di sanatoria perché il convenuto è contumace e non risulta agli atti la regolare notificazione della citazione, quando però l'attore ha in mano i documenti che proverebbero il contrario; in questo caso un previo confronto con la parte avrebbe permesso di

⁽¹⁰⁾ Oltre alla chiara lettera della norma si veda anche la Relazione illustrativa al d.lgs. n. 149 del 2022 che, con riferimento all'art. 171 *bis* c.p.c., afferma: «nel caso in cui il giudice abbia a effettuare rilievi e ad assumere provvedimenti in ordine a tali profili, gli stessi sono poi trattati dalle parti nelle memorie integrative di cui all'articolo 171-*ter* c.p.c.». Se prima del Correttivo poteva sorgere il dubbio, invero non troppo plausibile, che la locuzione «Tali questioni sono trattate dalle parti nelle memorie integrative di cui all'articolo 171-*ter*» si riferisse solo alle questioni del secondo gruppo, successivamente, alla luce della riformulazione della norma, tale dubbio non ha più alcuna ragione di porsi. Sul punto v. anche L. SALVANESCHI, *Luci e ombre nello Schema di decreto legislativo correttivo e integrativo delle disposizioni processuali introdotte con la riforma Cartabia*, in <www.judicium.it>, 04.04.2024, par. 4.

evitare un inutile differimento dell'udienza)⁽¹¹⁾. Per porre rimedio a tali inconvenienti la dottrina ha proposto di far precedere l'emissione del decreto «preliminare» da un momento di interlocuzione con le parti, in particolare immaginando che il giudice fissi un'udienza *ad hoc* (in presenza o in videocollegamento)⁽¹²⁾, in applicazione del suo generale potere di direzione del processo previsto dall'art. 175 c.p.c.⁽¹³⁾.

⁽¹¹⁾ Inoltre poiché il giudice deve svolgere numerose verifiche, talvolta non semplici, in pochi giorni e in un contesto di sovraccarico del ruolo, sebbene con l'ausilio degli addetti all'Ufficio per il processo, lo studio del fascicolo può risultare non sempre sufficientemente approfondito.

⁽¹²⁾ Sul sacrificio del contraddittorio che comporterebbe una lettura 'rigida' dell'art. 171 *bis* c.p.c. e sulla previsione di un momento di interlocuzione antecedente all'emanazione del decreto previsto dalla norma, nonché sulla necessità che il confronto con le parti non avvenga in una fase troppo avanzata v. B. GAMBINERI, *Il procedimento semplificato*, cit., 1 ss., spec. 6; E. MENCHINI, E. MERLIN, *Le nuove norme sul processo ordinario di primo grado davanti al tribunale*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 588 ss.; I. PAGNI, *Tra oralità e scrittura: il rischio delle decisioni a sorpresa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2024, 2 ss., spec. 17; L. SALVANESCHI, *Luci e ombre*, cit., par. 3; M. DE CRISTOFARO, *La Consulta ed il 171 bis c.p.c.: il contraddittorio «è» solo se è preventivo*, in *Giur. it.*, 2024, 2097 ss., spec. 2099; R. PEZZELLA, *Prime riflessioni sulla nuova fase introduttiva*, cit., 276 s.; F.M. SIMONCINI, *Le verifiche preliminari ex art. 171 bis c.p.c. al vaglio della Corte costituzionale (a proposito di Trib. Verona, ord. 23 settembre 2023, n. 150)*, in <www.judicium.it>, 21.02.2024, par. 4. Si vedano poi anche G. TRISORIO LIUZZI, *La fase introduttiva del giudizio civile di primo grado dinanzi al tribunale*, in *Giusto proc. civ.*, 2023, 41 ss., spec. 43 e G. SCARSELLI, *La procedura civile del nostro tempo (nota a Corte Cost. 3 giugno 2024 n. 96 sull'art. 171 bis c.p.c.)*, in *Giustizia insieme*, 31.07.2024, par. 2.7 i quali, pur condividendo l'esigenza di una interlocuzione con le parti anticipata rispetto all'emissione del decreto «preliminare», ritengono impossibile, *de jure condito*, inserire nel procedimento l'udienza «filtro». Il problema del rispetto del contraddittorio con riferimento alla nuova disciplina delle verifiche preliminari è già messo in luce da F. COSSIGNANI, *Riforma Cartabia. Le modifiche al primo grado del processo di cognizione ordinario*, in *Giustizia insieme*, 22 febbraio 2023, par. 2.4. Sottolinea infine problemi di contraddittorio emersi in fase di attuazione della legge delega anche A. CHIZZINI, *La recente novella del processo civile: un quadro generale*, in *Jus*, 2023, 211 ss.

⁽¹³⁾ Questa norma, da sempre prevista nel codice di procedura civile, è tornata recentemente sotto le luci della ribalta, proprio nella fattispecie in parola. Sul potere direttivo del giudice si vedano, fra gli altri, E. FAZZALARI, *La funzione del giudi-*

Un simile modo di procedere ha poi trovato concreta applicazione, poiché i giudici di merito hanno effettivamente fissato udienze *ad hoc*, variamente denominate (udienza «filtro», «preliminare», «ponte», ecc.) in vista dell'assunzione di alcuni dei provvedimenti di cui all'art. 171 *bis* c.p.c. ⁽¹⁴⁾. Lo sviluppo copioso di tale prassi è stato incoraggiato dalle indicazioni interpretative e linee guida elaborate dai tribunali ⁽¹⁵⁾ nonché dalle soluzioni sviluppate in seno agli Osservatori sulla Giustizia civile ⁽¹⁶⁾.

ce nella direzione del processo civile, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 64 ss., spec. 65-7; L.P. COMOGLIO, *Direzione del processo e responsabilità del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, 19 ss.; sul tema v. da ultimo il lavoro monografico di F. BARBIERI, *La direzione del giudice e l'economia processuale*, Napoli, 2024.

⁽¹⁴⁾ V., ad esempio, Trib. Bologna, decr., 29 luglio 2024, in *Dejure*, dove l'udienza «filtro» è stata fissata per discutere su di un'eccezione di incompetenza territoriale (in termini simili Trib. Vercelli, decr., 14 giugno 2024, in <www.ilcaso.it>); Trib. Bologna, decr., 6 maggio 2024, che ha fissato l'udienza «filtro» per la discussione della questione della tardività dell'opposizione al decreto ingiuntivo (nello stesso senso anche Trib. Bologna, decr., 22 dicembre 2023; entrambe in *Dejure*); Trib. Roma, decr., 22 giugno 2023, inedita, dove l'udienza in parola era destinata alla discussione circa l'opportunità di disporre il mutamento di rito; Trib. Firenze, decr., 5 dicembre 2023, inedita, con udienza «filtro» fissata per la discussione dell'assolvimento della condizione di procedibilità (nel caso di specie il tentativo obbligatorio di mediazione; similmente ma in un caso di previo necessario esperimento del tentativo di negoziazione assistita Trib. Modena, decr. m11 maggio 2023, in <www.inmedio.it>).

⁽¹⁵⁾ Cfr. il verbale della riunione *ex* art. 47 *quater* ord. giud. del Tribunale di Verona dell'11 maggio 2023, punto 5, ultimo capoverso; nonché le Linee guida del Tribunale di Cuneo del 27 giugno 2023, punto 3, penultimo capoverso.

⁽¹⁶⁾ Al riguardo v. la bozza della proposta di Protocollo elaborata dall'Osservatorio sulla Giustizia civile di Firenze presentata in occasione del Convegno tenutosi presso l'Università degli Studi di Firenze l'8 novembre 2024, art. 1: «Il giudice, nell'ambito del suo potere di direzione del processo *ex* art. 175 c.p.c. e della ravviata esigenza di economia processuale ed accelerazione della tutela dei diritti azionati in sede giudiziale, può fissare, su istanza di parte o d'ufficio, con provvedimento *ad hoc* anche prima dell'emanazione del decreto *ex* art. 171 *bis* c.p.c., un'udienza anteriore a quella *ex* art. 183 c.p.c., in cui è attivato il contraddittorio delle parti sull'oggetto specifico da trattare». Alle spalle di tale documento si pone la proposta n. 1 elaborata dagli Osservatori riuniti all'esito dell'assemblea nazionale tenutasi a Catania dal 16 al 18 giugno 2023 che incentiva a «valorizzare soluzioni interpretative che consentano al giudice, all'esito delle verifiche preliminari, di sti-

Da ultimo, come noto, la Corte Costituzionale, con la sentenza 3 giugno 2024, n. 96 ⁽¹⁷⁾ ha avallato questa prassi interpretativa e anzi ha sottolineato come il rispetto del contraddittorio in via anticipata sia necessario per assicurare la conformità dell'art. 171 *bis* all'art. 24 Cost. La Consulta era stata infatti chiamata dal Tribunale di Verona ⁽¹⁸⁾ a pronunciarsi anche su tale questione, poiché rispetto al parametro appena citato era parsa incostituzionale la previsione dell'adozione in solitaria di provvedimenti con cui il giudice impartisce un ordine di sanatoria, che, se non rispettato, determina la cancellazione della causa dal ruolo o l'estinzione del processo. Con un'interpretativa di rigetto, il giudice delle leggi ha affermato che la chiusura in rito del giudizio, conseguente al mancato ottemperamento a tali ordini, non può mai essere pronunciata se prima le parti non hanno avuto modo di interloquire sulla questione. Se, ad esempio, il giudice ritiene che manchi un litisconsorte necessario o che l'atto di citazione sia invalido può fissare un'udienza *ad hoc* per far discutere sulla questione (facendo uso del potere previsto dall'art. 175 c.p.c.) oppure disporre direttamente che una delle parti attivi il procedimento di sanatoria, rinviando la discussione all'udienza *ex art.* 183 c.p.c. In ogni caso il giudice, verificato che il procedimento di sanatoria non è stato avviato o non è stato portato a conclusione, può adottare i provvedimenti «sanzionatori» previsti

molare il contraddittorio delle parti su questioni, emerse dalla lettura degli atti introduttivi (...)» e poco dopo: «Tale contraddittorio dovrebbe avvenire mediante la fissazione di apposita udienza che impedisca il decorso dei termini per il deposito delle memorie *ex art.* 171 *ter* c.p.c. per un periodo determinato e breve» (cfr. L. BREGGIA, *Una proposta degli osservatori sulla giustizia civile in merito alla riforma del processo civile. Tra buone prassi e auspicati correttivi al d.lgs. n. 149 del 2022*, in questa *Rivista*, 2023, 384).

⁽¹⁷⁾ Il testo integrale è reperibile sul sito della Corte Costituzionale.

⁽¹⁸⁾ Trib. Verona, ord., 22 settembre 2023, in *Giur. it.*, 2024, 1080 ss. con nota di D. VOLPINO, *Il nuovo art. 171-bis censurato di incostituzionalità*. Il provvedimento è annotato anche da G. SCARSELLI, *Il Tribunale di Verona dubita della legittimità costituzionale dell'art. 171-bis c.p.c. per eccesso di delega e violazione del principio del contraddittorio*, in *Giustizia insieme*, 14.11.2023 e da F.M. SIMONCINI, *Le verifiche preliminari*, cit.

dalla legge per tale inattività solo dopo che le parti, che ne abbiano fatto richiesta, siano state messe nella condizione di interloquire sul punto ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁹⁾ Cfr. Corte cost. n. 96 del 2024, punto 8 e relativi sottoparagrafi. Non tutti concordano, con la Consulta, che il diritto di difesa sia assicurato solo se il contraddittorio si svolge in via anticipata; secondo taluni, infatti, l'art. 24 Cost. è rispettato anche in un sistema in cui il contraddittorio è «recuperato» successivamente, tramite la revoca del provvedimento da parte del giudice che lo ha emanato, che è stato convinto dalla parte interessata dell'inesistenza del vizio che aveva dato luogo all'ordine di sanatoria. Sostengono l'idea del contraddittorio necessariamente anticipato M. DE CRISTOFARO, *La Consulta ed il 171 bis c.p.c.*, cit., 2099 s.; G. REALI, *La fase introduttiva e della trattazione*, in *La riforma del processo civile* a cura di D. DALFINO, ne *Gli speciali*, 4, 2022, 91 e, se ben si comprende, M. BOVE, *La trattazione nel processo ordinario di primo grado tra riforma Cartabia, intervento della Corte costituzionale e annunciato «correttivo»*, in <www.judicium.it>, 13.06.2024, par. 3. Di contrario avviso sono invece: A.A. ROMANO, *L'interpretazione adeguatrice*, cit., 2093 ss. (l'a. è cauto nel caldeggiare la fissazione dell'udienza «filtro», perché ritiene che se può essere utile in casi eccezionali, spesso può essere causa di inutile spreco di tempo; sul punto v. anche, ID., *Una censurabile applicazione dei nuovi artt. 171-bis e 171-ter c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2023, 2105 ss.); A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile*, cit., 43 sebbene non in maniera esplicita; F.M. SIMONCINI, *Le verifiche preliminari*, cit., par. 4. Se non si ritiene necessario il contraddittorio anticipato, occorre accettare l'infelice alternativa entro cui resta stretta la parte destinataria dell'ordine: avviare comunque il procedimento di sanatoria, anche se non convinta della sua legittimità, non potendo esser certa in anticipo della revoca del decreto «preliminare», oppure rimanere inerte, sopportando però in questo caso il rischio che poi il giudice pronunci il provvedimento sanzionatorio.

L'interpretazione della Consulta, che lascia aperti alcuni interrogativi (su cui v. A.A. ROMANO, *L'interpretazione adeguatrice*, cit., 2095 s.), non è stata espressamente recepita dal decreto Correttivo al c.p.c. del 31 ottobre scorso, come invece aveva auspicato D. DALFINO, *Le verifiche preliminari e l'udienza «filtro»: garanzia del contraddittorio sulle questioni «liquide» e poteri di direzione del processo*, in *Foro it.*, 2024, I, 1645. Per una proposta di riformulazione dell'art. 171 bis c.p.c. che tenga conto di quanto affermato dalla sentenza della Corte Costituzionale v. C. CONSOLO, *Postilla ai commenti di A.A. Romano e M. De Cristofaro alla Corte cost.*, 3 giugno 2024, n. 96, in *Giur. it.*, 2102.

3. (segue) *L'art. 171 bis c.p.c. e la suddivisione delle verifiche preliminari in due «gruppi»; in particolare l'assolvimento della condizione di procedibilità come questione da trattare nelle memorie integrative.* – Chiarito che, per risultare compatibile con il principio del contraddittorio, l'art. 171 *bis* c.p.c. va letto nel senso sopra indicato, occorre proseguire il discorso analizzando il differente trattamento processuale che il legislatore delegato pare aver riservato (e poi confermato, a seguito dell'emanazione del Correttivo) alle questioni previste nei due gruppi, nonché la ragione giustificatrice di tale diverso trattamento.

Cominciamo dicendo che anche quest'ultima questione è stata sottoposta all'attenzione della Consulta a causa di un paventato contrasto con l'art. 3 Cost. La Corte, nella citata sentenza n. 96 del 2024, ne ha affermato la legittimità costituzionale, con l'argomento che i due gruppi sono tra loro differenti poiché le ipotesi appartenenti al primo, diversamente da quelle del secondo, 1) sarebbero suscettibili di sfociare in un ordine di sanatoria capace di dilazionare l'udienza *ex* art. 183 c.p.c., e 2) sarebbero più «liquide», ovvero caratterizzate da un più basso tasso di controvertibilità ⁽²⁰⁾.

Ora, la non divisibilità di tali giustificazioni si coglie proprio prendendo a parametro la verifica dell'assolvimento della condizione di procedibilità. Con riferimento alla motivazione *sub* 2) si può affermare che è quantomeno discutibile che la ricorrenza di un'ipotesi di litisconsorzio necessario, ovvero l'invalidità dell'atto di citazione per incertezza sugli elementi di identificazione della domanda – collocate nel primo gruppo – siano questioni generalmente più «liquide» rispetto alla verifica dell'assolvimento del preventivo esperimento di un tentativo di mediazione, negoziazione assistita, ecc. ⁽²¹⁾.

⁽²⁰⁾ Cfr. Corte cost. n. 96 del 2024, punto 7. Concorde sul punto, sebbene al tema sia fatto solo un velocissimo cenno, A.A. ROMANO, *L'interpretazione adeguatrice*, cit., 2093.

⁽²¹⁾ Non a caso nel commentare la suddivisione in due gruppi e nell'affermare la necessità di contraddittorio sulle questioni del secondo si è fatto riferimento

Allo stesso tempo anche la motivazione *sub* 1) non pare del tutto convincente: infatti la verifica del mancato assolvimento della condizione di procedibilità determina un rinvio della prima udienza non certo trascurabile (nel caso della mediazione, di almeno sei mesi, secondo le novità introdotte dal Correttivo all'art. 6 d.lgs. n. 28 del 2010).

È però possibile ipotizzare che sia un'altra la ragione che ha spinto il legislatore a prevedere questo diverso trattamento processuale con riferimento ai due gruppi. Siccome nelle ipotesi elencate nel primo il procedimento di sanatoria porta il processo a regredire (si pensi al caso in cui il giudice ordina di rinnovare l'atto di citazione invalido per consentire al convenuto l'adeguato esercizio dei suoi poteri difensivi), si è voluto collocare la relativa verifica in un momento molto anticipato ⁽²²⁾. La stessa esigenza non si pone con riferimento a quelle elencate nel secondo gruppo.

Anche ponendoci all'interno di una prospettiva di questo tipo, che valorizza evidentemente al massimo la ragionevole durata del processo, si può affermare che il trattamento della condizione di procedibilità alla stregua delle questioni del primo gruppo risulterebbe ben più vantaggioso e maggiormente in linea con gli obiettivi prefissati, in quanto, anticipando il tentativo di mediazione, sarebbe

principalmente, se non esclusivamente, alle innominate «questioni rilevabili d'ufficio» che ricomprendono tutte le altre questioni processuali e di merito, rispetto alle quali davvero le parti hanno spesso bisogno di prendere posizione. Cfr. A. CARRATTA, *Due modelli processuali a confronto: il rito ordinario e quello semplificato*, in *Giur. it.*, 2023, 699; ID., *Le riforme del processo civile*, cit., 41.

⁽²²⁾ In dottrina si è usata la metafora del «gioco dell'oca» per descrivere l'inconveniente che si sarebbe avuto laddove il legislatore delegato non avesse introdotto, in generale, le verifiche preliminari di cui all'art. 171 *bis* c.p.c. (sul punto v. D. BUONCRISTIANI, *Il processo di primo grado. Introduzione, preclusioni, trattazione e decisione*, in C. CECHELLA (a cura di), *Il processo civile dopo la riforma*, Bologna, 2023, 54; I. PAGNI, *Tra oralità e scrittura*, cit., 19; già S. BOCCAGNA, *Le norme sul giudizio di primo grado nella delega per la riforma del processo civile: note a prima lettura*, in *Dir. proc. civ. it. comp.*, 2022, 262).

possibile giungere a una chiusura precoce del giudizio qualora le parti riuscissero a raggiungere l'accordo fuori dal processo ⁽²³⁾.

4. (segue) *L'interpretazione secondo cui il giudice, una volta sentite le parti, può ordinare l'esperimento del tentativo di mediazione obbligatorio ex lege già con il decreto «preliminare».* – È giunto dunque il momento di tirare le fila del discorso condotto nei due precedenti paragrafi. Ferma la necessità di garantire il rispetto del principio del contraddittorio, occorre aderire a un'interpretazione sistematica e teleologicamente orientata ⁽²⁴⁾ dell'art. 171 *bis* c.p.c., che

⁽²³⁾ Critico verso la previsione della decisione sull'invio in mediazione solo all'udienza M. BOVE, *La trattazione nel processo ordinario*, cit., par. 3, il quale, dopo aver rilevato che il Correttivo pare confermare la precedente formulazione del 171 *bis* c.p.c. sotto questo profilo, osserva: «può essere discutibile questo trattamento che, per un verso, sembra poco giustificato a fronte del diverso trattamento riservato alle questioni di rito sopra individuate e, per altro verso, sembra dispendioso, visto che, secondo lo schema di gioco immaginato dal legislatore, le parti si troverebbe a trattare la causa prima che il giudice decida di rinviarle in mediazione, quando, invece, poteva forse essere più ragionevole eliminare l'incombenza data dalla condizione di procedibilità prima di ogni altra attività». Nello stesso senso anche M. DE CRISTOFARO, *La Consulta ed il 171 bis c.p.c.*, cit., 2098: «Se invece risultasse che a nessuno è venuto in mente di assolvere la condizione di procedibilità, ovvie ragioni d'efficienza richiedono che venga dato sin da subito il termine per l'avvio di mediazione o negoziazione assistita»; F. COSSIGNANI, *Riforma Cartabia*, cit., par. 2.2: «Poiché la prima udienza è differita rispetto all'attività di integrazione definitiva della domanda e delle difese delle parti, l'introduzione della mediazione verrà disposta in un momento in cui le parti hanno già compiuto diversi atti processuali, con notevole spreco di energie. Sarebbe stato dunque preferibile anticipare il controllo (cfr. art. 171 *bis*) e, soprattutto, l'adozione dei provvedimenti conseguenti».

⁽²⁴⁾ Su tale tipo di interpretazione e quindi sulla necessità di inquadrare la singola disposizione all'interno del sistema di riferimento v. P. PERLINGERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti. II. Fonti e interpretazione*, 4ª ed., Napoli, 2020, 285 ss.; A. GIULIANI, *Interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno. I. Premesse e disposizioni generali*, Torino, 1982, 218 ss., spec. 220; E. PARESCHE, voce *Interpretazione (filosofia)*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, 227 ss.; N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, 204 ss.; ID., *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*,

valorizzi la funzione che il legislatore ha inteso attribuire alle verifiche preliminari nel complesso degli obiettivi di efficienza e speditezza che hanno ispirato la riforma del processo civile. L'interpretazione cui si fa riferimento è naturalmente quella per cui il giudice, già in sede di verifiche preliminari può non solo rilevare il mancato assolvimento della condizione di procedibilità ma anche pronunciarsi sullo stesso e ordinare alle parti di avviare il procedimento di mediazione ⁽²⁵⁾.

Non si potrebbe obiettare che in questo modo si escluderebbe un contraddittorio che il legislatore ha invece voluto assicurare quando ha previsto che le parti trattino della questione nelle memorie integrative. Secondo l'interpretazione che il giudice delle leggi ritiene costituzionalmente doverosa, infatti, il contraddittorio (anticipato) deve comunque essere garantito, anche quando il giudice provvede direttamente all'esito delle verifiche preliminari. Nel caso in esame, così come rispetto ad altre verifiche, sarà necessario e suf-

oggi in *Saggi sulla scienza giuridica*, Torino, 2011, 17 ss.; v. anche il classico manuale di metodologia giuridica: K. LARENZ, C.W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., Berlino, 1995, 141 ss., spec. 153 ss.

⁽²⁵⁾ Una simile interpretazione è stata adottata da alcuni giudici di merito. V., ad esempio, Trib. Firenze, 5 dicembre 2023, cit., dove il giudice fissa un'udienza *ad hoc* in vista dell'emanazione del decreto preliminare per discutere dell'assolvimento della condizione di procedibilità che aveva rilevato come carente; Trib. Modena, 11 maggio 2023, cit., in un caso in cui invece la controversia era soggetta al previo obbligatorio tentativo di negoziazione assistita. La soluzione proposta nel testo è anche esplicitata nella bozza della proposta di Protocollo elaborata dall'Osservatorio sulla Giustizia civile di Firenze presentata in occasione del Convegno tenutosi presso l'Università degli Studi di Firenze l'8 novembre 2024, art. 2, terzo paragrafo (nella nota 2 si precisa che, nonostante la lettera della legge sembri prevedere la possibilità di adottare il relativo provvedimento solo in udienza, «si ritiene che questo preventivo contraddittorio sul punto possa definire e risolvere la questione dell'eventuale improcedibilità della domanda, con assunzione del provvedimento di fissazione del termine per l'instaurazione della procedura di mediazione obbligatoria prima della redazione delle memorie ex art. 171 *ter* c.p.c., salvaguardando l'economia processuale ed evitando l'incremento delle spese legali e un irrigidimento delle posizioni che può concretamente pregiudicare le possibilità di definizione bonaria della lite». In dottrina tale interpretazione è sostenuta da R. PEZZELLA, *Prime riflessioni sulla nuova fase introduttiva*, cit., 276 s.

ficiente che disponga un'interlocuzione con le parti, tramite note scritte o meglio fissando un'udienza «filtro», da tenersi – se la condizione di procedibilità è l'unica questione di cui discutere ⁽²⁶⁾ – anche in videocollegamento ⁽²⁷⁾. Che un contraddittorio solo orale sia qui sufficiente non può seriamente essere messo in discussione; del resto questo avveniva nel vecchio rito, quando il confronto sul punto si esauriva nella sola discussione in prima udienza e a nessuno è mai venuto in mente di dubitare della legittimità di tale *modus procedendi*.

Non pare neppure sostenibile che una decisione sulla verifica dell'assolvimento della condizione di procedibilità possa essere assunta solo una volta che, scambiate le memorie integrative, si abbia 1) la definitiva posizione delle domande e delle eccezioni, e 2) siano maturate le preclusioni istruttorie.

Quanto al primo punto si osserva quanto segue: se il profilo controverso è l'esperimento di un tentativo effettivo di mediazione, la questione si risolve (*rectius* si dovrebbe risolvere ⁽²⁸⁾) sulla base del verbale di mediazione e nessun rilievo assumono le attività delle memorie; se invece il punto controverso è se la specifica lite rientri in una delle materie previste dall'art. 5, 1° comma, d.lgs. n. 28 del 2010, per sciogliere tale questione sarà perlopiù sufficiente la corretta identificazione del diritto compiuta nell'atto introduttivo del giudizio e, se necessario, la discussione che si svolge nell'ambito dell'udienza filtro. Certo non si può escludere che sussistano ipotesi nelle quali è invece necessario attendere quanto emerge dalle me-

⁽²⁶⁾ Lo strumento più adatto per attuare il confronto fra le parti dipende anche dal tipo di questioni di cui si deve discutere.

⁽²⁷⁾ V. *supra* paragrafo 2.

⁽²⁸⁾ È noto infatti che nella prassi i verbali con cui il mediatore certifica il mancato raggiungimento dell'accordo sono estremamente sintetici, probabilmente perché in questo modo il mediatore pensa di assolvere in maniera più piena al proprio dovere di riservatezza e perché vuole evitare che le parti si irrigidiscano e si mettano a discutere sul contenuto delle attestazioni da inserire nel verbale negativo, che verrà utilizzato nel successivo processo.

morie ⁽²⁹⁾, ma il punto è che tale eventualità non può legittimare l'introduzione di un termine processuale dilatorio per il giudice.

Quanto al punto 2) non sembra condivisibile l'obiezione per cui una decisione non potrebbe essere assunta prima dello spirare dei termini per il deposito delle prove documentali – e cioè nell'ambito della seconda e terza memoria integrativa – in quanto fino a tale momento la parte interessata avrebbe la facoltà di produrre il verbale di mediazione ⁽³⁰⁾. Se così fosse, lo stesso dovrebbe valere, ad esempio, per i documenti che provano la regolarità della notifica; eppure tale questione, per espressa previsione di legge, può essere decisa già all'esito delle verifiche preliminari. Nell'uno come nell'altro caso il giudice, in occasione della preventiva interlocuzione delle parti, chiederà loro di integrare l'eventuale documentazione mancante e necessaria per provvedere ⁽³¹⁾. Inoltre, anche prima della

⁽²⁹⁾ Dalle attività svolte all'interno delle memorie può infatti risultare più chiaro qual è il tema della controversia. Al riguardo è però opportuno sottolineare che l'oggetto della mediazione può divergere dall'oggetto del processo, in quanto la prima è la sede in cui emerge tutto quanto ha occasionato la controversia (v., sul punto, S. DALLA BONTÀ, *Mediazione e processo. Note a margine di recenti pronunce giurisprudenziali*, in <www.judicium.it>, 04.07.2024, par. 8). Tuttavia l'individuazione del tema della lite contenuto nella domanda di mediazione (art. 4, 2° comma, d.lgs. n. 28 del 2010) serve anche al giudice al fine di verificare se la condizione di procedibilità è stata correttamente assolta (v. al riguardo M. FABIANI, *Profili critici del rapporto fra mediazione e processo*, in *Società*, 2010, 1145 ss.; D. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, cit., 143, 145, 159; G. IMPAGNATIELLO, *La domanda di mediazione: forma, contenuto, effetti*, in <www.judicium.it>, 01.04.2014, par. 4) e tanto basta per affermare la possibilità e, nell'ottica del giudice, la doverosità di un oculato raffronto fra gli oggetti dei due procedimenti. Per ulteriori considerazioni sul punto si veda, se si vuole, 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.

⁽³⁰⁾ Anzi una parte della dottrina ha letto come dimenticanza da parte del legislatore il fatto che non sia richiesta anche la prova dell'assolvimento degli oneri richiesti per superare la condizione (così espressamente F. COSSIGNANI, *Riforma Cartabia*, cit., par. 2.2).

⁽³¹⁾ Si consideri peraltro che la legge ha previsto che nell'atto introduttivo del giudizio venga inserita l'indicazione dell'assolvimento della condizione di procedi-

riforma, la decisione sulla condizione di procedibilità veniva assunta nella vecchia udienza *ex art. 183 c.p.c.*, prima del maturare delle preclusioni istruttorie e tuttavia sul punto non erano mai stati sollevati problemi.

In conclusione si ritiene che non debba essere posto un eccessivo accento sulla suddivisione in due gruppi operata dall'art. 171 *bis* c.p.c.: così come lo sfogo del contraddittorio nelle tre memorie può risultare eccessivo nell'ipotesi della rilevazione del mancato assolvimento della condizione di procedibilità, così, specularmente, ci sono questioni del primo gruppo per le quali si mostra opportuno concedere alle parti la possibilità di discuterne nelle memorie dell'art. 171 *ter* c.p.c.: al giudice, insomma, può essere mantenuto il potere discrezionale di scegliere il canale entro cui far sfogare il contraddittorio ⁽³²⁾.

bilità (art. 163, 3° comma, n. 3 *bis*, c.p.c.). Il problema del mancato esperimento del tentativo obbligatorio di composizione stragiudiziale della controversia si porrà dunque quando l'attore non dice niente nell'atto di citazione (al riguardo v. G. TRISORIO LIUZZI, *La fase introduttiva*, cit., 29) oppure quando le parti si trovino in disaccordo sull'espletamento di un (effettivo) tentativo di mediazione (queste le ipotesi, salvo considerare anche il caso – non troppo verosimile – in cui sia lo stesso attore ad affermare che non ha soddisfatto la condizione di procedibilità nel momento in cui redige l'atto di citazione).

⁽³²⁾ L'interpretazione proposta non pare peraltro più produrre una forte frizione con il dato letterale dopo l'intervento Correttivo n. 164. A differenza della precedente versione, dove poteva sembrare che una volta ritenuta opportuna la trattazione delle questioni del secondo gruppo, essa dovesse avvenire necessariamente nelle memorie integrative, il nuovo terzo comma dell'art. 171 *bis* c.p.c., come modificata dal Correttivo, presenta oggi una formulazione più morbida: «il giudice (...) indica alle parti le questioni rilevabili d'ufficio di cui ritiene opportuna la trattazione nelle memorie integrative di cui all'articolo 171-ter, anche con riguardo alle condizioni di procedibilità della domanda» (corsivo aggiunto). Si potrebbe leggere la disposizione come un'esortazione al giudice a selezionare le questioni per cui è opportuna la trattazione nelle memorie integrative e, per differenza, quelle per cui la trattazione può essere svolta in altre forme, ad esempio proprio per mezzo dell'udienza filtro. In effetti, nella congerie delle innominate questioni rilevabili d'ufficio, è possibile che alcune, a seconda del caso di specie, si prestino ad essere decise solo all'esito della definitiva e più precisa determinazione del *thema decidendum* (si pensi, ad esempio, a giurisdizione, interesse ad agire, legittimazione ad

5. *Il momento a partire dal quale il giudice può demandare la mediazione.* – Con riferimento alla mediazione demandata ex art. 5 *quater* d.lgs. n. 28 del 2010 il discorso è diverso in quanto non si rintracciano nella legge né specifici limiti né indicazioni circa la possibilità per il giudice di disporre l'esperimento di un tentativo di mediazione sin dal momento delle verifiche preliminari. Tuttavia alla luce di quanto detto sopra risulta agevole concludere per la soluzione positiva.

Il punto è particolarmente rilevante se ci si pone nella prospettiva di chi ritiene che le possibilità di raggiungere l'accordo risultano tanto più alte quanto più il processo si trovi agli esordi, quando le parti non si sono ancora irrigidite sulle proprie posizioni, in conseguenza del dispiegamento dei mezzi di attacco e di difesa, e non hanno ancora maturato un'ostinata «avversione alla perdita» ⁽³³⁾.

Come si diceva, non ci sono ostacoli giuridici all'individuazione della fase delle verifiche preliminari quale primo momento utile per

agire). Per tale riflessione v., di nuovo, A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina*, cit., 131. Raramente esibisce questa caratteristica la questione dell'assolvimento della condizione di procedibilità e quindi meglio avrebbe fatto il Correttivo a toglierla del tutto dal secondo gruppo di verifiche e a inserirla nel primo, come ha fatto per la questione del mutamento del rito. Con riferimento a quest'ultima, le critiche circa la sua decidibilità solo alla prima udienza erano state molteplici ed erano lì motivate, a onor del vero, soprattutto sulla considerazione che un mutamento disposto solo in udienza sarebbe stato inutile perché tardivo (v., fra gli altri, B. GAMBINERI, *Il procedimento semplificato*, cit., 9 s.; A. MOTTO, *Prime osservazioni sul procedimento semplificato di cognizione*, in <www.judicium.it>, 16.01.2023, par. 2; G. BALENA, *Il (semi)nuovo procedimento semplificato di cognizione*, in *Giusto proc. civ.*, 2023, 20, nota 29; sulla disciplina post-Correttivo v. L. SALVANESCHI, *Luci ed ombre*, cit., par. 6; M. BOVE, *La trattazione nel processo ordinario*, cit., par. 3).

⁽³³⁾ Sul punto si rinvia agli studi di S. DALLA BONTÀ, *La (nuova) trattazione*, cit., 610 ss., testo e nota 28, dove si rinvencono ulteriori riferimenti di dottrina per l'approfondimento dei fenomeni citati. Rapide considerazioni di carattere socio-psicologico sono contenute anche nella bozza della Proposta di Protocollo elaborata dall'Osservatorio sulla giustizia civile di Firenze presentata in occasione del Convegno tenutosi presso l'Università degli Studi di Firenze l'8 novembre 2024, all'art. 2 in nota.

il giudice per disporre l'invio in mediazione. Anzi, le esigenze di celerità e ragionevole durata del processo perseguite dalla riforma Cartabia sembrano far propendere per tale ricostruzione in quanto se il giudice intende 'scommettere' sulla mediazione, ai fini dell'efficienza processuale, sarebbe proficuo che disponesse l'avvio del procedimento stragiudiziale quanto prima in modo tale da evitare il più possibile lo svolgimento di attività processuali che poi dovessero risultare superflue. Inoltre il potere di demandare la mediazione rientra a pieno titolo nel *case management* giudiziale ed è giustificato dalla previsione dell'art. 175, 1° comma, c.p.c. Sono poi le parti a poter trarre ingenti benefici da un invio anticipato: se infatti riescono a trovare l'accordo, oltre ai vantaggi che derivano dal raggiungimento di una soluzione bonaria in tempi più rapidi rispetto alla sentenza, dovranno anche sostenere spese giudiziali più basse.

In sede di primo commento era stato osservato che se l'art. 171 *bis* c.p.c. fosse stato inteso come norma che impone al giudice di adottare il decreto «preliminare» in solitaria, l'ordine di invio in mediazione sarebbe potuto essere meno efficace in quanto emesso sulla base di quanto emerso negli atti introduttivi, senza un previo confronto immediato e diretto con le parti, fondamentale invece, talvolta, per far emergere la sussistenza o meno di quegli «indici di mediabilità» cui fa riferimento l'art. 5 *quater* d.lgs. n. 28 cit. ⁽³⁴⁾. In realtà, come si è visto ⁽³⁵⁾, l'interpretazione offerta anche in sede di prassi applicativa e poi l'intervento della Corte Costituzionale sono andati nel senso di ritenere necessaria una simile interlocuzione. Se ne ricava che il giudice, se scorge già negli atti introduttivi potenziali indici di mediabilità della lite, potrà fissare l'udienza «filtro» e, all'esito della stessa, se la previsione dovesse risultare confermata, ordinare alle parti, con il decreto «preliminare», di tentare il percorso stragiudiziale.

⁽³⁴⁾ S. DALLA BONTÀ, *op. ult. cit.*, 612 s.

⁽³⁵⁾ V. *supra* paragrafo 2.

Si precisa che aver rimosso eventuali ostacoli alla possibilità di disporre l'invio in mediazione già a partire dal momento delle verifiche preliminari non significa escludere che sia opportuno per il giudice attendere lo scambio delle memorie *ex art. 171 ter c.p.c.* A maggior ragione con riferimento alla mediazione demandata, infatti, è possibile che in quella sede emergano quegli indici di mediabilità che consentono al giudice di valutare se il percorso stragiudiziale è appropriato a condurre alla migliore soluzione della lite fra le parti considerata nella sua totalità (si pensi ad esempio all'influenza sulla valutazione del giudice che possono avere le attività di precisazione e modifica della domanda, la proposizione di eventuali domande riconvenzionali, i possibili interventi di terzi e in particolare le chiamate in garanzia ⁽³⁶⁾).

6. Procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo e tentativo di mediazione obbligatorio ex lege. – Va analizzato a parte il momento a partire dal quale il giudice può disporre l'assolvimento del tentativo di mediazione come condizione di procedibilità nei procedimenti di opposizione a decreto ingiuntivo. Partiamo dalle opposizioni

⁽³⁶⁾ Sebbene le Sezioni Unite della Cassazione (cfr. sent. 7 febbraio 2024, n. 3452, pubblicata, in *Riv. dir. proc.*, 2024, 1033 ss., con nota di F. FERRARIS, *Mediazione obbligatoria e domanda riconvenzionale: fine della questione?*; in *Giur. it.*, 2024, in massima, 1581 ss., con nota di M. BOVE, *Mediazione obbligatoria e domanda riconvenzionale*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, 1053 ss., con nota di L. PASTORE, *Mediazione obbligatoria e domande proposte in itinere litis*, e commentata da E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Mediazione e nuove domande*, in questa *Rivista*, 2024, 87 ss. e da S. DALLA BONTÀ, *Mediazione e processo. Note a margine di recenti pronunce giurisprudenziali*, in <www.judicium.it>, 04.07.2024, par. 4 ss.) abbiano escluso che l'obbligo di esperire il tentativo di mediazione si applichi alle domande proposte in corso di causa, ai fini della decisione di disporre la mediazione demandata è evidente che anche la proposizione di domande riconvenzionali oppure di domande proposte da o nei confronti di terzi costituisce un elemento utile per il giudice per valutare se il percorso stragiudiziale possa rappresentare il miglior canale per comporre la controversia nella sua totalità. Per queste considerazioni si veda, se si vuole, E. BORSELLI, *Il problema della mediazione obbligatoria*, cit., par. 4 s.

che seguono le forme del rito ordinario di cognizione post-Cartabia. La legge prevede, all'art. 5, 5° comma, d.lgs. n. 28 del 2010, che «il comma 1 e l'articolo 5-quater non si applicano: a) nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione, secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis (...)». Quest'ultima disposizione a sua volta afferma: «Quando l'azione di cui all'articolo 5, comma 1, d.lgs. n. 28 del 2010 è stata introdotta con ricorso per decreto ingiuntivo, nel procedimento di opposizione l'onere di presentare la domanda di mediazione grava sulla parte che ha proposto ricorso per decreto ingiuntivo. *Il giudice alla prima udienza provvede sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione se formulate e, accertato il mancato esperimento del tentativo obbligatorio di mediazione, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6.* A tale udienza, se la mediazione non è stata esperita, dichiara l'improcedibilità della domanda giudiziale proposta con il ricorso per decreto ingiuntivo, revoca il decreto opposto e provvede sulle spese» (corsivo aggiunto).

Dalla lettura di queste disposizioni, di nuovo, sembrerebbe che il giudice, nel caso in cui vi siano istanze di sospensione o concessione della provvisoria esecutività da decidere, possa rilevare il mancato esperimento del tentativo di mediazione e disporre il relativo invio solo in prima udienza. Il dubbio sorge non soltanto per le ragioni enunciate nei paragrafi precedenti, ma anche perché: a) fino al Correttivo al c.p.c., l'art. 648 c.p.c. prevedeva testualmente che il giudice si esprimesse sulla concessione della provvisoria esecutività solo «in prima udienza»; b) l'art. 5, 5° comma, lett. a) e ancor più espressamente l'art. 5 *bis* d.lgs. n. 28 del 2010 prevedono tutt'oggi che il giudice provveda «in prima udienza» sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione.

Un dato è certo: se tali istanze sono state formulate, il giudice prima decide sulle stesse e solo dopo rinvia l'udienza per consentire lo svolgimento del procedimento di mediazione. Il punto è capire se

la decisione sulla concessione o sospensione della provvisoria esecutività possa avvenire prima dell'udienza. Quanto alla seconda (art. 649 c.p.c.) si è sempre affermato, anche prima della riforma Cartabia, che fosse possibile che il giudice decidesse anteriormente⁽³⁷⁾. A maggior ragione con il nuovo rito, si può immaginare che si possa discutere della sospensione in sede di verifiche preliminari e il giudice possa assumere la relativa decisione già nel decreto *ex art. 171 bis* c.p.c.⁽³⁸⁾. Con riferimento alla concessione della provvisoria esecutività, invece, era stato anticipato dalla giurisprudenza⁽³⁹⁾ ciò che poi il Correttivo ha espressamente previsto e cioè che nell'attuale rito ordinario «la decisione sulla concessione della provvisoria esecuzione sia pronunciata prima dell'udienza di comparizione». Il Correttivo subordina tale possibilità alla ricorrenza di ragioni di urgenza indicate nell'istanza.

In ogni caso, il punto che qui rileva è che è possibile che le decisioni sull'esecutività del decreto ingiuntivo possano essere adottate

⁽³⁷⁾ Cfr. E. GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, Milano, 1991, 191; R. CONTE, Sub art. 649, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile. Commentario*, 5^a ed., Milano, 2013, 103 s. Sul punto v. anche D. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, cit., 270.

⁽³⁸⁾ Così Trib. Bologna, decr., 21 settembre 2023, in *Giur. it.*, 2024, 326, con nota di A.A. ROMANO, *La fissazione di udienza anticipata nel caso di istanza di cui all'art. 648 c.p.c.*, e con nota di F.M. SIMONCINI, *Opposizione a decreto ingiuntivo e fissazione di una udienza anticipata per la concessione della provvisoria esecutività nel processo riformato*, in *Rass. esec.*, 2023, 1000 ss., in motivazione, dove si pone tale affermazione a sostegno della tesi per cui anche la concessione della provvisoria esecutività *ex art. 648 c.p.c.* sarebbe possibile prima della prima udienza. V. anche la bozza della proposta di Protocollo elaborata dall'Osservatorio sulla giustizia civile di Firenze presentata in occasione del Convegno tenutosi presso l'Università degli Studi di Firenze l'8 novembre 2024, artt. 3, parr. 1 e 2.

⁽³⁹⁾ Cfr. Trib. Bologna, 21 settembre 2023, cit., e, successivamente, Trib. Bologna, decreto 3 giugno 2024. In dottrina, in senso critico, v. A.A. ROMANO, *La fissazione di udienza anticipata*, cit., 327 ss. Tale *modus procedendi* è stato previsto anche dalla bozza della proposta di Protocollo elaborata dall'Osservatorio sulla giustizia civile di Firenze presentata in occasione del Convegno tenutosi presso l'Università degli Studi di Firenze l'8 novembre 2024, artt. 3, parr. 3-5.

prima dell'udienza *ex art.* 183 c.p.c.⁽⁴⁰⁾. Sarebbe dunque stato auspicabile che il Correttivo al d.lgs. n. 28 del 2010 avesse espunto il riferimento alla prima udienza ancora presente nell'*art.* 5 *bis*, per coordinare quest'ultimo con l'*art.* 648 c.p.c. – per come oggi è stato modificato – e con l'*art.* 649 c.p.c. – per come è sempre stato scritto e interpretato.

Dunque per individuare il momento a partire dal quale il giudice può verificare l'assolvimento della condizione di procedibilità occorre tener conto della possibilità che questi si pronunci sulle istanze di sospensione e concessione della provvisoria esecutività già in sede di verifiche preliminari. Si è visto sopra⁽⁴¹⁾, infatti, che questo modo di procedere è perfettamente compatibile con la costruzione della nuova fase introduttiva e in particolare con la lettera dell'*art.* 171 *bis* c.p.c. Schematizzando, la questione si pone nelle seguenti quattro ipotesi: a) il d.i. è dotato di provvisoria esecutività (*art.* 642 c.p.c.) e l'opponente propone istanza di sospensione della stessa nell'atto di citazione in opposizione; b) il d.i. non è dotato di provvisoria esecutività e l'opposto la richiede, in comparsa di costituzione e risposta, a seguito della proposizione dell'opposizione (*art.* 648 c.p.c.); c) il d.i. è dotato di provvisoria esecutività (*art.* 642 c.p.c.) e l'opponente non propone istanza di sospensione della stessa nell'atto di citazione in opposizione; d) il d.i. non è dotato di provvisoria esecutività e l'opposto non la richiede a seguito dell'opposizione.

Nelle ipotesi *sub a)* e *b)* quando il giudice fissa l'udienza «anticipata», dopo aver deciso sull'istanza *ex art.* 648 o 649 c.p.c., se rileva che il tentativo di mediazione obbligatorio *ex lege* non è stato esperimento, può già in quell'occasione disporre lo svolgimento. Nei casi *sub c)* e *d)*, dove invece l'istanza non c'è, occorre ricostruire la di-

⁽⁴⁰⁾ Peraltro si è osservato che le decisioni sulla concessione o sospensione della provvisoria esecutività possono anche favorire una risoluzione bonaria della controversia (così R. PEZZELLA, *Prime riflessioni sulla nuova fase introduttiva*, cit., 286).

⁽⁴¹⁾ V. *supra*, paragrafo 4.

sciplina come segue. Poiché l'opposto è onerato di introdurre la mediazione prevista come condizione di procedibilità (art. 5 *bis* d.lgs. n. 28 del 2010), dà avvio al procedimento non appena riceve la citazione in opposizione; dopodiché ne dà conto in comparsa di risposta e chiede al giudice di rinviare l'udienza *ex art.* 183 c.p.c. per permettere lo svolgimento della mediazione; il giudice provvede in sede di verifiche preliminari. Se l'opposto non si muove in tal senso, il giudice stesso può rilevare d'ufficio il mancato assolvimento della condizione in sede di verifiche preliminari e disporre l'invio.

Più semplice si presenta l'ipotesi in cui l'opposizione al decreto ingiuntivo segua le forme del rito semplificato di cognizione ⁽⁴²⁾. La determinazione del primo momento in cui procedere alla verifica dell'assolvimento della condizione di procedibilità, infatti, si pone in termini analoghi tanto in questa ipotesi quanto in quella dell'opposizione a decreto ingiuntivo proposta nelle forme del rito ordinario nella versione antecedente all'entrata in vigore della riforma Cartabia. Nell'uno come nell'altro caso dopo lo scambio dei due atti introduttivi segue immediatamente la prima udienza. È lì che il giudice, se sono formulate le istanze di cui agli artt. 648 o 649 c.p.c., provvede sul punto e verifica l'assolvimento della condizione di procedibilità; nel caso in cui il controllo dia esito negativo dispone, in quella stessa sede, l'invio delle parti in mediazione.

7. *Il processo in «standby»*. – Esposta questa ricostruzione sulle finestre temporali entro cui il giudice può disporre l'invio in mediazione, si ritiene utile concludere sviluppando alcune brevi osservazioni sulla stasi in cui si trova il processo in attesa dell'esito del per-

⁽⁴²⁾ Tale possibilità è stata espressamente affermata con il Correttivo n. 164 del 2024 che ha modificato gli artt. 281 *decies* e 645 c.p.c. In precedenza il tema dell'applicabilità del procedimento semplificato di cognizione all'opposizione a d.i. era stato posto in dottrina e risolto in senso positivo (cfr. B. GAMBINERI, *Il procedimento semplificato*, cit., 17, nota 26; G. BALENA, *Il (seminuovo) procedimento semplificato*, cit., 3).

corso stragiudiziale e su come la prospettazione di tale periodo di *standby* può incidere sulla decisione da parte del giudice relativa a se e quando disporre l'invio in mediazione.

L'art. 5, 2° comma, d.lgs. n. 28 del 2010 stabilisce che il giudice, una volta disposto lo svolgimento del tentativo di mediazione obbligatorio *ex lege*, fissa l'udienza c.d. di ritorno dopo la scadenza del termine di cui all'art. 6. Allo stesso modo si esprime l'art. 5 *quater* con riferimento alla mediazione demandata.

L'art. 6 è oggetto di un importante ritocco ad opera del Correttivo n. 216 del 2024. Mentre nella versione anteriore la norma prevedeva al primo comma che la durata della mediazione fosse pari a tre mesi e al comma secondo che il *dies a quo* fosse rappresentato «dalla scadenza del termine fissato dal giudice per il deposito della stessa [cioè della domanda di mediazione]», nella versione successiva la norma allunga la durata della mediazione a sei mesi ma al comma terzo stabilisce che il termine «decorre dalla data di deposito dell'ordinanza con la quale il giudice adotta i provvedimenti previsti dall'articolo 5, comma 2 o dall'articolo 5-*quater*, comma 1».

Nella nuova formulazione dunque, oltre all'allungamento della durata, si osserva una variazione del *dies a quo*, che non è più rappresentato dalla scadenza del termine fissato per proporre la domanda di mediazione, bensì dal momento del deposito della stessa ordinanza, con la conseguenza che i giorni che il giudice concede a una delle parti per introdurre il procedimento stragiudiziale vanno a collocarsi all'interno dei sei mesi.

C'è poi un altro profilo da considerare. Nel rito ordinario designato dalla riforma Cartabia, alla fissazione di certe udienze si legano alcuni termini che si calcolano a ritroso: così per le memorie integrative di cui all'art. 171 *bis* c.p.c. rispetto alla prima udienza ex art. 183 c.p.c. e per gli atti menzionati all'art. 189 c.p.c. rispetto all'udienza di rimessione della causa in decisione. Ebbene, se si ritiene – come fa la Corte di Cassazione – che il procedimento di mediazione non può svolgersi contemporaneamente allo svolgimento

di attività processuali ⁽⁴³⁾, quando il giudice va a fissare tali successive udienze ⁽⁴⁴⁾ deve farlo avendo cura di prevedere un lasso temporale che contenga i sei mesi di cui all'art. 6 d.lgs. n. 28 del 2010 più il tempo necessario al deposito degli atti di cui all'art. 171 *bis* o di cui all'art. 189 c.p.c. Nel primo caso, ad esempio, i giorni da aggiungere ai sei mesi sono almeno cinquantacinque, considerati i quaranta giorni che intercorrono fra la prima memoria integrativa e l'udienza e i quindici giorni (almeno) che servono per confezionare tale memoria ⁽⁴⁵⁾. Un analogo calcolo, che tenga conto stavolta dei termini

⁽⁴³⁾ La Suprema Corte ha infatti di recente escluso che il procedimento di mediazione possa svolgersi in parallelo con una fase processuale «attiva» (Cass., sez. II, ord., 24 luglio 2023, n. 22038). La fattispecie era la seguente: il Tribunale, in prima udienza, aveva disposto lo svolgimento del procedimento di mediazione e allo stesso tempo aveva concesso i termini per il deposito delle memorie previsto dall'art. 183, 6° comma, c.p.c. antecedente alla riforma Cartabia. La Corte d'Appello aveva avallato questo *modus procedendi*. La Corte di Cassazione invece risponde in maniera negativa, essenzialmente sulla base dell'argomento (letterale) per cui l'art. 5 d.lgs. n. 28 del 2010 ammette la concessione soltanto di provvedimenti urgenti e cautelari durante lo svolgimento della mediazione. Aggiunge che si tratta di norma di stretta interpretazione posto che rappresenta un'eccezione al generale regime dell'improcedibilità della domanda. Il tema dell'ipotetica sovrapposizione è preso in considerazione anche da M. BOVE, *La trattazione nel processo ordinario*, cit., par 3, testo e nota 3, sebbene per un caso diverso (quando non sia il giudice ad aver causato tale situazione, ma le parti che hanno deciso autonomamente in corso di processo di incamminarsi per la strada della mediazione). Ebbene, per l'a. si tratta di una contingenza controproducente per il buon esito della mediazione.

⁽⁴⁴⁾ Naturalmente, se il giudice dispone lo svolgimento del tentativo obbligatorio di mediazione, l'udienza in parola è necessariamente la prima posto che è in quella sede che – come detto – rileva e decide sulla condizione di procedibilità, mentre invece se intende disporre la mediazione demandata, l'udienza che subisce il rinvio può anche essere quella di rimessione della causa in decisione (v. *supra* paragrafo 1).

⁽⁴⁵⁾ L'individuazione dei quindici giorni è in questo caso agevole, essendo il termine che il legislatore ha ritenuto congruo per la stesura della prima memoria, posto che è lo stesso che può intercorrere fra il deposito del decreto «preliminare» e la prima memoria integrativa. Un simile riferimento manca invece per la stesura delle note conclusionali, ma vista la natura di tale atto il giudice potrà in questo caso prevedere un numero di giorni anche inferiore.

a ritroso dettati dall'art. 189 c.p.c., dovrà essere svolto anche laddove l'udienza «di ritorno» sia quella di rimessione della causa in decisione.

L'allungamento della durata della mediazione da parte del Correttivo n. 216 del 2024 unito alla circostanza che, secondo la Cassazione, in concomitanza con lo svolgimento del percorso stragiudiziale non possono svolgersi attività processuali, possono ingenerare il timore che si produca un allungamento eccessivo della durata del processo.

Questa preoccupazione, invero non infondata, dovrebbe spingere il giudice a scegliere con cura il momento in cui innestare il procedimento di mediazione. Quando il tentativo è previsto dalla legge come obbligatorio e non è stato esperito prima del processo, il giudice, allorché fosse comunque già determinato a rinviare la prima udienza, magari per esigenze di ruolo, potrebbe sfruttare proprio il periodo che intercorre fra le verifiche preliminari e tale udienza. Anche per quanto riguarda la mediazione demandata, l'ottimale sarebbe che il percorso stragiudiziale fosse fatto combaciare con periodi di pendenza del processo in cui comunque, quali che siano le ragioni, non si svolgono attività processuali.

Che lo svolgimento del procedimento di mediazione faccia pagare al processo un prezzo caro in termini di speditezza ed efficienza è invero un'affermazione poco meditata. Se, da una parte, il tentativo di mediazione nelle materie in cui è previsto dalla legge come obbligatorio è affrontato dalle parti con serietà e se, dall'altra, il giudice fa un uso accorto del proprio potere di disporre la mediazione demandata, aumentano le possibilità che in quella sede sia raggiunto un accordo. La conseguenza è che il relativo processo si chiude anticipatamente, con conseguente diminuzione della sua durata; al contempo si alleggerisce il ruolo del giudice, cui rimane più tempo per occuparsi degli altri fascicoli.

Sarebbe poi auspicabile che la prolungata stasi del processo che si verifica in forza del nuovo art. 6 d.lgs. 28 del 2010 avesse l'effetto di spingere le parti e soprattutto i loro avvocati a sfruttare in manie-

ra piena le opportunità offerte dallo strumento di giustizia consensuale che si pone in quel momento a loro disposizione ⁽⁴⁶⁾.

Abstract

L'articolo indaga le finestre temporali in cui il giudice può disporre l'invio in mediazione tanto nel caso in cui le parti non abbiano soddisfatto la condizione di procedibilità prevista dalla legge, quanto nel caso in cui intenda ricorrere alla mediazione demandata. In particolare ci si sofferma sulla possibilità che tale invio possa avvenire, nell'ambito del processo ordinario di cognizione introdotto dalla riforma Cartabia e modificato dal correttivo n. 164 del 2024, già all'esito delle verifiche preliminari di cui all'art. 171 *bis* c.p.c., con particolare riferimento all'ipotesi in cui il giudice rilevi che non è stata assolta la condizione di procedibilità prevista dalla legge. Si conclude per l'ammissibilità di un tale *modus procedendi*, promuovendo un'interpretazione sistematica e teleologica della fase introduttiva del giudizio, in continuità con quanto affermato dalla sentenza n. 96 del 2024 della Corte Costituzionale, con gli orientamenti condivisi dalla prevalente dottrina e con le prassi sviluppatesi presso gli uffici giudiziari. Si analizza inoltre il rapporto tra invio in mediazione e procedimenti di opposizione a decreto ingiuntivo e si riferisce infine della stasi del processo durante la pendenza del percorso stragiudiziale.

⁽⁴⁶⁾ Sul ruolo che occupano le parti e gli avvocati nella gestione autonoma del conflitto v. soprattutto S. DALLA BONTÀ, *Fra mediazione e decisione. La riforma apre ad un nuovo paradigma di giudice?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, 39 ss.; EAD., *Mediazione e processo*, cit., par. 8; L. BREGGIA, *Il diritto come relazione: essere giurista al tempo delle riforme*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2024, 356 s.; R. TISCINI, *Il ruolo del giudice e degli avvocati nella gestione delle controversie civili*, Napoli, 2023, 70 ss., spec. 75 ss. Sulla necessità di una specifica formazione della classe forense v. P. LUCARELLI, *La nuova mediazione civile e commerciale*, in questa *Rivista*, 2023, 348 ss.; M.F. GHIRGA, *La cultura della mediazione*, cit., 54 ss.

This article investigates the time frames in which a judge can order the referral to mediation, both when the parties have not satisfied the procedural condition required by law and when the judge intends to use court-ordered mediation. In particular, the article focuses on the possibility that such a referral takes place, within the procedure introduced by the Cartabia reform and amended by the Law No 164/2024, following the preliminary checks under Article 171-bis of the Italian Civil Procedure Code, when the judge finds that the procedural condition required by law has not been satisfied. The conclusion supports the admissibility of such a procedural approach, promoting a systematic and teleological interpretation of the introductory phase of the trial, in line with the decision No 96/2024 of the Constitutional Court, prevailing doctrinal orientations, and practices developed within judicial offices. Furthermore, the article analyzes the relationship between referral to mediation and opposition proceedings to injunction orders, and it concludes by discussing the stay of the trial during the extrajudicial process.

LA MEDIAZIONE COME STRUMENTO
DI INTEGRAZIONE.

POTENZIALITÀ E SFIDE DELL'INSEGNAMENTO
INTERDISCIPLINARE E BILINGUE DELLA MEDIAZIONE (*)

*Silvana Dalla Bontà (**), Silvia Toniolo (***)
e Federica Simonelli (****)*

SOMMARIO: 1. Per delineare il campo d'indagine: la mediazione come strumento di integrazione. – 2. Le sfide dell'insegnamento della mediazione nei corsi di laurea in giurisprudenza. – 3. Centralità di comunicazione ed interdisciplinarietà nell'insegnamento della mediazione. – 4. Un caso di studio: l'insegnamento della mediazione in una realtà bilingue. Contesto ed obiettivi. – 5. La sfida della comunicazione interculturale in un contesto multilingue. – 6. Tra culture a basso ed alto contesto, la creazione di uno spazio comunicativo neutro quale base per un efficace tavolo di mediazio-

Giustizia consensuale Fasc. 2/2024, 559-600. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) Il contributo restituisce il testo della relazione all'*International Conference «Group Conflict Resolution»*, tenuto il 10 ottobre 2024 nell'Università di Bologna. Lo scritto, frutto di una riflessione condivisa tra tutte le autrici, vede i paragrafi da 1 a 4, da 7 a 10 e 12 a penna di Silvana Dalla Bontà, i paragrafi 5 e 6 a firma di Silvia Toniolo e il paragrafo 11 a penna di Federica Simonelli.

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

(***) Coordinatrice dell'area linguistica tedesca presso il Centro Linguistico di Ateneo nell'Università di Trento; traduttrice ed esperta di comunicazione interculturale.

(****) Mediatrice civile e commerciale iscritta nell'elenco della Camera di Commercio, Industria, Artigianato, Turismo e Agricoltura di Bolzano/*Handels-, Industrie-, Hanwerks-, Tourismus- und Landwirtschaftskammer Bozen*; JAMS *Diversity Fellow* 2024-25 nell'ambito del programma biennale istituito da JAMS, Mediation, Arbitration and ADR Service, Inc. (USA).

ne. – 7. Il *quid pluris* del bilinguismo nella promozione della cura delle parole quale cura del conflitto. – 8. L'esperienza in aula... – 9. (segue) ...un'intersezione di prospettive all'insegna dell'interazione. – 10. (segue) «Dividere per unire/*Teilen, um zu vereinen*»: un caso di divisione ereditaria tra lingue e culture diverse. – 11. Una preparazione essenziale per i 'professionisti della mediazione' del domani. – 12. Dall'insegnamento 'integrato' della mediazione alla promozione di un sistema 'integrato' di giustizia.

1. Per delineare il campo d'indagine: la mediazione come strumento di integrazione. – Discorrere di insegnamento della mediazione in seno a corsi di laurea universitari, in particolare dall'angolatura che si intende imprimere alla presente indagine e che di seguito si delinearà, impone alcune precisazioni introduttive sulla funzione che la mediazione, quale strumento di soluzione del contenzioso civile e commerciale, può svolgere nella gestione del conflitto e nel modo di giungere alla sua composizione.

Si definisce qui mediazione lo strumento c.d. autonomo di soluzione della controversia, ed auspicabilmente del conflitto, cui le parti in contesa pervengono grazie all'ausilio di un terzo indipendente e neutrale, il mediatore; terzo che offre la sua professionalità, non per separare secondo diritto il torto dalla ragione o per decidere la causa secondo equità, ma per aiutare le parti a giungere ad un accordo praticabile, eseguibile, durevole nel tempo ⁽¹⁾: in altri termini, un accordo che si riveli, come felicemente è stato detto, «sostenibile» ⁽²⁾ e «vivente» ⁽³⁾.

⁽¹⁾ In questi termini, per tutti, F. DANOVI, *Il prisma della giustizia e i suoi possibili modelli*, in M. SALA, C. MENICHINO (a cura di), *La Pratica Collaborativa. Tra teoria e prassi*, Torino, 2017, 1 ss.

⁽²⁾ Sulla declinazione del concetto di «sostenibilità» nell'ambito della giustizia e quindi anche dell'accordo v. 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. 20 ss.

⁽³⁾ L'espressione è di F. SCAPARRO, *La forza della mediazione familiare*, in C. VENDRAMINI (a cura di), *La mediazione familiare nella Riforma Cartabia: comporre 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 autodeterminazione delle parti, sono «idonei (...) ad essere modificati e aggiornati in

Perché così sia, l'accordo che nasce dal percorso di mediazione dovrebbe essere «integrativo», intendendosi per tale quello che, non solo si distingue dalla sentenza (o dal lodo arbitrale) che recide torti e ragioni, ma è frutto di un negoziato tra le parti che, grazie anche all'assistenza del mediatore, non sia meramente «distributivo», e cioè «di posizione» ⁽⁴⁾, bensì «di integrazione degli interessi» ⁽⁵⁾.

In ciò risiede il *quid aliud* della mediazione rispetto alla via giurisdizionale (statale o arbitrale). Non solo. In questo si colgono le sue potenzialità nel favorire la coesione, la resilienza, financo la pacificazione sociale, cui beneficamente si accompagna la «sostenibilità» della giustizia ⁽⁶⁾.

Si intende, quindi, come la mediazione, quale strumento di soluzione del contenzioso civile e commerciale, si riveli, in ragione della sua essenza, (anche) strumento di integrazione ⁽⁷⁾.

sieme da entrambe le parti sulla base delle inevitabili variazioni ed esigenze che il trascorrere del tempo produce nella vita».

⁽⁴⁾ A riguardo v., per tutti, A. MONORITI, *I principi di un negoziato efficace*, in A. MONORITI, R. GABELLINI, *NegoziAzione. Il manuale dell'interazione umana*, Torino, 2023, 59 ss., prec. 60 ss.; nonché, da una prospettiva pratico-applicativo-didattica, si v., S. DALLA BONTÀ, *Per un'efficace gestione del tavolo di mediazione. La preparazione di parte e avvocato*, in ID. (a cura di), *Le parti in mediazione: strumenti e tecniche. Dall'esperienza pratica alla costruzione di un metodo*, Trento, 2020, disponibile al sito <<https://iris.unitn.it/>>, 13 ss.

⁽⁵⁾ Sul punto v., ancora, A. MONORITI, *I principi di un negoziato efficace*, cit., 61 ss.; S. DALLA BONTÀ, *Per un'efficace gestione del tavolo di mediazione*, cit., 14 ss.

⁽⁶⁾ Acute le osservazioni a riguardo di P. LUCARELLI, *Un altro concetto di sostenibilità*, cit., 20 ss., che muovendo dal concetto di «sustainability» elaborato nell'ambito degli studi sul c.d. sviluppo sostenibile secondo cui «[s]ustainable development is development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs», evidenzia come la giustizia giurisdizionale sia «risorsa scarsa», con la conseguenza che «gli operatori e tutti coloro che si servono di tale servizio devono essere preparati affinché non si produca lo spreco di questa risorsa indispensabile per il benessere di tutti, oggi e domani, ma anzi si agisca per potenziarne il valore e il relativo riconoscimento sociale».

⁽⁷⁾ Così chi scrive si esprimeva ne *La mediazione. Quando lo scontro diventa motivo di incontro: veicolo di una nuova interculturalità?*, in *Revista de processo*,

Ne sono prova i progressivi interventi della Comunità europea, poi Unione europea, a sostegno della mediazione quale mezzo di soluzione del contenzioso civile e commerciale al fine di diversificare, nel senso di potenziare, l'accesso alla giustizia⁽⁸⁾; una giustizia che si fa così pluralista, nella raggiunta consapevolezza che non tutti i contenziosi sono uguali, ma, al contrario, ciascuno di essi necessita della soluzione più appropriata, non sempre coincidente con quella offerta dalla via giurisdizionale⁽⁹⁾.

Originariamente promosso nell'ambito del contenzioso consumeristico⁽¹⁰⁾, il ricorso alla mediazione viene nel tempo incoraggiato dagli interventi euro-unitari con riguardo ad altre tipologie di contenzioso,

2021, 325 ss.; nonché, con ulteriori riflessioni, in C. PICCIOCHI, D. STRAZZARI (a cura di), *Percorsi interculturali*, Trento, 2023, disponibile al sito <<https://iris.unitn.it/>>, 57 ss.

⁽⁸⁾ Lo afferma con nitore il cons. 5 direttiva 2008/52/CE, secondo cui «[l']obiettivo di garantire un migliore accesso alla giustizia, come parte della politica dell'Unione europea di istituire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, dovrebbe comprendere l'accesso ai metodi giudiziali ed extragiudiziali di risoluzione delle controversie»; e ciò in linea con le conclusioni del Consiglio europeo del 25 maggio 2000 su tali metodi, laddove sancivano che l'istituzione di principi fondamentali in questo settore è passo essenziale verso l'appropriato sviluppo e l'operatività dei procedimenti stragiudiziali per la composizione delle controversie in materia civile e commerciale così come per semplificare e migliorare l'accesso alla giustizia.

⁽⁹⁾ Così, discorrendo di «*justice in many rooms*», N. TROCKER, *La Direttiva CE 2008/52 in materia di mediazione: una scelta per il rinnovamento della giustizia civile in Europa*, in N. TROCKER, A. DE LUCA (a cura di), *La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52/CE*, Firenze, 2011, 159 ss., prec. 161.

⁽¹⁰⁾ Cfr. in questo senso il Libro Verde sull'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico, COM(93) 576 def., del 16 novembre 1993, e la raccomandazione della Commissione, del 4 aprile 2001, sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo, che alla luce della varietà di procedure stragiudiziali di soluzione del contenzioso consumeristico presenti negli Stati membri, si preoccupa di fissare minimi *standard* in tema di imparzialità, trasparenza, qualità ed efficacia della procedura, nel tentativo di offrire una copertura uniforme delle ADR in tutto lo spazio giuridico comunitario.

da quello da crisi familiare ⁽¹¹⁾ a quello derivante da successione ereditaria ⁽¹²⁾, nella sottesa convinzione che tale strumento possa rivelarsi ‘integrativo’ ad un duplice livello. Sul piano privato e personale tra le parti in conflitto, che con la mediazione possono tentare di scioglierlo con una soluzione ‘su misura’, capace di integrare i loro specifici interessi ⁽¹³⁾; ma anche sul piano ‘istituzionale’, e così tra ordinamenti dei

⁽¹¹⁾ V. regolamento UE 2019/1111 del Consiglio, del 25 giugno 2019, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori, il cui cons. 43 esplicitamente incoraggia il ricorso alla mediazione, ricordando come «[i]n tutte le cause riguardanti un minore, in particolare nelle cause di sottrazione internazionale di minori, le autorità giurisdizionali dovrebbero considerare la possibilità di giungere a una risoluzione ricorrendo alla mediazione e altri mezzi appropriati, facendosi assistere, se del caso, dalle reti e dalle strutture di supporto esistenti per la mediazione nelle controversie transfrontaliere in materia di responsabilità genitoriale. (...) Qualora, nel corso di un procedimento di ritorno ai sensi della convenzione dell'Aia del 1980, i genitori raggiungano un accordo a favore o contro il ritorno del minore, e anche su questioni legate alla responsabilità genitoriale, il presente regolamento dovrebbe in talune circostanze permettere loro di convenire che l'autorità giurisdizionale adita ai sensi della convenzione dell'Aia del 1980 sia competente a conferire effetti giuridici vincolanti al loro accordo, integrandolo in una decisione, approvandolo o utilizzando qualsiasi altro mezzo previsto dal diritto e dalle procedure nazionali».

⁽¹²⁾ V. regolamento UE n. 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2012, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo. Sulle potenzialità della mediazione nella soluzione delle controversie successorie transfrontaliere v. il Progetto Fomento *Fostering Mediation in cross-border civil and succession conflicts*, su cui <<http://www.marinacastellaneta.it/blog/progetto-fomento-co-finanziato-dallue-pubblicata-una-ricerca-su-mediazione-e-successioni-transfrontaliere-fomento-project-co-funded-by-the-eu-research-on-mediation-and-cross-border-disputes-in-s.html>>.

⁽¹³⁾ In questo senso, incisivamente, F. DANOVI, *La giustizia consensuale nella crisi familiare*, in questa *Rivista*, 2023, 353 ss., prec. 356, che con acutezza sottolinea come «[l]e forme di giustizia consensuale hanno (...) un'estrema duttilità e una spiccata capacità di adattamento, che consente loro di intervenire e regolamentare tutte le possibili situazioni sottese al conflitto, anche quando questo ha una dimensione ben più estesa di quella risultante dai contorni del suo perimetro giuridico; di risolvere questioni e dubbi anche non necessariamente appartenenti al mondo del

vari Stati membri ⁽¹⁴⁾. Il tentativo e l'impegno di risolvere il conflitto senza delegarne la decisione ad un terzo sono infatti il seme di una società più coesa, che sa usare il linguaggio della collaborazione, anziché quello dell'avversarialità, per costruire uno spazio giuridico europeo più integrato, e quindi sostenibile ⁽¹⁵⁾.

Lo mettono in risalto da ultimo le conclusioni del Consiglio dell'Unione europea sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E., intitolate «Promuovere la fiducia attraverso una tutela giurisdizionale effettiva e l'accesso alla giustizia», che invitano a «promuovere una cultura dei meccanismi di conciliazione e di mediazione nelle cause civili e commerciali all'interno dei rispettivi ordinamenti giuridici» ⁽¹⁶⁾. Il Consiglio europeo non manca a riguardo di sottolineare che «l'eliminazione degli ostacoli che impediscono ai singoli di presentare ricorso e la disponibilità di meccanismi stragiudiziali, quali i meccanismi di conciliazione e di mediazione in materia civile e commerciale, e di mezzi di ricorso stragiudiziali nel settore dell'uguaglianza e della non discriminazione sono altrettanto importanti per garantire una tutela giurisdizionale effettiva e l'accesso alla giustizia» ⁽¹⁷⁾.

2. Le sfide dell'insegnamento della mediazione nei corsi di laurea in giurisprudenza. – Se questo è l'orizzonte in cui la mediazione si inserisce e deve trovare promozione, si intende la responsabilità che grava

diritto in senso stretto; di rispondere ad esigenze, bisogni e interessi concreti che possono non essere neppure classificabili secondo la sistematica tradizionale delle situazioni giuridiche soggettive».

⁽¹⁴⁾ A riguardo si consenta rinvio a S. DALLA BONTÀ, *Directive 2008/52/EC: Italy's peculiar implementation and its consequences on cross-border civil and commercial disputes*, in *Revista de processo*, 2012, 153 ss., prec. 155 ss.

⁽¹⁵⁾ In questo senso rivelatrice è stata, dopo l'esperienza pandemica, la politica europea di coesione e il relativo provvedimento finanziario denominato *Next Generation EU*, che ha previsto lo stanziamento di 750 miliardi di euro per favorire una «ripresa sostenibile, uniforme, inclusiva ed equa».

⁽¹⁶⁾ V. Consiglio dell'Unione europea, 5 marzo 2024 (OR. en) 7127/24, Conclusioni sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E., punto 19.

⁽¹⁷⁾ *Ibidem*, punto 2.

sulle istituzioni educative – e per quel che ivi interessa, quelle universitarie – nella formazione dei futuri professionisti legali, all'impiego e alla gestione della mediazione ad opera di chi voglia, un domani, svolgere tanto il ruolo di mediatore quanto quello di avvocato che assista la parte in mediazione; senza contare inoltre che lo studente, una volta laureato, si potrebbe trovare a sedere al tavolo di mediazione anche in qualità di parte del conflitto.

Questa responsabilità nell'educazione alla mediazione a livello universitario si traduce in una sfida importante: una sfida che in primo luogo investe i corsi di laurea in giurisprudenza, ma che invero dovrebbe interessare tutti i corsi di laurea⁽¹⁸⁾. Il motivo è facilmente intuibile: qualsiasi professione cui i corsi di laurea – triennali, specialistici o magistrali – preparano, intercettano il conflitto⁽¹⁹⁾. Quale fenomeno che segna la vita quotidiana della società umana, esso non può che interessare le varie professioni che con quella si interfaccino⁽²⁰⁾.

Se ciò è vero, non v'è dubbio, però, che l'urgenza dell'insegnamento della mediazione si mostri con maggiore evidenza allorché si

⁽¹⁸⁾ A riguardo si rimanda alle feconde riflessioni emerse nel Convegno dedicato a «Le Università incontrano gli Organismi di mediazione: dalla pratica della mediazione a modelli teorici innovativi», tenutosi presso l'Università di Bologna il 31 marzo 2023, e restituite da A.M. FELICETTI, *Un'occasione di confronto tra Università e Organismi di mediazione. Note da un recente Convegno*, in questa *Rivista*, 2023, 367 ss.

⁽¹⁹⁾ Lo mettono in luce, con efficacia, P. LUCARELLI, *La nuova mediazione civile e commerciale*, in questa *Rivista*, 2023, 339 ss., prec. 348 ss.; M. BOVE, *Insegnare mediazione nell'Università*, *ivi*, 169 ss.; F. GHIRGA, *La cultura della mediazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2024, 45 ss., prec. 66.

⁽²⁰⁾ A riguardo coglie nel segno l'osservazione di G. COSÌ, *L'accordo e la decisione. Modelli culturali di gestione dei conflitti*, Torino, 2017, 133, secondo cui «nelle società contemporanee le professioni di fatto si presentano soprattutto come professioni della patologia: esse sono di solito chiamate a intervenire su problemi e conflitti (...). Non solo, le società contemporanee esprimono di fatto dei valori che favoriscono l'evoluzione del patologico (...): esse infatti non compensano adeguatamente, né in termini economici né di prestigio, i generici della prevenzione (si pensi ad esempio agli insegnanti), mentre remunerano, talvolta lautamente, gli specialisti della patologia. (...) Si viene cioè a generare un contesto caratterizzato dal netto prevalere degli aspetti di terapia su quelli della prevenzione».

discorra di corsi di laurea in giurisprudenza, destinati a educare e formare i futuri professionisti legali, votati *per se* ad essere professionisti della *cura del conflitto*, con funzioni e competenze diverse, ma tutti inevitabilmente protesi – verso il traguardo dell’effettività e sostenibilità della giustizia – a dare risposta efficace al conflitto ⁽²¹⁾.

Se chiara appare l’indefettibilità dell’insegnamento della mediazione in seno ai corsi di laurea in giurisprudenza – e in questi, quanto meno nel futuro, quale insegnamento obbligatorio, e non soltanto elettivo ⁽²²⁾ – più incerto appare invece il modo in cui tale insegnamento debba avvenire. La mediazione, infatti, è materia complessa, che sfida i rigidi settori scientifico-disciplinari, così come la complessità della gestione del conflitto sfida schemi precostituiti ed appaganti incasellamenti ⁽²³⁾.

È, questa, d’altronde, constatazione che non stupisce, dal momento che persino quando il conflitto si fa lite – ovvero controversia giuridicamente qualificata – il complesso rapporto tra fattispecie concreta ed astratta trova quale unica via d’uscita il percorso interpretativo, con

⁽²¹⁾ Così chi scrive si esprimeva da ultimo ne *La cura delle parole tra processo e metodi consensuali. Per una gestione responsabile del conflitto*, in questa *Rivista*, 2024, 281 ss., prec. 287.

⁽²²⁾ In questo senso P. LUCARELLI, *La nuova mediazione civile e commerciale*, cit., 349, nonché gli esiti del dibattito riportato da A.M. FELICETTI, *Un’occasione di confronto tra Università e Organismi di mediazione*, cit., 367 ss.

⁽²³⁾ Lo rammenta, per tutti, G. COSÌ, *L’accordo e la decisione*, cit., 122, 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»; con la conseguenza, sostiene L. BREGGIA, *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. 121, che il *quid aliud e pluri* delle vie a-giurisdizionali, rispetto a quella giurisdizionale, risiede 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».

tutte le sfide che questo porta con sé ⁽²⁴⁾. Non sorprende, quindi, che la difficoltà diventi al quadrato allorché il conflitto sia esaminato, gestito e portato a soluzione mettendo in secondo piano le posizioni giuridiche che da esso possono avanzarsi, per guardare invece agli interessi delle parti e alle loro possibili integrazioni.

È questa evidenza a suggerire un primo indicatore su come approcciare la sfida dell'insegnamento della mediazione nei corsi di laurea in giurisprudenza.

Ebbene, alla luce di quanto sinora constatato, pare che un tale insegnamento dovrebbe necessariamente muovere dallo studio del fenomeno conflittuale e dal ruolo degli interessi delle parti quali 'moventi' del suo sorgere, per giungere a figurare le conseguenze che la deriva processuale del conflitto, ove non gestito in via autonoma, comporta. Tra questi due estremi – genesi del conflitto e processo – si inseriscono, solo per citarne alcuni, i temi della preparazione in senso lato e stretto della mediazione (dal colloquio avvocato-cliente all'analisi del caso, alla predisposizione della strategia negoziale/mediativa); della gestione del tavolo di mediazione; del negoziato tra le parti assistito da mediatore e avvocati; del raggiungimento dell'accordo; della stesura dello stesso e dei suoi effetti ⁽²⁵⁾.

Se innegabile è che l'«ombra del diritto» – «*the shadow of the law*» –

⁽²⁴⁾ Così, di nuovo, acutamente, ID., *op. ult. cit.*, 120, che evidenzia come sia «innegabile (...) che oggi il contesto esalti la funzione dell'interprete – giuristi pratici e teorici – e ne faccia il protagonista responsabile della costruzione di una nuova giuridicità. L'agire dell'interprete è più complesso e instabile perché nella prospettiva del diritto come ordinamento esige anche l'ascolto dei processi di trasformazione sociale: in una parola, è stato detto, l'ascolto della vita», richiamando a riguardo V. SCALISI, *Ritorno al diritto (dialogo con Paolo Grossi)*, in *Riv. dir. priv.*, 2017, 128 ss., prec. 131, nonché M. BRUNELLO, G. ZAGREBELSKY, *Interpretare. Dialogo tra un musicista e un giurista*, Bologna, 2016, 51, secondo i quali l'interprete riempie lo spazio tra la norma (o il testo musicale) e il momento dell'interpretazione con «la vita che scorre tra le persone e nel tempo».

⁽²⁵⁾ Su tali temi e la loro centralità nella formazione e professione del giurista che offra «medicamento», e non «veleno» alla persona che a lui si rivolga per la gestione/soluzione del conflitto, si consenta rinvio a S. DALLA BONTÀ, *La cura delle parole tra processo e metodi consensuali*, cit., 289 ss.

si allunghi su tutto il percorso mediativo ⁽²⁶⁾, si intende la ragione per cui l'insegnamento della mediazione non possa che costellare – obbligatoriamente – i corsi di laurea in giurisprudenza. Al contempo, però, è dato riscontrare come nella conoscenza e nella pratica della mediazione, il diritto si intrecci fortemente con molte altre scienze sociali ed umanistiche, di cui chi vuole occuparsi professionalmente di mediazione deve sapere, se non con profondità specialistica, quanto meno a livello di base ⁽²⁷⁾.

Di qui, la seria sfida di unire in un unico contenitore didattico una pluralità di punti di vista, e quindi di voci, in grado di affacciare il di-

⁽²⁶⁾ Il riferimento è qui alla suggestiva formula coniata da R.H. MNOOKIN, L. KORNHAUSER, *Bargaining in the Shadow of the Law: the Case of Divorce*, in *Yale L. Journal* (1979), 950 ss., prec. 968, che ammoniscono sul fatto che la via di soluzione della lite alternativa al processo non deve svolgersi «nel vuoto», ma all'«ombra della legge», nel senso che è ciò che la legge assicura alle parti in caso di mancato accordo, a costituire per loro, nel negoziato, «merce di scambio», una sorta di «dotazione» («*they bargain in the shadow of the law (...). In other words, the outcome that the law will impose if no agreement is reached gives each [party] certain bargaining chips – an endowment of sorts*»). Ebbene, è questo ciò che preserva le parti da un negoziato senza regole, e così al ribasso. Sulla stessa linea H. GENN, *Judging Civil Justice*, Cambridge, 2010, 125, che ben evidenzia come la mediazione senza la credibile minaccia di una possibile decisione giudiziaria appare come il «suono di una sola mano che applaude» («*Mediation without the credible threat of judicial determination is the sound of one hand clapping*»).

⁽²⁷⁾ Si tratta del c.d. *Delta-shaped Lawyer*, tratteggiato da N. RUNYON, *The 'Delta' Lawyer Competency Model Discovered through 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/>>. Con il 'delta' viene iconograficamente rappresentato un avvocato che presenta, come il triangolo che raffigura il delta dell'alfabeto greco (Δ), 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 un approfondimento sul punto, nel passaggio dal c.d. *I-shaped Lawyer*, al *T-shaped Lawyer*, al *Plus-shaped Lawyer* sino al *Delta-shaped Lawyer*, v., 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 sul sito <<https://iris.unitn.it/>>.

scente ai diversi saperi che il ricorso professionale allo strumento della mediazione reclama, così come di introdurlo alla teoria e alla pratica della materia. La prima senza la seconda, infatti, non offre alla studente la possibilità di misurarsi con la complessità del conflitto; con la raggiunta di vie di soluzione – autonome ed eteronome – che essa schiude; con la necessità di mantenere elasticità e duttilità nella gestione del conflitto; con la centralità della comunicazione e della cura delle parole nella preparazione della mediazione, nell'individuazione e integrazione creativa degli interessi delle parti; con la difficoltà di tradurre l'accordo raggiunto in un negozio giuridico che, come si diceva, si mostri praticabile, eseguibile, durevole, sostenibile e vivente. Solo in questo modo la formazione preparerà quello che è stato definito il «giurista multidimensionale» ⁽²⁸⁾.

Tutto ciò implica una vocazione necessariamente interdisciplinare dell'insegnamento della mediazione, che deve sostanziarsi in un'apertura del docente titolare del corso al contributo di esperti di discipline differenti nonché di operatori pratici.

3. Centralità di comunicazione ed interdisciplinarità nell'insegnamento della mediazione. – Se molteplici sono le cause dell'insorgere del conflitto in ragione della sua complessità, pare innegabile che una delle sue cause principali, se non *la* causa, sia una comunicazione *inefficace* tra parti coinvolte, *i.e.* l'emittente e il ricevente. Non è un caso che soglia ripetersi che il conflitto nasce da un'interruzione della comunicazione, che la mediazione ambisce a riattivare con l'ausilio di un terzo, il mediatore, il cui obiettivo è quello di rendere nuovamente *efficace* una comunicazione che, per le più svariate ragioni, tale non è più ⁽²⁹⁾.

⁽²⁸⁾ Così T.D. BARTON, *Preventive Law for Three-Dimensional Lawyers*, in 19 *Preventive Law Reporter* 29 (2001), nonché T.D. BARTON, J.M. COOPER, *Preventive Law and Creative Problem solving: Multi-dimensional Lawyering*, reperibile nel sito del *National Center for Preventive Law*, al seguente indirizzo <www.preventivelawyer.org/content/pdfs/Multi_Dimensional_Lawyer.pdf>.

⁽²⁹⁾ Illuminante, in questo senso, la visione del processo mediativo di R.A.B. BUSH, J.P. FOLGER, *The Promise of Mediation: The Transformative Approach to*

Per questo, il tema della comunicazione diventa centrale nell'insegnamento della mediazione, tanto più in corsi di laurea in giurisprudenza, che intrinsecamente avvertono il fondamento comune di «linguaggio» e «diritto» in ragione della loro comune funzione ordinante della società ⁽³⁰⁾, restituita con la felice equazione di «*law as communication, communication as law*» ⁽³¹⁾.

Nella consapevolezza che qualsiasi professionista legale è professionista che interviene sul conflitto ed è quindi vocato alla sua cura, si comprende la centralità che anche – ma non solo – nell'insegnamento

Conflict, San Francisco, 2005, secondo cui questo consiste in un percorso inteso a supportare le parti nell'*iter* di riconoscimento della situazione conflittuale di cui sono protagoniste (c.d. *recognition*), e quindi di emancipazione (c.d. *empowerment*), e cioè nel percorso di loro capacitazione nella gestione del conflitto. In questo senso, tale percorso si rivelerebbe per le parti 'trasformativo': perché diretto ad aiutarle a prendere coscienza del conflitto che stanno attraversando e delle risorse di cui esse stesse dispongono per affrontarlo, indipendentemente dal fatto che esse giungano o meno, al termine della mediazione, ad un accordo. Di qui, la convinzione per cui la mediazione deve consistere in un percorso attraverso cui le parti sono messe nelle condizioni di superare il circolo vizioso di progressivo autoindebolimento (*disempowerment*) e reciproca demonizzazione (*demonization*), 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, infatti, le parti riuscirebbero ad invertire esse stesse la spirale negativa provocata dal conflitto in una positiva, 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 di gestire il conflitto.

⁽³⁰⁾ Così, magistralmente, P. GROSSI, *Giuristi e linguisti: un comune ruolo ordinante della società*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 1 ss., prec. 7, secondo cui «[d]iritto e linguaggio svelano una fondazione comune, la quale consiste, nell'uno e nell'altro, in una funzione ordinante del caos sociale». Entrambi, infatti, sono strumenti che regolano la dimensione sociale dell'individuo: «è, infatti, ordinamento del sociale che, dai balbettii dell'infante, si giunga al discorso compiuto fra adulti» (ID., *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003, 27), così come è ordinamento sociale che si disciplini «l'armonizzazione della mia libertà con quella dell'altro, degli altri», consolidandosi una pacifica convivenza fra i cittadini (ID., *Giuristi e linguisti*, cit., 7).

⁽³¹⁾ In questi efficaci termini D. COWAN, *Effective Communication for Lawyers*, Cheltenham, 2023, 22 ss., 35 ss.

della mediazione, assume lo studio della comunicazione e dei suoi elementi fondativi, ossia di quella che potrebbe definirsi l'«anatomia» della comunicazione⁽³²⁾. Si pensi alla rilevanza del contesto, con i suoi c.d. rumori esterni ed interni, in cui la comunicazione avviene; del codice utilizzato dall'emittente per trasmettere il suo messaggio; dei canali comunicativi che segnano la sua trasmissione (verbale, non-verbale, para-verbale); della ricezione del messaggio mediante decodifica da parte del ricevente; 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.

Si tratta di un ambito di studio che, già di per sé vasto, implica, per quel che qui maggiormente preme, un'indagine pluri-prospettica, attenta cioè alla comunicazione che si svolge tra le parti prima che esse si rivolgano al professionista legale; a quella che si tiene tra parte e professionista legale-avvocato nonché tra avvocati delle parti coinvolte; alla comunicazione che ha luogo tra parti, avvocati e mediatore al tavolo di mediazione; come a quella che eventualmente si abbia, ove la mediazione sia ordinata dal giudice lite pendente, tra costui, avvocati e parti prima del loro invio in mediazione.

Ne trae forza la convinzione che l'insegnamento della mediazione debba di necessità unire all'imprescindibile approfondimento della disciplina normativa dell'istituto e del suo operare, un *focus* sul mondo della comunicazione, attraverso un'indagine tanto interdisciplinare quanto teorico-pratica. In questo modo, l'insegnamento della mediazione sembra poter ambire al suo più pieno compimento, in consonanza con il fine ultimo di questo metodo di soluzione del conflitto e della controversia: quello di rivelarsi strumento, e quindi occasione, di integrazione a più livelli – personale delle parti, sociale della collettività e istituzionale tra ordinamenti giuridici – in linea con gli obiettivi che l'Unione europea ha direttamente e indirettamente riconosciuto alla mediazione.

⁽³²⁾ Si parlava di «anatomia» della comunicazione nel mio *La cura delle parole tra processo e metodi consensuali*, cit., 292.

4. *Un caso di studio: l'insegnamento della mediazione in una realtà bilingue. Contesto ed obiettivi.* – È nella cornice sin qui delineata che si inserisce l'esperienza di insegnamento della mediazione che si intende restituire nelle pagine a seguire, nella speranza di offrire mediante tale 'caso di studio' alcuni spunti alla riflessione condivisa sulle modalità didattiche di una materia e di uno strumento così poliedrici. Ci si riferisce al corso sui metodi alternativi di soluzione delle controversie, e in particolare sulla mediazione civile e commerciale, tenuto presso l'Istituto di Diritto Italiano/*Institut für Italienisches Recht* dell'*Universität Innsbruck*, negli anni accademici 2022-23 e 2023-24, diretto a studenti bilingui (italiano/tedesco).

L'idea del corso è nata dall'urgenza di includere nell'offerta didattica del percorso di laurea in giurisprudenza dell'Istituto di Diritto Italiano presso l'Università di Innsbruck, la trattazione del tema della giustizia consensuale, e dei suoi strumenti, quale disegnata nella cornice giuridica europea ed italiana, con particolare *focus* sulla mediazione civile e commerciale. La particolarità del contesto – un Istituto di Diritto Italiano in un'università austriaca nella cornice dell'*EuropaRegion (Euregio) Tirol Südtirol Trentino*/Tirolo Alto Adige Trentino, regione che abbraccia territori di Stati diversi in virtù di ciò che li unisce oltre i confini giuridici – ha rappresentato l'occasione per una riflessione e valutazione attenta (e con occhi nuovi: ciò che l'oltre-confine sempre consente) circa il modo di strutturare, implementare e praticare l'insegnamento della mediazione ⁽³³⁾.

Un tale ambiente bilingue, e quindi multiculturale, infatti, ha con-

⁽³³⁾ L'*EuropaRegion (Euregio) Tirol Südtirol Trentino*/Tirolo Alto Adige Trentino è una struttura di cooperazione transfrontaliera, con personalità e capacità giuridiche, che insiste su tre territori collocati in due Stati membri (Austria e Italia), i quali condividono una storia comune nonché molti altri aspetti geografici, economici e culturali. Il suo obiettivo è di favorire l'unità nella diversità, grazie al superamento delle frontiere nazionali, per mettere al primo posto la coesione tramite una cooperazione transnazionale attuata mediante progetti e iniziative intese a migliorare la qualità della vita dei suoi abitanti, nella promozione di un processo di integrazione: così <<https://www.euoparegion.info/it/euregio/chiamo/visione/>>.

sentito di mettere più facilmente a fuoco ciò che la mediazione primariamente è: strumento di comunicazione efficace – o meglio: di recupero di una comunicazione efficace dopo che essa, divenuta disfunzionale, ha provocato il conflitto – all'«ombra del diritto», sostanziale e processuale, quale termine di confronto, e conforto, allorché si debba sondare se e come il conflitto possa risolversi consensualmente.

Date siffatte premesse, naturale è stato immaginare un corso a due voci che, capaci in entrambe le lingue, tedesco ed italiano, venissero da due retroterra scientifici e didattici differenti: una 'voce' processualcivile con esperienza anche in tema di giustizia consensuale, e un'altra specializzata, quale interprete e traduttrice in italiano-tedesco, di comunicazione interculturale.

L'obiettivo dichiarato di un tale insegnamento 'a due' (voci e specializzazioni) era quella di esporre gli studenti – e compiere con loro in aula, in modo interattivo e partecipato – un percorso di approfondimento sul fenomeno del conflitto e sulle modalità di sua soluzione – dai metodi autonomi a quelli eteronomi – passando per la diversità di terminologia che descrive il conflitto e la lite, da un lato, e gli interessi e le posizioni, dall'altro; per giungere a evidenziare il ruolo centrale della parte che vive il conflitto nella determinazione della sua soluzione, nonché quello altrettanto cruciale dell'avvocato, quale professionista legale chiamato ad esercitare la sua funzione sociale di prevenzione dell'esacerbazione dell'avversarialità, e così di accompagnamento alla sua migliore soluzione nell'interesse dell'assistito. Di qui, il *focus* sul primo colloquio avvocato-cliente, sull'analisi del caso concreto e delle possibili vie di sua soluzione, sulla valutazione di vantaggi e svantaggi di ciascuna via e soluzione, sulla pianificazione della strategia negoziale o mediativa, ove con il cliente si opti per il negoziato diretto o la mediazione. Di qui, ancora, lo studio della costellazione soggettiva del tavolo di mediazione, delle modalità di svolgimento della mediazione da diverse prospettive (di parti, mediatore e avvocati), sempre all'ombra del diritto sostanziale e processuale, con particolare attenzione alla disciplina italiana – ed euro-unitaria – della mediazione e del suo rapporto con il processo.

In questo intenso e ricco percorso, la combinazione del contributo (contestuale) dell'esperta del diritto, da un lato, e dell'esperta della comunicazione interculturale, dall'altro, hanno costituito lo 'spartito' di una 'composizione' che ha visto come protagonisti gli studenti, quali 'strumenti'/'attori sociali attivi' – come direbbe il Quadro comune di riferimento europeo per le lingue (QCER)⁽³⁴⁾ – che hanno saputo accogliere, meditare, rielaborare e concretizzare tutte le tematiche poc'anzi elencate. L'analisi di ciascuna di tali questioni è stata infatti esaltata dal bilinguismo e dalla multiculturalità, che si sono mostrati lievito prezioso per far crescere la consapevolezza – in discenti e docenti – della complessità del conflitto e di come questo diventi ancor più complesso allorché nasca in un contesto caratterizzato da più lingue e culture. Al contempo, però, quel multilinguismo e quella multiculturalità hanno messo in luce come essi costituiscano spesso la carta vincente per risolvere il conflitto, in quanto opportunità uniche per vedere le cose da angolature diverse e scoprire che la soluzione creativa e possibile sta nel mettersi al servizio del problema.

Perché ciò accada, essenziale è però un'accurata preparazione del futuro professionista legale, che passa attraverso uno studio e una pratica che consentano al discente di guadagnare gli elementi teorici e la dimestichezza concreta – in sintesi: le competenze e le abilità – per riconoscere le caratteristiche della comunicazione monolingue, bi- o multi-lingue, e le connesse inscindibili relazioni con le culture di cui quelle lingue sono espressioni. Questo studio, infatti, diventa, come più innanzi si preciserà dando testimonianza dell'esperienza vissuta in aula, strumento prezioso nella 'cassetta degli attrezzi' del professionista legale che, a seconda dei casi, assista come avvocato la parte quale

⁽³⁴⁾ Trattasi del *Common European Framework of Reference for Languages: learning, teaching, assessment – Companion volume*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2020; per la traduzione in lingua italiana pubblicata da Italiano LinguaDue: v. *Quadro Comune Europeo di Riferimento per le Lingue (QCER): Apprendimento, insegnamento, valutazione – Volume complementare*, ©Consiglio d'Europa, 2020, reperibile al seguente indirizzo: <<https://rm.coe.int/quadro-comune-europeo-di-riferimento-per-le-lingue-apprendimento-inseg/1680a52d52>>.

suo negoziatore o al tavolo di mediatore, o svolga il ruolo di mediatore⁽³⁵⁾. Non solo. L'approfondimento sulla comunicazione, in particolare multilinguistica e multiculturale, diventa viatico per cogliere l'essenza stessa della mediazione, ossia quella apertura, duttilità, flessibilità, creatività e abilità di superare gli schemi concettuali precostituiti che essa richiede per poter raggiungere l'obiettivo, *i.e.* la capacizzazione della parte nella gestione del suo conflitto⁽³⁶⁾; la consapevolezza che autodeterminazione significa auto-responsabilità⁽³⁷⁾; la promozione di una società più integrata, coesa, resiliente e quindi sostenibile⁽³⁸⁾.

⁽³⁵⁾ Il richiamo è qui al c.d. *Mediation Development Toolkit. Ensuring implementation of the CEPEJ Guidelines on mediation* CEPEJ(2018)7REV, reperibile al seguente indirizzo: <<https://rm.coe.int/mediation-development-toolkit-ensuring-implementation-of-the-cepej-gui/16808c3f52>>, realizzato dall'*European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ)* nel 2018 al fine di favorire l'osservanza delle linee guida stese dallo stesso CEPEJ in materia di mediazione. Tale 'cassetta degli attrezzi' comprende: due 'liste di controllo' (*checklists*) ad ausilio delle autorità nazionali nella loro attività di attuazione e monitoraggio di progetti pilota presso le corti di promozione della mediazione; un documento diretto *principaliter* ai giudici e agli addetti agli uffici giudiziari in merito al c.d. invio delle parti in mediazione; un *curriculum* formativo base del mediatore, elaborato in collaborazione con l'*International Mediation Institution (IMI)*; un documento di sensibilizzazione alla mediazione destinato ai soggetti interessati allo strumento, redatto secondo lo schema 'risposte a domande frequenti'; una guida alla mediazione per gli avvocati, elaborata in collaborazione con il *Conseil des barreaux européens (CCBE)*, il Consiglio degli Ordini d'Europa.

⁽³⁶⁾ Così, nell'esaltazione della dimensione relazionale dell'individuo promossa dalla Costituzione italiana, v. A. SIMONCINI, E. CREMONA, *Mediazione e Costituzione*, in questa *Rivista*, 2022, 3 ss., 19 ss.

⁽³⁷⁾ 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.

⁽³⁸⁾ In tali termini P. LUCARELLI, *Un altro concetto di sostenibilità*, cit., 20 ss.; ID., *Mediazione dei conflitti: una spinta generosa verso il cambiamento*, in questa *Rivista*, 2021, 15 ss.

5. *La sfida della comunicazione interculturale in un contesto multilingue*. – La particolarità del contesto e l'ambiente bilingue hanno creato la cornice ideale per l'insegnamento 'a due' voci, in cui gli studenti hanno potuto sperimentare e sperimentar(si) nella sfida dell'interazione interculturale plurilingue che – in termini di convergenza di canali verbale, non-verbale, para-verbale; ricezione del messaggio mediante decodifica; riscontro c.d. costruttivo; circolarità della comunicazione – diventa inevitabilmente più complesso che in ambienti monolingui.

Dopo aver creato un ambiente didattico in cui ciascuno studente ha sentito la libertà di esprimersi nella lingua con cui si sentiva a maggior agio, si è optato per un'interazione 'icebreaking' bilingue, provocando gli studenti ad interrogarsi su cosa significhi «comunicare». In particolare, si è chiesto loro di dare una definizione di «comunicazione» mediante parole-chiave. In ugual modo si è fatto poi con il termine «conflitto».

Al termine «comunicazione» gli studenti hanno associato una varietà di parole-chiave, tra cui «condivisione», «partecipazione», «scambio di informazioni», «silenzi», «accordo», «scontro», «crescita». Già nella fase preliminare di 'riscaldamento', tali parole hanno gettato luce su quanto il concetto di «comunicazione» sia sfaccettato e non riducibile ad un mero scambio di informazioni. Ciò è divenuto ancora più manifesto allorché si è chiesto agli studenti di fornire parole-chiave sulla comunicazione «interculturale» e, quindi, sulla differenza tra questa e la comunicazione «multiculturale».

Dall'interazione in aula è emerso che i due termini non sono sinonimi e che, nel passaggio dal multi-culturale all'inter-culturale⁽³⁹⁾, essenziale sia la volontà del singolo parlante di entrare in relazione autentica e non giudicante con il proprio interlocutore. Non solo. È

⁽³⁹⁾ Il linguista analizza i processi di comunicazione interculturale ponendo attenzione non solo a quanto espresso 'attraverso le parole'. Le differenze culturali influenzano la percezione del messaggio e l'interazione stessa tra parlanti di culture diverse. Per i fondamenti della competenza interculturale v. P. BALBONI, *La comunicazione interculturale*, Venezia, 2007; nonché ID., *Parlare un'altra lingua: La comunicazione interculturale*, Venezia, 1999.

emerso altresì che, in un terreno tanto scivoloso, gli strumenti più efficaci per entrare in relazione profonda con parlanti di cultura e lingua diverse dalla propria siano l'empatia – cui non a caso dà risalto il citato Quadro comune di riferimento europeo per le lingue – nonché l'attenzione al c.d. detto e non detto. Solo in tal modo, infatti, si evita il rischio che il 'messaggio' trasmesso venga frainteso da distorsioni percettive dettate dal proprio retroterra linguistico-culturale di appartenenza.

Nell'intento di tradurre in pratica le osservazioni raccolte, gli studenti sono stati invitati a rappresentare un gioco di ruolo (*role play*), in cui essi hanno potuto sperimentare in concreto caratteristiche e implicazioni di una comunicazione bilingue che voglia diventare interculturale. Grazie a questa 'sperimentazione', gli studenti hanno guadagnato consapevolezza circa un tratto centrale della comunicazione, tanto più se plurilinguistica: ogni atto comunicativo trasmette, implicitamente, molto più di quello che le parole dicono. Ne deriva che una pur eccellente padronanza linguistica – ove non accompagnata da una profonda competenza culturale – non è garanzia di comprensione reciproca.

Mettendo in pratica la 'volontà' di creare un'interazione consapevole e dinamica, gli studenti hanno così vissuto in prima persona il passaggio da un approccio multiculturale a interculturale.

La classe, di per sé bilingue e quindi multiculturale, sarebbe stata destinata a rimanere tale ove ciascuno studente non avesse voluto comprendere prospettiva e linguaggio verbale, non-verbale e para-verbale del collega, con la conseguenza di restare, nella decodifica del messaggio ricevuto, ciascuno, rispettivamente, 'italofono' o 'germanofono'. Nell'attività di *role play*, invece, la prospettiva è radicalmente cambiata nel momento in cui ciascun partecipante ha consapevolmente accettato la sfida di aggiornare la 'gradazione delle proprie lenti' di lettura del mondo, per adeguare il proprio stile comunicativo alla volontà di intraprendere un'interazione rispettosa e dinamica con il collega. Grazie alla concreta esperienza del gioco di ruolo, quindi, gli studenti hanno acquisito e agito la consapevolezza che «interculturale» è un atteggiamento voluto e vissuto, dinamico e in continuo divenire; un at-

teggiamento che caratterizza ogni professionista nel momento in cui decide di relazionarsi, in un processo di ampliamento della propria *Weltanschauung*, ossia della propria visione e percezione del mondo.

6. *Tra culture a basso ed alto contesto, la creazione di uno spazio comunicativo neutro quale base per un efficace tavolo di mediazione.* – Per approfondire le dinamiche che intercorrono tra parlanti appartenenti a retroterra culturali diversi, si è fatto ricorso alle evidenze scientifiche fornite da diversi studiosi, tra cui Edward T. Hall, Bronislaw Malinowski e Geert Hofstede, i quali hanno posto l'attenzione sui valori culturali c.d. impliciti e sul c.d. *contexting* ⁽⁴⁰⁾.

Tali studi hanno messo in evidenza la differenza tra culture a c.d. alto contesto (*High Context Communication (HCC)*) e culture a c.d. basso contesto (*Low Context Communication (LCC)*). Nelle prime, la maggior parte delle informazioni sono sottintese nella comunicazione, poiché considerate patrimonio culturale collettivo (è il caso, in particolare, delle culture giapponese, araba, latino-americana, italiana). Nelle culture a basso contesto, invece, la comunicazione tende all'esplicitazione al fine di raggiungere il massimo livello di chiarezza e ridurre al minimo il rischio di incomprensione. «Non riesco a seguirla» oppure «possiamo arrivare al punto?» o «qual è la questione di fondo?» sono alcune delle domande che possono emergere qualora non si (ri)conosca lo stile comunicativo ad alto contesto che connota l'interlocutore. La comunicazione ad alto contesto, infatti, può venire percepita, da parte di chi si aspetta precisione e dettagli per meglio definire il messaggio, come superficiale, vaga, incapace di giungere al punto, laddove, invece, lo stile comunicativo a basso contesto può essere avvertito, da chi si muove in una cultura ad alto contesto, come sovrabbondante di informazioni e poco attento alla relazione personale.

Date queste differenze, gli interculturalisti sottolineano i pregi

⁽⁴⁰⁾ V. G. HOFSTEDE, *Culture's Consequences: Comparing Values, Behaviors, Institutions, and Organizations Across Nations*, 2nd ed., Thousand Oaks, California, 2001.

dell'uno e dell'altro stile comunicativo. La forza di quello a basso contesto risiede nella sua linearità, capace di agevolare tra gli interlocutori l'efficiente completamento di un compito a breve termine, ancorché il suo limite stia nel mantenere 'fredda' la relazione che può apparire poco inclusiva. Per contro, il punto di forza di uno stile comunicativo ad alto contesto sta nella sua capacità di agevolare la costruzione della relazione, della fiducia reciproca, di spazi creativi, laddove il suo limite consisterebbe, invece, nel rischio di indugiare in lungaggini.

Ebbene, *in medio stat virtus*: la virtù sta nella capacità di interlocutori provenienti da retroterra comunicativi diversi di creare nuovi contesti situazionali neutri. Tale è stata l'esperienza della classe del corso sui metodi alternativi di soluzione delle controversie presso l'Istituto di Diritto Italiano/*Institut für Italienisches Recht* dell'*Universität Innsbruck*. Qui, infatti, oltre a sviluppare consapevolezza e rispetto per stili comunicativi differenti, si è promossa negli studenti l'abilità di saper 'mediare', e cioè prevedere e interpretare la modalità comunicativa dell'altro al fine di creare uno spazio situazionale neutro che facilitasse il raggiungimento di un componimento della lite soddisfacente, duraturo, sostenibile.

In questa direzione, decisiva si mostra la consapevolezza della diversa percezione delle 'emozioni' nella comunicazione. Le ricerche condotte da Edward T. Hall e Mildred R. Hall, nel loro «*Understanding Cultural Differences*»⁽⁴¹⁾, hanno evidenziato, infatti, come nel di-

(41) E.T. HALL, M.R. HALL, *Understanding Cultural Differences: Germans, French and Americans*, Yarmouth, (ME), 1999. Il loro contributo costituisce una pietra miliare per chi lavora in contesti multiculturali. Esso offre, infatti, strategie per il miglioramento della comprensione reciproca e la riduzione dei conflitti culturali, soprattutto in ambiti aziendali e diplomatici. Pur nella consapevolezza che le culture sono in costante mutamento e non possono essere stereotipate, significativa si è mostrata l'analisi dei dati raccolti su un campione statistico a livello internazionale in merito alla comunicazione c.d. ad alto contesto (*High Context Communication: HCC*), che segna le culture giapponese, cinese, araba, latino-americana, anglosassone. In queste, le informazioni di contesto sono date per scontate o comunicate indirettamente, poiché affondano le loro radici in tradizioni radicate e in pratiche condivise, con la conseguenza che in tali culture la comunicazione ricorre ad un ampio repertorio di segnali non-verbali e si radica sul rispetto delle conven-

verso (alto o basso) grado di contestualizzazione, le culture variano anche nel modo in cui percepiscono e agiscono una comunicazione emotiva o non emotiva. Culture più emotive tendono ad 'aprire il cuore', enfatizzare le emozioni anche attraverso il canale non-verbale e para-verbale, mentre culture meno emotive sono maggiormente inclini all'autocontrollo, dando priorità alla fattualità della vicenda comunicata ed evitando nella prossemica il contatto troppo ravvicinato con l'interlocutore.

Allenare uno stile comunicativo consapevole, aperto alle sfide di contesti multiculturali implica, pertanto, da un lato, l'autoconsapevolezza del proprio retroterra culturale, di cui si devono riconoscere i valori impliciti che caratterizzano anche il c.d. linguaggio silente; dall'altro, la volontà di mettersi in relazione costruttiva e il più possibile libera da (pre)giudizi distorsivi con interlocutori provenienti da retroterra linguistico-culturali diversi dal proprio. Viceversa, non riconoscere la parte 'invisibile' della comunicazione può diventare causa di fraintendimenti e quindi di scontro.

In questo senso, illuminante è il primo assioma di Paul Watzlawick⁽⁴²⁾, autore di «*Pragmatics of Human Communication*»⁽⁴³⁾, pie-

zioni sociali, elementi che attribuiscono grande importanza alle relazioni personali. Al contrario, la comunicazione c.d. a basso contesto (*Low Context Communication: LCC*) è tratto caratterizzante dei parlanti provenienti dagli Stati Uniti, dai Paesi germanofoni e scandinavi, i quali privilegiano una comunicazione diretta, che va subito 'al punto', senza giri di parole né troppi preamboli, e dove le parole servono a trasmettere informazioni.

⁽⁴²⁾ Paul Watzlawick è stato uno psicologo austriaco, noto per i suoi contributi nel campo della comunicazione umana e della terapia familiare. Fu uno dei fondatori della Scuola di Palo Alto, che ha avuto un impatto significativo sulle teorie della comunicazione e della psicoterapia sistemica. Il suo lavoro si concentra sull'interazione umana, sui processi comunicativi e su come questi possano influenzare le dinamiche psicologiche e sociali. Una delle sue più celebri teorie ruota intorno all'assioma della comunicazione: «Non si può non comunicare», uno dei principi fondamentali della sua opera *Pragmatics of Human Communication: A Study of Interactional Patterns, Pathologies, and Paradoxes*, New York, 1967. Secondo questo assioma, ogni comportamento umano è una forma di comunicazione, anche quando la persona non sta parlando o cercando di comunicare intenzio-

tra miliare degli studi sulla psicologia della comunicazione quale fattore che influenza il comportamento umano: «*Man kann nicht, nicht kommunizieren*», non comunicare è impossibile⁽⁴⁴⁾. La comunicazione, intesa come interazione tra emittente e ricevente, quand'anche inconscia e non intenzionale, avviene sempre e comunque. Comunichiamo noi stessi addirittura prima di venir visti, banalmente, ad esempio, nel modo (non-verbale!) in cui, entrando in aula, apriamo la porta.

Watzlawick utilizza il termine 'comunicazione' e 'comportamento' come interscambiabili. Non stupisce pertanto che il citato Quadro comune di riferimento europeo per le lingue consideri chi usa o apprende la lingua come un «attore sociale», ossia un soggetto che agisce consapevolmente in un ambiente sociale e svolge un ruolo attivo nel processo di co-costruzione di significati.

In contesti plurilingui a vocazione interculturale, ciò significa, per un verso, promuovere competenze che si avvalgono della/e lingua/e quale strumento chiave per intendersi; per l'altro, favorire la relazione tra emittente e ricevente in contesti multiculturali connotati e condizionati da valori soprattutto impliciti della c.d. cultura invisibile.

nalmente. In altri termini, anche il silenzio o l'assenza di parole trasmette messaggi e informazioni.

(⁴³) P. WATZLAWICK, J.H. BEAVIN BAVELAS, D.D. JACKSON, *Pragmatics of Human Communication: A Study of Interactional Patterns, Pathologies, and Paradoxes*, New York, 1967, volume tradotto in diverse lingue e ancor'oggi punto di riferimento per gli studi su comunicazione, psicologia, sociologia e terapia sistemica.

(⁴⁴) L'assioma implica che la comunicazione non si limita solo a ciò che diciamo, ma include anche il non detto, il linguaggio del corpo, i rumori e persino i silenzi. Ciò significa che tutto ciò che facciamo, può essere interpretato come messaggio, anche quando non ne siamo consapevoli. L'assioma «non comunicare è impossibile» si applica anche a livello interculturale. Le persone provenienti da culture diverse potrebbero interpretare il comportamento non-verbale in modo diverso, il che può portare a malintesi, visto che 'tutto ciò che facciamo comunica', con la conseguenza che essenziale per una comprensione completa delle interazioni umane, a livello sia individuale che sociale, è una visione olistica della comunicazione. Questo principio sottolinea l'importanza di comprendere non solo le parole, ma anche il contesto e le modalità con cui la comunicazione avviene, possibilmente con convergenza di canali verbale, non-verbale, para-verbale.

Non stupisce pertanto che nell'ambito della didattica delle lingue la «mediazione linguistica» sia entrata a pieno titolo nelle competenze che vanno allenate da chiunque si appresti ad occuparsi dell'insegnamento e apprendimento di lingue non materne: «[n]ella mediazione [linguistica] ci si occupa meno dei propri bisogni, delle proprie idee o del proprio modo di esprimersi che di quelli della parte o delle parti per cui si sta mediando. Una persona che si impegna in un'azione di mediazione [linguistica] deve avere un'intelligenza emotiva molto sviluppata oppure essere disponibile a sviluppare un'apertura mentale, in modo da provare sufficiente empatia verso i punti di vista e gli stati emotivi degli altri partecipanti alla situazione comunicativa» ⁽⁴⁵⁾.

Si tratta di definizioni, concetti ed obiettivi che si mostrano in piena consonanza con quelli della mediazione quale strumento di soluzione dei conflitti e delle controversie civili e commerciali.

7. Il quid pluris del bilinguismo nella promozione della cura delle parole quale cura del conflitto. – L'approfondimento sulle peculiarità della comunicazione in diverse lingue e in un contesto che aspiri a diventare interculturale, rende evidente il potenziale di un insegnamento della mediazione in un'aula che possa contare su un bilinguismo di docenti e discenti. La modalità di insegnamento bilingue, con i costanti passaggi da una lingua all'altra che esso consente, infatti, reca il pregio di veicolare, anche indirettamente, il ruolo cruciale che le parole svolgono nella genesi del conflitto, nella sua gestione e nella sua ...cura. A percorso inverso, quindi, l'insegnamento bilingue fa emergere come la cura delle parole significhi prevenzione del conflitto, in quanto abilità volta a mantenere la funzionalità della comunicazione tra le parti ⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁵⁾ Così *Quadro Comune Europeo di Riferimento per le Lingue (QCER): Apprendimento, insegnamento, valutazione – Volume complementare*, cit., 102.

⁽⁴⁶⁾ Per un approfondimento sulla centralità della cura delle parole sotto il profilo della scelta della 'via' di soluzione del conflitto nonché della sua concreta 'gestione', si permetta di rinviare al mio *La cura delle parole tra processo e metodi consensuali*, cit., 286 ss.

La capacità e la continua sfida di veicolare un concetto in due (o più) lingue rendono palese la difficoltà, ma anche la ricchezza portata da punti di vista diversi: ogni parola in una lingua, per quanto avvertita come corrispondente a quella di un'altra nell'esprimere un determinato concetto/fenomeno, infatti, reca una prospettiva propria, destinata a mettere in luce – se di essa l'interlocutore diventa beneficamente cosciente – non solo la complessità della comunicazione e, quindi della relazione con l'altro, ma anche le potenzialità che tale complessità sprigiona. In questo senso, la possibilità di esprimere un concetto o di restituire un fenomeno in più lingue è paragonabile alla maggiore estensione di una fisarmonica aperta rispetto a quella di una fisarmonica chiusa: amplia lo spettro d'osservazione e riesce perciò ad abbracciare il concetto/fenomeno in modo più prossimo alla sua interezza – ché d'altronde, come affermava Ludwig Wittgenstein, «[d]ie Grenzen meiner Sprache bedeuten die Grenzen meiner Welt», i limiti della mia lingua sono i limiti del mio mondo ⁽⁴⁷⁾.

Il bilinguismo agevola così quella preziosa meta-cognizione sull'anatomia della comunicazione che costituisce strumento-chiave per la maturazione di una cura delle parole quale 'farmaco-medico' del conflitto ⁽⁴⁸⁾. Esso, infatti, facilita l'attenzione per tutti quei tratti essenziali della relazione comunicativa che più sopra si elencavano, e che vale qui la pena riprendere, onde suggerire quale importanza essi rivestano nella prevenzione o soluzione del conflitto, rispettivamente mantenendo la comunicazione sul solco di un'interazione efficace o riportandovela dopo che ne sia uscita. Si tratta del contesto, con i suoi c.d. rumori esterni ed interiori, in cui la comunicazione avviene; del codice utilizzato dall'emittente per trasmettere il suo messaggio; dei canali comunicativi che segnano la sua trasmissione (verbale, non-

⁽⁴⁷⁾ È la nota proposizione n. 5.6 del suo *Tractatus Logico-Philosophicus*, New York-London, 1922.

⁽⁴⁸⁾ Le parole, come il giurista che di esse faccia uso, a seconda di come scelte e impiegate in un dato contesto da un certo emittente nei confronti di un certo ricevente, sono «farmaco» ossia, come la *vox media* che l'etimo greco ci consegna (φάρμακον), 'medicamento/rimedio' o, all'opposto, 'veleno': in questo senso v., *si vis*, il mio *La cura delle parole tra processo e metodi consensuali*, cit., 287.

verbale, para-verbale); della ricezione del messaggio mediante decodifica da parte del ricevente; 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 ⁽⁴⁹⁾.

Come in precedenza esaminato, questi tratti universali dell'anatomia della comunicazione assumono in ciascuna lingua e in ciascun contesto culturale declinazioni diverse: da pietra di inciampo nello scorrere fluido della comunicazione e conseguente causa del conflitto, essi possono rivelarsi, ove conosciuti nelle loro differenti manifestazioni da lingua a lingua e da contesto a contesto culturale, chiave di volta nel recupero di una comunicazione efficace e nella soluzione del conflitto. Esattamente ciò che lo strumento della mediazione aspira ad agevolare con la sua vocazione integrativa.

8. *L'esperienza in aula...* – Entro le coordinate descritte si è svolto il corso dedicato ai metodi alternativi di soluzione delle controversie, e tra questi in particolare alla mediazione, impartito ad una classe composta da circa una quindicina di studenti bilingue, presso l'Istituto di Diritto Italiano dell'Università di Innsbruck.

È un'esperienza che si vuole qui restituire in alcuni dei suoi passaggi più significativi a vantaggio del dibattito che anima la riflessione sull'insegnamento della mediazione nell'università. Pur nella consapevolezza delle peculiarità dell'ambiente in cui il corso qui oggetto di studio si è tenuto, e del ridotto numero di studenti che hanno formato la classe di frequentanti, si ritiene infatti che tale 'testimonianza' possa contribuire a cogliere aspetti che nell'insegnamento universitario della mediazione non possono tralasciarsi, ma che, al contrario, meritano di essere accortamente valorizzati, secondo le specificità che il contesto e il singolo corso impartito di volta in volta presentano.

⁽⁴⁹⁾ Su tutti questi profili, per un approfondimento, v. E. CAMPI, *Fare la differenza al tavolo di mediazione. La comunicazione efficace*, in S. DALLA BONTÀ (a cura di), *Le parti in mediazione*, cit., 123 ss.

9. (segue) ...*un'intersezione di prospettive all'insegna dell'interazione*. – In copresenza, processualcivile ed esperta della comunicazione interculturale hanno dato avvio al corso attraverso un'interazione '*ice-breaking*' bilingue, provocando gli studenti ad interrogarsi su cosa siano la «comunicazione» e il «conflitto», chiedendo loro di darne una definizione mediante parole-chiave espresse in italiano o tedesco, a preferenza del discente.

L'interazione in doppia lingua ha avuto più obiettivi ed effetti: innanzitutto, quello di favorire e riscontrare nei frequentati la percezione dell'importanza di un ambiente 'protetto' e 'accogliente', in cui ciascuno ha e avverte la libertà di esprimersi nella lingua che lo mette a maggior agio – così come dovrebbe accadere al tavolo di mediazione, a cui le parti siedono per parlare ed affrontare il loro conflitto in un contenitore riservato e al cospetto di un terzo, il mediatore, privo di qualsiasi potere giudicante. Non solo. L'interazione bilingue ha messo da subito in primo piano la centralità della comunicazione e la sua complessità, in particolare laddove, ad ogni parola-chiave in italiano o tedesco che ciascuno studente forniva per designare il «conflitto», si è chiesto alla classe di immaginare un termine corrispondente nell'altra lingua. La ricerca del 'corrispondente' ha indotto automaticamente l'aula al confronto e alla discussione: ciascuna proposta di traduzione, infatti, porta un punto di vista diverso sul concetto da esprimere; viene vagliata, accettata, scartata, perfezionata dalla classe – così come accade al tavolo di mediazione, quando le prospettive sull'accaduto che ha generato il conflitto, le opzioni di soluzione della contesa, i criteri per selezionarle vengono condivisi, vagliati, accettati, scartati, migliorati nella sinergia di tutti coloro che siedono al tavolo.

Il valore di quest'attività – indirettamente formativa della preparazione e gestione del tavolo di mediazione – si è fatta più intensa e sfidante allorché gli studenti sono stati invitati ad interrogarsi sulla differenza tra «conflitto» e «lite» e tra «interesse» e «posizione giuridica». In particolare, il concetto di «interesse», quale distinto dalla «posizione giuridica», ha schiuso alla riflessione non solo sulla trasposizione in lingua tedesca di questi due termini e concetti, ma anche sull'incidenza

della cultura nella definizione stessa degli «interessi» della parte. Questi, infatti, sono spesso plasmati dai valori di una cultura, ma non ogni cultura si informa agli stessi valori – come non tutti coloro che siedono ad un tavolo di mediazione, anche mono-culturale, hanno gli stessi valori e quindi gli stessi interessi. Quello economico, ad esempio, è solo uno dei molti possibili, e non di rado, come gli studenti hanno acutamente osservato, esso rappresenta soltanto una copertura per ben altri e più numerosi interessi, che se non esplorati, restano però inespressi e così insoddisfatti, impedendo la soluzione in radice del conflitto.

Già questi primi ‘esercizi di ponte’ tra le due lingue hanno illuminato sul ruolo cruciale giocato dalla comunicazione (non efficace) sulla nascita del conflitto, dando occasione di approssimarsi ai cinque assiomi della comunicazione di Paul Watzlawick e alla diversità di lingue ad alto e basso contesto, di cui più sopra si è detto.

È stata, questa, la base migliore per aprire al tema dei metodi di soluzione del conflitto e quindi all’approccio che si può scegliere di adottare allorché esso insorga, a partire dalla terminologia – ‘avversariale-bellica’ o ‘collaborativa’ – che si decide di impiegare per descrivere il conflitto. È emersa così la distinzione tra mezzi autonomi ed eteronomi di soluzione del conflitto e della controversia, e quindi la differenza tra negoziato, mediazione, arbitrato e processo⁽⁵⁰⁾. Di ciascuno, gli studenti sono stati richiesti di vagliare pregi e difetti, vantaggi e svantaggi, nell’inevitabile relativismo della risposta che deriva dalla varietà del contenzioso possibile, nonché dall’esigenza di garantire la «proporzionalità» dei mezzi rispetto al risultato conseguibile, e con questo la «sostenibilità» della giurisdizione quale risorsa comune, scarsa e preziosa «come l’acqua»⁽⁵¹⁾.

Calzante si è mostrato qui il riferimento alle *European Rules of Ci-*

⁽⁵⁰⁾ 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*, 14^a ed., Milano, 2024, 15 ss.; nonché, da ultimo, R. TISCINI, *Il ruolo del giudice e degli avvocati nella gestione delle controversie civili*, Napoli, 2023, 19 ss.

⁽⁵¹⁾ È questa la calzante metafora proposta da P. LUCARELLI, *Un altro concetto di sostenibilità*, cit. 22.

vil Procedure, legge modello europea del processo civile, stesa dall'*European Law Institute* e dall'*Unidroit*, e ai suoi primi principi – *Co-operation*, *Proportionality* e *Settlement* – che offrendo una visione integrata di giustizia che abbraccia vie a-giurisdizionali e giurisdizionale, attraverso *rules* confezionate in lingua inglese, aprono al confronto sul tema della gestione e soluzione del conflitto anche da un'altra prospettiva e in una lingua ulteriore ⁽⁵²⁾.

Ha trovato così motivo di essere introdotto il profilo della disciplina normativa della mediazione, a partire dagli interventi comunitari, poi euro-unitari, in materia, sino alla legislazione e regolamentazione italiana, anche alla luce della recente riforma della giustizia civile. L'indagine sulla disciplina di diritto positivo si è innestata così nello svolgimento del corso come una delle molteplici prospettive sul conflitto e sulla mediazione che interseca tutte altre, e che induce lo studente a ragionare sulle scelte di politica del diritto che possono informare la normativa dedicata alla mediazione in un determinato ordinamento giuridico.

Il passaggio dalla direttiva 2008/52/CE al d.lgs. n. 28 del 2010, e successive modifiche ⁽⁵³⁾, ha rappresentato, in questo senso, un ottimo

⁽⁵²⁾ 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.

⁽⁵³⁾ Il riferimento è alla 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, e al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, in tema di «Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali», da ultimo novellato dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 (c.d. riforma Cartabia), nonché dal suo c.d. Correttivo (d.lgs. 26 dicembre 2024, n. 216).

banco di prova per riflessioni sul punto, sospingendo la classe a ragionare con spirito critico su pregi e difetti di ciascuna delle opzioni che la direttiva lascia aperte in vista della sua implementazione a livello nazionale, in particolare in merito al rapporto tra mediazione e processo.

La discussione sulla relazione tra tentativo di mediazione e accesso alla via giurisdizionale ha portato al tema cruciale del rapporto avvocato-persona che vive il conflitto/cliente, quale rapporto determinante per la promozione della soluzione del conflitto attraverso metodi autonomi come la mediazione. Le riflessioni sulla figura dell'avvocato, sulle sue funzioni, sul modo in cui egli è e può essere percepito dal cliente e dall'intera collettività hanno rappresentato uno snodo fondamentale del percorso formativo.

Muovendo da uno spontaneo scambio di idee su come, a dire degli studenti, la figura dell'avvocato viene dipinta nell'immaginario collettivo, anche in un contesto multilinguistico e multiculturale come quello dell'Euregio, si è passati a individuare e definire le abilità di cui un avvocato competente in materia di giustizia consensuale, e in particolare di mediazione, dovrebbe possedere, anche al fine di promuoverne il ricorso da parte di chi a lui si rivolga⁽⁵⁴⁾.

Dalla classe è emersa così l'importanza rivestita dal momento conoscitivo tra avvocato e persona che vive il conflitto: il loro primo colloquio, quale chiave di volta per impostare una relazione fondata sulla capacitazione della parte, il c.d. *empowerment* o, in tedesco, la c.d.

⁽⁵⁴⁾ In linea con quanto indicato e suggerito dalla Corte di cassazione nella nota sentenza n. 8473 del 2019, ove in un significativo *obiter dictum* ha evidenziato come il tempo attuale «segn[i] anche 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»: così, testualmente Cass., 27 marzo 2019, n. 8473, punto 3, in *Foro it.*, 2019, I, 3250, con commento di DALFINO, «Primo incontro», *comparizione personale delle parti, effettività della mediazione*; in *Giur. it.*, 2019, 2128, con annotazione di LUISO, *Mediazione obbligatoria, il giudice e la legge*; in *Judicium*, con commento di LUCARELLI, *La sentenza della Corte di Cassazione 8473/2019: un raro esempio di uroboro*; in *Questione Giustizia*, 2019, con nota di GIOVANNUCCI ORLANDI, *La Cassazione n. 8473/2019: una rondine che speriamo non faccia primavera*.

Ermächtigung. Di qui, immediato è stato il collegamento con il tema del dovere deontologico di informazione dell'avvocato, di cui all'art. 27 cod. deon. forense ⁽⁵⁵⁾, e quello legale, di cui, con riguardo alla mediazione, all'art. 4 d.lgs. n. 28 cit. ⁽⁵⁶⁾, Un dovere che ha sfidato gli studenti ad interrogarsi, oltre la previsione deontologica e legale, su come esso possa essere in concreto osservato. Lungi dal poter essere liquidata con superficialità quale mero adempimento formale, l'informativa dell'avvocato alla persona che vive il conflitto si è mostrata alla classe come il primo passo nel cammino verso l'individuazione della via migliore di soluzione del conflitto nell'*interesse* del cliente.

⁽⁵⁵⁾ L'art. 27 cod. deon. forense impone all'avvocato, nel raccogliere la narrazione del cliente, non solo di prospettargli «le iniziative e ipotesi di soluzione» (1° comma, ult. parte, dell'art. 27 cit.), ma anche di 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 giudiziario, pure previsti dalla legge» (3° comma dell'art. 27 cit.). V. sul punto R. DANOVI, Sub art. 27, in ID., *Il nuovo codice deontologico forense. Commentario*, Milano, 2014, 188 e 191, che ricorda come alla luce della lettera dell'art. 27 cit., 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».

⁽⁵⁶⁾ V. art. 4, 3° comma, d.lgs. n. 28 del 2010, e successive modifiche, secondo cui «[a]ll'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato è tenuto a informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal presente decreto e delle agevolazioni fiscali di cui agli articoli 17 e 20. L'avvocato informa altresì l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'informazione deve essere fornita chiaramente e per iscritto. In caso di violazione degli obblighi di informazione, il contratto tra l'avvocato e l'assistito è annullabile. Il documento che contiene l'informazione è sottoscritto dall'assistito e deve essere allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio. Il giudice che verifica la mancata allegazione del documento, se non provvede ai sensi dell'articolo 5, comma 2, informa la parte della facoltà di chiedere la mediazione». Per un commento a riguardo v. D. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, 2ª ed., Bologna, 2022, 167 ss.

Anche sotto questo profilo il bilinguismo e la multiculturalità (della classe) sono stati *humus* fertile per andare in profondità e cogliere le sfide che un'informativa seria comporta. La complessità, ma anche la ricchezza, di un *milieu* che usa due lingue ed è segnato da più culture, ha rappresentato un punto di osservazione privilegiato per esaminare le molteplici sfaccettature del primo colloquio-avvocato cliente. Ancora una volta il tema della comunicazione efficace, della sua anatomia, dei suoi principi, delle sue insidie l'ha fatta da padrone.

L'informativa ridotta a subitaneo 'parere legale *pro veritate*' su quanto narrato dal cliente è stata così sottoposta a critica, a vantaggio invece di un primo colloquio condotto dall'avvocato attraverso le 'domande giuste', intendendosi per tali quelle che, con genuina ancorché professionale curiosità, vanno a scoprire il vero interesse del cliente per rinvenire la via più appropriata di soluzione del suo problema⁽⁵⁷⁾. 'Domane aperte *versus* domande chiuse' è diventato quindi tema di confronto tra gli studenti, giocando anche sulle potenzialità di una loro formulazione in lingua italiana e tedesca⁽⁵⁸⁾.

La riflessione sul primo colloquio ha rappresentato inoltre il ponte verso il tema dell'accesso alla mediazione e delle sessioni in cui questa si snoda. Il cuore della mediazione è emerso così nella sua evidenza allorché si è discusso su chi debba partecipare a tali sessioni e quale ne debba auspicabilmente essere il contenuto. Partecipazione personale delle parti o mediante rappresentante; gestione del rapporto avvocato-parte assistita durante le sessioni di mediazione; rapporto mediatore-avvocati-parti⁽⁵⁹⁾: questi temi sono stati 'visualizzati', prima che 'stu-

⁽⁵⁷⁾ Discorre dell'importanza per l'avvocato di formulare le «domande giuste» quale presupposto ineludibile per poter «dare risposte (...) e individuare soluzioni idonee» alla gestione del conflitto che il cliente vive, C. MARCUCCI, *Il procedimento collaborativo*, in M. SALA, C. MENICHINO (a cura di), *La Pratica Collaborativa*, cit., 2017, 205 ss., prec. 220.

⁽⁵⁸⁾ Su tale confronto v., ancora, *si vis*, S. DALLA BONTÀ, *La cura delle parole tra processo e metodi consensuali*, cit., 294 ss.

⁽⁵⁹⁾ Su tali aspetti e molti altri sollecitati dalla novella del citato d.lgs. n. 28 del 2010 introdotta dalla c.d. riforma Cartabia v. D. DALFINO (a cura di), *La nuova «giustizia complementare»*, ne *Gli Speciali de Il Foro* 2/2023.

diati' dal punto di vista normativo (cfr. art. 8 d.lgs. n. 28 cit.), alla luce del miglior interesse del cliente e del grado di successo nel raggiungimento dell'accordo. Ancora una volta, infatti, la mediazione è stata vista come un solido da guardare nello spazio da tutte le possibili angolature, cercando di individuarne le sfaccettature, che appaiono diverse a seconda dei punti di osservazione ⁽⁶⁰⁾: quello della comunicazione, del rapporto avvocato-cliente, delle dinamiche del tavolo di mediazione, della disciplina positiva, e così via. La doppia lingua e la multiculturalità sono state, di nuovo, il *Pluspunkt* dell'indagine.

10. (segue) «*Dividere per unire/Teilen, um zu vereinen*»: *un caso di divisione ereditaria tra lingue e culture diverse*. – L'insegnamento della mediazione sinora descritto, se ha trovato nell'intensa interazione in classe l'elemento vivificante della trattazione teorica della mediazione, ha raggiunto il suo momento culminante nell'analisi di un caso concreto, la cui traccia sottoposta all'attenzione degli studenti è stata stesa in italiano e tedesco.

Intitolato «*Dividere per unire/Teilen, um zu vereinen*», il caso riguardava l'apertura in Italia di una successione ereditaria – con punti di collegamento con gli ordinamenti italiano e austriaco – che coinvolgeva quattro fratelli, tutti di doppia nazionalità (italiana e austriaca) e bilingui (italiano/tedesco), chiamati ad affrontare lo spinoso problema della divisione dell'eredità lasciata dalla madre, già vedova, defunta.

⁽⁶⁰⁾ Assonanza emerge qui con la rappresentazione 'visiva' che della complessità del conflitto viene offerta da A. MIGONE DE AMICIS, *Globalità (Σφαίρικά)*, 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. DANOVI, 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».

Profili soggettivi, emotivi, relazionali, comunicativi si intrecciavano a quelli materiali e giuridici, in una matassa che non di rado innerva le conseguenze della morte del genitore e del relativo lutto (diversamente) vissuto dai figli ⁽⁶¹⁾.

Gli studenti sono stati invitati ad esaminare il caso attraverso una serie di domande-guida, in vista della simulazione di un primo colloquio avvocato-cliente e quindi della preparazione di un tavolo di mediazione, in italiano e tedesco ⁽⁶²⁾. L'esito è stato sorprendente.

⁽⁶¹⁾ La divisione della comunione ereditaria porta con sé l'intreccio dell'eredità materiale con quella simbolica della famiglia del defunto e costituisce parte del c.d. processo di lutto (individuale, ma anche collettivo) di chi a lui sopravvive; *iter* che contempla l'accettazione dell'intervenuto cambiamento portato dalla morte del *de cuius*, il confronto con la 'memoria', l'inevitabile creazione di una nuova 'costellazione familiare', in vista – auspicabilmente – del raggiungimento di una rinnovata, sana 'connessione' tra passato, presente e futuro. La divisione della comunione ereditaria diventa così momento di 'sistemazione del passato' tradotto in accordi materiali e finanziari che sottendono però un'eredità spirituale del defunto, nonché obiettivi, ideali, visioni spesso nascosti dei singoli eredi/legatari. Essa spesso provoca in costoro un 'ritorno all'infanzia' e alle dinamiche che segnavano i loro rapporti con il *de cuius*, con la conseguenza che l'allora percezione di essere da costui stati o meno amati diventa misura di calcolo della parte spettante dell'asse ereditario. Per una sistematizzazione delle c.d. fasi della perdita e del lutto (1. rifiuto e isolamento; 2. rabbia; 3. patteggiamento con la realtà della perdita; 3. depressione e malinconia; 4. accettazione), v. E. KÜBLER-ROSS, *On Death and Dying*, London-New York, 1973. Su questi e altri profili del complesso conflitto generato dalla divisione di comunione ereditaria si rinvia a S. DALLA BONTÀ, *La mediazione. Quando lo scontro diventa motivo di incontro. Veicolo di una nuova interculturalità?*, in C. PICIOCCHI, D. STRAZZARI (a cura di), *Percorsi interculturali*, cit., 79 ss.

⁽⁶²⁾ In particolare, le domande poste in lingua italiana (e tradotte in tedesco) sono state le seguenti: 1. Quale è il contesto culturale e linguistico di questo caso di divisione ereditaria?; 2. Quale è la disciplina giuridica che si dovrebbe applicare a questo caso di divisione ereditaria?; 3. Con riguardo ai fratelli: a. Stefan: quale è la sua posizione giuridica? Quali sono i suoi interessi?; b. Christian: quale è la sua posizione giuridica? Quali sono i suoi interessi?; c. Luca: quale è la sua posizione giuridica? Quali sono i suoi interessi?; d. Marco: quale è la sua posizione giuridica? Quali sono i suoi interessi? (Attenzione! Si tenga a mente quale è la differenza tra «posizione giuridica» e «interesse»); 4. Quali sono in vantaggi di risolvere questo conflitto tramite un procedimento di mediazione?; 5. Quali sono le differenze tra scegliere il procedimento di mediazione e una divisione ereditaria per via giudiziale, cioè tramite un processo civile di divisione ereditaria?; 6. Quale ruolo ha il me-

Il lavoro svolto lungo il percorso formativo ha trovato una sintesi che ha tradotto in pratica, e quindi in abilità, gli elementi teorici acquisiti. Le simulazioni nelle due lingue di taluni studenti, sotto l'osservazione dei compagni di classe, ha occasionato un momento di meta-cognizione altamente fecondo, dove il bilinguismo ha illuminato sulla diversità culturale e sulla ricchezza che essa porta con sé.

Rivelando un notevole potenziale, gli studenti si sono mostrati la migliore premessa e promessa per il futuro di una giustizia più matura e sostenibile, capace di mettere al centro la persona e il suo problema.

11. Una preparazione essenziale per i 'professionisti della mediazione' del domani. – Il 'caso di studio' condotto presso l'Istituto di Diritto Italiano/*Institut für Italienisches Recht* dell'*Universität Innsbruck* traccia le coordinate di un tipo di insegnamento attento alle sfide ed opportunità che il giurista d'oggi (non più di domani) si trova a dover affrontare quotidianamente. L'esperimento, così ben riuscito anche grazie al taglio sapientemente pratico, ha beneficiato dell'apporto fornito da discipline ancillari al sapere giuridico. Il 'caso di studio' è riuscito a mettere in evidenza la complessità dell'esercizio delle professionali legali alla prova, da un lato, del tavolo negoziale, dall'altro, del contesto geografico, economico, culturale, storico e sociale – quale l'Euregio – in cui la più parte dei discenti si troverà ad operare.

Se condiviso è l'assunto per cui una delle cause principali dell'insorgere di qualsiasi conflitto è una comunicazione inefficace – talvolta, addirittura, inesistente – tra parti, la mediazione si rivela 'spinta gentile' che rimette in moto il 'meccanismo' comunicativo che si è

diatore nel procedimento di mediazione? In cosa si differenzia da un giudice?; 7. Quale ruolo ha l'avvocato di ciascuna parte in mediazione? In cosa si differenzia dal ruolo dell'avvocato nel processo?; 8. Quale soluzione 'creativa' si può immaginare per dividere l'eredità tra i fratelli in armonia – come vuole la madre – e con soddisfazione degli interessi di tutti?

bloccato⁽⁶³⁾. Ebbene, di (più) arduo compito è investito il mediatore che si propone di riattivare quella comunicazione quando egli opera in contesti linguistico-culturali peculiari come quello dell'Euregio. Di vera abilità, infatti, può dirsi dotato il professionista capace non solo di comprendere le parti al tavolo di mediazione sotto il profilo strettamente linguistico, ma anche di rimettere in comunicazione interlocutori provenienti da retroterra comunicativi diversi, al fine di creare quei 'nuovi contesti situazionali' a cui prima si faceva riferimento, e in cui tutte le parti coinvolte si sentano ascoltate, comprese e partecipi di un processo di cambiamento.

Come rilevato nel 'caso di studio' più sopra descritto, le riflessioni sulla trasposizione linguistica di alcuni concetti fondamentali quali «interesse» o «posizione giuridica» hanno messo in risalto l'incidenza della cultura sulla terminologia utilizzata dalle parti in mediazione. Queste ultime, infatti, sono spesso 'forgiate' dai valori che le definiscono e che di volta in volta emergono al tavolo di mediazione⁽⁶⁴⁾.

⁽⁶³⁾ Il riferimento alla nostra capacità decisionale riporta alle riflessioni di R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, Nudge. *La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute e felicità*, Milano, 2022.

⁽⁶⁴⁾ Sul punto v. S. DALLA BONTÀ, *La mediazione. Quando lo scontro diventa motivo di incontro*, ult. cit., 58 ss. I conflitti tra individui, enti, soggetti collettivi e gruppi, infatti, nascono, si alimentano, affrontano e risolvono in ragione di come i soggetti coinvolti percepiscono cosa sia giusto o sbagliato, intendono come procedere di fronte al conflitto, individuano a chi rivolgersi per risolverlo, dove e con quali aspettative. Accade, cioè, che se tutte le società e culture conoscono il conflitto, assai diversi si rivelano i loro modi di intenderlo e gestirlo, predisponendo, non a caso, meccanismi – sociali e giuridici – differenti per superarlo. Tali aspetti affondano le proprie radici, in ultima istanza, nei valori di una società e di una cultura, valori che forgianno le idee di giusto e sbagliato, nonché la visione del risultato da raggiungersi nell'affrontare e superare il conflitto. Non solo. Quei valori segnano anche la percezione di cosa debba intendersi per vittoria e sconfitta al termine della lite: diversi sono, infatti, da cultura a cultura, gli interessi individuali e collettivi ad essa sottesi. Cfr., per tutti, a riguardo, H. TRIANDIS, *Theoretical Concepts that are Applicable to the Analysis and Ethnocentrism*, in R. BRISLIN (ed.), *Applied Cross-Cultural Psychology. Cross-Cultural Research and Methodology Series*, 14, Newbury Park (CA), 1990, 34 ss., che ricorda come «all groups tend to define what happens in their own culture as 'natural' and 'right', and what happens in other cultures as 'unnatural' and 'incorrect'». Di qui la conclusion di C. MENKEL-

Pertanto, il percorso formativo svolto dagli studenti dell'*Universität Innsbruck* evidenzia come un insegnamento multilingue riesca a dare risalto all'importanza della 'cura delle parole', sia nella fase di prevenzione del conflitto che in quella di ricerca della soluzione⁽⁶⁵⁾. La flessibilità mentale che i discenti hanno dimostrato è la stessa che servirà loro quando si troveranno ad operare nel tessuto sociale da cui provengono e di cui sono la più ricca espressione. Nessuno più di loro, grazie alla preparazione ricevuta, sarà meglio attrezzato per gestire e risolvere conflitti multilinguistici e multiculturali.

La Camera di Commercio, Industria, Artigianato, Turismo e Agricoltura di Bolzano/*Handels-, Industrie-, Hanwerks-, Tourismus- und Landwirtschaftskammer Bozen* ha infatti confezionato un servizio di conciliazione attento alla propria utenza e al tessuto sociale in cui opera. Essa offre un servizio bilingue (italiano/tedesco) avvalendosi di un nutrito *parterre* di mediatori selezionati anche per le loro competenze linguistiche e la vicinanza al territorio in cui sono chiamati ad intervenire. L'aspetto linguistico è, d'altronde, uno dei criteri-guida nell'assegnazione dei casi. Le parti hanno infatti facoltà, al momento del deposito della domanda di mediazione, di indicare la lingua preferita da utilizzare nel procedimento e – conseguentemente – è prassi della Camera di Commercio di Bolzano attribuire il caso al mediatore che sia ad esso più adeguato anche sotto il profilo linguistico⁽⁶⁶⁾.

Tale competenza linguistica non è tuttavia elemento sufficiente. Ai fini dell'erogazione di un servizio di mediazione che possa dirsi di qualità, il retroterra culturale e l'integrazione nel territorio in cui i media-

MEADOW, *Correspondences and Contradictions in International and Domestic Conflict Resolution: Lessons from General Theory and Varied Contexts*, in *J. Disp. Resol.*, 2003, 319 ss., prec. 350, secondo cui nessuna procedura e nessun sistema di soluzione del conflitto sono mai neutri da un punto di vista valoriale.

(⁶⁵) Sulla centralità della cura delle parole nella risoluzione del conflitto nonché della sua concreta 'gestione', già ampiamente S. DALLA BONTÀ, *La cura delle parole tra processo e metodi consensuali*, cit., 281 ss.

(⁶⁶) I dati forniti dal Servizio Conciliazione della Camera cit. mostrano che i procedimenti che si svolgono in lingua tedesca si attestano al 70,8%, mentre quelli in lingua italiana al 29,2% (ultimo aggiornamento al 31.12.2024).

tori si trovano ad offrire la propria professionalità sono fattori importanti che si affiancano alla preparazione professionale, proprio perché, come detto, la padronanza linguistica – ove non accompagnata da una profonda competenza culturale – non è garanzia di comprensione reciproca.

Sovente accade, infatti, che un procedimento di mediazione in cui la parte istante ha optato per la lingua italiana, piuttosto che per quella tedesca, si riveli poi una mediazione multilingua. Talvolta le parti si trovano a conversare indifferentemente in una o nell'altra lingua, facendo emergere la necessità, oltre che l'opportunità, di creare un ambiente accogliente, in cui esse si sentano libere di esprimersi nella lingua che meglio le rappresenta o con cui si sentono a maggior agio ⁽⁶⁷⁾. Talaltra, una parte parla una sola lingua (specialmente se non proveniente dalla Provincia Autonoma di Bolzano – Alto Adige) ed il mediatore – insieme con gli avvocati più collaborativi – diventa strumento cruciale per veicolare i messaggi tra le parti. Di qui, si comprende in concreto l'essenza del passaggio dalla *multi-culturalità* (la mera presenza di parti plurilingue e pluriculturali al tavolo di mediazione) all'*inter-culturalità* (le parti sono messe nelle condizioni concrete di entrare in relazione autentica l'una con l'altra, di comprendere le rispettive ragioni e ciò che più nel profondo le muove) ⁽⁶⁸⁾.

Come emerso nell'analisi del 'caso di studio' transfrontaliero, strumento fondamentale per l'instaurazione di una relazione autentica è innanzitutto l'empatia, una delle cui espressioni più concrete è il ricorso ad un linguaggio 'bilanciato' tra le parti, alternando – ad esempio – lingua italiana e lingua tedesca. Inoltre, al di là della lingua 'procedura-

⁽⁶⁷⁾ Come evidenziato da M.C. ERLICHER, *Il processo bilingue italiano-tedesco. La cura delle parole tra garanzie e sfide*, in questa Rivista, 2024, 237 ss., spec. 241, nel contesto multi-linguistico e multi-culturale altoatesino, l'utilizzo del c.d. *südtiroler Dialekt* si aggiunge alle lingue tedesca, italiana e ladina. Tale variante della lingua tedesca è spesso impiegata dalla popolazione locale nei rapporti con le pubbliche amministrazioni, nonché davanti all'autorità giudiziaria nelle interazioni verbali. Lo stesso fenomeno è riscontrabile in mediazione.

⁽⁶⁸⁾ Come messo in evidenza da S. DALLA BONTÀ, *La mediazione. Quando lo scontro diventa motivo di incontro*, ult. cit., 79 ss.

le' prescelta dall'istante, prezioso per il mediatore è l'utilizzo della tecnica del rispecchiamento, che nel caso di specie significa adottare uno stile comunicativo e un linguaggio che rendano il tavolo il più equilibrato possibile. Risulta molto apprezzato, infatti, l'impiego, da parte del mediatore, anche solo di *parole-chiave* nella lingua diversa da quella del procedimento, oppure di *espressioni tipiche* comprensibili a tutti. Ciò consente di creare uno spazio sicuro, in cui tutte le parti presenti possono esprimersi liberamente, nella consapevolezza che il mediatore non solo le intende dal punto di vista linguistico, ma possiede gli strumenti necessari a comprendere il bagaglio culturale che esse portano al tavolo di mediazione. Questa è talvolta la chiave, per il mediatore, per guadagnarne la fiducia e allo stesso tempo dimostrare loro la sua imparzialità ed equi-distanza (o, meglio, 'equi-prossimità'), principi a cui il lavoro del mediatore deve sempre essere informato.

Come nell'esempio didattico che in queste pagine si è voluto illustrare, anche nella quotidianità della realtà professionale di un contesto multiculturale e multilinguistico quale l'Euregio, la mediazione assolve pertanto al compito di porsi quale mezzo di soluzione non solo della controversia ma, al contempo, del conflitto da cui quella è originata.

È su queste complesse quanto sfidanti premesse che poggia la speranza che l'accordo trovato in mediazione sia 'sostenibile' nel lungo termine, in quanto volto a favorire la coesione sociale del territorio da cui gemma, la resilienza delle parti e – non da ultimo – la pacificazione sociale quale fine ultimo del servizio 'giustizia'. Tra il ventaglio di opzioni a disposizione del cittadino, quindi, la mediazione diventa (anche) strumento di integrazione linguistica, culturale e sociale per creare società inclusive e capaci di gestire responsabilmente i loro conflitti ⁽⁶⁹⁾.

12. *Dall'insegnamento 'integrato' della mediazione alla promozione di un sistema 'integrato' di giustizia.* – Il 'caso di studio' che si è voluto restituire in queste pagine ha rafforzato, in chi ha avuto l'occasione e la

⁽⁶⁹⁾ V. ancora P. LUCARELLI, *Un altro concetto di sostenibilità*, cit.

fortuna di poterlo condurre, la convinzione di quale sfida rappresenti l'insegnamento nell'università della mediazione quale strumento di soluzione del contenzioso civile e commerciale. La dimensione non solo squisitamente giuridica (e processuale) che segna tale meccanismo, e quindi le sue molteplici ramificazioni, che affondano le radici nella comunicazione e nei modi in cui questa si svolge ed è percepita, pongono infatti il docente di diritto, prima ancora che il discente, di fronte alla necessità di confrontarsi con saperi altri rispetto a quello giuridico. In questo risiede, però, la bellezza di tale insegnamento, in quanto occasione privilegiata per tornare allo stretto legame tra «diritto» e «linguaggio», ove di quest'ultimo si dia l'accezione più ampia ⁽⁷⁰⁾.

Ne deriva, come questo caso di studio ha dimostrato, la necessità di immaginare un insegnamento della mediazione all'università capace di compenetrare, e così integrare, prospettive e quindi saperi differenti, che si incontrino al crocevia della gestione responsabile del conflitto. È, d'altronde, nella maestria del docente, e del discente, di offrire e recepire un insegnamento che metta in dialogo conoscenze e professionalità diverse, che si gettano le basi di quel senso critico e di quella autoresponsabilità dell'individuo che consentiranno, fuori e oltre l'università, di costruire un sistema 'integrato' di giustizia ⁽⁷¹⁾. Un sistema, cioè, che, in vista della soluzione del contenzioso, non cada nell'automatismo del ricorso al processo, ma avverta ed esalti le potenzialità degli strumenti di risoluzione consensuale, quale forma di integrazione matura e consapevole delle diversità.

⁽⁷⁰⁾ Tornano qui le riflessioni di P. GROSSI, *Giuristi e linguisti: un comune ruolo ordinante della società*, cit., 7.

⁽⁷¹⁾ Sulla promozione di una visione integrata di giustizia che comporta, per uno Stato che si definisca sociale, un investimento a sostegno, non solo dell'esercizio della funzione giurisdizionale, 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.

Abstract

Lo scritto restituisce, in maniera polifonica, l'esperienza di insegnamento degli strumenti di soluzione del contenzioso complementari alla giurisdizione, e in particolare della mediazione in materia civile e commerciale, svolta presso l'Istituto di Diritto Italiano/*Institut für Italienisches Recht* dell'*Universität Innsbruck*, negli anni accademici 2022-23 e 2023-24. L'esperienza merita di essere sottoposta ad indagine per la peculiarità del contesto in cui si è tenuta (l'*Euregio*) *Tirol Südtirol Trentino*/Tirolo Alto Adige Trentino), dei settori scientifico-disciplinari dei docenti coinvolti, dei discenti cui si è indirizzata. L'insegnamento, infatti, è stato impartito contestualmente in due lingue (italiano/tedesco) grazie al bilinguismo di docenti e discenti, con approccio interdisciplinare (una docente, processualcivile; l'altra, interprete e traduttrice in italiano-tedesco, ed esperta di comunicazione interculturale) e pratico. L'esperimento ha dimostrato la centralità della comunicazione e del dominio di una pluralità di competenze in capo al giurista che approccia il tavolo di mediazione. In questa direzione il multilinguismo e la multiculturalità del contesto hanno evidenziato come la mediazione sia strumento di integrazione. Come tale, esso deve essere insegnato ed appreso, onde formare giuristi in grado di gestire conflitti sempre più complessi, perché multilingue e multiculturali, ma al contempo preziosa occasione per aprire alla interculturalità, e così ad una società più coesa, perché integrata e resiliente.

The paper focuses on the ADR teaching experience hosted at the Istituto di Diritto Italiano/Institut für Italienisches Recht (Institute for Italian Law) of the Universität Innsbruck. Offered in a unique context – i.e. in the context of the European Region Tyrol-South Tyrol-Trentino, a European Grouping of Territorial Cooperation with European legal personality – the course on Alternative Dispute Resolution Mechanism, with a specific focus on Mediation, is bilingual (Italian and German). By adopting an interdisciplinary and practice-oriented approach, the two teachers of the course – one, a full professor of Civil

Procedure; the other, a translator in Italian/German and expert in cross-culture communication – walked students through the complexity conflict management with a view to reaching a sustainable solution via mutual agreement. Against this background, on the one hand, knowledge of effective communication fundamentals and soft skills has proven essential to deal with multi-linguistic and multi-cultural disputes. On the other hand, mediation has proven to be an effective method to foster cohesion and resilience in a society which is increasingly complex, multi-faceted and, thus, challenging.

TRA DECISIONE ALGORITMICA E MEDIAZIONE ROBOTICA

Alessandro Triolo ()*

SOMMARIO: 1. L'approccio dei processualisti al tema dell'intelligenza artificiale. – 2. La tesi massimalista: giudizio (artificialmente) intelligente e decisione robotica. – 3. La visione debole-minimalista: organizzazione «intelligente» del giudizio. – 4. Una proposta intermedia: l'I.A. applicata alle ADR. – 5. Modelli facilitativi. Tendenza le incompatibilità. – 6. *Evaluative ADR*. Verso la (pre)visione onirica della sentenza? – 7. Conclusioni.

1. L'approccio dei processualisti al tema dell'intelligenza artificiale. – Ormai da anni l'avvento dell'intelligenza artificiale stimola gli studiosi ad interrogarsi criticamente sul possibile impiego di questa nuova dimensione al mondo del diritto. Le riflessioni teoriche sono svariate, e ciò evidenzia l'importanza e la trasversalità che l'argomento è in grado di assumere ⁽¹⁾. Al fascino dell'indagine, tutta-

Giustizia consensuale Fasc. 2/2024, 601-629. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) Dottorando di ricerca nell'Università di Roma Tor Vergata.

⁽¹⁾ Volendo fare sintesi degli innumerevoli contributi sul tema, in generale sul rapporto tra diritto e intelligenza artificiale si vedano G. SARTOR, *L'intelligenza artificiale e il diritto*, Torino, 2022, spec. 131 ss.; G.M. RICCIO, G. ZICCARDI, G. SCORZA, *Intelligenza artificiale. Profili giuridici*, Padova, 2022, 1 ss.; E. CALZOLAIO, *La decisione nel prisma dell'intelligenza artificiale*, Padova, 2020, *passim*. Per uno sguardo di diritto comparato, AA.VV., *Decisione robotica*, Bologna, 2019, che riproduce gli atti del convegno tenuto a Roma presso l'Accademia dei Lincei il 5 luglio 2018; R. TREZZA, *Diritto e intelligenza artificiale*, Pisa, 2020, spec. 24 ss. Per gli aspetti civilistici G. ALPA (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*, Pisa, 2020, spec. 623 ss.; U. RUFFOLO, *XXVI lezioni di diritto dell'intelligenza artificiale*, To-

via, si affianca anche la grande divisività del tema: chi si proclama entusiasta, in virtù di un estremo favore per la tecnologizzazione della giustizia, chi si mostra cauto o incerto sui rischi di una simile novità, chi, invece, la considera un'involuzione ⁽²⁾. Avendo assunto diffuso interesse nel dibattito accademico, si potrebbe dire che il tema rappresenta una delle nuove frontiere della ricerca scientifica del XX secolo.

In realtà, le meditazioni sui rapporti tra tecnologia e diritto non sono certamente recenti, avendo da sempre interessato lo sguardo del giurista contemporaneo. Così, se alla nascita dei primi calcolatori la dottrina americana iniziava a discorrere di giurimetria ⁽³⁾, auspicando una sintesi felice tra cibernetica e diritto, con la creazione dei nuovi software ci si è concentrati maggiormente sul tema della regolamentazione normativa delle attività che si svolgono nel mondo virtuale. Da ultimo, con l'emersione della logica computazionale, l'analisi dottrinale si è riposizionata sul tema della computerizzazione del diritto, nel senso della applicabilità della logica analiti-

rino, 2021; U. RUFFOLO, E. GABRIELLI, *Intelligenza artificiale e diritto*, in *Giur. it.*, 2019, 1657 ss.; M. TAMPIERI, *L'intelligenza artificiale e le sue evoluzioni*, Milano, 2022, 117 ss.

⁽²⁾ In senso positivo, ad esempio, si esprimono A. SANTOSUOSSO, *Intelligenza artificiale e diritto. Perché le tecnologie di IA sono una grande opportunità per il diritto*, Milano, 2020; C. CASTELLI, D. PIANA, *Giusto processo e intelligenza artificiale*, Santarcangelo di Romagna, 2019, 113 ss.; G. SARTOR, *L'intelligenza artificiale e il diritto*, cit., 77. Per la tesi negativa, si veda *infra* nel testo.

⁽³⁾ L. LOEVINGER, *Jurimetrics. The next Step Forward*, in *Minnesota Law Review* 1949, 455 ss.; A. LAYMAN, *Jurimetrics*, New York 1963, *passim*, mentre in Italia vedasi M.G. LOSANO, *Giuscibernetica. Macchine e modelli cibernetici nel diritto*, Torino 1969, *passim*; V. FROSINI, *Cibernetica, diritto e società*, Milano, 1968, 17 ss., 59 ss., ove analizza il passaggio dalla cibernetica alla c.d. scienza giurimetrica e si interroga sulla nuova prospettiva d'indagine «che può destare un senso di inquietudine nello studioso di problemi giuridici, perché esso sembra costituire, piuttosto che una trasposizione, una autentica deviazione di binario nell'ordine metodologico, ed entra in conflitto con tradizioni culturali e abitudini mentali ormai profondamente radicate». In senso analogo si veda anche il contributo pubblicato nei Quaderni del Foro Italiano, G. GORLA, M. LUPOI, *Giuscibernetica, informatica giuridica. Problemi per il giurista*, in *Foro it.* 1970, 775 ss.

co-formale al pensiero giuridico. Nello studio del processo, il tema ha subito un certo ritardo rispetto ad altre discipline, dal momento che i primi contributi sono stati editi in periodi relativamente recenti ⁽⁴⁾. Anche nel campo del diritto processuale civile, quindi, si sono ingenerate notevoli incertezze tra gli studiosi, affermando, ad esempio, l'inaccettabilità di una 'decisione robotica' in sostituzione di quella del giudice, oppure la grande opportunità di agevolare e snellire i tempi del processo.

A disparte delle varie opinioni, l'argomento può essere asetticamente esaminato in due opposte accezioni: in senso radicale, come intelligenza (artificiale) applicata al giudizio, o in senso minimale, ossia come intelligenza applicata al processo. Nel primo caso, l'attenzione si focalizza sulla legittimità di una sentenza adottata da un giudice-macchina piuttosto che da un giudice-persona, con il malcelato obiettivo di garantire una decisione prossima alla certezza e ridurre sensibilmente la percentuale di errore umano. Nel secondo caso, invece, l'apporto dell'intelligenza artificiale (I.A.) si misura solo sul piano organizzativo, come mero ausilio al processo e/o all'organizzazione giudiziaria.

⁽⁴⁾ M. GRADI, *Giudici e algoritmi*, in *Diritto e tecnologia. Precedenti storici e problematiche attuali*, Napoli, 2024, 261 ss.; J. NIEVA FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, Torino, 2019, 8 ss.; A. CARRATTA, *Decisione robotica e valori del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 493; F. CARPI, *Nuove tecnologie e prove*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, 53-4; V. CAPASSO, *Intelligenza artificiale e «quantificazione giurisprudenziali»*, in ID. (a cura di), *En faveur d'un proces civil artificiellement intelligent. Une approche comparative*, Atti del Convegno tenutosi a Napoli il 12 maggio 2023, Napoli, 2024, 81 ss.; C. GAMBA, *Ius dicere e lex tecnologica*, Torino, 2023, spec. 147 ss.; ID, *Sintetiche riflessioni sulla decisione giusta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, 820 ss., spec. 828 ss.; E. GABELLINI, *Algoritmi decisioni e processo civile: limiti e prospettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 59 ss., ma più risalente è lo studio di M. TARUFFO, *Judicial Decisions and Artificial Intelligence*, in *Artificial Intelligence and Law*, 1998, 311 ss., citato anche da C.V. GIABARDO, *Ancora su «il giudice e l'algoritmo». Riflessioni critiche su intelligenza artificiale e giustizia predittiva (occasionate da un contributo di Michele Taruffo)*, in *Revista Italo-Española de Derecho Procesal*, 2023, 1 ss.

2. *La tesi massimalista: giudizio (artificialmente) intelligente e decisione robotica.* – Tra le due ricostruzioni, conviene preliminarmente analizzare quella che postula un approccio più radicale dell'I.A. al diritto processuale civile. Questa prospettiva merita trattazione anticipata non solo per l'elevato interesse che ha riscontrato in dottrina, bensì per l'impatto che essa potrebbe generare sulle fondamenta del processo e, più globalmente, sulla concezione moderna del giudice.

Volendo applicare l'I.A. al giudizio, però, bisognerebbe comprendere a monte come avviene la decisione, ossia discernere il procedimento valutativo-razionale che guida il magistrato nella decisione della controversia. Si tratta, invero, di un'operazione forse impossibile se analizzata dalla prospettiva di come il giudice risolve il caso concreto, ossia dalla prospettiva del foro interno dell'uomo di Stato, incaricato di esercitare la funzione giurisdizionale. È innegabile, infatti, che il ragionamento deliberativo di ognuno di noi sia costantemente influenzato dal costume, dalle convinzioni, dall'educazione che contraddistinguono e rendono unico ogni singolo individuo. Da questo punto di vista, il tentativo di sostituzione del giudice sarebbe fallace perché la macchina, nonostante l'elevato grado di evoluzione tecnica, non potrebbe essere mai condizionata da sentimenti e valori propri dell'essere umano.

L'operazione, invece, dovrebbe essere condotta da una prospettiva fedelmente razionale ed epistemologica, assumendo che il giudice impieghi le regole del raziocinio per l'accertamento dei fatti e applichi il diritto secondo criteri di logica-giuridica⁽⁵⁾. In questo senso, l'analisi dovrebbe districarsi nell'orizzonte deontico delle norme che dovrebbero sovrintendere al metodo deliberativo di qualsiasi giudice. Regole, sia chiaro, che non sono di esclusiva pro-

⁽⁵⁾ I contributi sul tema sono ampi, *ex multis* v. R. POLI, *Logica e razionalità nella ricostruzione giudiziale dei fatti*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 515 ss., e sulle diverse dimensioni entro cui dovrebbe formarsi la decisione giudiziale, v. C. PUNZI, *Giudizio di fatto e giudizio di diritto*, Milano, 2022, rist., 85 ss.; M. TARUFFO, *Verso la decisione giusta*, Torino, 2020, 383 ss.

venienza giuridica, connotando in tal caso l'attività vincolata del giudizio come si verifica, ad esempio, nella valutazione delle prove legali o nei criteri di riparto dell'onere della prova, ma che si estendono ai criteri logico-valutativi che il giudice deve adottare per la decisione di singole questioni di fatto o di diritto. Anche da questo angolo visuale, però, l'esperimento incappa in ostiche resistenze legate all'alta discrezionalità che il giudice possiede, soprattutto nell'accertamento dell'esistenza del fatto storico o nella risoluzione di questioni di puro merito ⁽⁶⁾.

Assumendo che la macchina sia in grado di replicare il ragionamento umano, deve tuttavia premettersi che ciò dovrebbe avvenire con il medesimo compendio di cui dovrebbe disporre il giudice al momento della decisione. Significa, cioè, che alla macchina dovrebbe essere fornito, oltre agli atti di causa, anche il sostrato giurisprudenziale e normativo vigente al momento della decisione ⁽⁷⁾. Data la mole di giurisprudenza che è possibile ricavare in rete (depurata dalla necessaria attività interpretativa del testo o della massima) e considerato che un giudice-persona il più delle volte effettuerà una ricerca meno estesa e capillare di quella del 'giudice-robot', potrebbero anche essere superate le criticità connesse alla presunta violazione della trasparenza della decisione robotica, laddove le parti fossero rese edotte dei dati immessi nella macchina, del meccanismo

⁽⁶⁾ Come afferma C. PUNZI, *Giudizio di fatto e giudizio di diritto*, cit., 146, «c'è infatti un momento di questo giudizio che appare veramente arbitrario e assolutamente discrezionale: si tratta dell'accertamento dell'esistenza del fatto, lo stabilire, cioè, se quel fatto, riconoscibile attraverso il criterio offerto dalla norma, esiste o non esiste. Qui si ha veramente un momento del giudizio astrattamente incontrollabile e verificabile solo attraverso un nuovo giudizio».

⁽⁷⁾ Operazione non certo semplice, come nota E. GABELLINI, *Algoritmi decisioni e processo civile*, cit., 76, secondo cui «è semplicistico affermare che sia possibile immettere nella macchina tutti i testi di legge oggi esistente ed il gioco è fatto». In proposito, si vedano le considerazioni di M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in AA.VV., *Decisione robotica*, cit., 85-6.

di funzionamento (*ex ante*) e venisse assicurato il contraddittorio per evitare decisioni della terza via (*ex post*) ⁽⁸⁾.

Ipotizzando ciò, non sempre la decisione finale sarà la migliore o quella concretamente auspicata dall'ordinamento. La 'sentenza robotica' è decisione certa, ossia quella decisione che un giudicante-modello adotterebbe se fosse in possesso di determinati dati e se li valutasse correttamente attraverso i criteri della logica-razionale. Essa, quindi, è un mero 'aggregato di dati' la cui motivazione non esprime la giustificazione razionale dell'attività di giudizio, quanto piuttosto l'elaborazione dell'operazione computazionale effettuata dalla macchina sulla base degli elementi in possesso ⁽⁹⁾.

La sentenza certa, tuttavia, non è sempre la sentenza giusta ⁽¹⁰⁾. Il risultato dell'attività decisionale della macchina, infatti, non po-

⁽⁸⁾ D. DALFINO, *Creatività e creazionismo, prevedibilità e predittività*, in *Foro it.* 2018, V, 385 ss., spec. 392; E. GABELLINI, *Algoritmi decisioni e processo civile*, cit., 73, mentre C. GAMBA, *Ius dicere e lex tecnologica*, cit., 834, osserva che «il problema della pubblicità degli algoritmi (...) non risolverebbe il problema in capo al giudice, in quanto i parametri della soluzione 'predittiva' sono disposti e definiti al di fuori della sfera di attività del giudice stesso, la cui imparzialità sarebbe messa potenzialmente in discussione». Per ulteriori considerazioni sulla pubblicità dell'algoritmo, cfr. J. NIEVA FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, cit., 130 ss., e *infra* nota 14. Sul contraddittorio, invece, si veda *infra* note e testo. L'aspetto della 'piena conoscibilità a monte' del modulo utilizzato dalla macchina era già stato valorizzato dalla giurisprudenza amministrativa in Cons Stato, sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 710 ss., con nota di J. DELLA TORRE, *Le decisioni algoritmiche all'esame del Consiglio di Stato*, nella quale Palazzo Spada aveva rimarcato la necessità di rendere pubblico l'algoritmo utilizzato per il confezionamento del provvedimento amministrativo.

⁽⁹⁾ A. SANTOSUOSSO, *Intelligenza artificiale e diritto*, cit., 119. Osserva però M. GRADI, *Giudici e algoritmi*, cit., 268, che «è vero che il sillogismo ha una funzione essenziale nel momento giustificativo della decisione, ma al tempo stesso non è affatto idoneo a descrivere il ragionamento umano nell'attività di ricerca delle premesse del giudizio».

⁽¹⁰⁾ La decisione giusta rappresenta un «problema», tenendo in considerazione che «non esiste un singolo ed unico criterio idoneo a costituire il punto di riferimento per le valutazioni attinenti alla giustizia della decisione giudiziaria». Così si esprimeva M. TARUFFO, *Verso la decisione giusta*, cit., 360, il quale indicava tre criteri per commisurare la giustizia della decisione: a) correttezza della scelta e

trebbe mai essere equivalente a quella del giudice quando l'esercizio di un'attività discrezionale imponga valutazioni di 'equità' o di 'giustizia sostanziale'. Mentre la sentenza certa, infatti, è quella che non potrebbe mai essere diversa se emessa sulla base di determinati dati, indipendentemente dalla figura del giudicante, la decisione giusta è quella che, benché corretta, riequilibra le posizioni soggettive delle parti al fine di garantirne la massima condivisione sociale. Ad esempio, la macchina potrebbe certamente accogliere la domanda di condanna al pagamento della clausola penale, ma non stabilirne il 'giusto importo' quando il convenuto ne abbia chiesto in via di eccezione la riduzione ad equità ai sensi dell'art. 1384 c.c. Ed ancora, il problema si estende a quelle valutazioni di merito che involgano non già l'ammissibilità o la fondatezza della domanda, bensì l'opportunità di una data decisione. Ad esempio, l'accoglimento dell'azione di rescissione del contratto *ex art. 1447 c.c.* rispetto all'accertamento delle «condizioni contrattuali inique», piuttosto che l'apprestamento delle misure di coercizione indiretta *ex art. 614 bis c.p.c.* rispetto alla «clausola di manifesta iniquità». Volendo invece fare un esempio di carattere processuale, la macchina potrebbe certamente condannare alle spese il convenuto sulla base del criterio di soccombenza, ma non già valutare l'opportunità di irrogare una sanzione *ex art. 96*, ultimo comma, c.p.c. in funzione deterrente rispetto ad un comportamento sleale o abusivo ⁽¹¹⁾. In tutti questi casi, la decisione non mira solo alla tutela di situazioni giuridiche soggettive, ma persegue obiettivi complementari di vera e

dell'interpretazione della regola giuridica applicabile al caso; b) accertamento attendibile dei fatti rilevanti del caso; c) impiego di un procedimento valido e giusto per giungere alla decisione; concludendo tuttavia che «la giustizia della decisione risulta bensì dalla combinazione dei valori relativi ai tre criteri indicati, ma non dalla 'media' dei tre valori». In senso contrario, M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, cit., 73, secondo cui «la pretesa che possiamo legittimamente elevare verso il giudice non è alla decisione 'giusta', ma alla decisione 'esatta' (e cioè correttamente applicativa delle fonti rilevanti)».

⁽¹¹⁾ Tale ipotesi è anche analizzata con ampia disamina da V. CAPASSO, *Intelligenza artificiale e «quantificazione giurisprudenziali»*, cit., 91 ss.

propria ‘giustizia civile’. In tutti questi casi, allora, la decisione del giudice torna a possedere quei tratti caratteristici della sensibilità umana e personale, assenti nella macchina, che consentono di evitare iniquità nell’esercizio del potere giurisdizionale.

Se così fosse, però, si potrebbe seriamente dubitare della compatibilità di una decisione robotica con la Costituzione ⁽¹²⁾. Ove si interpretasse la nozione di ‘giudice’ sparsa nel dettato costituzionale in senso ultra-estensivo e quindi come ‘giudice-macchina’, a primo acchito potrebbero non disvelarsi rotture manifeste, eccetto la nomina per concorso ai sensi dell’art. 106 Cost. E così, non sarebbe teoricamente emendabile un giudice-robot soggetto soltanto alla legge (art. 101, 2° comma, Cost.) se le cause a lui demandate fossero stabilite preventivamente e la decisione fosse adottata (sempre) secondo diritto ⁽¹³⁾; inamovibile (art. 107 Cost.) in quanto destinato

⁽¹²⁾ Si veda in proposito il recente e autorevole contributo di A. SIMONCINI, *La dimensione costituzionale della giustizia predittiva. Riflessioni su intelligenza artificiale e processo*, in *Riv. dir. proc.* 2024, spec. 406 ss., ove l’a. analizza diffusamente il contrasto con varie norme costituzionali, tra cui gli artt. 24 e 111 Cost.

⁽¹³⁾ A mente dell’art. 101, 2° comma, Cost., il giudice è «soggetto alla legge» non solo in quanto avulso dai condizionamenti degli altri poteri dello Stato, ma soprattutto perché nell’esercizio della funzione giurisdizionale è tenuto ad applicare la fonte normativa primaria. Nel processo civile, il precetto costituzionale si traduce (anche) nel noto brocardo *jura novit curia*; un’espressione densa di significato che racchiude molteplici concetti, tra cui l’autonomia del giudice rispetto alle parti nella conoscenza e nell’accertamento delle norme giuridiche, trovando riscontro in alcune disposizioni codicistiche, come gli artt. 1 e 113 c.p.c. Sul punto C. PUNZI, *Il brocardo Jura novit curia*, in ID., *Giudizio di fatto e giudizio di diritto*, cit., 164. In dottrina, non è mancato chi abbia intravisto nell’utilizzo dell’I.A. una possibile minaccia all’imparzialità del giudice; C. GAMBA, *Ius dicere e lex tecnologica*, cit., 834, secondo cui l’autonomia «potrebbe essere fortemente compromessa allorché il giudice ritagli la sua decisione basandosi su di un elemento, la soluzione generata dal *code*, del quale non conosce le ‘ragioni causali’ e, in ogni caso, quand’anche le conoscesse, si tratterebbe di ragioni matematico-statistiche basate sulla ricorrenza dei dati, elevate a verità scientifica inappellabile». Per ulteriori considerazioni, V. CAPASSO, *Intelligenza artificiale e «quantificazione giurisprudenziali»*, cit., 97 ss., spec. 103, ove l’a. offre una diversa visione del ruolo creativo della giurisprudenza, secondo cui «il giudice, se non può rispettare la legge in senso stretto» è comunque tenuto a rispettare il diritto; e poiché di quest’ultimo fa certamente parte la consue-

ad ogni ufficio giudiziario e rimuovibile solo per fatti oggettivi e predeterminati; indipendente (art. 108, 2° comma, Cost.) nella misura in cui sia garantita trasparenza sull'algoritmo e sui dati immessi nel sistema ⁽¹⁴⁾; terzo e imparziale (art. 111, 2° comma, Cost.) poiché geneticamente indifferente alle ragioni delle parti.

Si tratta però di una visione (pur quando fondata) parziale e comunque limitata allo *status* del giudice, che evidenzia notevoli criticità allorquando si valuti globalmente il deferimento dell'attività decisoria alla macchina anziché all'uomo. La fisiologica impossibilità di giudicare secondo criteri di equità e giustizia, pur presenti nell'ordinamento positivo e non estranei alla stessa essenza della funzione giurisdizionale, rischierebbe di creare un evidente *vulnus* a garanzie costituzionali primarie. Una decisione formalmente corretta, ma non commisurata agli interessi in gioco, potrebbe incidere sulla lesione di diritti fondamentali, ponendosi in netto contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost. In particolare, la salvaguardia del principio di uguaglianza sostanziale, che esprime quella necessità di riequilibrare le posizioni soggettive delle parti per assicurare «il pieno sviluppo della persona umana» è compito della Repubblica, e quindi anche dei giudici i quali, nell'esercizio della loro funzione, hanno il

tudine (quand'anche giudiziaria, *i.e.* quella data dalla giurisprudenza in senso stretto, distinta dal precedente), neppure si pone un problema di indipendenza. In sostanza, la giurisprudenza *praeter legem* vincola già se stessa, e l'I.A. non fa che agevolare la scoperta e la spiegazione di ciò che è già *diritto vivente*». *Contra* però si veda A. SIMONCINI, *La dimensione costituzionale della giustizia predittiva*, cit., 414 ss.

⁽¹⁴⁾ Sarebbe difficile prospettare una costruzione non diversificata o autonoma delle macchine assegnate allo svolgimento delle funzioni giudicanti, sicché attenta dottrina ha segnalato la «questione di potere» insita alla edificazione del giudice-robot, rimarcando l'assoluta necessità di garantire trasparenza e completezza nella selezione dei dati. Sul punto N. IRTI, *Sulla relazione logica di con-formità (precedente e susseguente)*, in *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, Bologna, 2018, 24-5; E. VINCENTI, *Il «problema» del giudice-robot*, in AA.VV., *Decisione robotica*, cit., 119 ss.; J. NIEVA FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, cit., 111-2, spec. 118 ss. *A fortiori*, si evidenzia che anche le macchine il cui funzionamento è basato sul c.d. autoapprendimento necessitano comunque di *input* esterni di derivazione umana, quantomeno in fase di costruzione dell'algoritmo.

dovere di dare attuazione alla costituzione materiale e preservare i diritti fondamentali. L'inquadramento a livello istituzionale di un giudice non in grado di assurgere a tale compito, allora, potrebbe non essere aderente al principio di uguaglianza sostanziale ⁽¹⁵⁾.

A fronte di queste perplessità, vi sarebbe il controbilanciamento offerto da alcuni vantaggi che un simile modello potrebbe apportare. Anzitutto, sul piano dell'accelerazione dei tempi del giudizio, in nome della ragionevole durata del processo. L'appesantimento del contenzioso dipende da fattori che la macchina è solo parzialmente in grado di colmare, come l'eccessivo numero di cause sul ruolo, la penuria di giudicanti, i tempi del processo ⁽¹⁶⁾; sicché, l'aspirazione alla velocizzazione, non è condizione integralmente risolvibile con l'introduzione di un giudice-macchina che sia in grado di rendere decisioni automatiche o istantanee. Un altro vantaggio, a parere di molti, sarebbe quello della maggiore calcolabilità dell'esito del giudizio ⁽¹⁷⁾. La prevedibilità della decisione finale sarebbe incentivo

⁽¹⁵⁾ Una parte della dottrina ha invece ravvisato nell'I.A. uno strumento potenzialmente in grado di rafforzare il principio di uguaglianza, quantomeno formale. Così A. CARRATTA, *Decisione robotica e valori del processo*, cit., 496; E. GABELLINI, *Algoritmi decisionali e processo civile*, cit., 61; D. DALFINO, *Creatività e creazionismo, prevedibilità e predittività*, cit., 391; R. MATTERA, *Decisione negoziale e giudiziale: quale spazio per la robotica?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 205.

⁽¹⁶⁾ La maggioranza degli interpreti è concorde nell'opinione che il vero collo di bottiglia del processo è rappresentato dalla fase decisionale, specie in determinati uffici giudiziari. Per il giudizio di Cassazione, v. F. DE SANTIS, *La (ir)ragionevole durata del processo di Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 52 ss.

⁽¹⁷⁾ Sul concetto di prevedibilità della decisione, G. COSTANTINO, *La prevedibilità della decisione tra uguaglianza e appartenenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 646 ss., spec. 660 ss. La dottrina ritiene che la massima espressione della prevedibilità sia la regola di adesione al precedente vincolante, tipica dei sistemi di *common law*, in quanto posta a «tutela di esigenze di certezza e di prevedibilità nella determinazione ovvero nella interpretazione e applicazione della legge» (M. GABOARDI, *Mutamento del precedente giudiziario e tutela dell'affidamento della parte*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 441, nota 10). La mancanza di uno *stare decisis* ha però da sempre ravvivato il dibattito sul rapporto tra *overruling*, certezza delle regole processuali e (incolpevole) affidamento delle parti, non solo in dottrina (per una sintesi, C. PUNZI, *Il ruolo della giurisprudenza e i mutamenti di interpretazione di norme processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1339 ss.), ma anche nella giurisprudenza della

per l'istaurazione o meno della causa, fattore di 'giusta' regolamentazione del processo, finanche positiva condizione per favorire l'economia di mercato. Nonostante le serie aperture verso questo tema, molti autori ne hanno rilevato l'incongruità rispetto all'argomento in questione; nel senso che nemmeno la macchina, pur con l'ausilio dell'I.A., sarebbe in grado di assicurare massima prevedibilità o anticipabilità della futura decisione giudiziaria ⁽¹⁸⁾.

L'intervento della macchina, però, eliminerebbe quella logica di cooperazione 'a tre parti' che esiste tra litiganti e giudice, espressione del principio di collaborazione ⁽¹⁹⁾, la quale è essenziale per garantire una più snella conduzione processuale e, infine, una migliore decisione. Non sono infatti da deprezzare quei fenomeni di *moral-suasion* giudiziale che inducano le parti, ad esempio, dinanzi a cause di agevole risoluzione o di modesta entità, a limare i punti problematici al fine di stipulare una transazione; obiettivi che possono essere perseguiti solo con una malleabilità nella conduzione dell'iter procedimentale, concretizzandosi nella libertà espressiva del magistrato, nella scelta delle date d'udienza confacenti ai tempi del giu-

stessa Suprema Corte: si veda, *ex multis*, Cass. civ., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1072 ss., con nota di M.C. VANZ, *Overruling, preclusioni e certezze delle regole processuali*. Per questi motivi, sono stati introdotti meccanismi atti ad arginare l'imprevedibilità dell'*overruling* pur in un sistema tale da non deprezzare il mutamento di indirizzo; ad esempio, G. COSTANTINO, *La prevedibilità della decisione tra uguaglianza e appartenenza*, cit., 663, ricorda opportunamente l'esperimento del marchio CERTALEX sulle questioni oggetto di giurisprudenza consolidata.

⁽¹⁸⁾ Così A. CARRATTA, *Decisione robotica e valori del processo*, cit., 497 ss., secondo cui la «crisi della calcolabilità» non è legata alla figura del giudice-persona, ed alle sue possibili interpretazioni creatrici svincolate dal dato positivo o dal precedente giudiziario, bensì da fattori di sistema, come la «crisi della fattispecie giuridica», e la destrutturazione del sistema delle fonti multilivello. In senso conforme, D. DALFINO, *Creatività e creazionismo, prevedibilità e predittività*, cit., 387. Per ulteriori notazioni, si veda *infra* nel testo.

⁽¹⁹⁾ Si pensi alla nota interpretazione fornita da E. GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 592, spec. nota 22, secondo cui il dovere di segnalare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio rivelerebbe l'espressione del principio di collaborazione tra giudice e parti.

dizio, nel ricorrere ad istituti processuali che necessitano elevato tatto da parte del giudice ⁽²⁰⁾.

3. *La visione debole-minimalista: organizzazione «intelligente» del giudizio.* – Sotto altra prospettiva è possibile immaginare un'applicazione minima dell'I.A., limitata cioè all'assetto organizzativo del processo. L'approccio 'debole', escludendo la surrogabilità del giudice con l'I.A., valorizza i vantaggi che tale innovazione potrebbe apportare non solo alla funzionalità della macchina amministrativa, ma anche ai tempi del giudizio. Questo orientamento, dunque, prova a suggerire non l'introduzione di un 'giudizio (artificialmente) intelligente', bensì un'organizzazione 'intelligente' del giudizio che migliori il coordinamento tra gli uffici, riduca i tempi della burocrazia, agevoli il giudice nella conduzione del processo.

Anche prima dell'introduzione del processo civile telematico numerose erano state le riflessioni della dottrina finalizzate a prospettare un approccio calibrato della tecnologia all'attività processuale, suggerendo alcune soluzioni che si sarebbero poi rivelate utili e fruttuose. Il risultato è stato quello di introdurre il deposito telematico degli atti, norme in tema di comunicazioni e notificazioni, introducendo l'obbligo del domicilio digitale per professionisti e imprese, notifiche telematiche ad opera dell'avvocato, telematizza-

⁽²⁰⁾ Un esempio è dato dalla proposta conciliativa di cui all'art. 185 *bis* c.p.c., su cui A. TEDOLDI, *Iudex statutor e iudex mediator: proposta conciliativa ex art. 185-bis c.p.c. Precognizione e ricasazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 983 ss., il quale critica giustappunto l'istituto definendolo «un'ovvietà», trattandosi di una prassi già utilizzata dai giudici nelle cause facilmente transigibili o di pronta soluzione. Per un'ampia casistica giurisprudenziale, che dimostra l'elevata discrezionalità insita all'istituto, M. RUVOLO, *La mediazione ex officio iudicis e la proposta conciliativa ex art. 185-bis c.p.c.*, in *Correre giur.*, 2014, 1001 ss., spec. 1008. In senso avverso, si potrebbe invero obiettare che l'assenza di prassi o di fenomeni di contiguità tra parti e giudice sarebbe compensata da una maggiore speditezza del giudizio, eliminando le parentesi processuali che, pur nell'apprezzato tentativo di raggiungere una chiusura anticipata della lite, finiscono poi per appesantire eccessivamente i tempi della decisione.

zione delle udienze civili. Con il recente intervento riformatore, sembrerebbe essere ribaltato il paradigma: da un semplice *favor* per la digitalizzazione dell'attività giudiziaria, la direzione sembrerebbe quella di un rafforzamento del principio di esclusività delle notifiche telematiche⁽²¹⁾, anche ad opera dell'ufficiale giudiziario, e di una dichiarata preferenza verso la modalità d'udienza di cui agli artt. 127 *bis* e 127 *ter* c.p.c.⁽²²⁾. Non da ultimo si inizia anche a ragionare sulla integrale telematizzazione delle attività processuali, sulla scorta di alcuni progetti pilota, immaginando la creazione di corti online per lo svolgimento delle funzioni giurisdizionali⁽²³⁾.

In questo senso, l'estensione verso modelli di I.A. rappresenterebbe la fisiologica evoluzione del processo di tecnologizzazione cavalcato ormai da molto tempo. L'utilizzo di sistemi di I.A. potrebbe avere anzitutto positivi risvolti nel miglioramento del lavoro di cancelleria, nelle verifiche formali degli atti, nella redazione di atti standardizzati⁽²⁴⁾. Si potrebbe, ad esempio, ipotizzare l'ideazione

⁽²¹⁾ Come nota V. BERTOLDI, *Notificazioni* (artt. 136, 137, 129, 147, 149-*bis* c.p.c.), in R. TISCINI (a cura di), *La riforma Cartabia del processo civile*, Pisa, 2023, 100, già prima delle riforme era codificata la regola secondo cui le comunicazioni e le notificazioni si dovessero effettuare di regola per via telematica. In senso conforme L. PICCININNI, *Le nuove norme in tema di giustizia digitale*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 1148.

⁽²²⁾ In senso contrario C. DELLE DONNE, *Sub art. 127 ter c.p.c.*, in R. TISCINI (a cura di), *La riforma Cartabia del processo civile*, cit., 89, secondo cui «la modalità cartolare non può dunque considerarsi, nella sua versione codicistica, una reale e generale alternativa all'udienza orale come la Riforma vorrebbe», mentre questo ruolo sarebbe svolto dalla videoconferenza.

⁽²³⁾ In proposito A. BIGI, *Una corte on-line come possibile vettore di giustizia digitale nel sistema di diritto processuale civile italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 68 ss., spec. 72, che descrive le corti *online* come procedimenti condotti «con una gestione interamente asincrona del processo e nelle forme snelle e semplificate».

⁽²⁴⁾ Un concetto che D. DALFINO, *Creatività e creazionismo, prevedibilità e predittività*, cit., 393, definisce di «predittività mite», quando si tratti di verificare la sussistenza di requisiti e presupposti formali o basati su un calcolo aritmetico. Tale utilizzo è suggerito anche da M. TARUFFO, *Judicial Decisions and Artificial Intelligence*, cit., 317-8, secondo cui «an important factor, and a significant limit, is that the procedures involved should be simple and able to be repeated in many cases».

di strumenti che consentano al giudice di programmare *ex ante* il calendario del processo, la cui fissazione è oggi obbligatoria nella prima udienza di comparizione nel nuovo rito di cognizione ordinaria *ex art. 183 c.p.c.*, attraverso un software, che, predeterminando la durata complessiva degli incombenzi processuali relativi alle cause sul ruolo, elabori una divisione efficiente e cronologicamente economica del singolo procedimento e/o dei procedimenti dell'intera sezione. Un'altra applicazione utile potrebbe aversi nella fase di assegnazione delle cause ai magistrati da parte del presidente di sezione in attuazione delle ripartizioni tabellari; monitorando costantemente il carico del singolo magistrato e quantificando il peso o la difficoltà della singola causa, si potrebbe ottenere lo smistamento non già in base ad un criterio meramente numerico, bensì in ragione del presumibile carico che il procedimento potrà determinare sul ruolo del giudice assegnatario, valutandone l'incisione rispetto ai fascicoli più datati che necessitano di una più accelerata definizione. Infine, il ricorso all'I.A. potrebbe accelerare quel processo di pubblicizzazione e diffusione delle banche dati giurisprudenziali, favorendo un accesso immediato ai provvedimenti giurisdizionali, anche non massimizzati, in modo da favorirne tanto una maggiore comprensibilità della motivazione nonché una più agevole consultazione da parte della difesa ⁽²⁵⁾.

without significant variations», nonché da J. NIEVA FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, cit., 13.

⁽²⁵⁾ In proposito interessanti sviluppi emergono dalla disciplina processual-tributaria, ed in particolar modo dal progetto PRODIGIT del Consiglio di Presidenza della Giustizia Tributaria, patrocinato dal Ministero dell'Economia e delle Finanze. Il progetto ha l'obiettivo di «(...) implementare la banca dati nazionale di giurisprudenza di merito nell'ambito del sistema informativo del MEF», nonché «creare un modello sperimentale di miglioramento della prevedibilità delle decisioni (giustizia predittiva)». La creazione di una banca dati *open access*, non ancora presente nel panorama processualistico, contenente la sommarizzazione di tutte le pronunce emesse dai giudici di merito, non ha però convinto pienamente la dottrina, soprattutto per quel che concerne l'utilizzo ai fini di una decisione 'robotica'. Si è infatti rilevato che un tale sistema, difficilmente aderente con il dettato costituzionale, non consentirebbe di raggiungere la massima prevedibilità della decisione,

L'impiego minimo dell'I.A., secondo la prospettiva accennata, non esclude certamente che questa possa fattivamente coadiuvare il magistrato nello svolgimento delle proprie funzioni. Non limitando il campo di applicazione ad un mero apporto burocratico, si potrebbe anche immaginare un ruolo para-giurisdizionale dell'I.A. come strumento di ausilio e supporto all'attività valutativa del giudice, specie nei casi di decisioni sì discrezionali, ma fondate su parametri (anche) organizzativi. Un esempio potrebbe essere fornito dalla valutazione circa i presupposti per la trasformazione del rito da semplificato di cognizione e viceversa: inseriti i dati essenziali del fascicolo, la macchina potrebbe autonomamente valutare la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 281 *decies* c.p.c. o calcolare il grado di decidibilità della causa con le forme del rito ordinario. Questa metodologia potrebbe essere replicata ogniquale volta il giudice, nell'adozione di atti che non incidano sulla decisione della controversia, ma solo sulle modalità di trattazione del procedimento, possa essere supportato attraverso un sistema che, analizzando i dati empirici a disposizione, formuli una prevalutazione che orienti il magistrato nelle scelte più convenienti per la conduzione dell'*iter* procedimentale.

Aderendo a tale prospettiva mediana, sarebbe tuttavia opportuno un positivo inquadramento dell'I.A. all'interno delle norme sugli ausiliari del giudice, al fine di disciplinarne tassativamente le ipotesi in cui essa possa intervenire per coadiuvare il magistrato ⁽²⁶⁾.

a causa dell'assenza di orientamenti stabili di legittimità e dell'incognita del *dataset* (E. DELLA VALLE, *Il giudice tributario robot*, in *Riv. tel. dir. trib.*, 2022, 15 ss., spec. 17-20; V. MASTROIACOVO, *Sulla giustizia predittiva ovvero di quel che accade quando il mito della calcolabilità del diritto incontra i pregiudizi sulla materia tributaria*, in *Riv. dir. trib.*, 2024, 43 ss.). In argomento anche V. CAPASSO, *Intelligenza artificiale e «quantificazione giurisprudenziali»*, cit., 84.

⁽²⁶⁾ La soluzione porrebbe comunque il problema di stabilire a quale soggetto ascrivere le responsabilità in caso di dichiarazioni mendaci o di preconcepita faziosità, prodotte dalla macchina per erroneo e/o doloso inserimento di *input* selettivi. A riguardo, si potrebbe preconizzare una responsabilità del *provider*, del programmatore o di altra figura che si occupasse materialmente della configurazione della macchina. In proposito, la dottrina si è già cimentata ora per affermare una possibi-

L'avvicinamento verso una prospettiva sempre più decisoria, sia pur rapportata all'aspetto procedimentale, non eliminerebbe però alcune perplessità. Ci si potrebbe ad esempio chiedere se una decisione su questioni processuali, sostanzialmente riconducibile alla macchina ma filtrata dal giudice, possa esporsi comunque a quelle censure sul contraddittorio che sono state evidenziate in dottrina⁽²⁷⁾. Anche in questo caso mi sembra che la questione possa essere nettamente ridimensionata, allorché il giudice, una volta richiesto l'intervento della macchina, assumi la paternità della scelta e, in caso di questione nuova, sottoponga i risultati elettronici al previo contraddittorio tra i litiganti⁽²⁸⁾. Il rischio che tale garanzia possa essere assicurata solo sul piano formale, considerato che le parti non avrebbero altro modo di sindacare la decisione della macchina se non offrendo una diversa tesi 'artificiale' o lamentando l'esistenza di un errore informatico, potrebbe però essere eliminata se le parti fossero edotte dell'*input* immesso dal giudice nella macchina, nonché in possesso

le responsabilità civile nei confronti dell'ideatore dell'algoritmo (C. SCOGNAMILIO, *Responsabilità civile ed intelligenza artificiale: quali soluzioni per quali problemi?*, in *Resp. civ. prev.*, 2023, 1079), soluzione che, rapportata all'ambito giudiziario, dovrebbe però fare i conti con le maglie assai strette dalla disciplina della responsabilità civile dei magistrati; ora una responsabilità penale per il produttore (B. FRAGASSO, *La responsabilità penale del produttore di sistemi di intelligenza artificiale*, in *Dir. pen. cont.*, 2023, 26 ss.). Peraltro, si potrebbe discutere se una sentenza affetta da un vizio così grave, come quello derivante dalla creazione di un algoritmo 'corrotto' sia puramente e semplicemente impugnabile, oppure revocabile ex art. 395, 1° comma, n. 6, c.p.c. estendendo analogicamente il dolo revocatorio alle falsità commesse dal programmatore.

⁽²⁷⁾ Ex multis A. CARRATTA, *Decisione robotica e valori del processo*, cit., 511.

⁽²⁸⁾ In generale, sull'ambito di applicazione dell'art. 101, 2° comma, c.p.c. si veda M. GRADI, *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della «terza via»*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 826 ss., ma la giurisprudenza mantiene un orientamento restrittivo sulla rilevabilità delle questioni di rito. *Contra* V. DENTI, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 217 ss., spec. 231, F. FERRARIS, *Principio del contraddittorio e divieto di decisioni «a sorpresa»: questioni di fatto e questioni di diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 1187. Sempre M. GRADI, *Giudici e algoritmi*, cit., sostiene che «non è del tutto peregrino affidare alle macchine la redazione di progetti di sentenza, che poi possono essere discussi nel contraddittorio fra le parti e infine rivisti dal giudice umano».

di eguali sistemi di I.A. (privata) in modo da verificare l'attendibilità della soluzione calcolata. Indubbiamente, sarebbe foriera di interessanti quesiti l'ipotesi inversa, ossia se il giudice intendesse discostarsi dal risultato della macchina, optando per una soluzione diversa. Ove gli esiti dell'interrogazione alla macchina fossero resi conoscibili anche i litiganti, il giudice dovrebbe fornire una motivazione rafforzata per aderire alla soluzione contraria, rendendo una statuizione censurabile, immaginiamo, in appello come autonomo motivo di gravame, nonché nel giudizio di legittimità ai sensi dell'art. 360, 1° comma, n. 5, c.p.c. ⁽²⁹⁾.

4. Una proposta intermedia: l'I.A. applicata alle ADR. – Analizzando le due prospettive, sono stati evidenziati tanto gli aspetti problematici quanto i vantaggi che un approccio 'forte' o 'debole' al tema dell'I.A. potrebbe apportare al processo. Se da un lato una surrettizia sostituzione del giudice sarebbe bocciata da insuperabili ostacoli di carattere ordinamentale, dall'altro innegabile sarebbe la velocizzazione dell'attività decisoria che essa potrebbe apportare; parimenti, un impiego minimale dell'I.A. sarebbe da incentivare per

⁽²⁹⁾ Entrambe le soluzioni, in verità, sarebbero foriere di criticità. Nel caso in cui il magistrato dovesse decidere senza previamente ostendere il risultato della macchina alle parti, si porrebbe una parvente lesione del contraddittorio al pari di quanto rilevato dalla dottrina circa l'integrazione *ab externo* del sapere extragiuridico all'interno del giudizio (cfr. C. CECHELLA, *Il Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, 1373 ss., con riferimento al problema della presenza del giudice laico nel collegio del tribunale dei minori). Nel caso opposto, invece, non sarebbe incongruo assimilare tale responso ad una sorta di consulenza tecnica giuridica (se conforme al noto brocardo *jura novit curia*, anche se, come nota C. PUNZI, *Consulenza tecnica e giudizio arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 4, nota 8, il nostro ordinamento presenta casi (v. art. 14, 2° comma, l. n. 218 del 1995) in cui il giudice eccezionalmente possa nominare ausiliari per l'interpretazione di norme giuridiche) le cui risultanze, rimesse al contraddittorio delle parti, sarebbero valutate autonomamente dal giudice che rimarrebbe (forse un po' meno) *peritus peritorum*, tuttavia con obbligo motivazionale censurabile dinanzi alla Suprema Corte.

consentire uno sveltimento dell'attività processuale, ma non sarebbe sufficiente a risolvere alcuni annosi problemi, come la farraginosità dei riti e la disorganizzazione degli uffici giudiziari.

Analizzando l'approccio più radicale, si è visto come l'utilizzo della macchina persegua l'obiettivo di una decisione (non sempre giusta ma) certa, che potrebbe teoricamente raggiungere un elevato grado di attendibilità tale da ridurre il margine di errore giudiziario. Indubbiamente, la prevedibilità della decisione giudiziaria rappresenta non solo un fattore positivo all'interno della dinamica processuale, ma un valore concretamente perseguito dall'ordinamento, il cui esempio principale è rappresentato dalla funzione nomofilattica esercitata dalla Corte di cassazione⁽³⁰⁾. Da questo punto di vista, potrebbero essere individuate numerose disposizioni rivelatrici della tendenza, sempre più marcata, di rendere prevedibile la decisione finale nell'ottica della ragionevole durata del processo e dell'eco-

⁽³⁰⁾ In tal senso L. SALVANESCHI, *L'iniziativa nomofilattica del procuratore generale presso la Corte di cassazione nell'interesse della legge*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 65, la quale, ad esordio del proprio scritto, afferma che «tra i valori da perseguire, anche in un sistema giuridico come il nostro costituzionalmente non orientato verso il vincolo del precedente, è infatti da più parti segnalato quello della prevedibilità della decisione». La funzione nomofilattica, pur avendo origini notoriamente ataviche (per una interessante prospettiva storico-comparativistica v. A. BRIGUGLIO, *Appunti sulle sezioni unite civili*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 16 ss.), è stata nel tempo rafforzata attraverso varie riforme, come quella sull'art. 363 c.p.c., su cui si vedano le considerazioni B. SASSANI, *Il nuovo giudizio di Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 229 ss., e per le prime applicazioni pratiche G. IMPAGNATIELLO, *Principio di diritto nell'interesse della legge e funzione nomofilattica della Cassazione*, in *Giur. it.*, 2009, 932 ss., e recentemente dall'introduzione del rinvio pregiudiziale ex art. 363 bis c.p.c. Sul punto, A. BRIGUGLIO, *Il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di cassazione*, in *Il Processo*, 2022, 947 ss.; A. PANZAROLA, *Introduzione al rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di cassazione*, Pisa, 2023, *passim*; M. TURRINI, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione e principio di diritto nell'interesse della legge*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 1609 ss., spec. 1618 ss., con raffronti rispetto al principio di diritto nell'interesse della legge. D. DALFINO, *Creatività e creazionismo, prevedibilità e predittività*, cit., 388, pone invece una distinzione tra i concetti di 'predittività' e 'prevedibilità', poiché mentre il pre-vedere comporta una «preventiva acquisizione del risultato», la semplice prevedibilità ne consentirebbe solo una «ragionevole aspettativa di acquisizione».

nomia endoprocedimentale. Non volendosi soffermare su alcuni istituti già noti all'esperienza processuale ⁽³¹⁾, basti citare, con riferimento all'ultima riforma, l'art. 380 *bis* c.p.c. sul rito accelerato nel giudizio di legittimità ⁽³²⁾, oppure gli artt. 186 *ter* e 186 *quater* c.p.c. sulle ordinanze anticipatorie di accoglimento/condanna ⁽³³⁾, i quali, pur sotto diversi aspetti, manifesterebbero l'esistenza di un simile orientamento legislativo. Tale indirizzo, inoltre, si è concretamente esternato in alcune posizioni restrittive della giurisprudenza che hanno proposto interpretazioni peculiari di alcune norme codicistiche proprio in ragione del concetto di prevedibilità della decisione giudiziaria ⁽³⁴⁾.

Nonostante l'irragionevolezza di alcune posizioni, l'aspirazione verso l'anticipazione della decisione, senza sacrificare le garanzie basilari delle parti sull'altare della ragionevole durata del processo, è meritevole poiché consente un ricorso meditato e consapevole al giudice, demotivando le azioni bagatellari e favorendo la gestione

⁽³¹⁾ Si potrebbe analizzare infatti la funzione *lato sensu* anticipatoria di alcuni istituti i quali, preannunciando in qualche misura il contenuto della decisione finale, rimettono all'attore la scelta di accedere alla fase deliberativa. Si veda, ad esempio, l'ordinanza post-istruttoria ex art. 186 *quater* c.p.c., su cui A. CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino, 1997, 138 ss.

⁽³²⁾ La dottrina, nel commentare il nuovo rito 'monocratico' in Cassazione, ha in realtà rilevato che la «sintetica proposta» celi in realtà una vera e propria anticipazione di giudizio, basata su una pre-cognizione della causa rispetto alla decisione che dovrà adottare il Collegio. Cfr. A. GRAZIOSI, *Le nuove norme sul giudizio di Cassazione e sulla revocazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 678-9; B. CAPPONI, *Una novità assoluta per il giudizio di legittimità: il giudice monocratico nel procedimento «accelerato»*, in *Il Processo*, 2023, 319-20.

⁽³³⁾ Come osserva A. D'ADDAZIO, *Ordinanze anticipatorie di accoglimento e di rigetto (artt. 183-ter, 183-quater c.p.c.)*, in R. TISCINI (a cura di), *La riforma Cartabia del processo civile*, Pisa, 2023, 313, già nel progetto di riforma tali istituti erano immaginati per «evitare un superfluo ricorso al processo dichiarativo».

⁽³⁴⁾ Il concetto di 'prevedibilità' viene impiegato dalla giurisprudenza per negare, ad esempio, l'estensione dell'alveo di applicazione del contraddittorio alle questioni meramente processuali, sull'assunto che la parte che formuli l'eccezione debba essere in grado di 'prevedere' l'esito della decisione. Cfr. Cass., sez. un., 20 novembre 2023, n. 32091, in *Riv. dir. proc.*, 2024, 32091.

privata del conflitto. Conoscendo il probabile esito della lite, infatti, i litiganti saranno più propensi a cercare altrove la soluzione della controversia o a desistere volontariamente dall'instaurazione della causa. Se è vero che il rafforzamento delle previsioni sull'anticipazione del giudizio incentivi le parti a valutare con più sicurezza l'opportunità di una transazione o di un adempimento spontaneo, e se è vero che l'I.A. sia ontologicamente incline a predire l'esito del giudizio, logico corollario sarebbe estendere (o circoscrivere) l'utilizzo di questa nuova tecnologia a quei procedimenti che mirano alla risoluzione privata del conflitto, come le ADR ⁽³⁵⁾.

Quando si discorre di *Alternative Dispute Resolution*, bisogna intendersi sulla ormai abusata indefinitezza di un concetto che, in realtà, esprime una variegata offerta di istituti caratterizzati dall'essere alternativi e (molto frequentemente) preliminari rispetto al processo giurisdizionale. L'ampia varietà manifestatasi nella prassi è solitamente declinata in due grandi categorie tipologiche, differenziate dalla funzione svolta dal terzo all'interno della procedura: si distinguono, pertanto le *evaluative* dalle *facilitative* ADR ⁽³⁶⁾. I metodi valutativi presuppongono che la lite venga esaminata da un terzo soggetto con la prospettiva di consigliare o suggerire una soluzione della controversia. L'apporto del terzo può esplicarsi o tramite l'accertamento dei fatti da un punto di vista tecnico o me-

⁽³⁵⁾ In tal senso, si vedano le analoghe considerazioni di C. GAMBA, *Ius dicere e lex tecnologica*, cit., 834 ss.; M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, cit., 92; S. BARONA VILAR, *Sfide e pericoli delle ADR nella società digitale e algoritmica del secolo XXI*, in questa *Rivista* 2021, 249 ss., spec. 262 ss., con traduzione di S. Dalla Bontà.

⁽³⁶⁾ Questa classificazione è condivisa dalla dottrina unanime, E. SILVESTRI, *Risoluzione delle controversie e alternative al processo: un'introduzione teorica*, in ID. (a cura di), *Forme alternative di risoluzione delle controversie e strumenti di giustizia riparativa*, Torino, 2020, 1 ss., prec. 7 ss., in maniera più approfondita ID., *Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 326 ss.; R. NAZZINI, *Modelli conciliativi interni al processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 851. Per altri riferimenti C. TROISI, in G. AUTORINO, D. NOVIELLO, C. TROISI (a cura di), *Mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali*, Santarcangelo di Romagna, 2013, 45.

dianche la redazione di un parere in ordine all'interpretazione di una questione. Più frequentemente, il terzo esprime una valutazione circa il possibile esito della causa, caldeggiando alle parti l'opportunità di passare ad una fase contenziosa o, viceversa, la convenienza di trovare un accordo. Contigui ma ben distinti a questa macroarea, si collocano anche i rimedi *adjudicative*, essendo deputati esclusivamente alla definizione della controversia tramite una pronuncia vincolante, l'archetipo dei quali è indubbiamente l'arbitrato⁽³⁷⁾.

I metodi facilitativi, invece, prevedono l'intervento di un terzo al fine di aiutare le parti al raggiungimento di un accordo. In questo settore, a differenza delle tecniche valutative in senso stretto, il terzo ha un ruolo attivo e propositivo nel cercare di dirimere la controversia, come nel caso del mediatore, il quale svolge un ruolo di ascolto e supporto rispetto alle esigenze delle parti con l'obiettivo di ridurre il margine di contrasto tra le opposte pretese.

⁽³⁷⁾ Pur essendo annoverati (a torto) nei modelli valutativi, conglobandoli sotto l'indefinita nozione di *evaluative* ADR elaborata dall'accademia americana, il discrimine sta nel carattere vincolante della pronuncia emessa a conclusione della procedura alternativa. *Ex multis*, G. GIOIA, *L'uniforme regolamentazione della risoluzione alternativa delle controversie con i consumatori*, in *Contr. Impres. europ.*, 2016, 513. In realtà, la dimensione prettamente valutativa nasconde una diversità intrinseca rispetto a quella decisoria che va rimarcata. Nonostante il verbo «*to evaluate*» sia utilizzato anche per designare un'attività cognitiva e intellettuale che contiene un implicito rinvio all'attività di giudizio, non sempre le due circostanze coincidono, potendosi anche considerare l'attività di valutazione fine a se stessa. Nel caso delle ADR, questo aspetto si coglie in quelle procedure ove il terzo si limita a rendere un parere, formulando una proposta che non è altro che il coacervo delle proprie valutazioni sul caso prospettato. La distinzione tra modelli valutativi e aggiudicativi troverebbe sostegno anche sul piano positivo, considerando che la direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, all'art. 2, pone una tripartizione tra proporre/imporre/agevolare la soluzione della controversia. A nostro avviso, contrariamente alla versione dominante ed ormai tralatizia, il discrimine tra rimedi valutativi e aggiudicativi sta invece nel carattere vincolante della pronuncia emessa a conclusione della procedura alternativa.

5. *Modelli facilitativi. Tendenziale le incompatibilità.* – I vigenti modelli di conciliazione nel sistema italiano si fondano su una visione di *amicable settlement* molto limitata rispetto ad altri ordinamenti continentali, nella misura in cui venga postulata la necessitante presenza del terzo in funzione agevolatoria. Sia la mediazione civile che altri istituti presenti nell'ordinamento, eccezion fatta per quei sistemi paritetici (quali, ad esempio, le forme di negoziazione assistita), sono quasi sempre caratterizzati dalla presenza di un soggetto, terzo e imparziale, incaricato di (aiutare le parti a) risolvere bonariamente la controversia. La prospettiva accolta dall'ordinamento è quella per cui vi è la necessità impellente che le parti siano coadiuvate da un terzo soggetto con compiti essenzialmente di agevolazione o intermediazione. La dimostrazione di questa latente visione del legislatore interno è data non solo dall'istituto della mediazione di cui al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, bensì dagli altri modelli conciliativi e/o stragiudiziali contenuti in leggi speciali ed elevati spesso a condizione di procedibilità della domanda giudiziale ⁽³⁸⁾.

Non v'è dubbio che i compiti del mediatore potrebbero essere agevolati tramite l'ausilio di strumenti di I.A. che consentissero, ad esempio, di valutare quale sia la strategia migliore per tentare di raggiungere la composizione del conflitto. Il professionista, ad

⁽³⁸⁾ Tale prospettiva, a titolo esemplificativo, sarebbe accolta nella disciplina consumeristica, ove il d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130, in attuazione della direttiva 2013/11/UE, modificando alcuni articoli nel codice del consumo, sembrerebbe «ri-fiutare il meccanismo eteronomo ed impositivo evidentemente prediligendo un procedimento di mediazione facilitativo e/o propositivo nel quale le persone fisiche incaricate dell'Adr assistono le parti nella ricerca dell'accordo amichevole, avviando eventualmente la fase valutativa che conduce alla proposta conciliativa» (O. DESIATO, *Adr in materia di consumo e l'opera di armonizzazione ancora a metà del guado*, in *Judicium*, 2023). Ulteriori esempi sarebbero forniti dall'art. 71 *quinques*, 4° comma, l. 22 aprile 1941, n. 633, sul diritto d'autore; dall'art. 67, d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79, in materia di servizi turistici; delib. n. 182/02/CONS, art. 1, 3° comma, adottata in funzione dell'attuazione della l. 31 luglio 1997, n. 249, art. 1, in materia di telecomunicazioni. Per una panoramica generale v. G. AUTORINO, C. TROISI, *Le conciliazioni obbligatorie speciali*, in D. MANTUCCI (dir.), *Trattato di diritto dell'arbitrato*, vol. XIV, Napoli, 2020, 157 ss.

esempio, potrebbe sottoporre alla macchina gli *input* ricavabili dalle posizioni espresse dalle parti nel corso dei vari incontri, in correlazione all'*output* finale, ossia il raggiungimento dell'accordo, chiedendo quindi di individuare il percorso argomentativo migliore per assottigliare il contrasto tra le parti. Cionondimeno, stante la mutevolezza delle posizioni delle parti, il mediatore potrebbe essere costretto ad effettuare continue interrogazioni della macchina, specialmente in esito alle eventuali sessioni separate, rischiando un eccessivo appesantimento della procedura.

La riservatezza che contraddistingue questa procedura eliminerebbe però la necessità (pur quando realmente doverosa) di sottoporre le risultanze informatiche al contraddittorio alla controparte ⁽³⁹⁾.

Oltre all'indiretta pressione che un simile accorgimento potrebbe esercitare sulle parti, inducendole a rivedere le proprie posizioni nel corso della procedura favorendo la conclusione dell'accordo, l'utilizzo della I.A. potrebbe supportare il mediatore anche nella fase conclusiva, potendo egli formulare una proposta transattiva avvalorata da dati di natura statistica-probabilistica. In tal caso, tuttavia, si propenderebbe per una prospettiva valutativa, abbandonando l'idea che la macchina possa avere un'utilità apprezzabile per il miglioramento della funzione facilitativa del mediatore.

Volendo invece immaginare l'istituzione di un 'mediatore-robot', ossia la creazione di un software che governi la procedura secondo un sistema di interrogazione-risposta non dissimile da quanto avviene con chatbot o gli operatori virtuali, essa si scontrerebbe

⁽³⁹⁾ Paradossalmente, nelle procedure ADR la chiarificazione dei dati forniti dalla macchina potrebbe acquisire una maggiore utilità, potendo disincentivare la parte dal promuovere la successiva domanda giudiziale dinanzi ad un responso negativo. In questo caso, tuttavia, si correrebbe il rischio di depotenziare il ricorso alla mediazione, istituto a cui le parti ricorrono per cercare di raggiungere una composizione del conflitto sul piano sostanziale (anche faticosa e travagliata ma) potenzialmente definitiva, ossia capace di estinguere la lite, per pervenire invece ad una procedura in cui si imponga una scelta secca tra aderire o non aderire alla proposta congegnata dalla macchina.

rebbe con l'assenza di quella funzione proattiva che contraddistingue l'istituto della mediazione civile. Nonostante in questo modo possa ottenersi un'interazione rapida e istantanea che conduca brevemente alla formulazione della proposta finale, adattandosi alle controversie di natura bagatellare e/o in materia di servizi digitali, come già sperimentato nell'ambito delle *Online Dispute Resolution* (ODR) ⁽⁴⁰⁾, la connaturata insensibilità della macchina rispetto alle posizioni delle parti snaturerebbe le finalità dell'opera di mediazione e ostacolerebbe il risultato auspicato, ossia l'effettiva ricomposizione degli interessi in conflitto.

6. Evaluative ADR. *Verso la (pre)visione onirica della sentenza?* – Se non per le procedure facilitative, l'I.A. potrebbe facilmente convenire a quelle procedure ove il terzo sia chiamato a rendere un parere preliminare sullo stato della controversia o sui margini di un'eventuale causa. Nonostante nell'ordinamento italiano non siano codificati istituti simili all'*Early Neutral Evaluation* americano ⁽⁴¹⁾, tale innovazione nel mondo delle ADR potrebbe costituire

⁽⁴⁰⁾ L'interesse della dottrina verso queste nuove forme di ADR interamente digitali è notevolmente cresciuto nel tempo. A titolo esemplificativo, si vedano C. CAMARDI, *Metodi online di risoluzione delle controversie. Arbitrato telematico e ODR*, Padova, 2006, che raccoglie gli Atti del Convegno tenutosi a Venezia il 10 ottobre 2003; E. MINERVINI (a cura di), *Le Online Dispute Resolution*, Napoli, 2016; C. VACCÀ, *Il punto su ODR*, online dispute resolution, in *Contratti*, 2009, 1072 ss.; V. VIGORITI, *Superabili ambiguità. Le proposte europee in tema di ADR e ODR*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2012, 316; G. GIOIA, *L'uniforme regolamentazione della risoluzione alternativa delle controversie con i consumatori*, cit., 540 ss.; L. BUGIOLACCHI, *Commercio elettronico e ODR (Online dispute Resolution) dopo il regolamento n. 524/2013 dell'Unione Europea. Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie dei consumatori*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 1403 ss.

⁽⁴¹⁾ L'istituto, ideato nel distretto della Nord Carolina come ADR sperimentale, è particolarmente diffuso negli ordinamenti di *common law*. Nell'ordinamento inglese, la possibilità di ascoltare un *Neutral Evaluator* in corso di causa rientra nel *case management* del giudice (§ 3.1 *Civil Procedure Rules*). In questa procedura, il terzo non ha un ruolo attivo nel cercare di conciliare la lite, ma si limita a fornire un parere autorevole dopo aver ascoltato le ragioni delle parti. Sul punto E. SILVE-

occasione per l'ideazione di una nuova procedura alternativa che, tramite l'utilizzo dell'I.A., comunichi alle parti il probabile esito della instauranda controversia. Si tratterebbe di un parere non autorevole sotto il profilo strettamente morale o professionale, bensì affidabile quanto alla probabilità di conformità con la decisione finale ⁽⁴²⁾. Non v'è dubbio che una concezione 'oracolare' dell'I.A. potrebbe disincentivare le parti a tentare la definizione stragiudiziale della controversia, preferendo una subitanea interrogazione alla macchina per valutare l'effettiva sussistenza di *chances* di vittoria ⁽⁴³⁾; ma in un'epoca caratterizzata dalla tendenza alla (super) deflazione nell'ottica della ragionevole durata del processo, immaginare la predisposizione di un filtro così drastico, anche subordinato ad un tentativo di mediazione facilitativa, non pare eccessivamente incongruo.

D'altra parte, è doveroso evidenziare la *vis* destrutturante che tale meccanismo potrebbe avere sulla tutela del diritto di difesa, poiché le parti, dinanzi ad una previsione 'oracolare', rinuncerebbero preventivamente ad un'effettiva tutela giurisdizionale, frenando il bisogno di giustizia. Pur essendo ormai superate le perplessità rela-

STRI, *La «Court-annexed arbitration»*, cit., 1038, secondo la quale il terzo «svolge una funzione a metà strada fra quella del mediatore e quella dell'arbitro». Per altri riferimenti v. D.I. LEVINE, *Early Neutral Evaluation: A Follow Report*, in *Judicature*, 1987, 236 ss.; ID., *Early Neutral Evaluation: The Second Phase*, in *Journal of Dispute Resolution*, 1989, 1 ss.; E.L. GROSS, *The Expert Witness and Mediation*, in *Alberta Law Review*, 1995, 81; S. RAB, *Just in Time for Early Neutral Evaluation*, in *New Journal Law*, 2020, 15 ss.; V. MCCLOUD, *Judicial Early Neutral Evaluation*, in *Amicus Curiae*, 2020, 487 ss.

⁽⁴²⁾ In dottrina, è stato anche proposto di incentivare un simile filtro apprendendo delle sanzioni processuali (come il raddoppio del contributo unificato) in caso di volontaria instaurazione della causa contro il parere (non vincolante ma) altamente reale ed attendibile della macchina e (successivo) rigetto nel merito della domanda, M. MAUGERI, *I robot e la possibile «prognosi» delle decisioni giudiziali*, in AA.VV., *Decisione robotica*, cit., 162-3.

⁽⁴³⁾ Così D. DALFINO, *Creatività e creazionismo, prevedibilità e predittività*, cit., il quale teme che l'attività del giudice possa tradursi in un'«auto-profezia», laddove «la predizione possa diventare la decisione».

tive ai casi di c.d. giurisdizione condizionata ⁽⁴⁴⁾, il paragone non sarebbe comunque pienamente congruente, poiché le parti rimarrebbero libere di esercitare l'azione (con il rischio di rigetto ma) senza impedimenti o ostacoli esterni, di carattere economico o processuale. Inoltre, tale impiego impatterebbe su quell'attività interpretativa precontenziosa, classicamente riservata al difensore, potendo incidere complessivamente sulla svalutazione del ruolo dell'avvocato. Il rapporto (assai problematico) tra I.A. e avvocato è un argomento (s)favorevole alla generalizzata liberalizzazione di simili sistemi: ove si rendessero fruibili e commerciabili software di I.A. a tutti i cittadini, non sarebbe difficile immaginare uno svilimento dell'opera professionale dell'avvocato non solo nella fase precontenziosa, ma anche in quella propriamente giudiziale ⁽⁴⁵⁾. Il presumibile depotenziamento del ruolo del professionista, in un ordinamento liberale che assicura la difesa tecnica, è un fattore delicato, da ponderare accuratamente, e che propende verso l'assoluta necessità di un impiego (sì utile e forse da incentivare ma) equilibrato e meditato dell'I.A. alla dimensione del processo.

7. *Conclusioni.* – L'ampiezza e la novità dei temi affrontati impongono delle brevi considerazioni di sintesi. Nonostante l'utilizzo dell'I.A. come 'surrogato del giudice' ponga delicati problemi di ca-

⁽⁴⁴⁾ Corte cost., 6 dicembre 2012, n. 272, in *Riv. arb.*, 2013, 67 ss., con nota di R. TISCINI, *L'incostituzionalità della mediazione obbligatoria per eccesso di delega: una scelta discutibile*; Corte cost., 20 gennaio 2022, n. 10, in *Foro it.*, 2022, I, 784 ss.; C. Giust. UE, sez. IV, 18 marzo 2010, n. 6538, in *Giur. it.* 2010, 2585 ss., con nota di C. BESSO, *Obbligatorietà del tentativo di conciliazione e diritto all'effettività della tutela giurisdizionale*.

⁽⁴⁵⁾ V. MASTROIACOVO, *Sulla giustizia predittiva ovvero di quel che accade quando il mito della calcolabilità del diritto incontra i pregiudizi sulla materia tributaria*, cit., 55 ss., sottolinea i vantaggi che l'impiego dell'I.A. potrebbe apportare nell'ambito dell'*information retrieval*, ossia nel reperimento di nozioni, parole-chiave e giurisprudenza. In senso parzialmente difforme G. FINOCCHIARO, *L'intelligenza artificiale nell'ambito giudiziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2024, 442 ss.

rattere ordinamentale, un eventuale impiego tradirebbe comunque lo scopo principale, ossia quella di garantire calcolabilità ed infallibilità del giudizio, obiettivi che nemmeno la macchina sarebbe in grado di assicurare. L'aspirazione verso la certezza, pur essendo un valore perseguito dall'ordinamento, non rappresenta l'essenza del decidere, che è quella di ricercare soluzioni giuste, quand'anche tecnicamente o logicamente imperfette.

Valutando, invece, un impiego meramente ancillare dell'I.A. sul piano dell'organizzazione procedimentale o del lavoro di cancelleria, permarrebbero alcune perplessità che, al netto del bilancio positivo relativo alla tecnologizzazione della giustizia, richiederebbero adeguate soluzioni normative o giurisprudenziali. In quest'ottica, l'I.A. potrebbe divenire un utile strumento per decidere, purché sia concessa possibilità di conoscere ed eventualmente contestare i risultati elettronici nel pieno contraddittorio delle parti, con ciò presupponendosi un'eguale e paritetica diffusione dei sistemi di I.A. tra giudici e avvocati.

Nel caso delle ADR, invece, l'I.A. potrebbe pienamente convenire ove sia adottata come strumento per agevolare il dialogo delle parti, consigliando al contempo quale sia la strategia o l'impostazione migliore da adottare. Analizzando nel dettaglio le varie possibilità, la compatibilità di simili strumenti con le ADR facilitative, come la mediazione, risulterebbe fortemente opinabile sia nel caso in cui l'I.A. fungesse da mero supporto, in ragione dell'eccessivo appesantimento della procedura, sia immaginando un sistema di *chat* istantanea, mancando l'imprescindibile proattività del mediatore.

Prefigurando invece la creazione di ADR valutative, il ricorso all'I.A. generativa potrebbe apparire utile se pensato in chiave defattigatoria, al fine di disincentivare le parti dall'instaurazione di cause che, pur nell'alea del giudizio, avrebbero basse probabilità di successo. L'assenza di ADR valutative nel nostro ordinamento, frutto di una visione medio-centrica della tradizione giuridica continentale, potrebbe essere quindi colmata da un innovativo istituto che,

coniugando i vantaggi delle procedure alternative e di sistemi di I.A., mirerebbe a rafforzare quella funzione deflattiva che è notoriamente attribuita alle ADR.

Abstract

Il contributo, analizzando preliminarmente le applicazioni teoriche dell'I.A. alla giustizia civile nelle due accezioni di «giudizio artificialmente intelligente» e «organizzazione intelligente del giudizio», ne esamina l'applicabilità al settore delle *Alternative Dispute Resolution*. Iniziando la disamina dall'ipotesi di un mediatore-robot, in grado di facilitare la gestione del conflitto tra i litiganti, la riflessione perviene alla tendenziale inconciliabilità di un simile modello con la funzione tipica della mediazione, e dunque alla necessità di una ri-umanizzazione dei metodi compositivi delle controversie. L'estensione dei sistemi di intelligenza artificiale potrebbe essere predicata nei confronti di quegli strumenti valutativi i quali, pur essendo scarsamente diffusi nel nostro ordinamento, in una prospettiva de iure condendo potrebbero incentivare le parti a definire stragiudizialmente la lite in virtù di una precognizione dell'esito della controversia, con un'indiretta incidenza sulla deflazione del contenzioso.

By examining the theoretical applications of Artificial Intelligence (AI) in civil justice, in the two concepts of 'artificially intelligent judgment' and 'intelligent organisation of judgment', this paper assesses AI's applicability to the field of Alternative Dispute Resolution (ADR). Starting with the hypothesis of a 'robot mediator' capable of facilitating conflict management among parties, the analysis leads to the inconciliability of such a model with the typical function of mediation, thus highlighting the need for the re-humanization of dispute resolution methods. The potential extension of AI systems could be applied to evaluation tools, which, although currently un-

derutilized in the Italian legal system, might – in a de iure condendo perspective – encourage parties to settle disputes extrajudicially based on a forecast of the dispute's outcome, indirectly contributing to the deflation of litigation.

IL FUTURO DELLA MEDIAZIONE FAMILIARE (*)

Matteo Lupano (**)

La mediazione familiare è un procedimento di risoluzione dei conflitti utilizzato in particolare in occasione della separazione e del divorzio, con l'obiettivo di facilitare la comunicazione tra le parti e raggiungere soluzioni consensuali. La mediazione intende ridurre la conflittualità, promuovere la comprensione reciproca e favorire accordi rispettosi delle esigenze di ciascuno, un fine nobile, da perseguire in molte controversie, ma soprattutto in quelle di famiglia, che toccano la carne viva dei soggetti coinvolti, coinvolgono aspetti emotivi profondi e spesso causano grande sofferenza. In questo modo si abbandona la prospettiva in cui dalla lite emergono un vincitore e un vinto, un modello che si adatta poco alle dispute familiari, specialmente quando sono coinvolti figli minori ⁽¹⁾.

Giustizia consensuale Fasc. 2/2024, 631-635. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) Il testo restituisce l'introduzione al Convegno dedicato a «Il futuro della mediazione familiare. L'obbligatorietà in Francia e la riforma Cartabia in Italia», tenutosi presso l'Università di Torino il 19 gennaio 2024, nel quadro del Progetto di Rilevante Interesse Nazionale (PRIN PNRR) «*The Procedural Profiles of the Protection of Families According to the Well-Being of the Minor*».

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

⁽¹⁾ S. LARIZZA, *La mediazione familiare*, in E. SILVESTRI (a cura di), *Forme alternative di risoluzione delle controversie*, Torino, 2020, 170 ss.; P. MAZZAMUTO (a cura di), *Mediazione familiare e diritto del minore alla bigenitorialità*, Torino, 2019; C. IRTI, *Gestione condivisa della crisi familiare: dalla mediazione familiare alla negoziazione assistita*, in *Dir. fam. pers.*, 2019, 665 ss.; D. D'ADAMO, *La mediazione familiare come metodo integrativo di risoluzione delle controversie*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 377 ss.; F. TOMMASEO, *Mediazione familiare e processo civile*,

La rilevanza di una soluzione consensuale nelle controversie e l'efficacia della mediazione sono oggi ampiamente riconosciute sia dagli studiosi che dagli operatori ⁽²⁾. Questi aspetti rappresentano un punto di partenza per riflettere su quali strategie possano incentivare un uso più diffuso dello strumento in futuro.

La scelta più incisiva è senza dubbio quella di rendere obbligatoria la mediazione familiare. In Francia è attualmente in corso una sperimentazione in tal senso, i cui risultati saranno di grande interesse. L'obbligatorietà, infatti, presenta alcune criticità, ben note in Italia, ove il legislatore in campo civile e commerciale ha imposto il ricorso alla mediazione da oltre un decennio. La volontarietà, che caratterizza ogni strumento di composizione autonoma delle controversie, rischia di essere snaturata. La mediazione diviene maggiormente procedimentalizzata, a causa del necessario raccordo con il processo. Le parti, anziché concentrarsi sulla ricerca di un accordo, possono essere indotte a focalizzarsi sull'esigenza di soddisfare nel minor tempo e con il minore sforzo possibile le condizioni per rivolgersi al giudice o sul tentativo di persuadere il mediatore a formulare una proposta a loro favorevole.

L'obbligatorietà stessa della mediazione presenta numerose sfaccettature sulle quali merita indagare: è obbligatorio partecipare solo a un incontro informativo o avviare la trattativa (il cosiddetto svolgimento "effettivo" della mediazione)? Le informazioni vengono fornite da un mediatore, da un giudice o da un altro soggetto? Le

in *Fam. dir.*, 2012, 831 ss.; M. A. FODDAI, *Conciliazione e mediazione: modelli differenti di risoluzione dei conflitti?*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 43 ss.

⁽²⁾ Si vedano, senza pretesa di completezza, F. GHIRGA, *La cultura della mediazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2024, 45 e ss.; ID., *Strumenti alternativi di risoluzione della lite. Fuga dal processo o dal diritto?*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 357 ss.; S. DALLA BONTÀ, *Mediation: A Sleeping Beauty. La promessa della giustizia consensuale alla luce della riforma della giustizia civile*, in questa *Rivista*, 2023, 251 ss.; ID., *Fra mediazione e decisione. La riforma apre ad un nuovo paradigma di giudice?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, 21 ss.; M. REA, *La mediazione: un'analisi tra innovazione e resistenze*, in *Dir. proc. civ. it. comp.*, 2023, 1111 ss.; G. COSÌ, *L'accordo e la decisione. Modelli culturali di gestione dei conflitti*, Torino, 2017; F. DANOVI, F. FERRARIS, *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, Torino, 2013.

parti possono o devono essere assistite da un avvocato? Questi dettagli possono influire in modo sostanziale sull'efficacia dell'istituto.

In Italia, nonostante l'esperienza accumulata in materia civile e commerciale, non si è introdotta l'obbligatorietà della mediazione familiare, neppure con la recente riforma Cartabia⁽³⁾. Si è invece preferito fare affidamento sulla capacità di persuasione del giudice. A questo proposito, va considerato che, in astratto, il confine tra suggerimento e obbligo può essere sottile: un giudice assertivo e con ampi poteri discrezionali potrebbe influenzare le parti al punto da far dubitare che la scelta di queste ultime sia davvero libera. Le nuove regole introdotte nel processo di famiglia, tuttavia, non sembrano prefigurare nulla di simile. L'art. 473 *bis*.10 c.p.c. consente al giudice di interloquire direttamente con le parti, suggerendo il ricorso alla mediazione, ma probabilmente questi inviti saranno formulati in forma scritta, all'interno di provvedimenti come il decreto disciplinato dall'art. 473 *bis*.14 c.p.c., e utilizzando formule standardizzate, sebbene queste ultime risultino in genere meno persuasive.

Che la mediazione sia obbligatoria o volontaria, un aspetto rimane centrale: il procedimento avrà successo solo se le parti ne comprenderanno l'utilità e coglieranno l'importanza di riuscire a raggiungere una soluzione consensuale. A tal fine sarà essenziale il ruolo degli avvocati e dei mediatori. I contendenti cercano di comprendere quale sia la via migliore per risolvere la controversia rivol-

⁽³⁾ Sulle novità in tema di mediazione familiare contenute nella riforma si rinvia, tra gli altri, a F. DANOVI, *La giustizia consensuale nella crisi familiare*, in questa Rivista, 2023, 353 ss.; C. CECHELLA, *Le nuove norme sul processo e il tribunale in materia di persone, minorenni e famiglie*, in Riv. dir. proc., 2023, 1122 ss.; A. NICOLUSSI, *La mediazione familiare*, in Nuove leggi civ. comm., 2023, 1354 ss.; P. LICCI, *La mediazione familiare*, in R. TISCINI (a cura di), *La riforma Cartabia del processo civile*, Pisa, 2023, 788 ss.; C. IRTI, *L'esclusione della mediazione*, in Nuove leggi civ. comm., 2023, 1278 ss.; D. NOVIELLO, *La mediazione familiare nella riforma*, in C. CECHELLA (a cura di), *La riforma del giudice e del processo per le persone, i minori e le famiglie: Legge 26 novembre 2021, n. 206*, Torino, 2022, 105 ss.

gendosi a un avvocato, il quale, quindi, deve essere adeguatamente formato in materia.

La preparazione dei mediatori è a sua volta fondamentale per costruire un rapporto di fiducia con le parti. Inoltre, quanto più l'ordinamento incentiva l'uso di un procedimento alternativo, tanto più è necessario garantire la qualità del servizio e prevenire il rischio che chi vi si accosta cada nelle mani di un 'apprendista stregone'. In questo senso, il confronto tra le norme introdotte in Francia alcuni decenni or sono e le scelte compiute di recente in Italia può essere utile, stante che nel nostro Paese la mancanza di veri e propri requisiti di accesso alla professione di mediatore familiare è stata considerata per lungo tempo una delle principali criticità.

Abstract

Nel restituire l'introduzione al Convegno dedicato a «Il futuro della mediazione familiare. L'obbligatorietà in Francia e la riforma Cartabia in Italia», tenutosi presso l'Università di Torino il 19 gennaio 2024, il contributo mette in luce l'efficacia della mediazione familiare nel facilitare la risoluzione consensuale dei conflitti, specialmente in separazioni e divorzi, riducendo la conflittualità e tutelando i minori. L'a. sintetizza i termini del dibattito sull'obbligatorietà del procedimento ed evidenzia le necessità di adeguata formazione per avvocati e mediatori e di assicurare la qualità del servizio.

This paper draws on the introductory remarks to the Conference 'The Future of Family Mediation. The Mandatory Mediation in France and in Italy after the Cartabia reform of Civil Justice', held at the University of Turin on 19 January 2024. The contribution highlights the effectiveness of family mediation in facilitating the consensual resolution of conflicts, particularly in cases of separation and divorce, by reducing conflict and safeguarding minors. The Au-

thor summarizes the key aspects of the debate on the mandatory nature of the process, emphasizing the need for proper training for lawyers and mediators and for ensuring the quality of the service.

LA MEDIAZIONE FAMILIARE IN FRANCIA: SULLO SLANCIO DELLA GIUSTIZIA DEL XXI SECOLO (*)

*Marc Juston (**)*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Motivi per cui la mediazione familiare è imprescindibile per la giustizia del XXI secolo. – 2.1. La valutazione sul campo e l'esperienza. – 2.2. Il quadro legale della mediazione familiare. – 2.2.1. I fondamenti della mediazione: la legge del 1995 e gli artt. 131-1 a 131-15 del *Code de procédure civile* (CPC). – 2.2.2. Le norme di legge specifiche in tema di mediazione familiare inserite nel codice civile. – 2.2.2.1. La mediazione familiare come procedimento volontario. – 2.2.2.2. La mediazione familiare sollecitata. – 2.2.2.3. La mediazione come procedimento obbligatorio. – 2.2.3. Altre norme legislative e regolamentari utilizzate per lo sviluppo della mediazione familiare. – 2.2.3.1. L'*aide juridictionnelle* e il costo della mediazione familiare. – 2.2.3.2. Omologazione degli accordi di mediazione familiare. – 3. Riflessioni sull'applicazione della mediazione familiare. – 3.1. La parabola dell'arancia. – 3.2. Le nozioni di litigio e di conflitto. – 3.3. La co-genitorialità e l'interesse dei figli. – 3.4. L'alea giuridica. – 3.5. Il mediatore familiare. – 3.6. L'evoluzione dell'ufficio del *Juge aux affaires familiales*.

Giustizia consensuale Fasc. 2/2024, 637-657. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) Il testo restituisce la relazione al Convegno dedicato a «Il futuro della mediazione familiare. L'obbligatorietà in Francia e la riforma Cartabia in Italia», tenutosi presso l'Università di Torino il 19 gennaio 2024, nel quadro del Progetto di Rilevante Interesse Nazionale (PRIN PNRR) «*The Procedural Profiles of the Protection of Families According to the Well-Being of the Minor*». La traduzione dal francese all'italiano è a cura di Davide Castagno, Ricercatore di Diritto Processuale civile nell'Università di Torino.

(**) *Magistrat honoraire; formateur et médiateur inscrit auprès des Cours d'Appel de Nîmes, Grenoble et Aix en Provence; Ancien président du groupe de travail «médiation familiale et contrat de coparentalité»; Ancien Membre du Haut Conseil de la Famille, de l'Enfance et de l'Age – section Famille.*

1. *Introduzione.* – Quando esercitavo le funzioni di *Juge aux Affaires Familiales* (JAF), il ricorso ‘ragionato’ alla mediazione familiare, in presenza di tutti gli attori giudiziari e dei mediatori familiari, ha trasformato, stravolto e rivoluzionato l’approccio al mio lavoro, nell’interesse delle coppie che si separano e dei loro figli.

In particolare, la mediazione familiare permette di:

- a) de-conflittualizzare le separazioni e ripristinare il dialogo genitoriale;
- b) responsabilizzare le persone, rendendole capaci di ‘prendere in mano’ le modalità della loro separazione;
- c) proteggere i figli da conflitti genitoriali devastanti e rispettare la co-genitorialità.

Quest’impiego della mediazione rende il ruolo del *Juge aux Affaires Familiales* interessante e appassionante, in quanto permette al magistrato di non limitarsi ad essere un giudice meramente decisionale, seppur necessario in certe situazioni, ma di diventare, per la maggior parte delle cause familiari, una ‘guida’ per le parti in conflitto, un ‘dispensatore’ di pace sociale e familiare, un protettore e difensore dei figli, garantendo l’accesso ad una giustizia ‘pacifica’, ad una giustizia ‘cittadina’, ad una ‘bio-giustizia’ e ad una giustizia del ‘XXI secolo’, così come richiesto dal legislatore francese nel contesto di alcune, recenti riforme e in particolare:

- la *Loi du 18 novembre 2016 sur la modernisation de la Justice*;
- il *Décret du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile*;
- la *Loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*;
- la *Loi du 7 février 2022 relative à la protection des enfants*;
- il *Décret du 2 Octobre 2023 portant diverses dispositions en matière d’assistance éducative*.

La mediazione familiare consiste in un processo riservato condotto da una terza persona qualificata, il mediatore familiare appunto, che non propone soluzioni, essendo un ‘traghettatore di parole’, con l’obiettivo di ristabilire un dialogo e permettere alle persone di

trovare soluzioni stabili alla loro separazione e ai loro conflitti. Essa è al tempo stesso ripristino di legami e ricerca di accordi tra le persone. Il carattere imprescindibile della mediazione familiare si basa sull'esperienza delle diverse funzioni del magistrato giudicante e su una valutazione della situazione di fatto e del quadro giuridico.

2. Motivi per cui la mediazione familiare è imprescindibile per la giustizia del XXI secolo.

2.1. La valutazione sul campo e l'esperienza. – I ricorsi al *Juge des enfants* in assistenza educativa devono far riflettere sull'approccio al contenzioso familiare. Il 75% dei ricorsi al *Juge des enfants* proviene dalle procedure JAF e ciò dimostra che l'applicazione delle decisioni dei *Juges aux affaires familiales* non è sufficiente per proteggere i figli dalle conseguenze dei conflitti tra i loro genitori.

Il *Juge des enfants* è indotto a prendere delle misure coercitive per la tutela dei minori, come ad esempio il collocamento di un bambino oppure misure di assistenza educativa, e la sua funzione consiste nel convincere costantemente i genitori, ma anche i figli, della necessità di prendere tale decisione.

Il compito del *Juge des enfants* si concreta nel raccogliere l'adesione delle parti.

È possibile fare un parallelo con la mediazione familiare e l'atteggiamento del *Juges aux affaires familiales*. La mediazione familiare è un procedimento volontario e spetta al magistrato far accettare questo strumento alle parti che non sono, per forza, propense ad utilizzarlo.

La funzione del magistrato consiste nel far partecipare le parti, che sono in conflitto, a questo procedimento volontario.

L'esercizio delle funzioni di Presidente del *Tribunal correctionnel* e di Presidente della *Cour d'Assises*, nonché di quelle di *Juge d'application des peines*, dimostra che la gran maggioranza degli im-

putati, incriminati e condannati seguiti ha assistito, durante la propria infanzia, a fratture familiari e ha patito, il più delle volte, l'assenza di un genitore, il padre solitamente.

Certo, i figli che hanno vissuto tali situazioni non sono tutti diventati delinquenti: la resilienza è una realtà. Per vari motivi, ci sono numerosi bambini che non soffrono di questa evoluzione.

Eppure, non sarebbe necessario difendere la co-genitorialità e permettere ai figli l'accesso ad entrambi i genitori, durante una separazione pacifica?

L'esercizio delle funzioni di Presidente della *Cour d'Assises* può portare ad una riflessione sul ruolo del *Juré* (membro della giuria nel processo che si svolge davanti alla *Cour d'Assises*, N.d.T.) e sulla sua capacità di amministrare la giustizia.

Presiedere una *Cour d'Assises* significa credere nella capacità dei *Jurés* di amministrare la giustizia. Per fare questo, bisogna formarli, rispondere alle loro richieste ed essere convinti della loro attitudine a pronunciarsi sulla colpevolezza o innocenza di un imputato e a stabilirne la relativa sanzione.

La mediazione familiare si avvale dello stesso percorso per quanto riguarda il *Juges aux affaires familiales* (e, forse ancor più, l'avvocato).

Significa credere nella capacità delle persone, adeguatamente informate dei loro diritti, di dialogare, di riflettere sulla loro separazione e di prendere decisioni stabili, in particolare per quanto riguarda i loro figli, anziché lasciare che un avvocato proponga ed un giudice decida per loro.

L'esercizio delle funzioni del giudice civile pone spesso alcuni interrogativi e deve rinviare ad una riflessione obiettiva riguardo all'utilizzo di metodi alternativi di risoluzione delle controversie (più correttamente, *Modes Amiables de Règlement des Différends*, MARD, N.d.T.) e in particolare della mediazione familiare.

La giustizia del XXI secolo è ancora credibile quando, durante i procedimenti, l'avvocato passa ore a dettare pagine e pagine di conclusioni e il giudice passa molto tempo a redigere sentenze o ordi-

nanze, per poi constatare la disapprovazione del loro operato e la messa sotto tutela delle parti? E ciò quando, nella stragrande maggioranza dei casi, le parti, munite, la maggior parte del tempo, dei consigli giuridici dell'avvocato, potrebbero incontrarsi in presenza di un terzo mediatore attorno ad un tavolo per dialogare, responsabilizzarsi e cercare di trovare soluzioni.

La giustizia non sarebbe così più efficace, moderna e pacificatrice?

2.2. Il quadro legale della mediazione familiare. – Di fronte a tale situazione, il legislatore ha disciplinato la mediazione e in particolare la mediazione familiare.

2.2.1. I fondamenti della mediazione: la legge del 1995 e gli artt. 131-1 a 131-15 del Code de procédure civile (CPC). – Le condizioni per ricorrere alla mediazione giudiziale in tutte le materie sono principalmente le seguenti:

a) il giudice deve essere investito della controversia, in via cautelare o nel merito (art. 131-1 CPC);

b) all'udienza, le parti devono dare il loro consenso (necessità del consenso delle parti, salva l'ingiunzione all'incontro informativo con il mediatore) sul principio stesso della mediazione. La mediazione ha una natura mista, il che significa che è ingiunta dal giudice, ma richiede al tempo stesso di raccogliere l'accordo delle parti;

c) con la mediazione, il giudice non è spogliato né del processo in corso, né del suo potere decisionale. Infatti il potere del mediatore dipende unicamente dal giudice. È il giudice che lo designa (art. 131-1 CPC);

d) il mediatore può essere una persona fisica o un'associazione (art. 131-4 CPC). Il mediatore è designato e scelto dal giudice; ma è opportuno che le parti ne abbiano condiviso la scelta, a differenza

del perito, la cui scelta è lasciata al giudice (è ovviamente permesso alle parti e ai difensori di intervenire a proposito);

e) il giudice deve definire il contenuto della mediazione (art. 131-6 CPC) e fissare un termine per la mediazione stessa che non può superare i tre mesi, ma può essere prorogato una volta per la stessa durata, su richiesta del mediatore (art 131-3 CPC). Il termine è piuttosto breve. Il legislatore non ha voluto permettere un meccanismo di deviazione dal processo;

f) il giudice fissa l'importo delle spese (art. 131-6, 2° comma, CPC). Il giudice fissa un anticipo in relazione alla remunerazione del mediatore «a un livello il più vicino possibile all'importo previsto». Allo stesso modo, la decisione «indica la parte o le parti che provvederanno al pagamento della provvigione alla scadenza fissata; se sono indicate diverse parti, la decisione indica in che misura ciascuna parte dovrà provvedervi», ma le stesse parti possono decidere la ripartizione delle spese. In genere, gli onorari del mediatore sono divisi a metà tra le parti. L'attività del mediatore non è gratuita, ma, se le parti beneficiano dell'*aide juridictionnelle* (ovvero del patrocinio a spese dello Stato, N.d.T.), la spesa può essere inclusa in tale beneficio. Nella pratica, molti magistrati hanno instaurato sistemi più elastici rispetto al versamento dell'anticipo, che troppo spesso ritarda l'avvio della mediazione. È per tale ragione che, nella maggior parte delle giurisdizioni, il giudice dispone che l'anticipo verrà versato direttamente nelle mani del mediatore, applicando così le norme sulla *consultation* inserite negli artt. 256-262 CPC e in particolare l'art. 258 CPC, ai sensi del quale «[i]l giudice (...) designa la o le parti che saranno tenute a versare al consulente, come provvigione, un anticipo sulla sua remunerazione, di cui egli fissa l'ammontare» ⁽¹⁾;

⁽¹⁾ N.d.T.: nel diritto processuale civile francese, la *consultation* è un istituto che permette al giudice di richiedere ad un soggetto, il consulente appunto, un parere su una questione meramente tecnica, che non richiede approfondimenti complessi (art. 256 CPC).

g) in qualunque momento, se lo ritiene opportuno, il giudice può porre fine alla mediazione, anche d'ufficio (art. 131-10 CPC);

h) il giudice non è spogliato del suo potere giurisdizionale. Quando la causa ritorna dopo la mediazione, non si tratta di una semplice 'camera di registrazione'. Il mediatore non ha preso il posto del giudice;

i) il tempo 'sospeso' della mediazione. La *Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008* di riforma della prescrizione in materia civile ha inserito l'art. 2238 *Code civil* (CC) così redatto: «[l]a prescrizione è sospesa a partire dal giorno in cui, dopo il sorgere di una controversia, le parti decidono di ricorrere alla mediazione o alla conciliazione oppure, in mancanza di un accordo scritto, a partire dal giorno del primo incontro di mediazione o di conciliazione. Il termine della prescrizione ricomincia a decorrere, per un periodo non inferiore a sei mesi, a partire dalla data nella quale sia una delle parti o entrambe, sia il mediatore o il conciliatore comunicano che la mediazione o la conciliazione si è conclusa».

2.2.2. Le norme di legge specifiche in tema di mediazione familiare inserite nel codice civile. – Nel contesto della legge sull'autorità parentale del 4 marzo 2002 e della legge sul divorzio del 26 maggio 2004 sono state inserite alcune norme che riguardano tre 'livelli' di mediazione: la mediazione volontaria, la mediazione 'sollecitata' e la mediazione obbligatoria.

2.2.2.1. La mediazione familiare come procedimento volontario. – La mediazione familiare volontaria è stata inserita nel codice civile:

- da un lato, nell'ambito della riforma sull'autorità parentale, con la mediazione familiare genitoriale (art. 373-2-10 CC);
- dall'altro, nell'ambito della riforma sul divorzio, con la mediazione familiare coniugale (art. 255-1 e 2 CC).

La mediazione familiare si colloca, e questo è un fatto estremamente simbolico della volontà del legislatore, al primo posto tra le misure provvisorie che può adottare il *Juge aux affaires familiales*, all'udienza detta di 'conciliazione'. La prima domanda che il giudice deve evidentemente porsi, dopo aver ascoltato ciascuna delle parti e riunito i loro avvocati, è se vi sia la necessità di ordinare una mediazione familiare con il consenso delle parti, o di ingiungere alle parti di incontrare un mediatore familiare per una sessione informativa. Secondo le volontà del legislatore, la mediazione familiare può ora consentire di affrontare la globalità delle problematiche legate alla separazione, sia affettive che economiche, che sono spesso strettamente collegate.

I testi di legge inducono agli accordi in tutte le fasi della separazione, con o senza il ricorso alla mediazione familiare.

2.2.2.2. *La mediazione familiare sollecitata.* – Le norme di legge mirano anche a indurre le parti a ricorrere alla mediazione familiare.

Da un lato, attraverso l'informazione sulla mediazione familiare.

Nel quadro della legge sulla riforma del divorzio, sono stati rielaborati il progetto ed il contenuto del Capo sulla procedura in materia familiare nel codice di procedura civile (Libro III, Titolo I). In questo Titolo, ai sensi delle disposizioni generali dedicate alle controversie in materia familiare, è stato inserito l'art. 1071 CPC, che ribadisce la missione conciliativa del *Juge aux affaires familiales* e menziona i poteri del giudice per ingiungere e ordinare una mediazione familiare, e l'art. 1108 CPC relativo alla convocazione del coniuge convenuto da parte della cancelleria, che prevede che sia allegata un'informativa che esponga, in particolare, le disposizioni degli artt. 252-254 CPC, nonché il 1° e 2° comma dell'art. 255 CC.

D'altra parte, mediante l'ingiunzione alle parti di incontrare un mediatore familiare per una sessione informativa. Infatti, l'idea nuova, una delle innovazioni introdotte dalla legge sull'autorità parentale (art. 372-2-10, 3° comma, CPC) e da quella sul divorzio (art. 255,

2° comma, CC), che non esiste per la mediazione civile in generale, consiste nella possibilità, per il *Juge aux affaires familiales*, di ingiungere alle parti di incontrare un mediatore familiare che le informerà sull'oggetto e sullo svolgimento della mediazione. Questa informativa è data gratuitamente alle parti e può dare esiti interessanti, anche quando non è seguita da una mediazione familiare.

Inoltre, il *Décret n° 2010-1395 du 12 novembre 2010* relativo alla mediazione e all'attività giudiziale in materia familiare ha previsto, per i tribunali *de grande instance* (ovvero i tribunali di primo grado, N.d.T.) di Bordeaux ed Arras, designati a titolo sperimentale con *arrêté du 16 mai 2013*, una pratica di «doppia convocazione», che permette al *Juge aux affaires familiales* di ingiungere alle parti di incontrare un mediatore familiare anche prima dell'udienza. Questa sperimentazione si è conclusa il 31 dicembre 2014, ma molti tribunali hanno messo in atto questa modalità, che dà risultati incoraggianti.

2.2.2.3. *La mediazione come procedimento obbligatorio.* – L'art. 7 della menzionata *Loi du 18 novembre 2016 sur la modernisation de la Justice du XXIème siècle* (J21) prevede una modifica delle norme che regolano la procedura in materia familiare; istituisce, per le istanze modificative, un tentativo obbligatorio di mediazione familiare al momento della richiesta al *Juge aux affaires familiales*, sotto pena di inammissibilità, salvo nei tre casi previsti dalla legge (omologazione di un accordo, motivo legittimo, violenze intrafamiliari). Questa disposizione è attualmente sperimentata in 11 Tribunali *de grande instance* abilitati e designati con *arrêté du 16 mars 2017*: Bayonne, Bordeaux, Cherbourg en Cotentin, Evry, Nantes, Montpellier, Pontoise, Rennes, Saint-Denis e Tours.

La sperimentazione presuppone che, prima di qualsiasi ricorso al *Juge aux affaires familiales*, le parti debbano effettuare un tentativo di mediazione familiare se desiderano modificare:

- una decisione che stabilisce le modalità dell'esercizio dell'autorità genitoriale o il contributo al mantenimento e

all'educazione della prole (tale contributo deve essere limitato a quello fissato a beneficio dei figli minori, gli unici interessati all'esercizio dell'autorità genitoriale);

– le disposizioni contenute in un accordo omologato (gli accordi di divorzio o di separazione consensuale, nonché gli accordi precedentemente omologati dal *Juge aux affaires familiales* in applicazione dell'art. 373-2-7 CC).

A breve, questa sperimentazione dovrebbe essere estesa ad altre 84 giurisdizioni.

Quindi, alla luce di queste norme di legge, l'utilizzo della mediazione familiare si è evoluto: partendo dal carattere volontario della mediazione, il legislatore ha impiegato ogni mezzo per incitare le parti a farvi ricorso, sino a renderla obbligatoria per le istanze modificative in un certo numero di giurisdizioni sperimentali.

2.2.3. Altre norme legislative e regolamentari utilizzate per lo sviluppo della mediazione familiare. – La mediazione familiare è posta in essere sia da mediatori familiari liberi professionisti indipendenti, sia da mediatori familiari che lavorano presso servizi di mediazione, convenzionati o non convenzionati.

2.2.3.1. L'aide juridictionnelle e il costo della mediazione familiare. – Le altre misure di mediazione familiare ordinate sono a carico:

– delle parti, secondo il tariffario progressivo nazionale elaborato dalla *Caisse nationale des allocations familiales* (da 2 a 131 euro a persona e per incontro, secondo il reddito di ciascuna delle parti), per le mediazioni effettuate da associazioni convenzionate;

– delle parti, in base all'onorario dei mediatori familiari esercenti in libera professione e delle associazioni non convenzionate e del cui ammontare le parti devono essere informate prima del loro coinvolgimento nella mediazione familiare. La maggior parte delle giurisdizioni tassa la sessione con una somma di 65 euro a persona;

– dall'*aide juridictionnelle*, ai sensi dell'art. 18 del *Décret n° 2016-1876 du 27 décembre 2016*. Il costo della mediazione familiare non può essere un ostacolo al suo sviluppo.

2.2.3.2. *Omologazione degli accordi di mediazione familiare*. – Il *Juge aux affaires familiales* non intende mettere in discussione la possibilità, per i genitori, di raggiungere accordi su altre questioni al di fuori di quelle di competenza del giudice, poiché l'obiettivo della mediazione familiare è di contribuire, attraverso gli accordi genitoriali, all'equilibrio della vita familiare. Perciò, è certo che l'accordo concluso dai genitori sulle misure riguardanti direttamente l'esercizio dell'autorità parentale dipende talvolta da altre problematiche. Sembra tuttavia utile continuare ad omologare gli accordi allegandoli alla sentenza in modo che, alla lettura della sentenza stessa, la situazione possa essere colta nel suo insieme.

L'art. 373-2-7 CC (*Loi n° 2002-305 du mars 2002*) sottolinea: «i genitori possono adire il *Juge aux affaires familiales* al fine di far omologare l'accordo con il quale stabiliscono le modalità d'esercizio dell'autorità parentale ed il loro contributo al mantenimento e all'educazione della prole. Il giudice omologa l'accordo, salvo che accerti che l'interesse del minore non è adeguatamente tutelato o che il consenso dei genitori non è stato autonomamente prestato».

L'art. 1143 CPC aggiunge: «[q]uando i genitori richiedono l'omologazione dell'accordo ai sensi dell'articolo 373-2-7 del codice civile, il giudice è adito con richiesta congiunta. Non gli è consentito modificare i termini dell'accordo che gli viene presentato. Si pronuncia sul ricorso senza partecipare al contraddittorio, sempre che non ritenga opportuno ascoltare le parti. Se il ricorso è accolto, qualsiasi persona coinvolta può rivolgersi al giudice che ha emesso il provvedimento. Il provvedimento che nega l'omologazione dell'accordo può essere appellato. L'appello viene presentato con dichiarazione alla cancelleria della Corte d'Appello e viene giudicato secondo la procedura di volontaria giurisdizione».

In ogni accordo proposto all'omologazione del *Juge aux affaires familiales* secondo la procedura definita dall'art. 1143 o dagli artt. 1565 ss. CPC si fa menzione del fatto che il minore capace di discernimento è stato informato del suo diritto ad essere ascoltato e assistito da un avvocato e che, eventualmente, abbia rifiutato di avvalersi di questa facoltà.

L'art. 1137 CPC sottolinea: «[i]l giudice è adito secondo le forme previste per i procedimenti d'urgenza. Può anche essere adito con ricorso presentato o inviato alla cancelleria dalle parti o da una sola di esse. Il ricorso deve indicare il cognome, il nome e l'indirizzo delle parti o, eventualmente, l'ultimo indirizzo conosciuto del convenuto. Contiene l'oggetto della richiesta e una presentazione sintetica dei motivi. Il ricorso viene datato e firmato da chi lo presenta o dal suo avvocato».

L'art. 1072-1 CPC dispone: «[q]uando delibera sull'esercizio dell'autorità parentale oppure quando è adito ai fini di una omologazione secondo la procedura prevista dall'articolo 1143 o dagli articoli 1565 e seguenti, il *Juge aux affaires familiales* accerta se una procedura di supporto educativo è stata attuata nei confronti del minore o dei minori; può chiedere al *Juge des enfants* la copia degli atti del fascicolo in corso secondo le modalità stabilite dall'articolo 1187-1».

Quindi, su semplice richiesta e senza udienza, l'omologazione, da parte del *Juge aux affaires familiales*, degli accordi genitoriali conclusi in sede di mediazione familiare è notevolmente semplificata e incentivata da queste norme di legge.

3. Riflessioni sull'applicazione della mediazione familiare. – Per capire veramente l'importanza e la portata della mediazione familiare, è opportuno riflettere su determinati argomenti.

3.1. *La parabola dell'arancia.* – Anzitutto, ci si può riferire a una simpatica parabola per illustrare i benefici della mediazione familiare.

Esistono due versioni di questa parabola dell'arancia.

Nella prima versione, due persone si contendono un'arancia. Decidono allora di portare la loro controversia davanti a un tribunale. Alla maniera di Salomone, il giudice pensa di aver trovato la soluzione giusta proponendo loro di tagliare il frutto a metà. In realtà, le lascia insoddisfatte tutte e due. Ciò poiché, se avesse ascoltato i due protagonisti, come avrebbe fatto un mediatore, si sarebbe reso conto che uno voleva la polpa e l'altro il succo. Soddisfare entrambe le parti era dunque possibile.

Nella seconda versione, due sorelle di 5 e 9 anni vogliono ognuna preparare una torta all'arancia per il compleanno della madre. Ad entrambe serve dunque un'arancia intera, ma dispongono di un'arancia sola. Visto che entrambe le sorelle hanno bisogno di un'arancia, fanno ricorso ad un giudice. Ma poiché il giudice non può deliberare *ultra petita*, né sostituire proprie soluzioni alle richieste delle parti, egli sarà costretto, dopo aver sentito le ragioni di ogni sorella, a decidere a favore di una o dell'altra, mettendo così a repentaglio le relazioni tra le due sorelle. Il giudice può tuttavia cercare di conciliare le parti, o incaricare di questo compito un conciliatore, e la conciliazione sfocerà in un compromesso, in cui una sorella otterrà il succo e l'altra la polpa, con il rischio che le sorelle non siano pienamente soddisfatte e che la loro relazione diventi tesa.

Il giudice potrebbe proporre infine alle sorelle una mediazione e in tale contesto esse potrebbero pensare ad una 'pioggia' di soluzioni, come ad esempio comperare un'altra arancia e dividerne la spesa: una soluzione che accontenterebbe entrambe, permettendo soprattutto di festeggiare il compleanno della madre in condizioni molto piacevoli per tutti.

In questo modo, il dialogo tra le sorelle e una buona relazione tra loro sarebbero preservati.

3.2. Le nozioni di litigio e di conflitto. – In una controversia, discernere tra conflitto e litigio costituisce la chiave di volta dell'interesse, dell'utilità e dell'importanza della mediazione familiare nelle separazioni.

Il conflitto è l'opposizione di sentimenti, di opinioni e interessi tra almeno due persone o due gruppi di persone. Il conflitto corrisponde a tutto ciò che è intorno al litigio e al di sotto del litigio. Fa parte delle relazioni tra le persone. In materia familiare, è caratterizzato dai non detti, dalla sofferenza delle persone, dai silenzi, dalle menzogne, dalle ingiustizie, dai rancori, dalle ferite narcisistiche, dalle esperienze passate più o meno traumatizzanti. Il conflitto è costituito da tutto ciò che oppone le persone e che, spesso, viene nascosto.

In termini giuridici, il litigio rappresenta una contestazione che dà luogo a un processo e quindi al ricorso alla giurisdizione. È la problematica sottoposta al giudice, che deve pronunciarsi su questo litigio. In materia familiare, spetta al giudice stabilire, in particolare, i diritti e doveri di ciascun genitore verso i figli.

Bisogna sottolineare che la giustizia risolve i litigi fornendo risposte dall'esterno, senza tuttavia risolvere i conflitti dall'interno.

Infatti, una decisione giudiziaria offre una soluzione al litigio; ma, se fornisce un quadro giuridico, e ciò è importante ed essenziale in numerose situazioni, essa risolve di rado il conflitto. E il conflitto, se non viene trattato con il dialogo, rischia di inquinare l'applicazione della decisione, il che spiega:

- i numerosi ricorsi al giudice dell'esecuzione;
- le istanze modificative, in particolare dopo un divorzio consensuale;
- le denunce penali per non aver pagato gli alimenti e non aver rispettato il diritto di visita nei confronti del figlio.

Nel sistema giudiziario tradizionale, troppo sovente, tutti si occupano del litigio, il giudice trova una soluzione giuridica e tutti pensano che, dando questa risposta giuridica, il conflitto sarà risolto; è come se per costruire qualche cosa, il progettista cominciasse dalla

fine, senza aver pensato a regolare l'inizio. È come se un architetto, per costruire una casa, cominciasse a costruire il tetto senza pensare alle fondamenta. È come se un chirurgo cominciasse a operare senza aver fatto una diagnosi preoperatoria.

Se il *Juge aux affaires familiales* desidera che le sue decisioni siano durature, è necessario cominciare dall'inizio, cioè lavorare sul conflitto. E questa è tutta l'importanza della mediazione familiare nella giustizia familiare.

Il *Juge aux affaires familiales* non può ignorare il conflitto. Ma attenzione, il suo ruolo non consiste nell'eliminare il conflitto, il suo obiettivo è di far lavorare le persone in maniera tale che le decisioni siano meglio vissute e meglio applicate. Si tratta di riuscire a fare del conflitto qualcosa di positivo.

3.3. La co-genitorialità e l'interesse dei figli. – L'obiettivo costante del *Juge aux affaires familiales* è di far rispettare la co-genitorialità nel superiore interesse dei figli.

A questo proposito, è interessante citare le parole di figli che vivono un conflitto genitoriale:

- da un lato, di figli i cui genitori non lavorano sul conflitto;
- dall'altro, di figli che hanno la fortuna di avere genitori che hanno intrapreso un procedimento di mediazione familiare.

a) Karine, 11 anni, prima media: «[è] come una mini-guerra mondiale: da un lato, la Francia, mio padre, dall'altro, la Germania, mia madre, ho sempre visto i miei genitori così. Mia madre mi dice che sono la sua ragione di vita, che si suiciderebbe se dovessi andare a vivere con mio padre. Mio padre mi ascolta, mi parla, si prende cura di me. Mi piacerebbe vivere con lui».

b) Arthur, 9 anni: «[i] bambini non siamo noi, sono loro i bambini e noi siamo gli adulti. Litigano tutto il tempo come se avessero perso il peluche. Ma, io, non sono un peluche, sono un bambino».

Come eco, le testimonianze di due mediatrici familiari.

c) I genitori di Adeline, 7 anni, si sono visti per un secondo incontro di mediazione familiare e la madre ha detto alla mediatrice familiare: «Adeline ha fatto salti di gioia quando ha saputo che suo papà e io ci parlavamo di nuovo. Ha chiamato la mediazione familiare ‘il dottor miracolo’».

d) La riflessione di un'altra mediatrice familiare riguardo al piccolo Emmanuel: «[a]l momento sto accompagnando una coppia che si sta separando, con un piccolo Emmanuel di 2 anni e un papà molto legato, per il quale la separazione dal suo bambino è visceralmente molto difficile. Questi genitori sono commoventi per il rispetto che si dimostrano e la volontà di comportarsi bene malgrado le loro ferite. Ad inizio ottobre, hanno attuato la separazione e istituito per ora un calendario mensile per alternarsi nella custodia del figlio con tempi molto brevi, con l'intento di procedere dolcemente per tutti. Avevo accennato loro del libro 'Ho due case' e durante l'incontro di questa settimana mi hanno detto di averlo comperato entrambi e di leggere ogni sera la storia al piccolo Emmanuel, che va sempre a dare loro il libro al momento di andare a letto».

3.4. *L'alea giuridica*. – Si è soliti sottolineare che i giudici svolgono una funzione regolatrice sociale. In tal senso, l'atto di giudicare non dovrebbe affidarsi al gioco ai dadi o alla fortuna, che si basa sull'alea.

A metà del XVI secolo, François Rabelais citava, nel «*Tiers Livre*», il giudice Bridoye, che emetteva le sue sentenze tirandole a sorte e le giocava a dadi perché era convinto che la casualità fosse l'unica legge alla quale nessuno poteva sottrarsi. Certo, questa affermazione sarebbe sconvolgente se non fosse scherzosa. Ma di fronte alla realtà dei tribunali, l'alea giudiziaria, l'incertezza giuridica, il rischio giuridico e il caso giuridico costituiscono una realtà, in particolare nel campo familiare. L'atto del giudicare non si riduce a pronunciare la legge e la decisione del giudice, come sottolinea Jacques Derrida, non deve solo seguire una norma giuridica, ma anche

interpretarla e adattarla a ogni situazione che gli viene sottoposta, attraverso il conflitto ⁽²⁾.

In materia familiare, più che in altri contenziosi, la posta in gioco è molto alta, per via della fonte stessa del conflitto che deriva da dissensi nella sfera familiare e affettiva e coinvolge la sfera umana più di ogni altra cosa. Sulla base di questa constatazione, saremmo tentati di affermare che l'alea risulta ineluttabile in materia di contenzioso familiare, a meno di ignorare la dimensione affettiva, sentimentale, emozionale, intima e persino passionale e quindi irrazionale in cui il contenzioso attinge le sue radici. Le situazioni di rottura della coppia costituiscono la maggior parte del contenzioso familiare e questo tipo di procedure è un terreno di elezione per l'alea.

La mediazione familiare rappresenta evidentemente il miglior strumento di lotta contro l'alea giudiziaria, sia per l'avvocato che per il *Juge aux affaires familiales*, a prescindere dalle loro competenze.

3.5. Il mediatore familiare. – È necessario essere convinti che, per essere veramente efficace, una misura di mediazione familiare deve essere instaurata da veri professionisti.

Un conflitto genitoriale non può essere assimilato ad altri tipi di contenzioso.

La dimensione umana è fondamentale. Non si può affrontare allo stesso modo una controversia per danni materiali e la separazione di una coppia in cui, troppo spesso, la posta in gioco è il figlio.

Un diploma di Stato come mediatore familiare è stato istituito in seguito alla *Loi du 4 mars 2002* sull'autorità parentale (*Décret du 2 décembre 2013* e *arrêté du 12 février 2004* relativi all'istituzione del *Diplôme d'Etat de médiateur familial* – DEMF).

È accessibile dopo una formazione lunga oppure in seguito al riconoscimento delle competenze e dell'esperienza (*Validation des Acquis de l'Expérience* – VAE) per i professionisti già impegnati in

(2) J. DERRIDA, *Force de loi: Le «fondement mystique de l'autorité»*, Paris, 1994.

pratiche di mediazione che svolgono incarichi di ascolto, di mediazione e di ricostruzione di legami.

L'attuale formazione è regolamentata da una circolare del 15 ottobre 2012 che definisce una base comune impartita dai diversi Centri di formazione accreditati dallo Stato.

Il diploma di Stato come mediatore familiare è un diploma di specializzazione professionale articolato su 595 ore (490 ore di formazione teorica e 105 ore di formazione pratica) rilasciato dal *Ministère des affaires sociales*.

L'obiettivo principale del diploma di Stato è quello di fornire tutte le garanzie in merito alle competenze e alla deontologia del mediatore familiare.

Tuttavia, questo diploma non è tutelato in quanto non è stato istituito alcun Ordine dei mediatori familiari.

Due organismi principali, la *Association pour la Médiation Familiale* (APMF) e la *Fédération Nationale de la Médiation et des Espaces Familiaux* (FENAMEF) si affiancano per difendere la professione del mediatore familiare. Entrambi gli organismi dispongono di un sito d'informazioni molto interessante ed esauriente ⁽³⁾.

Una circolare del Guardasigilli, Ministro della giustizia, dell'8 febbraio 2018 riguardante l'applicazione di un decreto ministeriale del 9 ottobre 2017 ha stabilito una lista di mediatori presso ogni corte d'appello. Ne risulta che il diploma di Stato di mediatore familiare non costituisce un prerequisito per la pratica della mediazione familiare. La circolare sottolinea che «esistono diverse formazioni per la mediazione, alcune delle quali vengono sancite con un diploma di cui i candidati possono avvalersi, ma non c'è motivo, allo stato attuale della regolamentazione, di prediligere un tipo di formazione a un altro».

⁽³⁾ Si consultino rispettivamente i seguenti siti internet <www.helloasso.com/associations/apmf-association-pour-la-mediation-familiale> e <<http://www.fenaméf.asso.fr/>>.

La suddetta circolare stabilisce quindi il principio secondo cui l'attività del mediatore familiare non è legata al possesso del diploma di Stato di mediatore familiare.

3.6. *L'evoluzione dell'ufficio del Juge aux affaires familiales*. – Il rapporto dell'*Institut des Hautes Etudes sur la Justice* (IHEJ), consegnato a maggio 2013 e ancora attuale, riguarda l'evoluzione dell'ufficio del giudice e in particolare del *Juge aux affaires familiales* e del suo perimetro di osservazione. Viene evidenziato che: «[i] giudici devono inventarsi una nuova autorità che si traduce in una specie di proposta rivolta alle parti. È una nuova dimensione che i giudici devono costruire. Il giudice deve essere al centro della città, ma di una città più aperta e più attiva e deve essere circondato da cittadini più responsabili che si sono fatti carico dei loro conflitti, più di quanto lo facciano oggi. Il giudice del XXI secolo è strettamente connesso con una società francese che deve essere più in sinergia con la propria giustizia».

Il lavoro sul conflitto comporta uno stravolgimento dell'ufficio del giudice, poiché la sua risposta alle richieste delle famiglie non può più limitarsi alla pronuncia della regola di diritto. Il ruolo di ciascun soggetto nella sfera familiare deve essere rispettato. Per definizione, il *Juge aux affaires familiales* si occupa di famiglie in cui esiste una confusione di posizioni e di ruoli:

- il bambino è costretto a dare la sua opinione come se dovesse prendere una decisione;
- i genitori sventolano la propria sofferenza, dimenticando che devono proteggere i figli dalla loro sofferenza.

Di fronte a questa confusione di posizioni e di ruoli dei genitori, è importante che il *Juge aux affaires familiales* rimanga al di fuori di tale confusione.

In effetti, il giudice non è né un terapeuta, né un assistente sociale, né un mediatore familiare, né uno psicologo. Il giudice è quello che stabilisce il diritto e nient'altro. Ma, allo stesso tempo, si deve

sottolineare che prima di stabilire il diritto, egli ascolta e sente ed è in questa occasione che emerge la vera posta in gioco della procedura, cioè il conflitto che inquinava l'insieme delle relazioni all'interno della famiglia e provoca la sofferenza dei bambini, nonché quella degli adulti.

Considerata la necessità di far evolvere l'ufficio del *Juge aux affaires familiales*, la mediazione familiare rappresenta lo strumento più appropriato per aiutare l'avvocato e il giudice, ma soprattutto per aiutare le persone a non considerarsi più sotto la protezione di attori giudiziari.

4. *Conclusioni.* – Bisogna riconoscere che utilizzare la mediazione familiare rappresenta una contro-cultura giudiziaria. Essa richiede all'avvocato e al *Juge aux affaires familiales* di lavorare diversamente e di assegnare il primo posto alle persone.

Le persone non sono più antagonisti, rivali, nemici, ma soci, compagni di squadra, complici.

Sono le persone che si trovano in '*pole position*', ciò che richiede agli attori giudiziari di mettersi un po' in disparte, di mollare la presa, di responsabilizzare le parti e di non proporre e decidere al posto loro.

La mediazione richiede di lavorare e di riflettere diversamente, in particolare per quanto riguarda gli attori giudiziari, tra cui i mediatori familiari. Essa impone di lavorare, in compartecipazione, all'attuazione di una politica giuridica familiare in un ambito giudiziario, con l'obiettivo fondamentale che le coppie che si separano prendano in mano la loro separazione.

Questa politica deve riuscire a fare in modo che la mediazione familiare sia utilizzata il più possibile a monte delle controversie giuridiche, come prevenzione, e che il *Juge aux affaires familiales* abbia solo da omologare gli accordi tra genitori e pronunciarsi sui casi particolarmente conflittuali, il che decongestionerebbe notevolmente gli uffici giudiziari.

Quindi, la mediazione familiare è in grado di dare risultati interessanti sia dal punto di vista quantitativo che da quello qualitativo.

Essa rappresenta un approccio moderno ed efficace alla giustizia, nel rispetto della volontà del legislatore.

Abstract

Nel restituire la relazione al Convegno dedicato a «Il futuro della mediazione familiare. L'obbligatorietà in Francia e la riforma Cartabia in Italia», tenutosi presso l'Università di Torino il 19 gennaio 2024, il contributo analizza l'importanza e l'impiego della mediazione familiare in Francia come parte della giustizia del XXI secolo. Vengono illustrati i fondamenti normativi della mediazione, il suo carattere volontario e, in alcuni casi, sollecitato dal giudice oppure obbligatorio. L'a. evidenzia il ruolo del *Juge aux Affaires Familiales* e l'efficacia della mediazione nel risolvere i conflitti familiari, riducendo il contenzioso e promuovendo il benessere dei figli. L'adozione della mediazione viene proposta come un passo fondamentale per un sistema giudiziario più umano, orientato alla responsabilizzazione delle parti e alla promozione della co-genitorialità.

Drawing on the speech delivered at the Conference 'The Future of Family Mediation. The Mandatory Mediation in France and in Italy after the Cartabia reform of Civil Justice', held at the University of Turin on 19 January 2024, the paper analyses the importance and use of family mediation in France as part of 21st-century justice. It outlines the regulatory foundations of mediation, its voluntary nature, and, in some cases, its encouragement by the judge or obligatory implementation. The Author highlights the role of the Juge aux Affaires Familiales and the effectiveness of mediation in resolving family conflicts, reducing litigation, and promoting the well-being of children. The adoption of mediation is proposed as a fundamental step

toward a more humane judicial system, focused on empowering the parties and promoting co-parenting.

IL PRESENTE E IL FUTURO DELLA MEDIAZIONE FAMILIARE IN ITALIA (*)

*Filippo Danovi (**)*

SOMMARIO: 1. L'idea: la mediazione familiare nel prisma della giustizia consensuale. – 2. L'ambito: il ventaglio delle controversie familiari. – 3. Le norme: gli interventi della riforma Cartabia. – 4. Il risultato: mediazione familiare e accordo. – 5. Il limite: mediazione familiare e violenze. – 6. La struttura: mediazione familiare e organizzazione. – 7. Il futuro: criticità e aspetti problematici. – 8. Conclusioni.

1. L'idea: la mediazione familiare nel prisma della giustizia consensuale. – La scelta di mettere a confronto sul tema della mediazione familiare due ordinamenti giuridici (e con essi due mondi) quali l'Italia e la Francia, tra loro contigui dal punto di vista geografico, storico, culturale (e altresì, non nascondiamolo, giuridico) si pone come una stimolante occasione di indagine e confronto.

Invero, nonostante la sempre maggiore attenzione ormai riconosciuta al tema della mediazione familiare anche all'interno del nostro ordinamento, la materia risulta ancora tutt'altro che stabilizzata e l'esperienza di sistemi diversi probabilmente più evoluti – e tra

Giustizia consensuale Fasc. 2/2024, 659-679. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) Il testo restituisce la relazione al Convegno dedicato a «Il futuro della mediazione familiare. L'obbligatorietà in Francia e la riforma Cartabia in Italia», tenutosi presso l'Università di Torino il 19 gennaio 2024, nel quadro del Progetto di Rilevante Interesse Nazionale (PRIN PNRR) «*The Procedural Profiles of the Protection of Families According to the Well-Being of the Minor*».

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

questi in particolare di quello francese – non può che risultare, come si vedrà meglio *infra*, un incoraggiamento e uno sprone per una serie di considerazioni diacroniche, che spazino dal presente e dal piano dello *ius conditum* alla più seducente dimensione dell'avvenire.

La premessa da cui partire è che all'interno del nostro territorio si è ormai diffuso per la giustizia civile un vero e proprio cambiamento di paradigma ⁽¹⁾, attraverso un riconoscimento sempre più saldo di quelle forme di risoluzione delle controversie che vengono fatte rientrare nell'alveo della locuzione 'giustizia consensuale', tra le quali vi è certamente – ma non solo – la mediazione familiare. Si tratta di una nuova idea di giustizia, volta non già a sostituire l'archetipo tradizionale avversariale e contenzioso (poiché profondamente diverse sono le strutture impiegate, e in ultima analisi neppure la funzione è interamente sovrapponibile), bensì a integrarlo con altri e differenti metodi di risoluzione delle controversie ⁽²⁾.

Rispetto alle caratteristiche rigide del processo ordinario, le forme di giustizia consensuale si presentano come duttili e flessibili, adatte a soddisfare i bisogni e le esigenze delle parti, interdisciplinari nella ricerca di altri saperi, interiorizzanti e inclusive nella portata. Nel metodo, indirizzano la loro attenzione non già alla tradizionale regola avversariale, propria della giustizia amministrata nelle aule giudiziarie, ma a una diversa (e più 'pacifica') declinazione del contraddittorio, inteso nella sua più pura essenza di dialogo e

⁽¹⁾ Un'attenta analisi dell'impiego di tali strumenti è fornita dal *Decimo rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia*, ISDACI, Milano, 2018; v. altresì *Report annuale servizio di conciliazione 2023 (riferito ai dati statistici del 2023)*, in cui si rileva un incremento pari all'11% delle domande depositate rispetto al precedente anno.

⁽²⁾ Secondo una delle massime autrici e studiose di questo fenomeno in Italia, S. DALLA BONTÀ, *Giustizia consensuale*, in questa *Rivista*, 2021, 3 ss., il sintagma «giustizia consensuale» tende a descrivere una giustizia pluralista di portata inclusiva, evocativa di un fenomeno poliedrico, e per queste ragioni fatalmente interdisciplinare.

scambio, confronto e verifica, nell'ottica di costruire, e nelle ipotesi di crisi ricostituire, un nuovo tessuto relazionale. In questo senso non si ha dunque un unico modello di giustizia, unitaria e univoca, bensì un insieme di metodi diversi, una polifonia di voci, una serie di sollecitazioni verso l'altro, un vero e proprio prisma di modelli – il ripetuto uso di un termine collettivo che raccolga un fenomeno pluralistico è voluto, poiché gli strumenti sono differenti, ma il fine della giustizia in ultima analisi è un orizzonte unitario, anche se diversamente declinabile – realizzabili in diverse sedi, anche extraprocessuali e addirittura non giurisdizionali ⁽³⁾.

Ripercorrendo, seppur brevemente, le note tappe che hanno portato all'introduzione di una disciplina organica della mediazione nell'ordinamento giuridico italiano – disciplina che oggi risulta particolarmente apprezzata in ambito europeo – non può che essere *in primis* richiamato il d.lgs. n. 28 del 2010 ⁽⁴⁾, che ha rappresentato un fondamentale pilastro dal punto di vista normativo, introducendo per la prima volta quello che si potrebbe anche definire un vero e proprio Testo Unico in materia di mediazione civile e commerciale ⁽⁵⁾.

⁽³⁾ Ricorrente è l'espressione inglese di *justice in many rooms*.

⁽⁴⁾ Antecedentemente a tale decreto il primo riconoscimento legislativo della mediazione familiare viene comunemente individuato nell'introduzione, ad opera della l. n. 54 del 2006 in materia di separazione dei genitori ed affidato condiviso, dell'art. 155 *sexies* c.c. (poi divenuto l'art. 337 *octies*, oggi abrogato); alcuni cenni in tema di mediazione familiare sono contenuti anche nella l. 28 agosto 1997, n. 285, contenente «Disposizioni per la promozione di diritti e di opportunità per l'infanzia e l'adolescenza», nonché nella l. 4 aprile 2001, n. 154, recante «Misura contro la violenza nelle relazioni familiari».

⁽⁵⁾ Anche se, per onore di verità, va precisato che la disciplina della mediazione in generale risulta ancora oggi frastagliata e disseminata in fonti diversificate, tanto che la legge delega n. 206 del 2021 aveva previsto: «eccezion fatta per l'arbitrato», di «armonizzare, all'esito del monitoraggio che dovrà essere effettuato sull'area di applicazione della mediazione obbligatoria, la normativa in materia di procedure stragiudiziali di risoluzione delle controversie previste dalla legge e, allo scopo, raccogliere tutte le discipline in un testo unico degli strumenti complementari alla giurisdizione (TUSC), anche con opportuna valorizzazione delle singole compe-

Ad esso ha fatto seguito il d.l. n. 132 del 2014, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 162 del 2014, che ha codificato l'istituto della negoziazione assistita, sottolineando l'importanza delle forme di negoziazione gestite interamente da avvocati e attribuendo a tale attività specifici effetti, non dissimili da quelli ottenibili tramite il ricorso all'autorità giudiziaria.

Infine, l'ultima grande riforma della giustizia civile, articolata in due tappe, con la l. n. 206 del 2021 e con il d.lgs. n. 149 del 2022, ha ulteriormente contribuito a valorizzare, nel loro insieme, gli strumenti di giustizia complementare. La l. delega ha in particolare indirizzato (art. 1, 4° e 15° comma, l. n. 206 del 2021) il legislatore delegato ad apportare una serie di modifiche estremamente rilevanti in materia di mediazione, di negoziazione assistita e di arbitrato, nel comune denominatore di rafforzare le forme di giustizia complementare e garantirne così una più ampia diffusione nella collettività.

Anche la mediazione familiare si colloca nel prisma delle forme di giustizia consensuale, dalle quali si distingue, tuttavia, per una più elevata complessità, legata all'ambito di operatività, da un lato, e all'utilizzo di conoscenze, saperi e tecniche anche non giuridici, dall'altro.

2. *L'ambito: il prisma delle controversie familiari.* – In questa prospettiva, una seconda premessa si rende invero necessaria, prima di passare a un esame della materia nel merito, ed è legata all'ambito delle controversie sulle quali la mediazione familiare intende intervenire.

Invero, il fenomeno (non è nemmeno sicuro che possa discorrersi in proposito di istituto in senso stretto) della mediazione familiare vede il suo terreno d'elezione, come si evince dall'aggettivo che lo qualifica, proprio nell'ambito delle controversie di famiglia. Si

tenze in ragione delle materie nelle quali dette procedure possono intervenire» (art. 1, 4° comma, lett. b)).

tratta di un terreno particolarmente fecondo per la giustizia consensuale, nel quale, per una serie di concorrenti motivi, la stessa può operare con maggior vigore rispetto a quanto avviene negli altri ambiti.

Il primo di questi motivi è da rinvenirsi, a parere di chi scrive, nel fatto che quando le controversie familiari si svolgono di fronte al giudice, e dunque nella sede istituzionale del processo, quest'ultimo è caratterizzato non solo da un proprio scopo (*habent sua sidera lites*), ma anche da precisi e rigorosi confini, posto che il *thema decidendum* appare rigidamente cristallizzato entro una cornice di specifiche situazioni giuridiche, diritti soggettivi, rapporti giuridici e *status* ⁽⁶⁾.

⁽⁶⁾ Tali sono, secondo la tradizionale sistematica, le categorie che la tutela giurisdizionale tende a salvaguardare (e che vengono a costituire il possibile oggetto della domanda, del processo e della decisione). Cfr. al riguardo, per tutti, E.F. RICCI, voce *Accertamento giudiziale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. I, Torino, 1987, 20, secondo il quale «Per quanto concerne le situazioni accertabili» «vige nel nostro sistema il generale principio della accertabilità dei diritti soggettivi. Questa regola, già preesistente alla entrata in vigore della Costituzione, ha assunto con la Costituzione stessa il ruolo di garanzia fondamentale non derogabile neppure dalla legge (art. 24, 1° comma, Cost.). Ciò significa che un mezzo per l'accertamento è in ogni caso presente; e nell'ipotesi di mancanza di un procedimento *ad hoc* è disponibile l'ordinario processo di cognizione come canone di chiusura». Accanto a tali categorie figurano poi situazioni *extra ordinem*, nelle quali l'accertamento giudiziale ha ad oggetto non già diritti, rapporti o *status*, bensì meri fatti giuridici (come la querela di falso e il giudizio di verifica della scrittura privata), o ancora ipotesi di accertamento di situazioni giuridiche preliminari, come la nullità di un contratto. Sul punto v. ancora E.F. RICCI, *op. cit.*, *ibidem*, per il quale «Ci pare che la configurazione dell'accertamento come tutela generale possa essere accolta solo con riferimento ai diritti soggettivi, e che l'accertamento delle situazioni non configurabili come diritti debba essere limitato ai casi tipici previsti dal legislatore. Prima di giungere a questa conclusione, abbiamo non poco esitato. Le classiche pagine chiovendiane sulla tutela di accertamento come tutela generale potrebbero infatti (se intese in tutte le loro possibili implicazioni) avvalorare l'idea di una attitudine all'accertamento come predicato di qualsiasi situazione giuridica». «Ma in realtà l'intera esposizione chiovendiana è centrata sull'accertamento dei rapporti tra soggetti, e quindi dell'esistenza o inesistenza dei diritti: tanto che l'estensione

Al contrario, le forme di giustizia consensuale appaiono maggiormente idonee alla risoluzione delle controversie familiari, nella misura in cui all'interno di queste ultime vengono in essere una serie di ulteriori situazioni ed esperienze, non necessariamente catalogabili tra le tradizionali situazioni giuridiche soggettive. Le controversie familiari involgono invero vissuti, stati d'animo, proiezioni personali, investimenti relazionali, e con essi i relativi dubbi, questioni e contrasti, che, sovente, non possono nemmeno essere definiti come giuridici in senso stretto ⁽⁷⁾.

La giustizia consensuale riesce dunque meglio a rispondere alle esigenze, ai bisogni e agli interessi delle parti sottesi al conflitto e allo stesso fortemente compenetrati, che il processo non è invece in grado di soddisfare.

In questa prospettiva, l'utilità della mediazione familiare è stata riconosciuta anche dalla giurisprudenza di legittimità, la quale ha avuto modo di affermare che un percorso di mediazione consente di meglio tutelare il reciproco diritto di ciascun genitore e di ciascun figlio di essere costantemente presenti nelle rispettive vite ⁽⁸⁾.

Il secondo motivo da tenere in considerazione è da rinvenirsi nel metodo utilizzato. Invero, la giustizia tradizionale interviene con un provvedimento formale dotato di una sua *auctoritas*, e tale decisione è necessariamente invasiva e rappresenta un'ulteriore cesura nella vita e nella relazione tra le parti. Non è un caso che l'etimo latino di *decidere* sia lo stesso di 'tagliare' o 'mozzare', perché tra due

del discorso oltre tale ambito è forse ingiustificata; ed alla prudenza induce il rilievo che anche nel sistema tedesco, in sede di commento al ricordato § 256 ZPO, si manifesta anche un orientamento restrittivo».

⁽⁷⁾ Nel conflitto familiare la prospettiva è ancor più complessa, in quanto si intrecciano tra loro la dimensione relazionale e la dimensione economica; in proposito si legge in Cass., sez. un., 19 luglio 2021, n. 21761 e in Cass., sez. II, ord., 2 settembre 2022, n. 25925 che l'accordo di separazione e divorzio è il risultato di una «negoziiazione globale» di tutti i rapporti tra i coniugi.

⁽⁸⁾ Cass., sez. I, ord., 10 dicembre 2018, n. 31902.

opposte versioni la sentenza ne sceglie una, così rafforzando lo strappo tra le parti.

La giustizia consensuale, invece, opera in modo esattamente opposto, in quanto tende a ricucire quelli che sono i fili strappati della relazione e a riaprire canali di dialogo, riannodando il tessuto interrelazionale tra le parti. Proprio per questo la stessa si presenta come maggiormente idonea a operare in un ambito, quale quello delle controversie familiari, in cui le parti, spesso e volentieri, ancorché abbiano deciso di dividere il loro percorso di vita, rimangono comunque necessariamente legate fra loro. Si pensi ad esempio a tutte le ipotesi di crisi familiare, in cui la presenza di figli rende necessari il mantenimento o addirittura la vera e propria creazione di un progetto comune relativamente alla crescita e alla costruzione dell'identità personale dei figli stessi.

Infine, un terzo aspetto da sottolineare è quello del valore degli accordi che possono essere raggiunti. Mentre invero nell'ambito della tradizionale giustizia avversariale le sentenze e gli ulteriori provvedimenti, essendo generalmente soggetti alla clausola *rebus sic stantibus*, possono essere sempre modificati nelle ipotesi di eventuali sopravvenienze, nel caso in cui le parti trovino un'intesa su determinati temi specifici il valore negoziale dell'accordo raggiunto impedisce una sua successiva rimessa in discussione.

Un dato eclatante in questo senso è rappresentato dalla particolare forma di corresponsione dell'assegno divorzile *una tantum* prevista dall'art. 5, 8° comma, l. div. ⁽⁹⁾, la quale, una volta scelta, in forza del solo accordo tra le parti ⁽¹⁰⁾, non può più dare luogo a future rivendicazioni di sorta, se non nell'ambito di situazioni assolutamente eccezionali di richieste di tipo alimentare.

⁽⁹⁾ L. 1° dicembre 1980, n. 898.

⁽¹⁰⁾ Oggi, all'esito della riforma Cartabia, anche nell'ambito della negoziazione assistita.

3. *Le norme: gli interventi della riforma Cartabia.* – Una volta fatte tali doverose premesse, si procede ora ad esaminare, nel merito, come l'ultima riforma sia intervenuta sul tema della mediazione familiare.

È innanzitutto necessario precisare che la riforma Cartabia, nell'introdurre una serie di nuove norme, non ha saputo – e forse non avrebbe nemmeno potuto – introdurre una definizione che funga da cornice formale per la definizione (e descrizione) della mediazione familiare. Non è invero agevole individuare al riguardo una nozione unitaria, troppe essendo, per i motivi già anticipati, le relative variabili. Se si volesse cercare di definire la mediazione familiare si potrebbe affermare che questa è un vero e proprio percorso tendente alla riorganizzazione delle relazioni familiari in funzione (preventiva, contemporanea o successiva) di un contesto di crisi (*lato sensu* separativo), al termine di una relazione nell'ambito della quale sono stati generati dei figli ⁽¹¹⁾.

La mediazione familiare è un fenomeno che si differenzia in modo sensibile e significativo dalla mediazione civile e commerciale; in primo luogo perché riguarda un ambito di applicazione specifico, quale è appunto quello delle controversie familiari. Queste ultime, invero, pur appartenendo *lato sensu* all'area del diritto civile, presentano una serie di caratteristiche del tutto *sui generis*, posto che investono una serie di aspetti meta-individuali e finanche pubblici-

⁽¹¹⁾ Per tale definizione ho tratto ispirazione da quella contenuta nello Statuto della Società Italiana di Mediazione Familiare (S.I.Me.F.), in conformità con quanto espresso nella *Charte européenne pour la formation à la médiation familiale* del 1992, la quale fissa i criteri principali del profilo professionale, della formazione e della deontologia del mediatore familiare in campo europeo. «La mediazione familiare è un percorso per la riorganizzazione delle relazioni familiari in vista o in seguito alla separazione o al divorzio: in un contesto strutturato, il mediatore, come terzo neutrale e con una formazione specifica, sollecitato dalle parti, nella garanzia del segreto professionale in autonomia dall'ambito giudiziario, si adopera affinché i genitori elaborino in prima persona un programma di separazione soddisfacente per sé e per i figli in cui possano esercitare la comune responsabilità genitoriale».

stici, andando altresì a toccare diritti e ulteriori situazioni giuridiche soggettive connotate dall'indisponibilità.

In secondo luogo, questi due istituti si differenziano profondamente da un punto di vista strutturale: a differenza della mediazione civile e commerciale tipica, la mediazione familiare non è tanto un istituto dai confini precisi, quanto piuttosto un vero e proprio percorso, connotato anche da approfondimenti e riflessioni di natura psicologica e relazionale, i quali presuppongono dunque una serie di specifiche competenze, non solo propriamente giuridiche ma anche relative ad altri settori delle scienze umane. Non a caso la mediazione familiare è stata anche definita come «scienza trasversale» ⁽¹²⁾ e percorso extraprocessuale (anche qualificabile come negozio extraprocessuale di tipo conciliativo) ⁽¹³⁾ di gestione del conflitto all'interno della famiglia.

Il legislatore della riforma ha dunque inteso valorizzare, attraverso una serie di linee direzionali, anche la mediazione familiare, prima richiamata nel nostro ordinamento giuridico solo in maniera generica e senza uno specifico costrutto normativo.

In questa prospettiva, si è innanzitutto cercato di delineare un possibile rapporto tra la mediazione familiare e i processi della crisi familiare con l'introduzione, all'interno delle norme sul nuovo procedimento unitario in materia di persone, minorenni e famiglie di cui agli artt. 473 *bis* ss. c.p.c., di un nuovo art. 473 *bis*.10 c.p.c., rubricato «Mediazione familiare».

L'intento è stato quello di valorizzare nel senso più ampio possibile l'esperienza della mediazione nella dimensione della crisi della

⁽¹²⁾ Tale definizione deriva proprio in virtù delle diverse discipline che confluiscono nella mediazione familiare: il diritto, la sociologia, l'economia, l'antropologia, la storia, la filosofia, la religione, la pedagogia e la psicologia. Così, L. PARKINSON, *La mediazione familiare. Modelli e strategie operative*, Trento, 2009, 85.

⁽¹³⁾ Così M. ROMANO, Sub art. 155 *sexies* c.c., in S. PATTI, L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Provvedimenti riguardo ai figli. Art. 155-155 *sexies**, in *Commentario del Codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 2010, 378 ss.

famiglia, prevedendo quella che chi scrive è solito chiamare 'la porta d'ingresso della mediazione', poiché, pur rimanendo necessariamente una cesura e un'alternatività tra il mondo processuale strettamente considerato e il mondo della mediazione, è comunque possibile rinvenire una sorta di momento iniziale (in questo senso, dunque, un ingresso) nel quale collocare la decisione di intraprendere un percorso di mediazione.

Più nello specifico, la norma in esame prevede che «Il giudice può, in ogni momento, informare le parti della possibilità di avvalersi della mediazione familiare e invitarle a rivolgersi a un mediatore, da loro scelto tra le persone iscritte nell'elenco formato a norma delle disposizioni di attuazione del presente codice, per ricevere informazioni circa le finalità, i contenuti e le modalità del percorso e per valutare se intraprenderlo».

La disposizione introduce una sorta di generale richiamo alle parti che il giudice può indirizzare loro in qualsiasi momento, al fine di indurle ad assumere informazioni ed eventualmente anche intraprendere, se lo ritengono, un percorso di mediazione familiare. Non si tratta ovviamente di un vero e proprio ordine, suscettibile di coercizione o sanzione, poiché questo confliggerebbe insanabilmente sia con l'impossibilità di comprimere il diritto di azione di cui all'art. 24 Cost., sia con lo spirito stesso della mediazione.

Questa facoltà del giudice di informativa, per la verità, rimane libera nelle forme e nei contenuti, potendo quindi essere esercitata con modalità diverse. Il giudice potrebbe fornire alle parti anche soltanto alcune informazioni generali e generiche, brevemente descrittive dell'istituto della mediazione familiare, della sua funzione e delle sue modalità, ovvero piuttosto scegliere di indirizzarle in maniera più specifica a consultare l'elenco degli organismi di mediazione e a rivolgersi a uno dei mediatori inseriti nell'elenco presso qualsiasi tribunale. Ancora, il giudice potrebbe sensibilizzare le parti a rivolgersi ai servizi socioassistenziali del territorio o agli sportelli informativi di mediazione – che spesso sono costituiti presso i

tribunali – o ad altri servizi di mediazione sempre costituiti presso il tribunale.

L'articolo in esame traspone poi quello che era il vecchio contenuto dell'art. 337 *octies*, 2° comma, c.c., precisando che, quando il giudice verifica che le parti, a seguito della sua informativa, manifestano la volontà di intraprendere un percorso di mediazione familiare, può anche rinviare l'adozione dei provvedimenti immediati e urgenti per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino la mediazione al fine di raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli. Si tratta di un aspetto decisamente importante, poiché conferma, seppur indirettamente, l'incompatibilità tra la simultanea coesistenza della mediazione familiare e del processo e dunque una non possibile sovrapposizione integrale in parallelo dei due rispettivi metodi. La mediazione ha invero bisogno di un tessuto quanto più possibile armonioso (*rectius*, quanto meno possibile di tensione e contrasto) e l'emanazione di provvedimenti rischia invece di enfatizzare e cristallizzare le distanze tra le parti.

La previsione generale contenuta nell'art. 473 *bis*.10 c.p.c. è stata poi dal legislatore della riforma Cartabia ancora più rafforzata e formalizzata nell'art. 473 *bis*.14, 4° comma, c.p.c., in forza del quale il presidente del tribunale, con il decreto iniziale con il quale fissa l'udienza, oltre a designare il relatore e ad assegnare i termini per lo svolgimento delle varie attività relative alla fase introduttiva, informando le parti dell'obbligatorietà della difesa tecnica e della possibilità, qualora ne sussistano i presupposti, di presentare istanza di ammissione al patrocinio a spese dello Stato, informa le stesse anche della possibilità di avvalersi della mediazione familiare.

In quest'ottica, dunque, la semplice facoltà di informativa che il giudice detiene in ogni momento del processo si rafforza fino a divenire, *in limine litis*, un adempimento necessario e dunque un vero e proprio imperativo, atto a sottolineare l'utilità generale dello strumento della mediazione familiare nelle controversie dei genitori, soprattutto al fine di evitare le ulteriori – e più dannose – conse-

guenze che potrebbero derivare, anche solo in via indiretta, dal mantenimento di uno scenario giudiziario.

Tuttavia, pare a chi scrive doveroso precisare che nel nostro sistema non è ancora possibile parlare di una vera e propria mediazione familiare demandata da parte del giudice ⁽¹⁴⁾, in quanto il giudice non invia direttamente le parti in mediazione ⁽¹⁵⁾, né tantomeno per le ragioni già indicate relative alla libertà del diritto di azione potrebbe prescrivere direttamente tale percorso (come invece avviene per la ‘ordinaria’ mediazione civile e commerciale) quale condizione di procedibilità della domanda.

Nonostante ciò, pur non essendovi un raccordo diretto tra mediazione familiare e processo – che, si tenga a mente, non potrebbe comunque esservi posto che la prima tocchi l’area dei diritti indisponibili e l’intesa raggiunta dovrebbe comunque passare attraverso una formalizzazione giudiziale – il fatto che il giudice recepisca la volontà delle parti di intraprendere e proseguire con impegno un percorso di mediazione familiare non resta in ogni caso privo di conseguenze sul processo, potendo tale circostanza costituire un motivo di rinvio dell’udienza o, addirittura, di vera e propria sospensione del procedimento.

4. Il risultato: mediazione familiare e accordo. – Per quanto attiene, invece, all’eventuale accordo raggiunto all’esito della mediazione familiare ⁽¹⁶⁾, non è irrilevante, sotto questo profilo, il fatto che all’esito della riforma sia stato introdotto un inciso nell’art. 337 *ter*

⁽¹⁴⁾ A differenza, ad esempio, di quanto avviene proprio nell’ordinamento francese.

⁽¹⁵⁾ Ciò che avviene, invece, nella mediazione civile e commerciale ai sensi del nuovo art. 5 *quater* d.lgs. n. 28 del 2010.

⁽¹⁶⁾ Per continuare a utilizzare la stessa metafora, se quanto descritto in precedenza rappresenta una sorta di ‘porta di entrata’ dell’istituto della mediazione nell’ambito del processo, gli accordi raggiunti ne rappresentano una sorta di ‘porta di uscita’.

c.c., nel quale alla precedente formulazione per cui «il giudice prende atto, se non contrari agli interessi dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori» è stata aggiunta una interessante formula che recita «in particolare qualora raggiunti all'esito di un percorso di mediazione familiare».

Ciò non significa che l'accordo raggiunto con una mediazione familiare e recepito in un accordo giudiziale abbia una forza e un valore in sé e per sé superiore a quella dell'accordo tradizionale, bensì che l'accordo raggiunto all'esito di un tale percorso ha una sorta di maggiore (sia pure indiretta) resistenza, in quanto frutto non già di un incontro di volontà istantaneo o momentaneo, bensì di un'intesa ben più meditata e approfondita, nella misura in cui ha richiesto tempi e toccato una serie di aspetti ulteriori oltre a quelli giuridici in senso stretto. Se si considera che l'autorità della cosa giudicata propria delle decisioni (giudiziali o anche su accordo) in materia di crisi familiare è normalmente soggetta alla clausola *rebus sic stantibus* ⁽¹⁷⁾, e che dunque le stesse possono sempre essere oggetto di eventuali modifiche in ragione della sopravvenienza di giustificati motivi, il fatto che l'accordo sia stato raggiunto a esito di un percorso di mediazione familiare dovrebbe implicitamente rappresentare un fattore per rendere meno agevole la futura presenza della pretesa situazione legittimante la modifica (*id est*, dei giustificati motivi).

5. *Il limite: mediazione familiare e violenze.* – Un breve cenno merita il tema della mediazione familiare nelle ipotesi di violenze. Ciò che ci si chiede è, in particolare, se esista tra questi due poli una relazione di assoluta incompatibilità.

⁽¹⁷⁾ Per richiami in merito all'operatività della clausola *rebus sic stantibus* in molti procedimenti che rientrano nell'area della giustizia familiare e minorile sia consentito il rinvio a F. DANOVI, *Il processo di separazione e divorzio*, Milano, 2015, 582 ss.

Non è facile assegnare una risposta netta al quesito. A parere di chi scrive, vi è sicuramente quanto meno un deciso contenimento del fenomeno mediatore nelle ipotesi caratterizzate da violenze domestiche e di genere. A tal proposito, in ossequio anche ai dettami della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (più nota come Convenzione di Istanbul) ⁽¹⁸⁾ la riforma ha introdotto l'art. 473 *bis*.43 c.p.c., rubricato «Mediazione familiare», il quale prevede che sia fatto divieto di iniziare un percorso di mediazione familiare quando è stata pronunciata sentenza di condanna o di applicazione della pena, anche in primo grado, ovvero quando sia pendente un procedimento penale per condotte di abusi familiari o di violenza domestica o di genere, anche quando tali condotte sono allegate o comunque emergono in corso di causa. È altresì previsto che il mediatore debba interrompere immediatamente il percorso di mediazione familiare quando nel corso di questa emergano notizie di abusi e di violenze.

Ancora, nell'art. 473 *bis*.42, 3° comma, c.p.c. viene stabilito che nei procedimenti ove risultino provati o allegati fatti di violenza lo stesso giudice non deve rivolgere alcun invito alle parti a ricorrere alla conciliazione ovvero all'ausilio di un mediatore familiare, potendolo fare solo «se nel corso del giudizio ravvisa l'insussistenza delle condotte allegate» (così l'art. 473 *bis*.42, 6° comma, c.p.c.).

Una tale scelta legislativa, imposta anche dall'ordinamento sovranazionale, non intende in realtà rappresentare una politica di ra-

⁽¹⁸⁾ La convenzione è stata sottoscritta dall'Italia l'11 maggio 2011 e resa esecutiva con la l. 27 giugno 2013, n. 77, che l'ha così introdotta tra le fonti del diritto del nostro ordinamento, il quale deve quindi conformarsi alla previsioni in essa contenute predisponendo «politiche e misure di protezione e di assistenza a favore di tutte le vittime di violenza contro le donne e di violenza domestica» (art. 1 l. n. 77 del 2013), nonché «misure legislative e di ogni altro tipo necessarie per garantire che siano debitamente presi in considerazione, nell'ambito dei servizi di protezione e supporto alle vittime, i diritti e i bisogni dei bambini testimoni di ogni forma di violenza» (art. 16 l. n. 77 del 2013).

dicale esclusione, e quindi una sorta di ripudio nei confronti della mediazione familiare, ma è comunque emblematica ed espressiva della necessità di una più ponderata riflessione, in contesti dal più elevato gradiente patologico e di drammaticità, circa l'uso del processo e più in generale del confronto delle parti. La mediazione necessita invero di un tessuto relazionale sottostante di rispetto, di disponibilità al confronto e al dialogo, nonché di rispetto dei valori primari della persona; requisiti, questi, che nel caso delle violenze sono invece irrefragabilmente lesi e impediscono quindi in radice l'instaurazione di questo percorso.

6. *La struttura: mediazione familiare e organizzazione.* – Un altro profilo sotto il quale la mediazione familiare è stata particolarmente attenzionata dalla riforma Cartabia è poi quello organizzativo. In attuazione della l. delega ⁽¹⁹⁾, il d.lgs. n. 149 del 2022 ha introdotto nel Titolo II delle disposizioni di attuazione del codice di procedura civile, intitolato «Degli esperti e degli ausiliari del giudice» il nuovo capo 1 *bis*, appositamente dedicato ai mediatori familiari (così come *de plano* suggerito dalla sua rubrica).

In questo contesto, con una serie di norme che spaziano dall'art. 12 *bis* all'art. 12 *sexies*, viene innanzitutto precisato che presso ogni tribunale deve essere istituito un elenco di mediatori familiari, for-

⁽¹⁹⁾ Sulla figura del mediatore familiare, la delega aveva previsto i seguenti interventi: *iii*) «che l'attività professionale del mediatore familiare, la sua formazione, le regole deontologiche e le tariffe applicabili siano regolate secondo quanto previsto dalla l. 14 gennaio 2013, n. 4» (art. 1, 23° comma, lett. o), legge delega; *iv*) «l'istituzione, presso ciascun tribunale, di un elenco dei mediatori familiari iscritti presso le associazioni del settore, secondo quanto disciplinato dalla l. 14 gennaio 2013, n. 4, con possibilità per le parti di scegliere il mediatore tra quelli iscritti in tale elenco [nonché] che i mediatori familiari siano dotati di adeguata formazione e specifiche competenze nella disciplina giuridica della famiglia nonché in materia di tutela dei minori e di violazione della loro opera in caso emerga qualsiasi forma di violenza» (art. 1, 23° comma, lett. p)).

mato e revisionato ai sensi dell'art. 12 *ter* e composto dai soggetti indicati dall'art. 12 *quater* che abbiano presentato domanda di iscrizione ai sensi dell'art. 12 *quinquies*.

L'art. 12 *sexies* prevede poi che l'attività professionale del mediatore familiare, la sua formazione, le regole deontologiche e le tariffe sono regolate con decreto del Ministro dello sviluppo economico, in concerto con il Ministro della giustizia e il Ministro dell'economia e delle finanze, nel rispetto della disposizione di cui alla l. 14 gennaio 2013, n. 4.

In questo modo, attraverso norme comunque primarie, il legislatore ha voluto indicare una serie di profili legati alla mediazione familiare che devono essere particolarmente attenzionati, in quanto fondamentali per la qualità della mediazione stessa. Tra questi figurano le modalità di svolgimento dell'attività, il percorso di formazione professionale dei mediatori familiari, le regole deontologiche – e dunque la dotazione di un codice etico di condotta – e infine le tariffe, posto che, come per tutte le attività professionali, affinché la mediazione funzioni è indispensabile che sia assegnata alla stessa una dignità di ruolo anche dal punto di vista della remunerazione dell'attività. Quest'ultimo tema, in particolare, è stato demandato a successiva normativa secondaria, che quindi dovrà essere di volta in volta sviluppata, in quanto più facilmente aggiornabile in relazione ai futuri eventuali cambiamenti e progressioni che l'evoluzione del sistema dovesse apportare.

7. Il futuro: criticità e aspetti problematici. – Nonostante le modifiche su cui il legislatore è intervenuto, il cammino della mediazione familiare a livello normativo è ancora agli inizi e deve dunque proseguire, per rafforzare la dignità e l'effettività di tale strumento e per superare una serie di aspetti critici e problematici che tuttora permangono.

Il primo di questi è proprio quello della gestione parallela di quello che può essere il corretto sviluppo di un percorso di media-

zione familiare, il quale, rispetto alla strada del processo vero e proprio, presenta per paradosso una maggiore complessità, perché comporta l'impiego di risorse personali e psicologiche, ma soprattutto presuppone, nel momento del conflitto e dunque della massima tensione, l'abbandono della dimensione conflittuale (il 'seppellimento dell'ascia di guerra'). È per questi motivi, tra l'altro, che malgrado io prediliga in generale la formula 'metodi di giustizia complementare' a quella di ADR (e di 'giustizia alternativa'), nel caso della mediazione familiare la complementarità si rinviene soltanto in quello che è lo scopo di fondo, rimanendo per il resto e dal punto di vista dei rapporti con il processo una relazione di vera e propria alternatività.

Il giudizio, in effetti e come in precedenza sottolineato, è caratterizzato dalla rigidità e dalla coercibilità, seppur entro certi limiti, e dal fatto di fare affidamento a una *auctoritas* superiore; caratteristiche diverse da quelle della mediazione familiare, nella quale il presupposto è alla radice quello di un'intesa tra le parti a collaborare quanto meno allo specifico progetto di mediazione e per il cui reale sviluppo i valori trainanti sono il dialogo e il confronto, nel segno della libertà e dell'autonomia delle parti.

Inoltre, lo svolgimento di un percorso di mediazione familiare può essere in concreto reso ancor più difficile in quanto con la riforma Cartabia il procedimento unitario in materia di persone, minorenni e famiglie vede una fase introduttiva contraddistinta da scansioni particolarmente serrate, oltre che da un rigido sistema di preclusioni relativamente ai diritti disponibili, ciò che si rivela poco consonante con la possibilità di sviluppare un percorso di mediazione libero, poiché questo presuppone invece tempi adeguati e soprattutto non quell'esacerbarsi della conflittualità che potrebbe invece derivare dalla deduzione e produzione, entro il ravvicinato termine delle tre memorie di cui all'art. 473 *bis*.17 c.p.c., di tutti i *themata* conflittuali del giudizio.

Infine, un'ultima criticità è data dal fatto che la mediazione presuppone, come constatato nell'esperienza di chi scrive, anche onestà

e trasparenza di intenti, poiché, essendo un percorso libero e non coercibile, il rischio è che nel caso di una sua conclusione con esito negativo una parte voglia sovrapporsi e utilizzare la forza in un terreno in cui nessuna regola ancora è stata data, non essendo il processo stato portato avanti. In questo senso il rischio è che si arrivi al termine di un infruttuoso percorso di mediazione in una situazione di stallo, nella quale di fatto viene attribuito un risultato più vantaggioso alla parte più forte, che ha indebitamente fatto valere la sua supremazia. Ciò anche, eventualmente, attraverso un utilizzo distorto della clausola di riservatezza, con il rischio di rendere anche meno agevole e più complessa la trasposizione davanti al giudice di quanto è avvenuto in concreto nel fallito percorso di mediazione.

Oltre agli aspetti critici appena esaminati, residuano poi una serie di problemi legati agli aspetti organizzativi, che dovranno essere ulteriormente implementati. Si pensi alla necessità di dotare e istituire tutti i tribunali di sportelli e uffici per fornire informazioni sulla mediazione familiare, compresi anche i tribunali per i minorenni (fintanto che saranno presenti nell'ordinamento), in quanto la mediazione familiare ben può essere utile anche in altri ambiti come, ad esempio, quello dei procedimenti *ex art. 317 bis c.c.* tra nonni e nipoti, ovvero in altre situazioni di conflitto con i genitori davanti a questi riportati, o ancora per riscontrate criticità negli affidamenti familiari o in caso di fallimenti post-adottivi.

Si pensi, ancora, alla necessità di dotare i tribunali del comitato e dell'elenco dei mediatori previsto dall'art. 12 *bis* disp. att. c.p.c., così come alla necessità di un raccordo più capillare e organico fra i vari organismi ed enti che amministrano la mediazione familiare (vale a dire i servizi socio-assistenziali), poiché ancora ad oggi la complessità della mediazione implica anche che la stessa possa avere – e non è un elemento virtuoso – tanti volti quanti sono gli enti che la amministrano.

Da ultimo, si pensi alla necessità di una sempre più adeguata e capillare formazione, da un lato, dei magistrati della famiglia e, dall'altro, dei mediatori familiari, anche attraverso l'individuazione

di un codice etico di condotta unitario per tutto il territorio nazionale. Proprio in relazione a questo punto di vista, è in fase di conclusione un progetto suggerito e fortemente richiesto dall'Autorità Garante per l'Infanzia e per l'Adolescenza, Dottoressa Carla Garlatti, che ha costituito una Commissione ristretta con il compito di verificare lo stato della mediazione familiare in Italia dopo la riforma Cartabia, di operare una ricognizione dei modelli di procedimento di mediazione esistenti e di elaborare proposte normative in relazione ai profili maggiormente nevralgici.

8. *Conclusioni.* – Come spesso accade, riannodando i fili del discorso si può ritornare al punto di inizio di questa breve panoramica sulla situazione della mediazione familiare nel sistema italiano, ribadendo l'importanza che anche nel nostro ordinamento hanno assunto i metodi di giustizia consensuale, e il rilievo ancora maggiore degli stessi nell'ambito delle controversie che riguardano le persone, i minori e le famiglie. E poiché il senso di questo incontro è anche quello di un confronto con la realtà francese, nell'operare un richiamo all'idea di etica e di formazione, quali chiavi di volta della qualità e della trasparenza del metodo della mediazione e non solo della sete di giustizia del cittadino, mi piace ricordare, nella grande lezione di uno tra i più grandi filosofi nella storia dell'uomo, Blaise Pascal, una riflessione tratta dai suoi «Pensieri», per la quale «[L]a médiation, c'est une conscience claire de tout événement, un souffle apaisé, un accord avec le monde» ⁽²⁰⁾.

Attraverso alcuni accorgimenti banali e complessi a un tempo, quali la trasparenza della coscienza interiore e un respiro rilassato, si può davvero individuare un nuovo metodo per affrontare e risolvere le controversie. Quando ciò avvenga, sarà più facile ritrovare il senso dell'armonia e un vero e proprio accordo con la globalità del

⁽²⁰⁾ «La mediazione è una chiara consapevolezza di qualsiasi evento, un respiro rilassato, un accordo con il mondo».

mondo esteriore. È questa la chiave di volta della mediazione familiare. Perché questo metodo in ultima analisi tende a ricomporre non soltanto il diritto e i profili giuridici della controversia familiare, ma, con essi, le differenti questioni che toccano le corde dell'anima e con esse la vita stessa dei suoi protagonisti.

Abstract

Nel restituire la relazione al Convegno dedicato a «Il futuro della mediazione familiare. L'obbligatorietà in Francia e la riforma Cartabia in Italia», tenutosi presso l'Università di Torino il 19 gennaio 2024, il contributo esplora il presente e il futuro della mediazione familiare in Italia, contestualizzandola nel quadro della giustizia consensuale. Dopo un'analisi normativa, inclusi gli interventi della riforma Cartabia, l'autore evidenzia il ruolo della mediazione nel risolvere controversie familiari con approcci interdisciplinari e dialogici, volti a ricostruire relazioni compromesse. Vengono approfonditi i limiti della mediazione, come la sua inadeguatezza in contesti di violenza domestica, e le prospettive future, sottolineando la necessità di una formazione strutturata per garantire l'efficacia di questo strumento nelle controversie familiari.

Drawing on the speech delivered at the Conference 'The Future of Family Mediation. The Mandatory Mediation in France and in Italy after the Cartabia reform of Civil Justice', held at the University of Turin on 19 January 2024, the paper explores the present and future of family mediation in Italy, contextualising it within the framework of consensual justice. Following a legal analysis, including the measures introduced by the Cartabia reform, the Author highlights the role of mediation in resolving family disputes through interdisciplinary and dialogic approaches aimed at rebuilding strained relationships. The discussion delves into the limitations of mediation, such as its inadequacy in cases of domestic violence, and outlines

prospects, emphasizing the need for structured training to ensure the effectiveness of this tool in family disputes.

LA MEDIAZIONE FAMILIARE, COME È DIVENTATA UNA PROFESSIONE (*)

*Isabella Buzzi (**)*

La mediazione familiare, oltre che in Europa, si sviluppa in Italia già dagli anni '80, giungendo da due nazioni diverse, o per meglio dire, parlando due lingue diverse: quella francofona canadese, arrivata tramite la Francia, è la mediazione familiare che si concentra sulle dinamiche di cura e accudimento dei figli. Si tratta del modello di intervento della APMF, dell'*Association pour la Promotion de la Médiation Familiale*, nata nel 1988 a Parigi, che aveva portato ricercatori simpatizzanti francesi e italiani, pedagogisti, assistenti sociali, accademici e psicologi, come anche Irene Bernardini, la nostra compianta prima mediatrice italiana, a formarsi all'*École des parents et des éducateurs* di Annie Babu con Justin Léveque, allievo di John Haynes e Aldo Morrone che viveva nel Québec da anni, ma era di origine molisana ⁽¹⁾.

Un'altra parte di psicologi, pedagogisti, avvocati e altri simpatizzanti della mediazione familiare ha seguito il modello che parla

Giustizia consensuale Fasc. 2/2024, 681-692. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) Il testo restituisce la relazione al Convegno dedicato a «Il futuro della mediazione familiare. L'obbligatorietà in Francia e la riforma Cartabia in Italia», tenutosi presso l'Università di Torino il 19 gennaio 2024, nel quadro del Progetto di Rilevante Interesse Nazionale (PRIN PNRR) «*The Procedural Profiles of the Protection of Families According to the Well-Being of the Minor*».

(**) Dottoressa di ricerca in Psicologia, Pedagogista, Consulente e Mediatrice familiare.

⁽¹⁾ Consultabile al sito internet <<https://www.cairn.info/revue-l-ecole-des-parents-2013-4-page-18.htm>>.

l'inglese e si occupa della mediazione di tutti i conflitti familiari, anche quelli di carattere economico e patrimoniale, ed è una mediazione che arriva dagli Stati Uniti. La mediazione familiare anglofona si realizza nei Paesi del nord Europa come la Gran Bretagna, i Paesi Bassi, la Danimarca e la Germania con delle connotazioni un po' diverse, in quanto in Germania si afferma il modello di co-mediazione ⁽²⁾: un avvocato e un professionista non di natura giuridica, generalmente uno psicologo, un pedagogista o un assistente sociale, che mediano insieme contemporaneamente. Dato che per una norma germanica non è possibile dare neanche informazioni legali se non si è avvocati, la sua presenza è necessaria per la buona e completa informazione dei partecipanti circa le questioni giuridiche legate alla separazione.

Quella che viene dagli Stati Uniti è una mediazione familiare che ha fatto fruttare l'esperienza trentennale dei pionieri John Haynes, Steve Erikson e Jim Coogler, e ha visto la realizzazione della mediazione familiare obbligatoria già negli anni '90 in diversi Stati del nord America ⁽³⁾. Ad esempio in California, dove era offerta una seduta gratuita di due ore, e in Florida, dove era possibile partecipare anche insieme al proprio avvocato durante la seduta. L'esperienza statunitense e canadese è stata acquisita dai mediatori familiari italiani che l'anno introdotta e sviluppata fin dagli inizi degli anni Novanta a cominciare dalle città di Milano, Bari, Roma, Genova e Torino.

Senz'altro la APMF fu un faro per la pratica e la professione dei mediatori familiari italiani, dato che nel 1992 aveva realizzato, con la presenza di esperti provenienti da tutta Europa, la *Charte européenne de la formation des médiateurs familiaux*: il primo documento europeo sulla deontologia e la formazione dei mediatori familiari. Verso la metà anni '90 l'Italia fece parte del comitato che ri-

⁽²⁾ Consultabile al sito internet <<https://www.bafm-mediation.de/>>.

⁽³⁾ I. BUZZI, J. M. HAYNES, *Introduzione alla mediazione familiare*, Milano, 2012.

chiese di slegare la *Charte européenne* dalla APMF, perché alcuni centri francesi lamentavano un conflitto di interessi.

Dunque, nel 1996 nacque un'associazione europea per andare a regolare la deontologia professionale e la formazione dei mediatori familiari in Europa: il *Forum Européen Formation et Recherche en Médiation familiale* o *European Forum Training and Research in Family Mediation*, perché aveva due lingue ufficiali: il francese e l'inglese. Registrato a Marsiglia nel 1997, il cosiddetto *Forum Européen* era formato da centri di formazione alla mediazione familiare europei, conteneva 13 nazioni e c'era un rappresentante per ogni nazione nel Comitato degli Standard Formativi circa la formazione di base alla mediazione familiare. Questo gruppo di esperti andava a valutare la formazione presente in Europa, fissando già un minimo di 180 ore di formazione da eseguirsi in determinate materie, quali: il diritto di famiglia, la psicologia, la negoziazione, la gestione del conflitto, ecc. e in almeno 30 giorni di formazione in presenza.

Progressivamente, le maggiori nazioni europee da allora si sono dotate di leggi circa la mediazione familiare e la figura professionale del mediatore familiare. La Francia realizzò già nel 2003 il diploma di Stato per la formazione dei mediatori familiari e l'Inghilterra partecipava anche se aveva già leggi per tutelare i minori che formulavano disposizioni circa la mediazione familiare, ancora prima della nascita dell'APMF e del *Forum Européen* ⁽⁴⁾.

Con il nuovo Millennio, cominciò a cadere la necessità per le principali nazioni europee, che fino a quel momento erano state trainanti, di avere nel *Forum Européen* quel centro di controllo della qualità della formazione dei mediatori familiari. Il *Forum Européen* ha tuttavia proseguito la sua attività, soprattutto per venire in aiuto ad altre nazioni, come l'Italia, che ha dovuto attendere fino al 2023 per avere una normativa specifica sulla mediazione familiare. Nel 2006 la legge sull'affido condiviso accennava solo blandamente

⁽⁴⁾ Consultabile al sito internet <www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/part/II>.

alla possibilità di rivolgersi a un esperto per fare un tentativo di mediazione, ma non disponeva regole relative alla formazione e alla deontologia professionale dei mediatori familiari.

Grazie alla l. 14 gennaio 2013, n. 4, recante «Disposizioni in materia di professioni non organizzate», i mediatori familiari si auto-normarono, e nacque così nel 2016 la Norma Tecnica UNI 11644 «Mediatore familiare» ⁽⁵⁾, che gettò le basi per le successive riforme legislative. La l. 26 novembre 2021, n. 206, la c.d. riforma Cartabia, prevede infatti la possibilità di rivolgersi a un mediatore familiare iscritto negli elenchi dei mediatori familiari presenti presso ciascun Tribunale (d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149). La riforma infatti dispone che i mediatori familiari siano formati ai sensi della l. n. 4 del 2013 e quindi della NT UNI 11644, e che abbiano specifiche competenze nella disciplina giuridica della famiglia, in tema di minori e di violenza domestica, ed abbiano l'obbligo di interrompere la mediazione familiare nel caso in cui emergano forme di violenza. Allo stesso modo, il d.m. 24 ottobre 2023, n. 151, recante il «Regolamento sulla disciplina professionale del mediatore familiare», terrà conto della l. n. 4 del 2013 e della NT UNI, perfezionandole anche alla luce della l. n. 206 del 2021.

Ho avuto l'onore di essere segretaria prima e poi presidente del *Forum Européen* e di seguire le vicende di cui sopra da vicino e con passione, perché abbiamo sempre creduto nella possibilità di offrire ai genitori, attraverso la mediazione familiare, uno tra gli strumenti più adeguati alla gestione positiva della conflittualità intra-domestica, che causa tanto dolore e problemi ai figli. Ho aderito alla creazione del *Forum Européen* e, anticipando la l. n. 4 del 2013 che rimanda non solo alle Norme Tecniche, ma anche e soprattutto alle associazioni professionali e alla loro federazione, nel 1999 ho partecipato attivamente alla fondazione dell'Associazione Italiana Mediatori Familiari o A.I.Me.F., nata appositamente per la profes-

⁽⁵⁾ Ente Italiano di Normazione.

sionalizzazione del mediatore familiare in Italia, perseguendo la via di realizzazione allora seguita per la creazione degli Ordini professionali. Purtroppo, però, con l'ingresso del nostro Paese in Europa, la questione dell'Ordine professionale si arenò e per anni si attese la riforma delle professioni intellettuali. Dopo quello degli assistenti sociali non sono stati creati altri Ordini professionali ed eravamo fermi nell'attesa della legge che ci desse la possibilità di essere riconosciuti come professionisti. A.I.Me.F. era già registrata al Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro e, quando è arrivata la l. n. 4 del 2013, è stata fra le prime associazioni professionali a essere iscritta al Ministero dello Sviluppo Economico o MISE, ora Ministero delle Imprese e del *Made in Italy* o MIMIT.

Insomma, per farla breve, è stato lungo e complesso il viaggio per avere una professione specifica con una formazione regolamentata e un codice deontologico univoco in tutto il territorio nazionale, perché fino al d.m. n. 151 del 2023 le associazioni iscritte al MISE (ora MIMIT) erano una dozzina ma solo quattro formavano la Federazione Italiana delle Associazioni di Mediatori Familiari o FIAMeF, quindi prima del decreto c'era ancora una certa difficoltà ad avere uniformità.

Perché è stato necessario questo lungo viaggio? In Italia con la l. 18 febbraio 1989, n. 56 viene istituito l'Ordine degli Psicologi e viene quindi regolata diversamente la formazione che prima vedeva la possibilità di frequentare una scuola di specializzazione successiva a lauree in Filosofia, Pedagogia, Lettere, ecc. La formazione in Psicologia diventa solo universitaria e molte delle ottime e rinomate scuole di formazione in psicoterapia della coppia e della famiglia avrebbero dovuto fermare la loro formazione per attendere l'arrivo dei laureati in Psicologia. La formazione in mediazione familiare è stata salutata con calore e favore da queste scuole, che da anni si occupavano dei disagi dei figli dei separati ed erano già in grado di gestire la crisi familiare; tuttavia, utilizzavano spesso un modello di lettura clinico specifico della conflittualità familiare che li portava a dover adattare tali conoscenze e competenze alle caratteristiche di

intervento della mediazione familiare. La mediazione familiare italiana ne subì una forte caratterizzazione e la professionalizzazione fu resa complessa dalle forti differenze nei modelli operativi utilizzati dai mediatori familiari.

Nel 2001 negli Stati Uniti venne realizzata l'*Association for Conflict Resolution* (ACR), unendo i mediatori familiari dell'*Academy of Family Mediators* (AFM) con l'associazione di mediatori scolastici del *Conflict Resolution Education Network* (CREnet), che era nata dal *National Institute for Dispute Resolution* (NIDR), e i mediatori professionisti della mediazione civile e commerciale, principalmente avvocati e commercialisti, della *Society of Professionals in Dispute Resolution* (SPIDR)⁽⁶⁾. Purtroppo i mediatori europei stanno solo recentemente comprendendo in ogni nazione le affinità che permetterebbero la creazione di una associazione di mediatori dei conflitti (civili, sociali, penali, ecc.).

I mediatori dei conflitti in Italia sono rimasti isolati per oltre vent'anni nel proprio ambito di intervento e solo dopo il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 è cominciato a risultare più evidente come, ad esempio, la mediazione civile e commerciale, non più chiamata conciliazione, e la mediazione familiare fossero complementari e potessero entrare in un rapporto di collaborazione. Fu infatti Giuseppe Buffone a sottolineare come nelle divisioni, dove la mediazione civile e commerciale è condizione di procedibilità, anche i coniugi in separazione coniugale e scioglimento del vincolo civile dovessero obbligatoriamente tentare una mediazione nel caso di comunione dei beni o comproprietà. Quanti genitori, fino a quel momento, risolvevano in mediazione familiare gli aspetti legati alla cura dei figli, ma poi continuavano a lottare in tribunale sugli aspetti patrimoniali? Gli accordi non potevano essere stabili se trovati solo sugli aspetti di cura dei figli, perché le liti patrimoniali rianimavano il conflitto relazionale e quindi si riapriva anche il contenzioso sui fi-

⁽⁶⁾ Consultabile al sito internet <<https://acrnet.org/page/HistoryBylaws>>.

gli. Oggi molti organismi di mediazione civile e commerciale offrono ai genitori in lite per la divisione dei beni comuni mediatori formati sia nella mediazione civile che nella mediazione familiare.

Allo stesso modo, solo recentemente, a Modena, il comune ha riunito e sostiene i servizi di mediazione di quartiere, mediazione scolastica e mediazione familiare ⁽⁷⁾. La scelta è responsabile e pro-sociale, ma anche economica perché i conflitti di questo tipo sono molto onerosi per la comunità ⁽⁸⁾.

Sta nascendo ora in Italia la prima associazione di mediatori dei conflitti, che riunirà mediatori penali, familiari, civili e commerciali, scolastici, ecc. dopo che il progetto di realizzazione della Fondazione per la Mediazione dei Conflitti è tramontata. La recentissima perdita di Jacqueline Morineau, una delle mediatrici più toccanti nell'universo europeo, l'antropologa parigina che ha cominciato a 'umanizzare la Giustizia' con la mediazione penale e ha poi parlato dello Spirito della Mediazione al di là di ogni ambito o confine, sta dando ispirazione ed energia al progetto.

Tornando alla mediazione familiare, per riassumere, siamo partiti negli anni '90 e per almeno un decennio abbiamo lavorato per uniformare la formazione e l'intervento dei mediatori familiari. Siamo partiti da un minimo di 180 ore di formazione, tutte in presenza, più il tirocinio obbligatorio su almeno tre casi condotti dall'allievo mediatore, per arrivare già con la Norma Tecnica UNI nel 2016 alle 240 ore di formazione, di cui 180 in presenza, più 80 ore di pratica guidata (di cui 40 in affiancamento a un mediatore familiare professionista per il d.m. n. 151 cit.). Sono sempre state incluse le materie oggi presenti nel d.m. n. 151 cit., ed era presente anche l'aspetto economico-patrimoniale-fiscale, veniva già trattato il

⁽⁷⁾ Consultabile al sito internet <www.comune.modena.it/argomenti/genitori-a-modena/servizio-di-mediazione-familiare-1>.

⁽⁸⁾ M. STERMIERI, M. ESPOSITO (a cura di), *Costruire comunità resilienti. Esperienze e riflessioni sulla mediazione dei conflitti e le pratiche di sviluppo di comunità*, Trento, 2022.

delicato aspetto della violenza intra-familiare, era presente l'aspetto di aiuto/partecipazione dello psicologo e quello dell'ascolto dei minori.

Non fu facile trent'anni fa elevare ogni corso erogato in Italia agli *standard* europei prima, e alla Norma Tecnica UNI in seguito, ma è risultato fin da subito necessario garantire alle famiglie professionisti altamente qualificati e competenti, per avere successo nell'accompagnarle ad affrontare quelle situazioni conflittuali così cariche di emotività e dolore. Sono situazioni veramente molto complesse e delicate. Il mediatore familiare deve saper essere d'aiuto a persone arrabbiate, deluse, stanche, esasperate, che a volte si sono molto amate e più si sono amate e più è profondo, radicato, denso, potente e distruttivo l'odio che riescono a covare. Sono individui in crisi ma sono anche genitori e come tali occorre che si occupino dei bisogni dei figli, che collaborino, che si rispettino, che comunichino e che non trasferiscano la loro distruttività ai figli.

Alcuni figli purtroppo non vedranno mai i genitori stare 'in pace', anche dopo il divorzio. Quello che per alcune famiglie è solo un atto formale perché hanno già trovato un modo ottimale per gestire la vita da separati, per altre rappresenta invece l'occasione formalizzata per scatenare una guerra legale intrisa di emozioni distruttive, che si può estendere fino al terzo grado di giudizio e su più fronti, attraverso continue denunce e diffide. Pensiamo ai figli immersi senza vie d'uscita nelle ostilità genitoriali, che arrivano a sentirsi rimproverati per avere le caratteristiche fisiche o caratteriali che appartengono all'altro genitore, ad esempio sentirsi dire: 'Perché sorridi così? Non mi piace quando lo fai, sembri falso come tuo padre!'. I figli sono metà mamma e metà papà, quando 'vieni' da una persona che chi ami detesta ti adoperi consciamente o inconsciamente affinché i tuoi genitori smettano di odiarsi, e soffri perché consciamente o inconsciamente percepisci di avere dentro di te il DNA di una persona 'sbagliata' e non potrai mai essere una persona

amabile, rispettabile, sincera, ecc.⁽⁹⁾. Il mediatore familiare lavora per collaborare alla pacificazione attiva di una relazione che investe i figli, deve essere competente, preparato, esperto.

Con la l. n. 4 del 2013 è stato possibile ottenere la certificazione professionale dei professionisti non iscritti ad Ordini o Collegi da parte di un organismo terzo⁽¹⁰⁾, e la norma tecnica UNI 11644 del 2016 ha fornito disposizioni precise e chiare per permettere la certificazione professionale dei mediatori familiari. Le principali associazioni italiane di mediatori familiari italiani hanno collaborato nel dettare le disposizioni UNI circa la formazione, gli atti caratteristici, le competenze, le abilità, le conoscenze e la deontologia. Nonostante questo, ancora pochi a livello politico e legale ne comprendevano il valore, essendo la Norma Tecnica un'auto-regolamentazione che resta di proprietà dell'Ente Italiano di Normazione, un'associazione senza scopo di lucro riconosciuta dallo Stato Italiano e dall'Unione Europea per elaborare, pubblicare e diffondere le norme tecniche volontarie, ma che è comunque un'associazione privata. Ecco perché i mediatori familiari hanno salutato con entusiasmo il regolamento sulla disciplina professionale del mediatore familiare contenuta nel d.m. n. 151 del 2023.

Un'ultima considerazione merita la formazione del mediatore familiare che impone, a mio parere non solo conoscenze, ma soprattutto abilità e competenze che si possono acquisire solo con tanto esercizio e tanta pratica. La formazione di un mediatore familiare non può assolutamente essere solo teorica e osservativa, è necessario imparare a 'saper stare' nel conflitto familiare.

⁽⁹⁾ *Victims of another war - Documentary about Parental Alienation*, consultabile al sito internet <www.youtube.com/watch?v=Fen1cGpp_qU>.

⁽¹⁰⁾ Gli organismi di certificazione delle persone verificano che determinate figure professionali possiedano, mantengano e migliorino nel tempo le necessarie competenze, intese come l'insieme delle conoscenze, delle abilità e delle doti richieste per i compiti assegnati. Gli organismi di certificazione hanno requisiti conformi alla Norma ISO/IEC 17024. Il certificato rilasciato al professionista garantisce che la persona certificata abbia le suddette competenze.

Occorre saper 'ascoltare l'anima' di due persone che litigano, la loro carica emozionale non deve impedire l'ascolto empatico e attivo del mediatore, anzi è un invito a cercarne la fonte per aiutare le persone ad assumerne consapevolezza ed evitare quel 'rapimento emotivo' che impedisce loro di concentrarsi sulla soluzione dei problemi. Per un mediatore è fondamentale capire le persone, leggendo e accogliendo anche ciò che è al di sotto dei contenuti di quello si dicono. Volume, tono delle parole e gesti esprimono bisogni personali, ecco perché il mediatore deve saper stare sereno, proprio nella coltre delle frasi gridate, perché vuole accogliere la persona spaventata, triste, delusa, irata, tradita.

Il tradimento a volte è molto profondo, perché non è stato soltanto quello del patto di coppia, a volte a tradirli sono stati la vita, la famiglia, gli amici migliori, altre volte la Giustizia.

Le guerre legali, tra le persone che si sono molto amate, si alimentano di odio, e quando quella carica emotiva finisce si sentono esauste e distrutte, guardano le macerie che li circondano con rimorsi e sensi di colpa. Se arrivano alla mediazione familiare a questo punto del cammino della loro vita, occorre che il mediatore sia molto accogliente e preparato a sostenerli. Il mediatore familiare si sa orientare nella crisi della coppia e anche nella crisi personale, quindi sa offrire una tutela dei minori occupandosi dei loro genitori.

Saper stare in mezzo al conflitto familiare mantenendosi calmi, saperlo gestire, saper ascoltare, saper abbracciare una persona che sta per scatenare una tempesta, saper offrire un 'porto sicuro' alla persona che la tempesta ce l'ha dentro, richiede, ovviamente, formazione personale oltre che professionale. Oltre alle materie giuridiche, alle basi teoriche della negoziazione efficace, della comunicazione, dell'economia domestica, ecc., la formazione dei mediatori familiari comporta la piena assunzione di consapevolezza di sé stessi, dei propri filtri cognitivi, delle proprie dinamiche psicoaffettive e della propria emotività. Per questo, la migliore formazione alla mediazione familiare richiede che sia in presenza e mista: nei gruppi di

formazione ci dovrebbero essere avvocati, psicologi, educatori, assistenti sociali e altri mediatori (civili e commerciali, penali, ecc.), oltre che essere presenti diversi generi sessuali, diverse età, genitori, conviventi, *singol* e coniugi. Durante la formazione ci sarà uno scambio di esperienze che amplierà le prospettive professionali e soprattutto quelle personali.

La preparazione psicologica teorica, come ad esempio quella sui modelli di coppia e famiglia, sui cicli di vita della famiglia, sul conflitto familiare e i rapporti interpersonali, ecc. deve essere accompagnata a quella sulla lettura delle proiezioni affettivo-emotive su ogni tema trattato in mediazione, anche quelle sul denaro e sul patrimonio. Ci sono stati due mediatori familiari statunitensi, di base psicologica (fondarono il modello clinico: facevano mediazione di affido e non si interessavano né del mantenimento né della casa familiare o di altri beni), Irwin e Benjamin ⁽¹¹⁾ che dopo quasi vent'anni di pratica hanno spinto i mediatori di formazione psicologica ad interessarsi alle questioni economiche e patrimoniali, perché ci sono aspetti proiettivi e simbolici che rendono altrimenti impossibile la trattazione tecnica razionale di questi temi ⁽¹²⁾.

Per concludere, il mediatore familiare è un professionista pronto ad affiancare le famiglie con tatto, professionalità, rispetto e competenza, capace di aiutarle a fare chiarezza nella loro problematica, così esse autodeterminandosi potranno decidere consapevolmente che cosa fare, riorganizzando la propria vita in modo migliore rispetto al presente: 'Pensate a un futuro con una differenza, un futuro che funzioni, che vi piaccia e che sia vivibile per tutti, per voi e per i vostri figli'.

⁽¹¹⁾ H.H. IRVING, M. BENJAMIN, *Therapeutic family mediation: Helping families resolve conflict*, Thousand Oaks, CA, 2002.

⁽¹²⁾ *Money and mediation: Patterns of conflict in family mediation of financial matters*: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/crq.3890180404>>.

Abstract

Nel restituire la relazione al Convegno dedicato a «Il futuro della mediazione familiare. L'obbligatorietà in Francia e la riforma Cartabia in Italia», tenutosi presso l'Università di Torino il 19 gennaio 2024, il contributo ripercorre l'evoluzione della mediazione familiare come professione in Italia, analizzandone le radici storiche e le influenze internazionali, in particolare dai modelli nordamericani ed europei. Viene evidenziato il ruolo delle principali normative nel definire *standard* di formazione, deontologia e competenze per i mediatori familiari. L'a. sottolinea la complessità della mediazione familiare, che richiede conoscenze giuridiche, abilità psicologiche e capacità pratiche, e l'importanza di una formazione integrata e interdisciplinare per garantire ai mediatori la preparazione necessaria ad accompagnare le famiglie nella gestione, consapevole e rispettosa, dei conflitti.

Drawing on the speech delivered at the Conference 'The Future of Family Mediation. The Mandatory Mediation in France and in Italy after the Cartabia Reform of Civil Justice', held at the University of Turin on 19 January 2024, this paper traces family mediation's evolution as a profession in Italy. It analyses historical roots and international influences, particularly from North America and Europe. It highlights the role of key regulations in defining training standards, ethics, and skills. The Author emphasizes its complexity, which requires legal knowledge, psychological skills, and practical abilities, as well as the importance of integrated and interdisciplinary training programs, so as to ensure the needed professional support to families, in a mindful and respectful management of their own conflicts.

DIGITALISATION OF ADR:
A NEW CATEGORY? (*)

*Elena Zucconi Galli Fonseca (**)*

TABLE OF CONTENTS: 1. The fragmentation of the ADR category... – 2. ...and the advent of the digital age. – 3. The new ADRs: On-chain Dispute Resolution? – 4. And then: Artificial Intelligence Dispute Resolution? – 5. Conclusions: ADR as HDR (Human Dispute Resolution).

1. The fragmentation of the ADR category... – The advent of the digital age challenges the traditional meaning of ADR.

From the outset, this acronym has grouped very different remedies under the same umbrella. Indeed, the distinction between autonomous means and heteronomous means, depending on whether the resolution of the dispute comes from the parties themselves or a third party, highlights a significant difference, but it is not the only one. Arbitration, for example, although it originates from the will of the parties, is genuinely an alternative to Court jurisdiction, the award being imposed on the parties and equated with a judgment. Conciliation and mediation, on the other hand, although they generally involve the intervention of an impartial third party, have no binding force on the parties, who are free to decide whether to

Giustizia consensuale Fasc. 2/2024, 693-704. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) With minimal notes, the text draws on the paper delivered at the University of Tilburg on September 17th, 2024, at the Expert Workshop ‘Shifting Boundaries Between Dispute Resolution Systems: Re-Assessing the Geography of Justice’.

(**) Full Professor of Civil Procedure at *Alma Mater* Bologna University.

reach an agreement or accept the third party's proposal or do nothing; moreover, the result is most often a resolution of the dispute that disregards the determination of who is right and who is wrong. Other peculiar instruments operate exclusively on a negotiable level, such as early neutral evaluation, contractual expertise, independent expert verdict, etc., of a heteronomous nature, which determines facts or contractual performances, often in the presence of a dispute between the parties and can be binding or non-binding.

2. *...and the advent of the digital age.* – In this already fragmented landscape, digitalisation bursts in. From the early days of the web, interpreters have begun to speak of Online Dispute Resolution as a distinct tool for resolving disputes or even as a category different from ADR.

According to the 2017 UNCITRAL Technical Notes on Online Dispute Resolution,⁽¹⁾ ODR is defined as 'a mechanism for resolving disputes through the use of electronic communications and other information and communication technology (...) which can assist the parties in resolving the dispute in a simple, fast, flexible, and secure manner without the need for physical presence at a meeting or hearing' and it can also manifest itself as 'hybrid processes comprising both online and offline elements'.

According to this definition, the mere use of any network service is enough to speak of ODR, and this was initially justified by the fact that ODRs dealt with disputes arising on the web (e.g., online cross-border transactions).

Today, things have changed. Digitalisation is transversal: any dispute, even the least online on earth, is resolved with the help of digital technology.⁽²⁾ It is no longer a peculiar characteristic of spe-

⁽¹⁾ It can be read in <v1700382_english_technical_notes_on_odr.pdf (un.org)>.

⁽²⁾ As far back as 2015, almost ten years ago, C. RULE, *Technology and the Future of Dispute Resolution* in *Dispute Resolution Magazine*, winter 2015 (it can be read in <Rule-Technology-and-the-Future-of-Dispute-Resolution-copy.pdf

cific remedies or certain subject matters; it is the ordinary and everyday use of ADR, just as in court.

In Italy, for some time now, the communications of orders by arbitrators, mediators, and institutions that administer ADRs, as well as notifications between the parties, are made via certified mail (or, documents, holding in the future, via Registered Electronic Mail). The filings of briefs and documents are done online, either on specially created platforms or by email. The pleasant conversation with the clerk receiving the a heavy paper file in our arms, no longer exists. Videocalls have become a widespread method of holding hearings and meetings with parties, lawyers, arbitrators and mediators, and even the most delicate activities, such as witness depositions in arbitration, often occur in this manner. More generally, the now irreversible dependence of everyone's daily life on information technology also changes the protection of rights: very usually, the taking of evidence will concern informatic documents and will require work on files, databases, etc. ⁽³⁾

If online and offline are now inextricably linked, the existence of an autonomous category of ODR, simply because of the total or partial use of electronic, no longer makes much sense. This is evidenced by the intention to eliminate the consumer dispute management platform established by EU Regulation No. 524 of 2013: although the main reason given is its lack of success, the Commission prefers to enhance the network of European Consumer Centers (ECC-Net), moving from a closed and technologically structured system to a more straightforward and more familiar web site,

(scu.edu)>) wrote: 'ODR is no longer a novelty – it is now arguably the future of ADR'.

⁽³⁾ The SCIA (Shenzhen Court of International Arbitration) Online Arbitration Rules provide, in art. 12, that: 'An arbitral tribunal may contact, inter alia, network service providers, logistics and delivery companies, third-party payment platforms, and providers of electronic certification service or electronic evidence preservation service to investigate the facts and collect evidence with respect to the issues involved in a case'.

capable of providing all kinds of assistance online, via email, or by phone.

In my opinion, the same reasoning applies when digitalisation is complete. ⁽⁴⁾

Arbitration that takes place entirely online does not lose its distinctive features of a fully adversarial process that respects the principles of the ‘due arbitral process’ – despite the utmost flexibility – and brings to a decision which has the value of a judgment. Digitalisation is merely a ‘method of conducting arbitration by use of the Internet or other information technologies’. ⁽⁵⁾ More and more arbitral institutions are moving in this direction, creating platforms ⁽⁶⁾ that act as ‘collection centers’ for arbitration and mediation activities, with easily accessible files containing briefs and evidence and the possibility of digital communication and exchange. ⁽⁷⁾

⁽⁴⁾ According to I. QUIRK, G. PENDELL, *Arbitration Tech Toolbox: the future of Dispute Resolution: Evolution or Revolution?* in *KluwerArbitration Blog*, February 1, 2024 (it can be read at <Arbitration Tech Toolbox: The Future of Dispute Resolution: Evolution or Revolution?>), ‘Online arbitration platforms are innovative but don’t yet represent a huge evolutionary leap. They do, however, signal the shift towards the digital world envisioned by Sir Geoffrey Vos and others’.

⁽⁵⁾ Art. 1 *SCIA Online Arbitration Rules*.

⁽⁶⁾ Therefore, I do not believe that an ODR can be understood, even today, as a unique form that differs from the ADR just because there is a platform, as UNCITRAL seemed to say – ‘ODR requires a technology-based intermediary. In other words, unlike offline alternative dispute resolution, an ODR proceeding cannot be conducted on an ad hoc basis involving only the parties to a dispute and a neutral (that is, without an administrator). Instead, to permit the use of technology to enable a dispute resolution process, an ODR process requires a system for generating, sending, receiving, storing, exchanging or otherwise processing communications to ensure data security. Such a system is referred to herein as an ‘ODR platform’.

⁽⁷⁾ See, for instance, the *SCIA Online Arbitration Service Platform*, the *DIS eFile Platform*, the *SCC Platform* (which, it is said, allows parties, agents and arbitrators to communicate safely and effectively and upload, share and print case materials, such as procedural decisions, pleadings and evidence, on an ongoing basis), the *VIAC Portal* and the *ICC Case Connect*.

3. *The new ADRs: On-chain Dispute Resolution?* – However, one cannot deny that technology is transforming people's lives.

New conflicts arise, to which new remedies must correspond, when the 'traditional' ones, while theoretically suitable, are not efficient.⁽⁸⁾ Hence, innovative dispute resolution systems, naturally with lights and shadows, emerge.

A particularly stimulating field is blockchain, not so much for its diffusion (still, one could say, limited to an expert audience) but because it represents, at least potentially, an interesting example of an autonomous and transnational order with its own rules,⁽⁹⁾ whose keywords are 'decentralisation', 'transparency', 'security', 'accessi-

⁽⁸⁾ Sir Geoffrey Vos, Master of the Rolls of England & Wales, in the annual McNair Lecture, on April 19, 2023 (it can be read in <Speech by the Master of the Rolls - The future of London as a pre-eminent dispute resolution centre: opportunities and challenges - Courts and Tribunals Judiciary>) affirms: 'As I have been saying for some time now, digitisation, and now generative AI, is going to change both the kinds of disputes that need to be resolved and the way in which commercial parties will want and require them to be resolved. When everything is recorded on-chain, events and facts will be harder to dispute. It seems unlikely that parties transacting instantaneously on-chain are going to want to wait years to resolve their disputes in the traditional manner'.

⁽⁹⁾ According to Y. WENG, *Uncertainty about the Legal Status of DAOs*, in *Columbia Business Law Review*, November 11, 2022 (it can be read in <Uncertainty about the Legal Status of DAOs | Columbia Business Law Review>), 'Decentralized autonomous organizations (DAOs) are software-enabled organizations built and governed by smart contracts and blockchain technology. Generally, a smart contract is a set of rules written in computer program on a blockchain that enables a network of computers to communicate and execute pre-programmed transactions once certain conditions are met. DAOs are often used by individuals who share a common goal, like investing in start-ups, buying collectibles, or purchasing cryptocurrencies, to participate in decentralized financing. A recent article in the New York Times described DAOs as a 'group chat with a bank account'. See also Y. HSIEH, J.P. VERGNE, P. ANDERSON, K. LAKHANI, M. REITZIG, *Bitcoin and the rise of decentralized autonomous organizations*, in *Journal of Organization Design*, 2018, 2: DAOs can be defined as 'non-hierarchical organizations that perform and record routine tasks on a peer-to-peer, cryptographically secure, public network, and rely on the voluntary contributions of their internal stakeholders to operate, manage and evolve the organization through a democratic consultation process'.

bility', a place where 'everyone has a voice' (to such an extent that there is a need for more regulation ⁽¹⁰⁾). A substantial part of economic and productive life takes place in this system. Transparency and traceability allow for the creation of reliable dispute-resolution remedies. At the same time, the self-executing nature of smart contracts on the blockchain leads to solutions that do not require a judge's assistance to execute. ⁽¹¹⁾

Among the many experiments, I would like to mention, as an example, Kleros Mediation Bridge, described by its authors as 'a hybrid dispute resolution process that combines elements of both mediation and arbitration'. ⁽¹²⁾ It would seem like a traditional form of multi-step ADR managed online by the blockchain platform, but

⁽¹⁰⁾ S. NAPPERT, *Navigating Web3: Revolutionizing the Internet, Its Promise & Challenges*, in *ArbTech blog*, November 23, 2023 (it can be read in *Unlocking Web3: Navigating the Next Internet Frontier - ArbTech | Online Tech & Law Community*): 'The Web3 economy is unregulated, currently (too) light on governance (including dispute resolution management) and, as a result, extremely volatile and vulnerable (...) To address these challenges, hybrid blockchain models are emerging'.

⁽¹¹⁾ P. OKEZIE, *Resolving Smart Contract Disputes Through Blockchain Arbitration*, in *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, vol. 90, issue 1, 2024, 73 ff. affirms that national systems are not suitable for resolving blockchain disputes, which are better decided by a blockchain arbitration, wishing for their recognition but at the same time giving some rules.

⁽¹²⁾ As explained in the webinar *The Kleros Mediation Bridge: Blending Traditional Mediation & Blockchain Arbitration* with the participation of S. Nappert, R. Dean and F. Ast (it can be seen in <The Kleros Mediation Bridge: Blending Traditional Mediation & Blockchain Arbitration>, in *ArbTech Blog*, October 16, 2023). A brief description can also be read in R. DEAN, F. AST, *Kleros Mediation Bridge: A Cohesive Approach Blending Traditional Mediation and Kleros Blockchain Arbitration*, in *Blog.Kleros.io*, June 16, 2023 (it can be read in <Kleros Mediation Bridge: A Cohesive Approach Blending Traditional Mediation and Kleros Blockchain Arbitration>). Here are the stages, as described by its authors: 'Stage 1. Breaking Down the Issues; Stage 2. Discovering Core Interests; Stage 3. Developing Binary Outcomes (if the agreement is not reached) Stage 4. Submission to Kleros. Stage 5. Enforcement.: After the Kleros decision, the mediator helps ABC and XYZ incorporate the decision into a Master Settlement Agreement (MSA), which is enforceable under the Singapore Convention on Mediation'.

the details reveal a different remedy. In addition to facilitating an agreement, the mediator acts as a ‘consultant’ to the parties, helping them break down the complex dispute into more straightforward issues to ‘translate’ into claims accompanied by evidence. This is useful because, about issues on which no agreement is found, the claims are transformed into Binary Outcomes to be submitted to a panel of three anonymous jurors who resolve the dispute according to the methods of the Kleros Tribunal: jurors randomly selected by the platform, who decide by majority based on game theory and earn profits through tokens. After that, the procedure returns to the mediator, who will put together the issues settled and the jurors’ decisions in a legally binding master settlement agreement that can circulate under the Singapore Convention. One might speak of consent by award - as opposed to the more well-known award by consent - but the Kleros Tribunal is hardly framed as arbitration. ⁽¹³⁾

The advantages are very low costs and very short times, but, at the same time, there is a serious risk of violating the principles of ‘fair trial’ and the right to confidentiality; ⁽¹⁴⁾ in addition, there is

⁽¹³⁾ P. LACASA, *Can Blockchain Arbitration become a proper ‘International Arbitration’? Jurors vs. arbitrators*, in *Conflictoflaws.net*, May 22, 2022 (it can be read at <Can Blockchain Arbitration become a proper ‘International Arbitration’? Jurors vs. arbitrators – Conflict of Laws>); diff. R. BANSAL, *Enforceability of Awards from Blockchain Arbitrations in India*, in *KluwerArbitration Blog*, August 21, 2019 (it can be read at <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/08/21/enforceability-of-awards-from-blockchain-arbitrations-in-india/>>); other considerations in D. WIEGANDT, *Blockchain and Smart Contracts and the Role of Arbitration*, in *Journal of International Arbitration*, vol. 39, issue 5, 2022, 671 ff.

⁽¹⁴⁾ There is an ever-increasing need for contributions that allow progress towards a secure litigation system (in addition to the normative establishment of rules that in Europe has found its highest expression with the AI Act). Interesting is *Cyberarb*, founded by Wendy Gonzales, who describes the initiative this way on *Cyberarb.com* and in an interview made by S. Wachtel (it can be read in *www.digital-arbitration.com*, November 5, 2022, at <Edition 14 - Wendy Gonzales - Digital Coffee Break (digital-arbitration.com)>): ‘an initiative with a multi-disciplinary and international legal & tech team. Indeed, as volunteers, we are legal

no guarantee of recourse to the judge,⁽¹⁵⁾ that becomes particularly relevant if any smart contract can automatically execute the agreement. We are faced with a peculiar and bold reinterpretation of multi-door dispute resolution: we could call it ‘On-chain Dispute Resolution’.⁽¹⁶⁾

4. And then: Artificial Intelligence Dispute Resolution? – Unlike On-chain ADR, it might seem that the advent of Generative AI is

practitioners as well as engineers with expertise in cyber security. Our team is committed to (i) raising awareness and providing practical guidance in mitigating cyber risks, (ii) developing practical tools such as roadmaps, annotated procedural order templates, e-learning, workshops, blog articles, podcasts, and others, and (iii) promoting a proactive debate to develop best practices and foster an alternative dispute resolution system aligned to the digital era’.

⁽¹⁵⁾ See R. SAJJAD AHMAD, *Blockchain Arbitration: Promises and Perils*, in *The American Review of International Arbitration*, March 23, 2023 (it can be read in <Blockchain Arbitration: Promises and Perils – American Review of International Arbitration>). S. DALLA BONTÀ, *The Promise of Consensual Justice: Towards a Paradigm Shift in the Administration of Civil Justice. The Italian Case*, in *Revista de processo*, 2024, § 1-2 (see also, of the same author *The promise of consensual justice. The recent mediation reform in Italy*, in *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 2021, 3 ff.). The author refers, among others, to the studies of F. Sander on multi-door-courthouse and M. Cappelletti who (in *Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement*, in *The Modern Law Review*, 1993, 282 ff.) considered the ADR not only as non-judicial devices, but better as devices ‘that have emerged as alternatives to the ordinary or traditional types of procedures.’ The consensual form of justice takes on an increasing role in current times, which are marked by significant crises such as the health emergency: P. LUCARELLI, *Mediazione dei conflitti: una spinta generosa verso il cambiamento*, in this Review, 2021, 15 ff.

⁽¹⁶⁾ R. KUMAR GAUR, *Tech-Driven Justice: Unraveling The Dynamics Of Online Dispute Resolution*, in *Livelaw.in*, June 9, 2024, (it can be read in <<https://www.livelaw.in/lawschool/articles/future-of-justice-technology-alternative-dispute-resolution-260027>>) observes: ‘in its initial phase, ODR is common with principles of alternative dispute resolution (ADR) mechanisms such as negotiation, mediation, and arbitration [...] As now, ODR progresses to a more advanced stage, it has transformed into a dynamic process that goes beyond the electronic alternative dispute resolution (E-ADR)’.

merely an improvement of the electronic means already available and that it cannot, therefore, change the identity of traditional ADR. Still, I have serious doubts about this. The invention is so disruptive and, this time, much faster in its spread compared to blockchain.

Let's look at some possible applications.

AI has an excellent training function in preparing the mediator and arbitrator through simulations of specially created scenarios, role-playing exercises and feedback.

In the selection of the professional, the parties can have a powerful tool for analysing the most suitable profiles: there have long been platforms such as *Arbitrator Intelligence*, *Arbilex*, *Dispute Resolution Data*, or *Jus Mundi*, but the ability to process sources (I think of social networks, precedents, publications, news on the web, etc.) and at the same time the simplicity with which AI communicates will make this functionality particularly effective but also dangerous for the distortions it can lead to, regarding the choice of arbitrator or mediator. ⁽¹⁷⁾

In mediation management, the predictive function is vital for evaluating the BATNA (Best Alternative to a Negotiated Agreement); AI can help identify interests and prospective solutions; not least, it can be a valuable aid in drafting the agreement when it needs to be done quickly (at the end of the mediation session, for example); without going to the extremes of biometric analysis of body language.

⁽¹⁷⁾ N. BASSIRI, *Arbitrators and Their Online Identity*, in M. PIERS, C. ASCHAUER (eds.), *Arbitration In The Digital Age*, Cambridge, 2018, 246, on the question of impartiality, about the social profiles of the arbitrators (for example, the 'predictive comments ready to click on by LinkedIn – 'Congrats, Benjamin' and the like – make an over-enthusiastic arbitrator on the go, traveling from hearing to conference, more prone to questions of impartiality,' observing that "Thus, the IBA Guidelines fall short when Green Listing social media connections. They lack a sufficiently nuanced perspective as they have not taken into account the various features of each of the different social media platforms").

In managing an arbitration, it can analyse and summarise briefs and documents; it helps identify the key issues of a complex dispute to simplify it; ⁽¹⁸⁾ it can make a decisive contribution in examining the often copious electronic evidence; ⁽¹⁹⁾ it could even import elements of evidence directly from other digital environments (such as smart contracts or data contained in e-commerce platforms) without the intermediation of the parties. It can instantly turn speech into text, automatically correcting and translating it into all necessary languages. ⁽²⁰⁾

⁽¹⁸⁾ G. VOS, *Speech by the Master of the Rolls – The future of London as a pre-eminent dispute resolution centre: opportunities and challenges*, *The Mc Nair Lecture*, April 19, 2023 (it can be read in <Speech by the Master of the Rolls - The future of London as a pre-eminent dispute resolution centre: opportunities and challenges - Courts and Tribunals Judiciary>): ‘the central element of any dispute resolution process is to identify the issue or issues that divide the parties. That issue, even in a complex case, can often, once identified, be simple. The difficulty is getting to it quickly and early enough to avoid massive cost. It is here that generative AI may be able to help. It may be that the power of AI could identify, from a mass of complex facts and transactions, the real issues that divide the parties and that require resolution. If that could be done, the actual resolution process itself could become shorter and less costly, particularly if on-chain recording meant that the scope for factual disputes was much reduced’.

⁽¹⁹⁾ S. NAPPERT, *How Has Technology Changed the Legal Profession? Technology’s Impact on the Future of Arbitration*, in *ArbTech Blog*, March 31, 2023.

⁽²⁰⁾ During a meeting organised by CPR Institute Mediation Committee on June 18, 2024, Susan Guthrie (a synthesis of the meeting is made by A. ACHAR, *Practical Applications of AI in Mediation: CPR Committee Meeting Highlights*, in *www.cpradr.org*, June 28, 2024 (it can be read in <Practical Applications of AI in Mediation: CPR Committee Meeting Highlights - International Institute for Conflict Prevention & Resolution, Inc (cpradr.org)>) has mentioned some interesting tools: *CalendarHero*: automates remote meeting scheduling, so you can skip the ‘when are you free?’ dance; *Describe.AI*: free legal search with conversational language; *Sonix*: accurate speech-to-text in 49+ languages, automated transcription, AI analysis; *Disco* for e-discovery and *Casemark.ai* for summarising case documents. One can even ask a large language model to indicate which tools suit the mediator or arbitrator.

In short, as I said before, the functionalities are disruptive: a secretary ⁽²¹⁾ or even a digital ADR Institution; a machine that ‘extracts’ evidence instead of the parties and the arbitrator; a powerful tool for simplifying communication and argumentation that involves increasingly uniform languages – and devoid of the nuances imprinted by each of our personalities – capable of meeting the needs of increasingly widespread digital market tools (think of the aforementioned binary outcomes that must instruct smart contracts ⁽²²⁾).

And then... AI itself can suggest unlimited possibilities of use: simply asking the large language models available to everyone (*ChatGPT*, *Claude*, *Gemini* and many others), we will have continuous updates on the potential for development and application.

All that glitters is not gold; for example, an AI that, after watching a few minutes of our video, creates an avatar capable of speaking with our facial expression according to a predetermined script is not without concern: ⁽²³⁾ a real-time deepfake video that could lead to disastrous consequences if used, for example, in online witness depositions. Not to mention all the data security issues.

However, I want to emphasise here that whether we like it or not, the innovation is so incisive that it questions the preservation of the identity characteristics of the tools we know so far.

5. *Conclusions: ADR as HDR (Human Dispute Resolution)*. – Should we, therefore, form new acronyms? Should we speak of

⁽²¹⁾ I. QUIRK, G. PENDELL, *Arbitration tech Toolbox: the future of Dispute Resolution: Evolution or Revolution?* in *KluwerArbitration Blog*, February 1, 2024.

⁽²²⁾ Kleros White Paper, September 2019, available at <<https://kleros.io/whitepaper.pdf>>.

⁽²³⁾ S. MC CARTHY, *Arbitration Tech Toolbox: Is Generative AI Now the Biggest Threat to Remote Hearings?*, in *KluwerArbitration Blog*, April 13, 2024 (it can be read in <<https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2024/04/13/arbitration-tech-toolbox-is-generative-ai-now-the-biggest-threat-to-remote-hearings/>>).

On-chain Dispute Resolution (OcDR) or Artificial Intelligence Dispute Resolution (AIDR)?

I am convinced that the ADR category will continue to maintain its identity despite the variety of its components. It may sound like a paradox, but in the face of the myriads of technological means of dispute resolution, the unity of the category acquires today, more than ever, a much more precious significance than it has hitherto: the human factor. To quote Sophie Nappert, founder of *ArbTech*, a community discussion on the relationship between technology and ADR: ‘If we want the rule of law to continue to play a meaningful role in society, the ‘last kilometre’ of dispute resolution must remain human’. ⁽²⁴⁾ It is the road we must take.

Abstract

The paper analyses the impact of digitisation on alternative dispute resolution (ADR). It starts from the pre-existing fragmentation of the ADR category, highlighting the differences between autonomous and heteronomous methods. The advent of digital, initially seen as a category in its own right (ODR), is now seen as a cross-cutting element that modifies the use of ADR tools, but does not change their essence. New forms of ADR are then explored, such as blockchain-based ‘On-chain Dispute Resolution’, with its advantages and disadvantages, and the use of artificial intelligence (AI) to improve the efficiency of ADR processes, while raising ethical and security issues. Finally, it concludes by reaffirming the importance of the human factor (‘Human Dispute Resolution’ or HDR) in dispute resolution, despite technological advancement.

⁽²⁴⁾ S. NAPPERT, *Exploring The Intersection of Law, AI, and Web3: A Philosophical Journey*, in *ArbTech Blog*, August 7, 2024 (it can be read in <The Intersection of AI, Web3, and the Rule of Law: Navigating the Future of Dispute Resolution — ArbTech | Online Tech & Law Community>).

LA DIALETTICA VERITÀ/CERTEZZA ALLA PROVA DELLA NEGOZIALITÀ NEL PROCESSO (*)

*Roberta Tiscini (**)*

SOMMARIO: 1. La ricerca della verità materiale al cospetto dei metodi autonomi di componimento della lite. – 2. Gli obiettivi del giudizio e delle soluzioni consensuali della lite. – 3. Stabilità della decisione e tempi del processo. – 4. Giustizia contrattualizzata e tutela giurisdizionale differenziata. – 5. Tutela del consumatore, nomofilachia e funzione sociale del processo.

1. La ricerca della verità materiale al cospetto dei metodi autonomi di componimento della lite. – Il tema della ricerca della verità nel processo civile può, come è ovvio, essere affrontato alla maniera classica, involgendo il tradizionale dibattito intorno ad un accertamento solo formale dei fatti, ovvero alla sua proiezione verso la verità materiale. Tuttavia, l'approccio può anche essere diverso, se guardato alla luce di un fenomeno in crescita nel processo civile, in quanto imposto tanto dalla legislazione vigente quanto da esigenze concrete: è la negozialità a fare oggi da padrona, insinuandosi essa nelle dinamiche del giudizio sulla base di un incontro tra parti, nonché tra parti e giudice che tende a prendere le distanze dalla lo-

Giustizia consensuale Fasc. 2/2024, 705-716. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) Il contributo restituisce il testo della relazione al Convegno dedicato a «*Quid est veritas? La dialettica verità/certezza nell'esperienza giudica*», organizzato dall'Unione Giuristi Cattolici Italiani (UGCI), tenutosi a Catania il 24 e 25 novembre 2023, e destinato alla pubblicazione nei relativi Atti.

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

gica avversariale (ad essa ha accennato anche il Presidente Patroni Griffi evocando la ‘verità negoziata’, quale necessità che le parti e il giudice dialoghino tra loro sull’accertamento dei fatti non meno che sulle dinamiche processuali).

La negozialità compare innanzi tutto in funzione preventiva, prima del processo e con la prospettiva di evitarlo (in un momento anteriore al suo instaurarsi, ovvero a giudizio in corso, ma con lo scopo di porvi fine). Ciò accade in presenza di strumenti alternativi di soluzione del contenzioso – in particolare, quelli ‘autonomi’ di componimento della lite – volti ad evitare l’accesso al giudice, o comunque a concludere anticipatamente il giudizio (mediazione e negoziazione assistita sono oggi propagandati da una prolifica legislazione che non esita ad imporli quali condizioni di procedibilità della domanda giudiziale). Si tratta di rimedi volti a favorire l’accordo tra le parti, seppure – nell’immaginario delle recenti novelle – con una finalità non del tutto in linea con la loro effettiva *ratio*. A ben vedere, l’obiettivo perseguito dalla legislazione recente non è dei più genuini: prevale oggi l’intento della c.d. degiurisdizionalizzazione, sottrazione del contenzioso al giudice, in un momento in cui quest’ultimo è gravato di un eccessivo carico. Eppure, non dovrebbe essere questo il reale scopo delle soluzioni stragiudiziali della lite, puntando esse, piuttosto, al raggiungimento dell’accordo tra le parti nella prospettiva della loro pacificazione.

Non dimentichiamo che il processo nasce da una crisi di cooperazione verificatasi sul piano del diritto sostanziale, da un conflitto che emerge nei rapporti soggettivi (nella materia civilistica, una crisi intorno al diritto soggettivo o alle altre situazioni meritevoli di tutela). Sicché, ove le parti riescano ad accordarsi a prescindere dal processo (o nel corso di esso), il relativo risultato andrebbe considerato l’epilogo migliore (da una relazione sostanziale origina il giudizio e su una relazione sostanziale esso finisce per riversarsi).

Ci possiamo chiedere se tale risultato sia un bene o un male sotto il profilo della ricerca della verità, risultato che, in effetti, rispetto alle soluzioni stragiudiziali della lite, può apparire come l’antitesi:

in un contesto in cui le parti giungono ad un incontro delle volontà proponendo soluzioni che prescindono dall'attribuzione dei torti e delle ragioni, la ricerca della verità non è il fine ultimo da perseguire, né un bene da proteggere, potendo il giudizio stesso mostrare esiti che nulla hanno a che vedere con la 'giustizia' secondo la logica avversariale. Viene perciò meno la ricerca della verità, sia quando il giudizio è del tutto evitato (ove mediazione o negoziazione assistita operino in via preventiva), sia quando esso è avviato, ma si conclude con un accordo tra le parti (cessazione della materia del contendere).

Ho già evidenziato come è una realtà in crescita il fatto che il processo prescinda dalle logiche che governano la ricerca della verità. Penso ad esempio alla mediazione demandata dal giudice (art. 5 *quater* d.lgs. n. 28 del 2010, come modificato dal d.lgs. n. 149 del 2022), quando è il giudice stesso che – di sua iniziativa, al di fuori dei casi in cui essa è obbligatoria o concordata – invita le parti a tentare la via stragiudiziale, non procedendo egli direttamente, ma demandando l'esercizio della funzione conciliativa ad un terzo. Siamo qui in presenza di un giudice che si affida alle soluzioni negoziate stragiudiziali rinunciando a dirigere personalmente la fase conciliativa. Una siffatta dinamica abdica alla verità proiettando il giudizio verso un risultato che non ha ad oggetto l'indagine storica in punto di fatto. Se davvero l'obiettivo perseguito nel e per il processo fosse la sola ricerca della verità, sarebbe da rinnegare qualunque strumento che da tale obiettivo prenda le distanze. Il che però, da un lato, si porrebbe in contraddizione con il *trend* delle riforme, da un altro, indurrebbe a rinunciare ai vantaggi a cui pure conduce il risultato consensuale (quand'anche prodottosi all'interno di un giudizio).

2. *Gli obiettivi del giudizio e delle soluzioni consensuali della lite.* – Occorre allora riflettere su pregi e difetti del processo rispetto a quelli corrispondenti delle soluzioni negoziate del contenzioso. Se il primo offrisse alle parti qualcosa in più rispetto a quanto assicura

la via stragiudiziale, se la sentenza fosse migliore e più garantista dell'accordo conciliativo, allora potremmo davvero sostenere che qualunque alternativa alla decisione giurisdizionale sia da abbandonare, e perciò che solo il processo proiettato su una sentenza volta all'accertamento dei fatti sarebbe il risultato a cui puntare. Il percorso negoziale si rivelerebbe un surrogato del processo che tuttavia a quest'ultimo non riuscirebbe a sostituirsi, essendo l'esercizio del potere autoritativo giudiziale proiettato sulla ricerca della verità materiale quale unico risultato da salvaguardare. Diversamente si porrebbe la situazione ove si appurasse che l'accordo conciliativo mostra, sul piano effettuale, non minori vantaggi di quanti ne ha la sentenza; dovrebbe allora lasciarsi spazio all'idea che non è la ricerca della verità l'obiettivo primario da perseguire, orientandosi esso, piuttosto, sulla pacificazione delle parti (a prescindere dal fatto che ciò accada secondo l'impostazione tradizionale di tipo avversariale, con una decisione autoritativamente imposta, ovvero attraverso una relazione orizzontale tra giudice ed avvocati orientata a definire la lite attraverso la conciliazione).

Occorre pensare che il risultato che raggiungono le parti concludendo un accordo sull'oggetto del contendere (in sede giudiziale o stragiudiziale, in mediazione o negoziazione assistita, con una transazione o altro) è il migliore degli esiti possibili perché è qui che si incontrano le volontà, ed è qui che davvero si pone fine alla lite. Non ugualmente può dirsi nel caso in cui il vincitore ottenga una sentenza che sia giusta (attribuendo i torti e le ragioni), ma che al contempo non lasci soddisfatti né il vincitore, né – tantomeno – il soccombente. A ben vedere, l'obiettivo del processo dovrebbe essere *in primis* quello di rendere le parti soddisfatte, non quello di cercare la verità, anche al costo di raggiungere un risultato che non spegne il conflitto (anzi, che lo accentua).

In altri termini, l'accordo conciliativo, quand'anche inidoneo ad accertare la verità fattuale, resta pur sempre l'unico strumento che conduce alla soddisfazione delle parti, favorendo esso non la decisione giusta, bensì quella che si fa portatrice dei loro reali interessi.

Il che, d'altra parte, riduce le probabilità che al raggiunto accordo facciano seguito ulteriori strascichi in sede esecutiva; diversamente, data la sentenza, quand'anche resa secondo la logica avversariale, ci sarà sempre qualcuno che se ne vorrà dolere, eventualmente nelle forme dell'esecuzione forzata (è il caso noto del debitore condannato, che, nonostante la sentenza esecutiva e i plurimi solleciti, persiste nel non onorare il proprio debito).

È perciò fuorviante sostenere che la sentenza assicura qualcosa in più rispetto all'accordo conciliativo perché vi è qui un giudice che decide 'giustamente'; è bene riflettere sulla preferibilità di una decisione giusta, ma insoddisfacente per le parti, rispetto a una soluzione non contenziosa, in cui emergono gli interessi aldilà della giustizia.

3. Stabilità della decisione e tempi del processo. – Nel valutare pregi e difetti della sentenza rispetto all'accordo conciliativo, soccorre poi la c.d. forza di resistenza, la stabilità della decisione (consacrata nella formazione della cosa giudicata) a fronte di un accordo reso *inter partes* che non ha interessato l'esercizio di un potere autoritativo, e destinato perciò – all'apparenza – a restare 'precario'; il che a sua volta coinvolge il tema della durata del processo a fronte della durata del procedimento di mediazione o di negoziazione assistita.

Cominciando da questa seconda questione, varrà la pena riconoscere come la decisione giurisdizionale, volta ad accertare i fatti, costituisca la modalità di soluzione del contenzioso più complessa, coinvolgendosi un giudice, e corredando l'accertamento di tutte le garanzie necessarie per assicurare l'affidabilità della decisione sotto il profilo dell'indagine in punto di fatto, non meno che la sua regolarità sul piano formale (altro è dire poi che un tale accertamento sia orientato sulla verità formale o su quella reale, la verità che dà certezza). A ben vedere, è proprio l'accertamento dei fatti che finisce per rivelarsi una delle ragioni principali dell'inefficienza del giudizio, per la durata a cui si espone (che ai nostri giorni si fa sempre

più 'irragionevole'). Non così nella mediazione, in cui proprio la mancanza di un'indagine puntuale sui fatti consente di sperare in esiti della lite più contenuti sul piano temporale. Sotto questo profilo, quindi, la mediazione vince sulla sentenza, divenendo strumento assai più appetibile di quanto non lo sia la sentenza stessa, proprio per l'obiettivo perseguito, che non è tanto accertare i fatti e giungere a una decisione giusta, quanto pacificare gli animi di parti contrapposte.

Sul piano della stabilità della decisione (sentenza *versus* accordo conciliativo), nuovamente l'ago della bilancia non è poi così inclinato a favore della prima. Il risultato che si raggiunge con l'accordo conciliativo è – quanto al rapporto sostanziale – il più stabile: si conclude infatti un contratto, il quale «ha forza di legge tra le parti» (art. 1371 c.c.) ed è perciò vincolante tra le parti non certamente meno che una sentenza passata in giudicato. In altri termini, il vincolo che realizza il contratto è quello di una verità tra le parti stante nella rappresentazione delle relative volontà, in ragione della rispettiva forza contrattuale, verità che si impone su di loro non meno di quanto faccia la sentenza passata in giudicato rispetto all'accertamento storico dei fatti. Non si può ammettere – come ben spiega Francesco P. Luiso – che il risultato che raggiunge la sentenza sia più stabile di quello conseguito con l'accordo conciliativo: sarebbe come ammettere che la medicina riesca a riportare il paziente in una condizione di salute migliore di quella che aveva prima che la malattia prendesse il sopravvento (semmai uguale, ma non certo migliore!). Piuttosto, ed al contrario, con la conciliazione delle parti si torna al contratto dal quale si era partiti, e così il cerchio si chiude: dal diritto sostanziale origina la controversia e su questo si torna, attraverso l'ausilio del processo giurisdizionale, non meno che attraverso un accordo conciliativo.

Quanto alla stabilità della decisione – e scendendo un po' più nel dettaglio della dinamica processuale – una certa maggiore precarietà va riconosciuta in effetti all'accordo conciliativo rispetto alla sentenza sotto il profilo della denuncia delle relative invalidità. Quan-

do una sentenza è formalmente passata in giudicato, essa diventa irretrattabile (salva la percorribilità delle impugnazioni straordinarie); sicché l'accertamento in essa contenuto si stabilizza in tempi relativamente brevi, una volta decorsi i termini per impugnare (o prestata acquiescenza alla decisione). Diversamente, per la denuncia delle invalidità il contratto è assoggettato a termini molto più lunghi (o addirittura imprescrittibili come nel caso dell'azione di nullità). *Rebus sic stantibus*, potrebbe in effetti ravvisarsi una *deminutio* dell'accordo rispetto alla sentenza.

Sono questi tutti parametri che impongono una riflessione: ambire ad un esito del conflitto davvero in grado di pacificare gli animi è soluzione eticamente condivisibile, seppure nelle modalità di un accordo conciliativo e dunque a scapito della sentenza, unico strumento astrattamente proiettato verso l'accertamento dei fatti?

4. Giustizia contrattualizzata e tutela giurisdizionale differenziata.

– C'è infine un altro modo di inserire all'interno del processo la negozialità. Si tratta di un fenomeno venuto manifestandosi in maniera significativa in tempi di pandemia da Covid-19 quando, a seguito degli interventi pubblicistici di restringimento delle libertà, e di crisi economica, le relazioni contrattuali sono venute alterandosi, sicché l'intervento del giudice ha avuto la funzione di ristabilire l'equilibrio tra le parti attraverso un riassetto delle relative clausole contrattuali, pur prescindendo dal consenso delle parti stesse. Vi è qui la nutrita casistica della rinegoziazione di clausole nei contratti di locazione (quanto alle condizioni di pagamento o alla quantificazione del canone, alla durata del contratto, ecc.), rinegoziazione realizzata con interventi giurisdizionali autoritativi, ancorché in assenza di una esplicita volontà delle parti nel medesimo senso. Si è trattato di interventi certamente emergenziali, da circoscrivere perciò in un contesto storico ben definito e per superare contingenti criticità. Tuttavia, resta questa una vicenda da considerare, in quanto dimostra come la rinegoziazione dei contratti possa provenire

anche da valutazioni giudiziali realizzate all'interno di un processo. Non vi è qui un accordo tra le parti (saremmo altrimenti nell'ambito della conciliazione giudiziale o della mediazione demandata dal giudice *ex art. 5 quater* d.lgs. n. 28 del 2010); si fa piuttosto l'ipotesi di un giudice che propone (impone?) una soluzione del caso concreto che passa attraverso la ridefinizione degli assetti contrattuali tra le parti. La situazione è delicata, i poteri esercitati in via ufficiosa stridono con i limiti ad essi imposti dal principio dispositivo e dall'autonomia negoziale. Eppure, di una tale possibilità occorre prendere atto, pur nella consapevolezza della sua auspicabile residualità.

In tempi di pandemia tutto è stato comprensibile e giustificabile, sicché ogni giudizio in proposito sarebbe superfluo (i limiti contingenti del momento storico che si è vissuto – del tutto eccezionale – sono bastevoli). Ciò nonostante, il fenomeno va esaminato in quanto espressione della volontà di fare del processo una sede destinata al componimento dei conflitti più che all'effettivo accertamento della verità.

Si colloca in questo contesto la c.d. funzione sociale del processo, una riqualificazione in prospettiva etica del giudizio, in virtù della quale quest'ultimo ha lo scopo di ristabilire un equilibrio nelle relazioni tra le parti che il diritto sostanziale non assicura. Si tratta, in altri termini, di proteggere, attraverso la tutela giurisdizionale, la parte vulnerabile del rapporto, quella che in base proprio alla relazione sostanziale, dovrebbe trovarsi in posizione di debolezza. Che il processo persegua una funzione sociale non è una novità dei nostri giorni. Ne troviamo traccia sin dagli studi di Franz Klein, avviando una riflessione sui valori della tutela giurisdizionale che hanno finito per illuminare la processualistica moderna.

Il giudizio persegue da tempo la funzione sociale. Ve ne è un esempio chiaro nella c.d. tutela giurisdizionale differenziata (per usare la definizione cara ad Andrea Proto Pisani), nel processo del lavoro. In quel caso – nel lontano 1973 – il legislatore costruì un modello *ad hoc* a protezione della parte debole: il lavoratore (con

dinamiche processuali speciali destinate a riversare i loro effetti direttamente sul rapporto di lavoro). Vi sono poi ulteriori recentissimi esempi: così il nuovo processo di persone, minorenni e famiglie, in cui parte vulnerabile è il minore e tutta la dinamica giudiziale ruota intorno all'esigenza di proteggerne la posizione (umana e giuridica).

Occorre nuovamente chiedersi come si collochi in questo contesto la ricerca della verità materiale. Qui la ricerca della verità non costituisce il bene primario da tutelare; altri sono gli obiettivi da perseguire. Eppure, anche in un siffatto quadro nessuno azzarderebbe a tacciare il giudizio di disparità di trattamento. Quello orientato verso la 'funzione sociale' non è in effetti un sistema processuale che punta alla verità (o meglio non punta solo ad essa). Diversi sono i valori perseguiti, ma ciò non basta per dubitare del fatto che il processo del lavoro o quello delle persone, minorenni e famiglie siano modelli eticamente validi, essendo piuttosto giusto, corretto, condivisibile difendere un soggetto vulnerabile quando il rapporto sostanziale pone le parti in posizione squilibrata.

5. Tutela del consumatore, nomofilachia e funzione sociale del processo. – Fenomeni come quelli descritti – la c.d. giustizia contrattualizzata o giustizia inclusiva, la tutela giurisdizionale differenziata – stimolano l'attenzione anche su un altro tema: ci si può chiedere se tra i soggetti 'vulnerabili' (oltre ad altre categorie parimenti importanti, quali il lavoratore, il minore, l'immigrato, il portatore di disabilità ecc.) si collochi anche il consumatore e quali siano i metodi per assicurare la tutela. A ben guardare, egli è parte debole per eccellenza. Lo sappiamo bene, perché è la legislazione che pone i riflettori su tale categoria soggettiva. La centralità del consumatore nella legislazione non è solo esperienza nostrana, è imposta dall'Europa e manifestata nelle forme più drastiche da una giurisprudenza che non esita a proporre soluzioni particolarmente innovative per la necessità di proteggere proprio il consumatore. Mi li-

mito ad evocare il caso – ormai noto – della stabilità del decreto ingiuntivo emesso nei suoi confronti, nonostante l'abusività di talune clausole del contratto sottostante, e nonostante tale abusività non sia emersa in fase monitoria, né il decreto sia stato oggetto di opposizione. Il tema è stato affrontato e risolto dalle Sezioni Unite offrendo una soluzione – su cui non mi posso soffermare nel dettaglio in questa sede – che mostra tutta la sua innovatività rispetto alle regole scritte (e non scritte, ma ormai stabili per prassi consolidata) ⁽¹⁾; una soluzione che stravolge gli istituti e che mai il testo di legge avrebbe potuto avallare. Il tutto per l'esigenza di proteggere la parte vulnerabile del rapporto (il consumatore), nonché nella prospettiva proprio della funzione sociale del processo civile (su cui mi sono soffermata in precedenza).

Siamo anche qui in presenza di una funzione sociale in cui la contrattualizzazione – la prospettiva inclusiva applicata al processo – viene realizzata attraverso l'intervento diretto del giudicante, ma di un giudicante particolare – la Corte di Cassazione – con i suoi poteri di piegare le norme nel nome della nomofilachia.

Ci si può chiedere se anche un tale potere di modellare oltre misura il testo della legge nel nome della funzione sociale del processo sia un bene o un male, se una tale realtà vada apprezzata, accettata, combattuta. Mi sembra, se non sbaglio, di aver colto un accenno nella relazione del Presidente Patroni Griffi e anche nella provocazione finale del Presidente di questo tavolo, alla 'crisi interiore' che vive un giudice quando si dice chiamato a decidere sulla base di una legge che ritiene essere sbagliata. Quali sono i confini del 'giusto' e dello 'sbagliato'? Il concetto di 'sbagliato' è forse la distanza della legge dalla verità ovvero è la distanza della legge dalla funzione etica di una scelta? Di fronte al potere del giudice di inserire una valutazione etica, di decidere nella prospettiva dell'uguaglianza sostanziale, assicurando alla decisione una valenza 'sociale', non si può restare superficiali e rifiutare ogni percorso in tale direzione solo perché

⁽¹⁾ Cass., sez. un., 6 aprile 2023, n. 9479.

lontano dalla ricerca della verità. Qui non si tratta di attribuire al giudice il ruolo di moralista, ma neanche si può davvero credere che egli debba (o possa) limitarsi ad applicare la legge. È ormai un'illusione abbandonata da tempo quella che vede nel giudice la 'bocca della legge' e quindi immaginare un processo in cui ci si allontana dalla ricerca della verità ma in una prospettiva etica, inclusiva, sociale è un qualcosa con cui, quantomeno, prendere confidenza. Poi possiamo condividere o meno il mutato ruolo del giudicante che rinnega la verità sostanziale nella prospettiva di un bene ritenuto superiore; di là dalle opinioni – che restano personali – con una tale realtà occorre oggi fare i conti, c'è una casistica nutrita sul piano applicativo, e rilevante sotto tanti punti di vista, che ci impone di riflettere anche su tali aspetti.

È una la garanzia che va rispettata sempre e comune nel contesto processuale, quella del contraddittorio tra le parti. Una qualunque scelta giudiziale non può essere frutto della valutazione unilaterale del giudicante: occorre sempre assicurare il contraddittorio, garantire cioè che il dialogo sia davvero trilatero tra parti e giudice, tale per cui una qualsiasi proposta (o scelta) di quest'ultimo – pure nella prospettiva della socializzazione – sia condivisa ed accettata (quand'anche non voluta) dalle parti, questi ultimi i veri protagonisti della scena giudiziaria.

Abstract

L'a. affronta il tema degli obiettivi che persegue il processo, nella prospettiva della ricerca della verità materiale, alla luce delle nuove esperienze (applicative e normative) che sempre più collocano il fenomeno negoziale nelle dinamiche del processo stesso. Il che accade, non solo con l'affermarsi dei metodi autonomi di componimento della lite, ma anche attraverso esperienze, quali quelle della giustizia contrattualizzata o della tutela giurisdizionale differenziata,

contesti nei quali non è tanto il raggiungimento della verità a costituire il fine ultimo, quanto la pacificazione dei contendenti.

The Author addresses the objectives of the trial, in the perspective of the search for material truth, according to new (applicative and normative) experiences that increasingly place the negotiation in the dynamics of the trial itself. This happens not only in the framework of alternative dispute resolutions, but also through experiences, such as those of contractualised justice or differentiated jurisdictional protection, contexts in which it is not so much the achievement of the truth that constitutes the ultimate goal, but the pacification of the contenders.

VALENTINA BONINI (a cura di), *La giustizia riparativa* (d.lgs. n. 150/2022 – d.lgs. n. 31/2024), Giappichelli, Torino, 2024, I-XX, 1-335.

Il quindicesimo volume della prestigiosa collana «Leggi penali tra regole e prassi», diretta da Adolfo Scalfati e Mariavaleria del Tufo – l'uno processualpenalista, l'altra penalista – ospita il volume collateraneo dedicato alla giustizia riparativa curato da Valentina Bonini, già autrice di numerosi contributi in materia.

La stessa collocazione editoriale dice molto dell'opera e dello specifico tema trattato – la giustizia riparativa – che, come noto, ha ricevuto una sua disciplina organica solo con il d.lgs. n. 150 del 2022, c.d. riforma Cartabia, e che molto risulta tributaria delle distinte, e in non pochi casi virtuose, prassi sviluppatesi a livello locale.

È la stessa curatrice a rammentare nella sua introduzione come i diversi contributi si muovano articolandosi su una duplice coordinata – sistematica e applicativa – nel tentativo di fornire al lettore «le lenti nuove da indossare» per accostarsi alla giustizia riparativa, con il fine ultimo di contribuire a quella rivoluzione culturale che rappresenta la condizione necessaria per la sua comprensione ed è al tempo stesso garanzia per una sua corretta attuazione.

Si tratta di una collettanea che rende subito evidente la profonda conoscenza della materia della sua curatrice che si manifesta sia nella scelta degli autori coinvolti nel progetto editoriale sia nei diversi temi loro assegnati. Il risultato è un impianto ricco, ma lineare e preciso, che ci accompagna attraverso gli snodi più rilevanti della materia.

Da un lato, infatti, Valentina Bonini ha selezionato una rosa di autori competenti e autorevoli, tra cui spiccano alcuni dei nomi più conosciuti nel panorama nazionale che si interessano di giustizia riparativa da lungo tempo: ci riferiamo a Grazia Mannozi e Elena

Mattevi, autrici di alcuni lavori monografici che fungono tuttora da punto di riferimento per chi intende approfondire un tema affascinante e complesso quale quello della *restorative justice*.

Dall'altro, la curatrice del volume ha saputo anche dosare opportunamente i contributi di diritto processuale penale (della stessa Valentina Bonini, autrice dell'introduzione al volume, di Paola Maggio, di Lucia Parlato e di Susi Campanella) e quelli di diritto penale (di Francesco Palazzo, di Grazia Mannozi, di Francesco Cingari, di Emma Venafro e di Elena Mattevi), lasciando comunque spazio al confronto con studiosi di altre materie (Patrizia Patrizi, Professoressa Ordinaria di Psicologia giuridica, autrice di un'appassionata prefazione, e Anna Lorenzetti, Professoressa Associata di Diritto Costituzionale), in ciò mettendo in evidenza come la giustizia riparativa si caratterizzi per essere un tema ontologicamente multidisciplinare. Scrive infatti Patrizia Patrizi nella sua prefazione: «(...) la giustizia riparativa non appartiene a una disciplina, né a una professione. È un'opzione che include sguardi disciplinari e professionali diversi (...)». Ed è proprio per offrire al lettore la pluralità di sguardi evocata, anche nel tentativo di restituire il dato di realtà per cui la giustizia riparativa si è affermata nel nostro Paese attraverso le prassi più diverse che si sono affermate a livello locale e tornerà a restituirci il suo volto rinnovato solo all'indomani dell'avvenuta compiuta riforma, allorquando la prassi relativa alla sua attuazione si sarà consolidata, che sono stati coinvolti nel progetto editoriale anche numerosi avvocati (Valentina Alberta, Eleonora Antonuccio, Michele Passione), un rappresentante della magistratura (Marcello Bortolato, Presidente del Tribunale di Sorveglianza di Firenze), il presidente della rete Dafne Italia (Marco Bouchard) e Federica Brunelli, nella sua veste di avvocato ma anche di mediatrice dell'Ufficio per la mediazione di Milano, i cui scritti danno espressione e voce a quei professionisti che a vario titolo concorreranno alla piena realizzazione della riforma. In quest'ottica, dunque, il contributo di ciascun autore diviene un necessario e imprescindibile tassello del

quadro multidimensionale di cui la giustizia riparativa, proprio perché dialogica e relazionale per definizione, è espressione.

Quanto alla scelta dell'oggetto della trattazione, la giustizia riparativa è certamente divenuta da ultimo, proprio grazie alla recente riforma, un tema particolarmente in voga; si tratta però anche di un tema fortemente divisivo che ha visto nel tempo contrapporsi schieramenti di accesi sostenitori e di coriacei detrattori. Al contrario, l'opera si caratterizza per un equilibrio di fondo che connota tutti i contributi e per un taglio sempre critico nell'affrontare l'analisi della disciplina organica ed i nodi interpretativi che la stessa pone e, più in generale, la potenziale ed in alcuni casi effettiva frizione con taluni dei principi propri dell'ordinamento penale e processuale penale (cfr. sul punto rispettivamente i saggi di Francesco Palazzo e Lucia Parlato): dalla prevenzione generale al principio di legalità, attraverso la «purezza cognitiva del processo», per giungere ad uno dei temi attualmente più controversi: quello dei rapporti sussistenti tra giustizia riparativa e finalità rieducativa della pena. Nota, a questo proposito, la posizione particolarmente critica assunta da Giovanni Fiandaca nel suo recente libro intitolato «Punizione», secondo cui il vero rischio derivante dall'innesto della giustizia riparativa in sede esecutiva sarebbe costituito dal fatto che esso, ove non adeguatamente supportato da linee operative chiare, potrebbe prestarsi a derive moraleggianti, non in linea con l'accezione laica della finalità rieducativa generalmente accettata in dottrina. Ebbene, alcuni dei contributi dell'opera fanno da contrappunto a questa posizione in un ideale dialogo aperto, valorizzando in particolare uno degli scopi dei programmi di giustizia riparativa indicati dall'art. 43, 2° comma, d.lgs. n. 150 del 2021, quello della responsabilizzazione della persona indicata come autore dell'offesa, per sostenere quantomeno la comune matrice umanistica e il nesso di strumentalità della giustizia riparativa rispetto alla rieducazione (cfr. i contributi di Francesco Palazzo, Marcello Bortolato e Paola Maggio).

Rileggere il paradigma della giustizia riparativa alla luce dei principi propri della giustizia punitiva potrebbe del resto apparire un

errore prospettico di fondo se è vero che il paradigma della giustizia riparativa è frutto, come insegna Francesco Palazzo, della postmodernità e del suo tratto caratteristico di voler dare ingresso a «dimensioni personalistiche e sociali reali e concrete, nell'immediatezza della loro consistenza multiforme e variabile, superando la formalizzazione cui il diritto penale tradizionale le sottopone».

Diventa allora fondamentale definire il concetto stesso di giustizia riparativa, prima ancora di approfondire il tema della sua necessaria complementarità al sistema della giustizia punitiva classica. Nel fare ciò, passaggio imprescindibile è fare chiarezza e tenere distinto il panorama ascrivibile alle condotte riparatorie susseguenti al reato dal paradigma della giustizia riparativa, come puntualmente segnala Francesco Palazzo nel suo contributo.

D'altronde, lo stesso legislatore della riforma Cartabia, dimostrando di comprendere appieno la necessità di fare chiarezza su definizioni e principi generali, ha dedicato a questi ultimi la prima parte delle norme del decreto legislativo. Al loro approfondimento è dedicato il saggio di Elena Mattevi che si arricchisce di un puntuale riferimento alle fonti sovranazionali proprio nel tentativo di restituire al lettore l'inquadramento corretto della definizione di giustizia riparativa offerta dal decreto rispetto alle diverse opzioni ricostruttive suggerite in dottrina che, come noto, sono quelle della *reparative conception*, della *encounter conception*, che si incentra sull'incontro tra la vittima e autore dell'offesa, e dalla *transformative conception*, che valorizza lo studio e la rimozione delle cause che concorrono alla commissione del reato. Viene così messo bene in evidenza come la stessa definizione di giustizia riparativa, offerta dall'art. 42 del decreto citato e articolata sul concetto di programma riparativo, sia largamente tributaria dei c.d. *Basic Principles* del Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite (risoluzione 2002/12) e fortemente caratterizzata dalla centralità conferita ai protagonisti della giustizia riparativa, che nella riforma italiana non sono solo vittima e autore dell'offesa ma anche «gli altri soggetti

appartenenti alla comunità», con un'opzione che valorizza l'autentica dimensione relazionale della giustizia riparativa.

Non a caso, subito dopo il saggio citato, ritroviamo quelli di Marco Bouchard e di Michele Passione, espressamente dedicati rispettivamente alla vittima e alla persona indicata come autore dell'offesa, trascinate nella «meravigliosa vertigine trasformativa che connota l'esperienza dell'incontro».

Nel dipanarsi dell'opera, il contributo di Valentina Alberta accompagna il lettore nella fitta trama dei principi che si riflettono in altrettante garanzie per i soggetti coinvolti nel programma riparativo e per il procedimento penale. Con riferimento ai principi relativi ai soggetti coinvolti, viene messa in luce la centralità del consenso e della volontaria partecipazione ai percorsi di giustizia riparativa, il carattere attivo della partecipazione di tutti i soggetti coinvolti nel programma, l'eguale considerazione di cui godono vittima e autore dell'offesa e l'imparzialità e l'indipendenza che debbono caratterizzare l'opera del mediatore, cui è dedicato un ulteriore specifico saggio di Federica Brunelli, autrice anche di quello successivo dedicato ai programmi di giustizia riparativa. Quanto alle garanzie relative al procedimento, particolare attenzione è rivolta nel saggio di Valentina Alberta alla necessità che il consenso risulti informato e alla riservatezza, che deve caratterizzare l'opera dei mediatori e degli operatori dei Centri, e che si attegga ad obbligo di non divulgazione per tutti i partecipanti ai programmi.

Il contributo di Paola Maggio è invece dedicato ad uno dei principi cardine relativi al procedimento, quello relativo al diritto all'accesso e, più nello specifico, al vaglio affidato al giudice a questo riguardo. È questo probabilmente il nodo esegetico che più ha alimentato il dibattito e che ha portato parte della dottrina processualistica ad esprimersi in maniera censoria rispetto al potere di iniziativa *ex officio* riconosciuto al giudice (e al p.m. ove ci si trovi ancora nella fase delle indagini) che si risolverebbe, secondo questa tesi, in un indebito strumento di pressione sulle scelte difensive, con violazione dei principi di parità delle parti, ove a disporre l'invio sia

il pubblico ministero, e del diritto di difesa e, prima ancora, della presunzione di innocenza, ove l'invio sia disposto dal giudice. Il saggio di Paola Maggio prende in considerazione sia l'oggetto del «filtro» cui il giudice è chiamato – quel giudizio sull'utilità del programma alla risoluzione delle questioni derivanti dal fatto per cui si procede e sul pericolo concreto per i soggetti coinvolti nel programma e per l'accertamento del fatto – sia le implicazioni che possono scaturire da un eventuale diniego dell'invio, commentando criticamente le prime pronunce della giurisprudenza, poco attente al rispetto delle esigenze delle vittime o ancora a quelle difensive dell'imputato, e dando atto dell'orientamento giurisprudenziale che esclude l'impugnazione del provvedimento di rigetto delle istanze di accesso ai programmi, alla luce dell'asserita natura non giurisdizionale del procedimento riparativo *ex art. 129 bis c.p.p.* Il saggio affronta poi anche un diverso nodo, quello delle ricadute dell'esito riparativo sul processo penale e sui corrispettivi nuovi e più ampi spazi di discrezionalità che il giudice si vede a questo proposito riconosciuti nelle diverse fasi del procedimento. Nel fare ciò il saggio di Paola Maggio si pone idealmente come ponte rispetto ai contributi successivi, non a caso dedicati alle ricadute processuali di un raggiunto esito riparativo: quello di Francesco Cingari relativo alle ricadute in sede di commisurazione giudiziale, in cui particolare attenzione è dedicata all'incidenza dell'esito riparativo sulla commisurazione in senso stretto e alla nuova circostanza di cui all'art. 62 n. 6 c.p. e quello, ricco e particolarmente approfondito, di Emma Venafrò e Susi Campanella che si interessa di approfondire i possibili e molteplici effetti estintivi legati all'esito riparativo.

Da ultimo, ritroviamo il bel saggio di Marcello Bortolato su giustizia riparativa ed esecuzione penale, laddove si torna a riflettere sui rapporti intercorrenti tra revisione critica, di cui al nuovo art. 13 o.p., trattamento, rieducazione e giustizia riparativa, con una chiara presa di posizione per una loro compatibilità. E, infine, contribuisce a comporre un quadro il più completo possibile lo scritto di Eleonora Antonuccio sulla giustizia riparativa dedicata alle persone mi-

nori d'età, già terreno di «sperimentazioni di percorsi riparativi, sotto forma di mediazione penale», cui la riforma Cartabia ha dedicato norme specifiche agli artt. 46, 47 e 48 d.lgs. n. 150 del 2021, che sono oggetto di specifico approfondimento.

Nella collettanea, dunque, ogni gruppo di norme della disciplina organica viene adeguatamente scandagliato. Prendendo a prestito la tripartizione suggerita da Francesco Palazzo nel suo contributo, sono oggetto di approfondito studio le norme «statiche», relative alle definizioni, ai principi, alle garanzie, quelle «dinamiche», relative all'innesto della giustizia riparativa nel processo penale e agli effetti sul piano sostanziale dell'esito riparativo, ove raggiunto, ma anche quelle «organizzative», relative alla disciplina dei Centri della giustizia riparativa e del loro funzionamento. Dello studio di queste ultime si interessa il saggio di Anna Lorenzetti, dedicato proprio ai centri per la giustizia riparativa e ai livelli essenziali delle prestazioni, che si occupa di analizzare la disciplina approntata dai decreti attuativi, adottati nell'estate del 2023.

L'opera appare pertanto ricca, completa e aggiornata (si commentano anche i ritocchi apportati alla riforma dal successivo d.lgs. n. 31 del 19 marzo 2024), rappresentando pertanto, a nostro modo di vedere, un punto di riferimento fondamentale per quanti, studenti, professionisti e colleghi, vogliano accostarsi allo studio della giustizia riparativa e un valido testo da adottare nei corsi che verranno a breve organizzati per la formazione dei nuovi mediatori.

Antonia Menghini

WILLIAM URY, *Possible: How We Survive (and Thrive) in an Age of Conflict*, Harper Business, New York, 2024, 1-368.

The age of conflict is undeniably upon us, marked by an era of unprecedented complexity. Societal values are under siege, political polarization is deepening, financial markets face growing instability, and the health of our planet is increasingly compromised. As global leaders scramble to address the cascading consequences of wars, poverty, and climate change, destructive conflicts continue to escalate, obstructing our ability to tackle humanity's most pressing challenges.

While the origins of these conflicts often lie in human actions, the same ingenuity that has created these challenges holds the key to their resolution. Advances in knowledge, science, and technology provide us with powerful tools to confront these threats and uncover pathways to progress. In his latest book, *Possible: How We Survive (and Thrive) in an Age of Conflict*, William Ury highlights the untapped potential within us to transform conflict into opportunity. He invites readers on a journey of self-discovery and empowerment, equipping them with an invaluable toolbox for harnessing curiosity, creativity, and collaboration. Ury's work is a reminder that even in the face of conflict, the realm of possibility is vast, offering a beacon of hope for building a more harmonious and sustainable future.

Combining Ury's decades-long experience in conflict management with actionable insights, *Possible* serves as a comprehensive guide for individuals and organizations grappling with discord. At its core, the book encapsulates American psychologist Kenneth Kaye's famous quote 'conflict is neither good nor bad – If properly managed, it is absolutely vital'. In the spirit of transformative negotiation, Ury (re)asserts that conflict is not inherently detrimental,

but the way we approach it determines whether it becomes destructive or transformative.

Possible expands upon the tenets of principled (*win-win*) negotiation, which lie at the very essence of the Harvard negotiation model. The foundational concepts of *going to the balcony*, *building a golden bridge*, and *engaging the third side* – initially explored in Ury's earlier works ⁽¹⁾ – serve as the bedrock for his transformative *path to possible*, offering a cohesive framework for resolving conflicts constructively.

Ury structures his framework around three *victories*: (i) go to the balcony; (ii) build a golden bridge; (iii) engage the third side. The achievement of these three interconnected victories can unlock our full potential, helping us successfully transform destructive conflict.

By *going to the balcony*, aspiring *possibilists* can focus on their own *self*. The balcony, one of the historical pillars of principled negotiation, is a space for gaining perspective through reflection, undertaking a holistic assessment of the situation. At the balcony, we are encouraged to *pause* – controlling our impulse, *zoom in* – focusing on our interests and needs, and at last *zoom out* – seeing the big picture. On the journey to *possible*, the balcony – the work within ourselves – is the necessary preliminary step to fruitfully engaging with others.

The metaphorical golden bridge embodies the collaborative solution, the effort of bridging the gap and fostering a relationship

⁽¹⁾ W. URY, R. FISHER, B. PATTON, *Getting to Yes: Negotiating Agreement without Giving In*, 2nd ed., Houghton Mifflin, Boston, 1991; W. URY, *Getting Past No: Negotiating in Difficult Situations*, New York, 1993; ID., *The Third Side: Why We Fight and How We Can Stop*, Penguin Books, New York, 2000; ID., *Getting to Yes with Yourself (and Other Worthy Opponents)*, New York, 2015.

with the other side. In his book *Getting Past No* ⁽²⁾, Ury had revisited Sun Tzu's precept 'Build your opponent a golden bridge to retreat across', reframing the retreat as an advance, and shifting the focus towards the search for an integrative outcome. Ury further develops this concept by highlighting the transformative power of the golden bridge. He outlines its essential components, emphasizing the *three natural powers* that empower *possibilists* to close the gap between opposing sides and foster collaboration. The first is the power to actively and deeply *listen* to the needs of the other side; the second is the power to *create* options for mutual gain; the third is the power to *attract* – making it easier for the other side to say yes.

Similar to the three stages of *going to the balcony*, the trio of innate powers essential for building a golden bridge follows a logical progression. These powers align seamlessly with key phases of principled negotiation, shifting focus sequentially from addressing the people involved, to tackling the problem at hand, and finally refining the process to achieve resolution.

While guiding the reader toward the final victory, Ury emphasizes the interconnectedness of the three victories, portraying the balcony and the third side as foundational pillars supporting the *golden bridge*. Together, they form an integrated structure, essential for sustaining the *path to possible* and ensuring that its transformative potential endures.

The last victory in the journey toward *possible* is the constructive intervention of the community, an ancestral power that can turn even the most entrenched dispute into an opportunity and is embodied by the African spirit of *ubuntu* (humanity to others – 'I am what I am because of who we all are').

⁽²⁾ W. URY, *Getting Past No: Negotiating in Difficult Situations*, New York (reissue 2007), 51.

Although the concept of the third side might initially suggest the role of a neutral mediator facilitating a settlement, Ury broadens its scope to include society at large – a collective self-interest that counters destructive conflicts and polarized perspectives. Introduced in his seminal work *The Third Side* ⁽³⁾, this idea represents our shared responsibility and active participation in safeguarding the essential values of safety and well-being. It reflects society in action, collaboratively working to resolve conflicts and protect common interests.

Building on the structure of earlier victories, Ury masterfully delineates the three powers that unlock the full potential of the third side: the power to *host*, which fosters connection between parties; the power to *help* others adopt the balcony perspective and construct a golden bridge; and the power to *swarm*, leveraging the collective influence of the community. This final step in the *path to possible* encapsulates Ury's message of hope, emphasizing that sustainable conflict resolution requires more than individual effort: it demands a collective awakening.

While the balcony and the bridge offer vital tools for reframing and bridging divides, Ury highlights the third side as the often-overlooked cornerstone of transformation. By activating this latent potential within communities, conflicts can shift from deadlock to progress, transforming obstacles into opportunities for growth and collaboration. In this triad, the third side empowers humanity to fully embrace its potential to turn disputes into a catalyst for positive change.

In a world increasingly fractured by conflict, Ury's narrative serves as a reminder that anyone can harness their innate superpowers to engage constructively with discord. By choosing to go to the balcony, build a golden bridge, and engage the third side, indi-

⁽³⁾ See n. 1.

viduals can help create a transformative ripple effect. This broader perspective transcends conventional *win-win* paradigms, redefining the Zone of Possible Agreement (ZOPA) as a dynamic space where the synergy of collective intelligence and collaborative effort generates innovative solutions. These solutions not only address the immediate needs of the disputing parties but also extend benefits to the broader community, ensuring greater durability and fostering shared prosperity.

Ury punctuates his framework with compelling examples, from Cold War negotiations to pivotal South American mediations, demonstrating how identifying *ripe moments* can transform contentious situations into platforms for innovation and mutual gain. His storytelling, combined with actionable insights, makes the journey to possible feel attainable, even in the most entrenched disputes.

Equally powerful are Ury's reflections on perseverance. He acknowledges that setbacks are an inevitable part of conflict resolution, yet he reinforces the importance of resilience and forward-looking approaches. This emphasis on staying the course in the face of adversity adds depth to the narrative, making it not just a roadmap for resolution but also a guide to personal and collective growth.

By weaving together memoir, practical advice, and a unifying philosophy, Ury transcends the boundaries of traditional conflict resolution methods. Rather than prescribing a rigid formula, he advocates for a mindset – the possibilist mindset – that individuals can adapt to their unique character and circumstances. Ury's vision invites readers to embrace this mindset and become proactive agents of change, turning destructive events into opportunities for societal thriving.

Rachele Beretta

ELENA D'ALESSANDRO and DAVIDE CASTAGNO, *Handbook on cross-border litigation*, Wolters Kluwer, Milano, 2024, I-XXV 1-238.

My first encounter with cross-border dispute resolution literature, some twenty years ago, left me with a vague sense of discouragement. Having heard about the mounting popularity of international arbitration, I decided to pick up a treatise on the topic from the library of the University of Pisa, where I had just begun my studies. The book's preface opened with an anecdote about a young law graduate, applying for an entry-level position at a prestigious law firm. On his CV, the young applicant claimed to have 'experience in international arbitration'. The interviewer, a seasoned dispute resolution specialist, 'grilled' him: how could somebody so young boast familiarity with such a complex specialistic field? And what did it mean, precisely, to have 'experience' with something so vast and multifaceted as international arbitration? After a few minutes, the unfortunate candidate admitted the truth: he had, in fact, no practical experience in the field, besides having read the file of a single international case. The anecdote was probably meant to impart a valuable life lesson: cross-border dispute resolution takes time to master and requires a lifelong commitment to learning, as well as constant adaptation to an ever-changing landscape. Nonetheless, I still remember the bitter taste of that first page; I was left with the feeling that, no matter how many books I could borrow and read, I would have no instrument to *really* master the field, no compass to navigate those mysterious international legal waters. True 'experience' would keep eluding me, like Melville's white whale.

Twenty years later, reading the new *Handbook of Cross-Border Litigation* by D'Alessandro and Castagno, my reaction is the polar

opposite: this incredibly welcoming handbook takes the readers by the hand and walks them through the complexities of international dispute resolution without ever patronizing them. The innovative nature of the book starts from the title and the overall focus: rather than limiting itself to private international law or civil procedure, the handbook encompasses a variety of legal domains (as well as practical skills), all of which are relevant to cross-border dispute resolution. Instead of paying homage to traditional (and somewhat outdated) disciplinary boundaries, the handbook transcends them, so as to provide the reader with a cross-cutting, accessible portrayal of a field of legal practice in its entirety.

The structure of the book deserves particular praise: while a more traditional textbook would have perhaps started by discussing jurisdiction, D'Alessandro and Castagno depart from alternative dispute resolution and costs – In other words, they depart from real life, instead of taking refuge in the ivory tower of legal dogmatics. In real life, dispute resolution is not always a zero-sum game, cross-border disputes are often better settled through consensual solutions than through adversarial means, and court proceedings may even be outright unfeasible in the absence of suitable third-party funding. By discussing these issues in the opening chapters and offering practical examples (as well as a delightful ‘parable of the orange’, whose lineage will not be lost on civil proceduralists), ⁽¹⁾ the handbook offers a pragmatic and well-rounded introduction to dispute resolution and succeeds in explaining the strategic choices that any disputant faces.

The handbook looks at dispute resolution from a European perspective, paying particular attention to the Brussels regime and the Lugano Convention but also touching upon certain Hague Conference on Private International Law instruments. Topics such as international jurisdiction, choice-of-court agreements, service or pro-

⁽¹⁾ F.P. LUISO, *Diritto processuale civile. V. La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, Milano, 14th ed., 2024, 21.

cess, cross-border taking of evidence, parallel proceedings, provisional relief and recognition and enforcement are analyzed in turn, with a keen eye on the case-law of the CJEU and frequent references to practical examples. Throughout the text, the growing role of consent and party autonomy emerges as a recurring thread, weaving the chapters together and highlighting the importance of consensual forms of justice alongside adjudication. The approach of D'Alessandro and Castagno is always simple but never simplistic. The book covers the basics, but offers sufficient depth as to open numerous 'windows' for the reader; after this first encounter with cross-border litigation, the interested students will be able to deepen their knowledge by turning to the relevant case-law and literature.

Other textbooks betray their origin as an *editio minor* of a larger treatise; as such, they are exhaustive, but may come across as too complex for beginners. Not this one – D'Alessandro and Castagno have conceived and written a genuinely student-oriented handbook, uniquely accessible in its methodology, structure and style. In the current landscape of legal education, the accessibility of a handbook is of paramount importance. As anybody teaching law in 2025 can attest, it is challenging to present a complex and rapidly evolving topic to a generation of students whose attention is unavoidably divided across a multitude of topics, commitments and stimuli. A book like the one of D'Alessandro and Castagno has the power to speak to this new generation and provide them with a realistic point of entry into the field.

But there is more. For too long, the professional milieu of cross-border dispute resolution specialists has been in need of democratization. Three decades ago, Dezalay and Garth described the profile of international arbitration specialists as follows: 'The careers of these notable individuals recall accounts of the medieval church. The son of a nobleman could become a bishop of the church simply because of family background and social prominence. Others would shave their heads, take vows of celibacy, devote everything

to the church, and yet have no chance to rise to a position of eminence, such as bishop. Their hard work would help maintain the institutional structure that made the position of bishop attractive to the son of a nobleman, but they lacked the social platform to gain the top position'.⁽²⁾ To the extent that things have changed over the course of almost thirty years, it is also thanks to educators that have helped open up the professional field of international dispute resolution. The reader will find such a teaching ethos in D'Alessandro and Castagno's volume. For example, the handbook does not take for granted the reader's familiarity with certain terms of art; on the contrary, it opens with two short glossaries, so that any student (no matter their prior knowledge and – actual or boasted – experience) can easily follow the text. Furthermore, the handbook is peppered with 'visual summaries', i.e. charts, maps, infographics and other graphical elements enriching the text. Next to this, a body of interactive online materials and quizzes helps the reader through the learning journey. For some case-studies, the textbook even includes an answer generated by ChatGPT, and asks the reader to reflect on whether it is correct. Such a stimulating apparatus of learning tools is clearly the product of intense, fruitful interactions between the authors and their students. Giving it such a prominent place in the book deserves praise; if we are to build a more democratic, horizontal and accessible academic community, we all have something to learn from D'Alessandro and Castagno.

The final part of the handbook is entirely devoted to skills, with chapters on how to prepare for a presentation in class, how to approach multiple-choice questions and how to solve a case-study. By helping students develop such skills (whose utility obviously transcends the specific field of cross-border litigation), the handbook once again demonstrates its sincere and deep commitment to a bet-

⁽²⁾ Y. DEZALAY, B. GARTH, *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, University of Chicago Press, 1996, 23.

ter learning experience. Leafing through the handbook, my mind circles back to that afternoon I spent in the library of the University of Pisa, reading a treatise on international arbitration and feeling (briefly!) dismayed. Twenty years later, a new generation of readers will benefit from a much more welcoming introduction to cross-border dispute resolution, through this innovative, accessible, student-centric handbook. I am happy for them, and even slightly jealous.

Pietro Ortolani

Finito di stampare nel mese di dicembre 2024
presso Grafica Elettronica srl, Napoli