

BEATRICE FICCARELLI

RIFORMA DELLA GIUSTIZIA CIVILE
E METODI ALTERNATIVI DI RISOLUZIONE
DELLE CONTROVERSIE:
UN RUOLO PER LA *DISCOVERY*?



Isbn 9788828853619

Estratto dal volume:

PROCESSO CIVILE E COSTITUZIONE

Omaggio a Nicolò Trocker

a cura di

AUGUSTO CHIZZINI - DAVID ABRAHAM

NEIL ANDREWS - CATERINA SILVESTRI

ROLF STÜRNER - VINCENZO VARANO

2023

**RIFORMA DELLA GIUSTIZIA CIVILE
E METODI ALTERNATIVI
DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE:
UN RUOLO PER LA *DISCOVERY*?**

di *Beatrice Ficcarelli*

SOMMARIO: 1. Introduzione: modelli processuali, *ADR* e *discovery*. — 2. *Discovery* e *adversary system of litigation*: una correlazione necessaria?. — 2.1. *Segue*: i tipici strumenti della *pre-trial discovery* statunitense. — 3. Il “diritto collaborativo” fuori dal e dentro il processo: in particolare, la recente esperienza francese della “*procedure participative aux fins de mise en état*”. — 4. La negoziazione assistita da avvocati del sistema italiano e il disegno strutturale delle nuove norme in tema di “istruzione stragiudiziale”: un “ingresso di servizio” per la *discovery*? — 5. *Segue*: istruzione stragiudiziale e “prova prima del processo”. — 6. Spunti per una riflessione conclusiva.

1. Introduzione: modelli processuali, *ADR* e *discovery*.

La categoria dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie, insegnava Nicolò Trocker in un saggio di ampio respiro dedicato alla conciliazione in vista dell'imminente entrata in vigore della mediazione nel nostro sistema, pur con il tratto comune dato dall'estrinsecarsi dei meccanismi in parola al di fuori delle tipiche manifestazioni della giurisdizione statale, rimane alquanto composita ed incerta nei suoi confini ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ V. N. TROCKER, *La conciliazione come metodo alternativo di risoluzione delle controversie nell'esperienza dell'ordinamento italiano tra obiettivi di politica legislativa e profili di compatibilità costituzionale*, in *L'altra giustizia, I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*, a cura di V. Varano, Milano, 2007, p. 317. Assai vasta è anche per il nostro ordinamento la letteratura sulla configurazione del fenomeno *ADR* nei suoi caratteri generali. Ci si limita qui a segnalare, fra i primi contributi, *I contratti di composizione delle liti*, a cura di E. Gabrielli e F. P. Luiso, Torino 2005; M. TARUFFO, *I modi alternativi di risoluzione delle controversie*, in L. P. COMOGLIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 2005, II, p. 13 ss.; R. NAZZINI, *Modelli conciliativi interni al processo (analisi comparativa e testi strutturali)*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 844 ss.; S. CHIARLONI, *La conciliazione stragiudiziale come mezzo alternativo di risoluzione delle controversie*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 696 ss.; M. TARUFFO, *Adeguamenti delle tecniche di composizione dei conflitti di interesse*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 779 ss. In ordine al profilo delle garanzie costituzionali v., per tutti, N.

La stessa “alternatività”, indicata come elemento caratterizzante di questi meccanismi, continuava il Maestro, può essere del resto riferita tanto al *processo* — allorché il mezzo di tutela alternativo è in grado di escludere completamente ed *a priori* il ricorso al processo — quanto all’esito normale del processo già iniziato rappresentato dalla decisione giurisdizionale, così come può essere evocata per porre l’accento ora sui modi, ora sulle sedi alternative al processo nelle quali la soluzione del conflitto viene cercata.

Il fenomeno *ADR*, si sottolineava, è così idoneo a ricomprendere meccanismi ed istituti molto diversi ed eterogenei tra loro, mancando l’individuazione di un unico termine rispetto al quale i meccanismi alternativi medesimi si pongono.

A quel momento, nel nostro sistema, tre erano gli istituti in cui si riteneva manifestarsi tradizionalmente l’*Alternative dispute resolution*: la conciliazione (cui veniva specificamente dedicato lo scritto richiamato anche in riferimento alle radici storiche dell’istituto), l’arbitrato ⁽²⁾ ed i procedimenti amministrativi contenziosi. Di lì a poco, per effetto del d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010, si sarebbe a questi aggiunta la “mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali”, anche con forme di obbligatorietà, destinate progressivamente a accrescere ⁽³⁾, nonché la negoziazione assistita da

TROCKER, *Processo e strumenti alternativi di composizione delle liti nella giurisprudenza della Corte costituzionale, in Diritto processuale civile e Corte costituzionale*, a cura di E. Fazzalari, Napoli, 2006, p. 439 ss.

⁽²⁾ In ordine alla collocazione o meno dell’arbitrato tra i metodi *ADR* v. F.P. LUISSO, *Giustizia alternativa o alternativa alla giustizia?*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 325 ss. per il quale l’arbitrato è anch’esso strumento alternativo alla giurisdizione, ma costituisce una giustizia alternativa, perché l’arbitro, come il giudice, è terzo e quindi deve parametrare il contenuto del lodo alla realtà sostanziale preesistente, non avendo — al pari del giudice — accesso a valutazioni di convenienza. La validità del lodo — come quella della sentenza ed al contrario di quanto accade per il contratto — è subordinata al rispetto delle regole che ne disciplinano la formazione. Al contrario della sentenza, il lodo non costituisce esercizio di potere autoritativo, perché è costituzionalmente necessaria la volontà delle parti di sottoporre all’arbitro la decisione della controversia. Diversamente, in prospettiva comparatistica, si è espresso L. CADIET (*I modi alternativi di regolamento dei conflitti in Francia fra tradizione e modernità*, in *L’altra giustizia*, cit., p. 71), il quale afferma che se storicamente l’arbitrato è potuto sembrare come un’alternativa alla giustizia statale e se è vero che l’arbitro è un giudice e la pronuncia arbitrale una sentenza, nondimeno l’arbitrato trova la sua fonte in una convenzione delle parti e la procedura arbitrale è intrisa di contrattualismo.

⁽³⁾ Non è questa la sede per soffermarsi sull’istituto della mediazione e sul problema della scelta del legislatore in merito alla sua obbligatorietà *sub specie* di condizione di procedibilità per determinate controversie di cui oggi al rinnovato art. 5 del d.lgs. n. 28/2010 a seguito della cd. riforma Cartabia attuata con d.lgs. n. 149 del 10 ottobre 2022 in attuazione della legge delega di riforma del processo civile del 26 novembre 2021, n. 206. In un’ottica di efficienza dei metodi *ADR*, forti le esperienze comparatistiche, si concorda tuttavia con chi ha

avvocati introdotta dal d.l. 12 settembre 2014, n. 132 convertito dalla l. 10 novembre 2014, n. 162. Il tutto sulla considerazione che la giustizia consensuale è meritevole di promozione perché l'accordo è migliore della contesa, sia per le parti coinvolte sia per le corti che per l'amministrazione della giustizia nel suo complesso.

Se non v'è dubbio che la giurisdizione sia stata e permanga nell'assetto nazionale e sovranazionale la via centrale attraverso cui giungere alla soluzione delle liti mediante l'applicazione della norma al caso concreto e riaffermazione in esso del diritto soggettivo e dei suoi valori, nondimeno l'orizzonte si è anche da noi progressivamente arricchito di un ventaglio sempre più ampio di modalità non giurisdizionali di soluzione del conflitto, con innegabile arretramento della giurisdizione a favore di mezzi, a vario titolo e modo, auto-compositivi della lite ⁽⁴⁾. Un'“*altra giustizia*”, appunto, utilizzando il titolo del bel volume edito nel 2007 a cura di Vincenzo Varano al cui interno spiccava il richiamato saggio del Maestro.

Il dato di fondo, come sempre a Nicolò Trocker preme ricordare, è l'incapacità del sistema istituzionale di giustizia civile di farsi carico di una domanda di giustizia che cresce e si differenzia col progressivo estendersi e differenziarsi delle situazioni soggettive attive meritevoli di tutela, con la maggiore consapevolezza della portata dei propri diritti da parte dei consociati.

È questa la giustificazione “pragmatica”, che si affianca alle altre ricordate dal Maestro, rappresentate dalla perdita di rilievo dello Stato in ordine ai fatti giuridicamente rilevanti ed a quelli economici che porta, nell'imprecindibile esperienza comparatistica, ad una riduzione del ruolo assegnato ai giudici professionali ed alla giustizia statale.

Si discute così dei bisogni di tutela da indirizzare verso strutture diverse

sostenuto fin dall'inizio la preferenza per la c.d. libera scelta o la scelta liberale, vale a dire quella per cui sarebbe stato preferibile che il legislatore si fosse limitato a fornire ai privati buone leggi sui diversi possibili percorsi negoziali per la risoluzione delle liti civili, al fine di incentivarne l'uso, senza ricorrere alla leva di obblighi. Si vedano in tale senso le preoccupazioni subito espresse da TROCKER (ne *La Direttiva CE 2008/52 in materia di mediazione: una scelta per il rinnovamento della giustizia civile in Europa*, in *La mediazione civile alla luce della Direttiva 2008/52/CE*, a cura di Nicolò Trocker, Alessandra De Luca, Firenze University Press, 2011, p. 180) in riferimento ad una scelta del legislatore che si sarebbe potuta manifestare foriera di “formalismi ed ostacoli inutili che hanno l'effetto di rendere più complicato il sistema di tutela dei cittadini, ritardando la definizione delle controversie e sottraendo risorse allo svolgimento di mediazioni seriamente intenzionate”, il che riflette anche a nostro modo di vedere il vero spirito della mediazione. In questa stessa direzione v. BOVE, *Le ADR e la composizione stragiudiziale delle controversie: obblighi ed opportunità per il sistema della giustizia civile*, cit., p. 53.

(4) V. S. DALLA BONTÀ, *Giustizia consensuale*, in *Giustizia cons.*, 2021, p. 4.

dal processo, delle categorie di controversie da sottrarre alle corti di giustizia e dirottare a soggetti od organismi estranei all'organizzazione giudiziaria. E, ancora, dello spazio da riconoscere all'autonomia dei soggetti nella determinazione dei metodi di composizione delle liti fra di loro insorte ⁽⁵⁾. Il pensiero corre inevitabilmente a quella terza ondata (*wave*) nel movimento per l'accesso alla giustizia — movimento di pensiero e di ricerca e insieme di riforma, istituzionale e processuale — che Mauro Cappelletti, nella sua monumentale opera *Access to justice*, aveva individuato in 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 ⁽⁶⁾.

Su questa scia, negli anni successivi, in *Dimensioni della giustizia civile nelle società contemporanee* ⁽⁷⁾, Cappelletti non a caso affermava come non avesse più senso studiare o concepire o tantomeno insegnare il diritto processuale esclusivamente nei suoi aspetti normativi, andando questi interpretati in una visione in cui degli attori (parti, giudici, testimoni), delle istituzioni e dei procedimenti si esaminano anche gli aspetti sociali, etici, culturali, economici, l'accessibilità insomma del fenomeno processuale all'individuo, ai gruppi, alla società e così ad esempio i costi, le durate, gli effetti dei processi e dell'attività giurisdizionale, come pure l'impatto che il fenomeno medesimo esercita su individui, gruppi, società.

Ne deriva come non possa emergere un unico modello di intervento: la crisi della filosofia dello stato sociale (crisi di risorse ma non solo) di cui in larga misura era figlia la filosofia dell'accesso, orienta decisamente verso la ricerca delle varie strade che singoli ordinamenti ritengono piacevolmente percorribili per favorire un accesso più ampio, non necessariamente alle sole corti.

Illuminante è al riguardo l'esperienza della giustizia civile nordamericana. È lì, infatti, che la fuga dal processo giurisdizionale verso metodi alternativi vede la vera nascita sulla base di spinte che non sono solo la crisi del processo ma anche istituzionali, politiche, culturali, siccome tipiche dell'"eccezionalismo" della società e del sistema giuridico nord-americano ⁽⁸⁾. Le indagini relative all'insorgenza di forme di ADR, infatti, solita-

⁽⁵⁾ V. ancora TROCKER, *La conciliazione come metodo alternativo di risoluzione delle controversie nell'esperienza dell'ordinamento italiano tra obiettivi di politica legislativa e profili di compatibilità costituzionale*, in *L'altra giustizia*, cit., pp. 318-319.

⁽⁶⁾ M. CAPPELLETTI, (gen. ed.), *Access to Justice*, vol. IV, Milano, 1978-1979.

⁽⁷⁾ Bologna, 1994, p. 78.

⁽⁸⁾ V. O. CHASE, *I metodi alternativi di soluzione di controversie e la cultura del processo: il caso degli Stati Uniti d'America*, in *L'altra giustizia*, cit., p. 131 ss.

mente si aprono con il riferimento agli anni Settanta del secolo passato quando comincia negli Stati Uniti un movimento critico verso il processo giudiziario tipico, accusato di essere fonte di ritardi e costi che rischiavano di apparire alla lunga insostenibili. Sono quelle cause di insoddisfazione popolare verso l'amministrazione della giustizia oggetto della celeberrima *Pound Conference* del 1976 che riunì l'*intelligentia* giuridica americana allarmata dai primi segni di una *litigation explosion* la quale non riusciva a trovare risposte nei consueti percorsi giudiziari davanti alle corti.

Quella occasione, come ne ricorda il titolo, conteneva il riferimento ad un appello di molto precedente formulato da Roscoe Pound nel 1906 ⁽⁹⁾ ad uno svecchiamento della macchina giudiziaria, per vincere la supposta incapacità delle corti di fronteggiare l'incremento della domanda di giustizia proveniente dalla società ⁽¹⁰⁾.

Al riguardo, del tutto efficaci paiono le parole di William E. Glaser, uno dei grandi studiosi del processo civile statunitense, il quale nell'opera monografica "*Pre-trial discovery and the adversary system*" pubblicata a New York nel 1968, ammoniva che le risorse e le energie delle corti sono necessariamente limitate e, per tale motivo, il sistema processuale che lo vedeva testimone, vale a dire l'*adversary system*, aveva scelto di trasferire sulle parti il peso di addivenire a quella massima conoscenza dei fatti "*without the state having to bear all the costs*", con la conseguenza che "*the work and expense of preparing the case are borne by the partisans themselves, who alone may be interested in the case and who alone profit from the outcome*" ⁽¹¹⁾.

Ebbene, tale sistema si caratterizza anzitutto per i meccanismi di *pre-trial discovery* che oggi paiono far capolino nel sistema italiano sia pur non nel processo bensì nelle nuove norme in tema di negoziazione assistita (sia obbligatoria che volontaria), con una opzione che i primi commentatori non hanno potuto fare a meno di considerare quantomeno "non trascurabile nella valutazione delle scelte del nuovo legislatore, se non della sua filosofia complessiva in intervento" ⁽¹²⁾.

I sistemi di *common law* sono infatti caratterizzati, come ben noto, da una fase introduttiva autonoma, volta alla chiarificazione del nucleo centrale

⁽⁹⁾ Vedi R. POUND, *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, in 29 *A.B.A. Rep.*, 1906, pp. 395, 409-413.

⁽¹⁰⁾ Per questa breve ma efficace sintesi v. M.R. FERRARESE, *Formante giudiziario e mediazione: confluente e differenze*, in *La mediazione civile alla luce della Direttiva 2008/52/CE*, a cura di Nicolò Trocker, Alessandra De Luca, cit., pp. 2.

⁽¹¹⁾ W. A. GLASER, *Pre-trial discovery and the adversary system*, con la prefazione di E. Warren, New York, 1968, p.

⁽¹²⁾ Così 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, p. 760.

della controversia, nella quale il reciproco scambio di informazioni compiuto dalle parti, assume un significato fondamentale. In questo contesto per *discovery* si intende la fase antecedente al dibattimento, nella quale le parti sono tenute a fornire l'una all'altra tutte le informazioni e le relative prove in loro possesso e a loro disposizione relative alla controversia.

Il difensore, nel contesto della *discovery*, diventa un vero e proprio *judicial manager*,⁽¹³⁾ al quale vengono attribuite funzioni di cooperazione qualificata con i difensori di controparte, al fine di ricavare quelle informazioni utili a delimitare il perimetro della controversia: si tratta della cd. filosofia delle *cards on the table* (14). Per effetto della *discovery*, solo un

(13) A far sì che la *discovery* rimanesse gestita essenzialmente dalle parti contribuirono anche gli stessi giudici, molti dei quali preferirono evitare di essere coinvolti nella fase *pre-trial* per mantenere la loro imparzialità e neutralità nel decidere il caso. Alcuni commentatori delle norme in materia di *discovery* asserirono che il vero pericolo della *discovery* era proprio rappresentato da quei giudici che, invece di far sì che il caso si sviluppasse da sé, intervenivano nello stesso: « *Admittedly, in limiting the scope of discovery, setting schedules, and narrowing issues, the judge restricts somewhat the attorneys' freedom to pursue their actions in an unfettered fashion and eliminates entirely some theories or lines of inquiry* » (R. PECKHAM, *A Judicial Response to the Cost of Litigation: Case Management, Two-Stage Discovery Planning and Alternative Dispute Resolution*, in *Rutgers Law Review*, 1985, p. 235, spec. 262). Sul punto la dottrina è ampia, senza pretese di completezza: cfr R. S. HAYDOCK, D. F. HERR, *Discovery: Theory, Practice & Problems*, Toronto-Boston, 2020, § 1.03-1.04; E. R. SUNDERLAND, *Scope and Method of Discovery Before Trial*, in *Yale Law Journal*, 1933, pp. 863 ss.; G. B. BELL, C. D. VARNER, H. Q. GOTTSCHALK, *Automatic Disclosure in Discovery — The Rush to Reform*, in *Georgia Law Review*, 1992, p. 10. L'idea di una *discovery* gestita esclusivamente dalle parti viene fortemente ridimensionata dopo gli interventi sulle *discovery rules* degli anni '80, nel contesto dei quali, come meglio si dirà *infra*, si attribuiscono ai giudici maggiori poteri di controllo e di direzione della fase *pre-trial*. L'esigenza che i giudici ricoprano un ruolo attivo nella gestione delle attività del processo, svolgendo funzioni di *case management*, sorge con il diffondersi della cd. *complex civil litigation*, contenziosi complessi e caratterizzati dalla presenza di più parti. Cfr. in dottrina J. RESNIK, *Managerial Judges*, in *Harvard Law Review*, 1982-83, pp. 375 ss. p. 376, ove descrive il ruolo svolto dal *managerial judge* nei seguenti termini: « *shaping litigation and influencing results* »; E. D. ELLIOTT, *Managerial Judging and the Evolution of Procedure*, in *The University of Chicago Law Review*, 1986, pp. 306 ss., spec. 309 che fa riferimento ai *managerial judges* enfatizzando il fatto che si tratterebbe di quei giudici che ritengono che il sistema giuridico non funzioni e che l'unica soluzione plausibile ai problemi dello stesso si possa rinvenire in un « *ad hoc procedural activism by judges* ». In giurisprudenza l'esigenza di conferire maggiori poteri di controllo al giudice venne anche appoggiata dalla *Supreme Court* che, nel caso *Herbert v. Lando*, 441 U.S. 153 (1978), manifestò la sua preoccupazione nei confronti di richieste di *disclosure* ingiustificate e irragionevoli tanto da esortare i giudici federali ad utilizzare i loro poteri per limitare la *discovery* ed evitare che si compissero abusi (cfr. B. E. GRAY, *Herbert v. Lando: State of Mind Discovery and The New York Times v. Sullivan Libel Balance*, in *California Law Review*, 1978, pp. 1127 ss.).

(14) M. TARUFFO, voce *Diritto processuale civile nei paesi anglosassoni*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., IV, Torino, 1990, pp. 324 ss.; E. R. SUNDERLAND, *Discovery Before Trial Under the New Federal Rules*, in *Tennessee Law Review*, 1939, p. 737.

numero esiguo di controversie prosegue nel proprio *iter* processuale poiché, dopo il suo esaurimento, le parti hanno tutti gli strumenti per valutare l'opportunità di proseguire o meno nel giudizio.

Ma procediamo per ordine e, prima di tentare di prendere posizione sulle nuove disposizioni che l'attuale riforma della giustizia civile dedica al procedimento di negoziazione assistita da avvocati, ivi introducendo, *sub specie* di "istruzione stragiudiziale", strumenti "assimilabili" alla *discovery* della cultura processualistica anglosassone e in particolare statunitense⁽¹⁵⁾, al fine di poter comprendere la ragione delle stesse, vale la pena soffermarsi sia pur sommariamente, data la vastità dell'argomento, sulla natura, funzione e strumenti della *pre-trial discovery*, specie nei suoi originari connotati, che ne hanno giustificato le ragioni nel sistema del *civil litigation* nordamericano quale vera *way of life*⁽¹⁶⁾.

È infatti negli Stati Uniti che l'istituto della *discovery* ha raggiunto la sua massima estensione e rilevanza fin dall'adozione, nel 1938, delle *Federal Rules of Civil Procedure*, ciò soprattutto in ragione del vasto apparato di *discovery tools* sviluppatosi in quel sistema e di un ambito di applicazione che va ben oltre quello dell'omologo istituto inglese in cui aveva trovato gli albori e nel quale, per lungo tempo, la "*discovery*" (*rectius, disclosure*) è stata limitata alle parti e non estesa ai terzi (oltre a riguardare solamente le produzioni di documenti).

Il novello legislatore italiano pare essersi "ispirato" proprio al modello statunitense che, in effetti, in qualche modo lo ricorda⁽¹⁷⁾.

Dedico queste pagine al mio Maestro, Nicolò Trocker, con senso di riconoscenza e affetto, nel caro ricordo dei miei studi in materia⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁵⁾ Si concorda ancora con l'interpretazione che delle nuove norme fanno DONDI-ANSANELLI, *Istruzione stragiudiziale e discovery nei recenti "interventi per l'efficienza del processo civile"*, cit., p. 760.

⁽¹⁶⁾ Da *Hickman v. Taylor* (329 U.S. 495, (1947), *leading case* in materia di *discovery*.

⁽¹⁷⁾ Così anche A. TEDOLDI, *Le ADR nella delega per la riforma del processo civile*, in *Questione giustizia* 2021, fasc. 3, 142 ss. Non è possibile dare qui conto dell'evoluzione e ambito di applicazione dell'istituto in Inghilterra come collocato nel sistema del processo inglese nella sua interezza e della sua relazione con i cd. *Pre-action protocols* su cui v. N. ANDREWS, *Andrews on Civil Processes*, Cambridge, 2019; A. ZUCKERMANN, *Zuckermann on Civil Procedure: Principles of Practice*, London, 2021. Nella dottrina italiana v. ad es. per i principali aspetti caratterizzanti B. ZUFFI, *La disclosure inglese: aspetti comparatistici e transnazionali*, in *Int'L Lis.*, 2007, p. 35 ss. e, DONDI-ANSANELLI-COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione. Una prospettiva comparata*, cit., p. 179 ss.

⁽¹⁸⁾ La *pre-trial discovery* statunitense, oggetto dei miei primi studi anche in riferimento al contenzioso transnazionale, è alla base del nostro "*Esibizione di documenti e discovery*", (Torino, 2004) scritto con la costante attenzione ed insegnamenti del Maestro che mi suggerì la trattazione dell'istituto fin dai tempi, ormai un trentennio fa, della tesi di laurea. A tale

2. *Discovery e adversary system of litigation: una correlazione necessaria?*

La base culturale del sistema processuale nel quale nasce e trova la sua spiegazione l'istituto della *discovery* statunitense è rappresentata dall'*adversary system*, accezione con cui viene normalmente descritto il sistema di tipo *accusatorio* applicato nelle Corti della federazione. La *discovery*, nella sua configurazione originaria, trova in esso piena giustificazione ed anzi è estremamente difficile comprenderla al di fuori di tale modello.

È ben noto come la parola *adversary* si riferisca, nei suoi connotati originari, ad un sistema in cui l'attività processuale è in massima parte controllata dalle parti, le quali gestiscono pressoché ogni aspetto della causa, mentre il giudice ricopre essenzialmente il ruolo di arbitro neutrale e passivo, atto a controllare esclusivamente la correttezza dello scontro.

In un processo basato sul c.d. *adversarial principle*, in altre parole, il giudice si trova di fronte ad una prospettazione e ad una delimitazione delle varie questioni del giudizio a cui hanno provveduto i difensori delle parti, le quali sono tenute a *collaborare* tra loro per ricercare la verità. Secondo la filosofia dell'*adversary system*, la verità deve così scaturire dal libero gioco delle parti individualmente interessate a porla in evidenza, e non già dall'iniziativa di un giudice che sarebbe mosso esclusivamente dal dovere d'ufficio⁽¹⁹⁾. Ed anche quando verranno attribuiti al giudice poteri di *management*

volume mi permetto di rinviare per l'analisi dell'istituto ed il contesto politico e culturale che lo ha giustificato nel sistema della giustizia civile nordamericana in cui processo e metodi deflattivi del contenzioso interni o esterni allo stesso hanno sempre lavorato l'uno di fianco agli altri.

(19) Per lo studio di base sull'*adversary system of litigation*, nella dottrina italiana e straniera, non si può prescindere da M. TARUFFO, *Il processo civile « adversary » nell'esperienza americana*, Padova, 1979; A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova, 1985; ID., *Introduzione della causa e strategie di difesa*, I, *Il modello statunitense*, Padova, 1991; M.R. DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere*, Bologna, 1991; G.C. HAZARD, *Il sistema « adversary »*, in AA.VV., *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti*, a cura di A. Dondi, Padova, 1993, p. 43 ss.; GLASER, *Pretrial Discovery and the adversary system*, cit., p. 4 ss.; A.T. VON MEHREN, *Aspetti e istituti fondamentali del processo di primo grado: common law e civil law*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, p. 601; E.A. LIND-J. THIBAUT-L. WALKER, *Discovery and Presentation of Evidence in Adversary and non - Adversary Proceedings*, in 71 *Mich. L. Rev.*, 1972, p. 1129; B. KAPLAN, *Civil Procedure: Reflections on the Comparison of Systems*, in 9 *Buffalo L. Rev.*, 1960, p. 409; J.H. LANGBEIN, *The German Advantage in Civil Procedure*, in 52 *U. Chi. L. Rev.*, 1985, p. 823; E. SILVESTRI, « *Adversary* » e « *Inquisitorial system* » nella prospettiva di « *common law* »: un problema aperto, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 257; S.R. GROSS, *The American Advantage: The Value of Inefficient Litigation*, in 85 *Mich. L. Rev.*, 1986, p. 734; J. RESNIK, *Managerial Judges*, in 96 *Harv. L. Rev.*, 1982, p. 376; A.F. LOWENFELD, *International Litigation and Arbitration*, 2nd ed., St. Paul, Minn., 2002, p. 740. Per una rivisitazione critica del modello processuale *adversary* v. M. TARUFFO, *Il processo civile di « civil law » e di*

in questa fase del processo, ciò è stato realizzato senza comportare un totale sconvolgimento dei canoni dell'*adversary system*. Il ripensamento ideologico e gli interventi intervenuti nel corso degli anni fino all'attuale configurazione della *discovery*, infatti, hanno sempre toccato le modalità di acquisizione delle conoscenze attraverso la stessa nel sostanziale mantenimento dello spettro dei poteri di iniziativa delle parti (*party control*). Ed è su analoghi presupposti di non sostanziale alterazione delle basi ideologiche essenziali del modello statunitense di giustizia civile che si è registrato infatti anche il ripensamento della disciplina del *pleading*, l'atto introduttivo del giudizio ⁽²⁰⁾.

Accanto alla natura *adversary* del processo, l'altra e forse più duratura concezione di base del processo civile statunitense — a cui peraltro la prima è strettamente legata — è quella per cui il massimo accesso ai fatti è indispensabile per una corretta decisione. Si tratta di una necessità che, oltre ad essere sempre stata fortemente sentita nella tradizione di *common law*, ha trovato ripetute conferme in ambito giurisprudenziale in cui è stato ribadito più volte come la conoscenza di tutti i fatti che possano presentare rilevanza per la causa ⁽²¹⁾ sia essenziale per una giusta definizione della controversia e che a tal fine, questo il punto nodale, le parti debbono potersi reciprocamente obbligare a rivelarsi quante informazioni ed elementi di fatto relativi al giudizio esse siano in grado di conoscere.

« *common law* »: aspetti fondamentali, in *Foro it.*, 2001, V, col. 355 ss. e M.R. DAMASKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna, 2003, spec. p. 111 ss. Di recente v. specificamente F. FERRARI, *La pesca di frodo. Riflessioni critiche in materia di prova esplorativa*, Torino, 2020.

⁽²⁰⁾ Così A. DONDI, V. ANSANELLI, P. COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione. Una prospettiva comparata*, Milano, 2018, p. 163 ss. Sugli atti introduttivi del processo statunitense v. A. DONDI, *Introduzione della causa e strategie di difesa*, cit., Id. *Case law e filosofia degli atti introduttivi negli Stati Uniti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 529 ss.; Id., *Riforma degli atti introduttivi. Il processo statunitense e il processo italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 434 ss., tra i plurimi studi che l'Autore ha dedicato all'argomento. Sulla specificità dell'atto introduttivo nell'ordinamento statunitense v. di recente, in ampia prospettiva comparatistica, l'attenta indagine di S. DALLA BONTÀ, *L'introduzione della causa tra sostanziazione e individuazione. Premesse teorico-ricostruttive*, Napoli, 2018, p. 165 ss.

⁽²¹⁾ Oggi, per quanto qui di interesse, la prima parte della *Rule 26 (b)* delle *Federal Rules of Civil Procedure* statunitensi, norma da sempre dedicata all'ambito ed ai limiti della *discovery*, sia pur modificata nel corso del tempo, così precisamente recita:

(b) *Discovery Scope and Limits.*

(1) *Scope in General. Unless otherwise limited by court order, the scope of discovery is as follows: Parties may obtain discovery regarding any nonprivileged matter that is relevant to any party's claim or defense and proportional to the needs of the case, considering the importance of the issues at stake in the action, the amount in controversy, the parties' relative access to relevant information, the parties' resources, the importance of the discovery in resolving the issues, and whether the burden or expense of the proposed discovery outweighs its likely benefit. Information within this scope of discovery need not be admissible in evidence to be discoverable.*

Il processo civile americano pone pertanto a carico delle parti un vero e proprio obbligo di informazione reciproca e di cooperazione, obbligo che trova il suo fondamento in un *principio di lealtà* implicito al sistema.

Il mezzo per realizzare questa *filosofia delle carte scoperte* è proprio la *discovery*, che viene considerata la risposta più soddisfacente rispetto all'esigenza di un meccanismo processuale orientato verso la ricerca della verità. Con la *discovery*, le parti provvedono, mediante reciproche richieste che hanno l'obbligo di ottemperare a pena di pesanti sanzioni previste dalla corposa *Rule 37 F.R.C.P.* che offrono effettività al sistema ⁽²²⁾, a scoprire e raccogliere tutto il materiale rilevante per la causa, evitando di incorrere in sede di dibattimento in pericolose sorprese (vista la concentrazione di questo in un'unica udienza di discussione orale).

Dalla forza combinata di questi principi emerge un sistema processuale in cui alle parti ed ai loro difensori è attribuito un ruolo di primo piano. Se infatti anche i processi civili europei possono (ed anzi debbono) essere considerati *adversary* almeno nel senso che grava sulle parti la maggiore responsabilità circa la presentazione al giudice degli elementi della controversia (secondo il *principio dispositivo*), ciò che in essi manca, almeno di base, è proprio la considerazione della necessità di accedere, per quanto possibile, ai fatti di causa attraverso l'informazione reciproca dei contendenti ⁽²³⁾.

Il principio del *nemo tenetur edere contra se* del processo civile europeo per cui ciascuna parte è responsabile della raccolta delle prove che sostengono la propria pretesa non è mai stato applicato dall'ordinamento statunitense, in cui si è creato il meccanismo di *discovery* proprio per garantire alle parti il massimo accesso alle informazioni rilevanti del giudizio.

Pertanto, se per il giurista di *civil law* la tendenza a catalogare come eccezionali gli *obblighi di collaborazione* tra le parti appare un tributo alla libertà delle parti medesime e all'esigenza di applicare con rigore le regole

⁽²²⁾ Il tema delle sanzioni in caso di inosservanza del dovere di collaborazione nella *discovery* è sconfinato. Basti qui dire che la *Rule 37* costituisce il momento di collegamento fondamentale di tutte le *discovery rules* ed è per questo concepita come "norma di chiusura" in senso proprio, rappresentando la soluzione al problema della mancata realizzazione dei propositi che la *discovery* si ripromette di realizzare. Entra qui in gioco il giudice per effetto di *orders compelling discovery* e sanzioni in caso di *failure to comply with a court order* spesso costituite dal *contempt of court*, vale a dire l'oltraggio alla corte.

⁽²³⁾ Vedi M.R. DAMASKA, *Evidence Law Adrift*, New Haven-London, 1997, p. 114, che evidenzia che i sistemi continentali sono caratterizzati da una relativa « *indifference to the completeness of the evidentiary material submitted to the court* » e che nel relativo sistema processuale c'è riluttanza a costringere le parti a rivelarsi le prove rilevanti.

dell'onere della prova ⁽²⁴⁾, per l'osservatore americano quell'impostazione si risolve in un grave ostacolo per la corretta conduzione della lite e per l'efficace ricerca della verità.

Per il tramite della *discovery*, le parti sono obbligate a rendere note, oltre che le *informazioni* favorevoli alla controparte, anche quelle a loro sfavorevoli e quelle che, pur non rientrando tra quelle suscettibili di diventare prova in senso tecnico, siano comunque considerate *rilevanti* in riferimento, ora, ad un *claim* ora ad una *defence*.

Ed è opportuno evidenziare anche un altro aspetto caratterizzante del sistema americano. Dal momento che la *discovery* con la raccolta dei dati rilevanti permette di individuare le questioni controverse tra le parti e quindi di scoprire tutto il *materiale* che presenti attinenza con la causa, la stessa filosofia dell'*informazione* che ne sta alla base favorisce anche il realizzarsi di un'altra finalità dell'istituto, cioè la *composizione stragiudiziale* delle liti. Dopo l'esaurimento della *discovery*, le parti hanno infatti tutti gli strumenti per valutare l'opportunità di proseguire o meno nel giudizio (tenuto anche conto degli alti costi che nella realtà americana esso ha sempre comportato anche in considerazione del particolare sistema di allocazione delle spese processuali che lo caratterizza ⁽²⁵⁾).

2.1. Segue: *i tipici strumenti della pre-trial discovery statunitense.*

Quello della *discovery* è un mondo complesso e, in quanto tale, molte sono le modifiche che lo hanno progressivamente interessato dal momento della sua entrata in vigore, soprattutto per arginare i gravi fenomeni di *abuse* procedimentale che dalla stessa per sua natura originano ⁽²⁶⁾ e che hanno

⁽²⁴⁾ Sul tema, anche per un'indagine trasversale tra sistemi, dati i limiti del presente lavoro, ci si permette integrale rinvio al nostro *Esibizione di documenti e discovery*, cit. di cui il dovere di collaborazione tra le parti rappresenta filo conduttore. V. di recente l'opera di M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, Torino, 2018, al cui approfondimento si rinvia per ogni opportuno rilievo e interpretazione offertane, anche in modo contrastante data la delicatezza dell'indagine, dalla miglior dottrina italiana e straniera.

⁽²⁵⁾ Su cui, per un efficace affresco, v. DONDI-ANSANELLI-COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione*, cit., p. 171 ss.

⁽²⁶⁾ Le *discovery rules* in molti casi non soltanto non riescono a temperare le implicazioni negative della « lotta processuale » e, in generale, lo spirito di competizione tra le parti, ma piuttosto le rafforzano aumentando le occasioni di libero scontro tra le medesime. In effetti la *discovery*, con il suo complesso apparato di armi e strumenti esperibili prima del *trial*, non fa che mettere in luce risvolti problematici dell'*adversariness* del procedimento. E il fenomeno più preoccupante è proprio quello dell'*abuse of discovery*. La *discovery* non solo spesso stenta a funzionare in modo coerente con le finalità che avrebbe dovuto realizzare, ma produce una serie di degenerazioni complessivamente riconducibili al concetto di *abuso* individuato in tutte

comportato la necessità di progressivi incisivi controlli e programmazione in funzione *managerial* del giudice; controlli nelle grandi linee assenti nella connotazione originaria di un istituto volto alla chiarificazione in prospettiva istruttoria degli elementi della controversia che si distingueva per essere gestito e controllato secondo il principio del *party control* (27).

In ogni caso, l'apparato strutturale della *discovery* americana è rimasto sostanzialmente invariato rispetto alla sua versione originaria e salvo la cd. *initial disclosure* obbligatoria avente ad oggetto una ampia gamma di informazioni (28), la disciplina dei *methods of discovery* resta inclusa fra la *Rule 28* e la *Rule 36* nelle quali sono specificamente disciplinate *a*) le *depositions by oral examination e by written questions* (*Rules 30 e 32 F.R.C.P.*), *b*) gli *interrogatories to parties* (*Rule 33*), *c*) la *production of documents* anche sotto

le ipotesi in cui *I discovery devices*, invece di adempiere alla funzione istituzionale loro propria di mezzi finalizzati alla raccolta delle informazioni rilevanti per la lite e, in generale, al perseguimento della verità, risultano impiegati come *armi tattiche* aventi il principale scopo di mettere in difficoltà l'avversario, per esempio oberandolo di richieste di *disclosure* molte delle quali superflue perché irrilevanti (il c.d. *over discovery*) o facendo ostruzionismo rispetto alle sue iniziative (la c.d. *discovery avoidance*): in altre parole quali strumenti atti a rendere difficile, se non impossibile, alla controparte la prosecuzione della causa. Non risulta possibile in questa sede soffermarsi su un "fenomeno" di portata così ampia caratterizzante il sistema processuale americano. Per i tratti essenziali dell'*abuse of discovery*, nella dottrina italiana v. per tutti A. DONDI, ad es. in *Cultura dell'abuso e riforma del processo civile negli Stati Uniti*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 787 ss.

(27) Sull'evoluzione della *pre-trial discovery* statunitense attraverso i principali *amendments* che l'hanno interessata incidendo sul suo assetto originario ci si permette il rinvio al nostro *Esibizione di documenti e discovery*, cit., pp. 145 ss.

(28) Nell'ottica di arginarne i fenomeni di *abuse* e, in generale, le possibili degenerazioni, alcuni emendamenti alle *discovery rules* degli anni Novanta introducono nella *discovery* un meccanismo capace di accelerare lo scambio delle informazioni rilevanti in ordine al caso e di limitare lo spreco di tempo e di lavoro necessario per la richiesta delle informazioni medesime. Esso, nella sostanza, prevede l'obbligo per le parti di rendere note un vasto numero di informazioni *in modo automatico*, vale a dire a prescindere da una specifica richiesta di *discovery* della controparte o del giudice. Sulla considerazione che solo un sistema *non-adversary* di *disclosure* avrebbe potuto assolvere alla funzione di raccolta e scambio delle prove senza dare luogo ai tanto temuti abusi, aveva infatti iniziato a diffondersi l'idea di sottrarre alcune basilari informazioni al libero scontro tra le parti, per farne oggetto di produzione obbligatoria o *automatica*. Di qui le disposizioni cd. di *initial disclosure* di cui alla *Rule 26 (a)(1)* con le quali alle parti è imposto il dovere di scambiarsi alcune informazioni diremmo di facile conoscenza e acquisizione (ad es. i nomi, gli indirizzi ed i numeri di telefono di persone che possono essere a conoscenza di informazioni — di cui debbono specificare l'oggetto — che la *disclosing party* vuole utilizzare per supportare la propria posizione nonché la copia di tutti i documenti in possesso della parte che essa intende utilizzare nel processo ed altre informazioni rilevanti).

forma di *electronically stored information* (*e-discovery* ⁽²⁹⁾) (*Rule 34*), *d*) la *physical and mental examination* (*Rule 35*), *e*) le *request for admission* di cui alla *Rule 36 F.R.C.P.*

In particolare, per quanto di nostro diretto interesse al fine delle considerazioni in tema di riforma della negoziazione assistita italiana che ne seguiranno, le *depositions* costituiscono delle dichiarazioni giurate ottenute attraverso un'*examination* non dissimile da quella caratterizzante la tecnica della *cross examination* in sede di *trial*. Possono essere scritte o rese oralmente su richiesta degli avvocati di parte, essere rivolte tanto ad una delle parti quanto a un terzo e mirate ad avere informazioni riguardo avere ad oggetto "*any matter not privileged*" rilevante ai fini dell'istruzione della causa. Gli *interrogatories* sono invece risposte scritte di una parte a domande scritte della controparte riguardanti circostanze a conoscenza della stessa.

Quanto ai *methods* per attuare la *discovery*, individuati nelle *Rules 35 e 36* — rispettivamente la *physical e mental examination* nonché la *request for admission* — il primo fa riferimento all'ispezione delle parti o terzi, il secondo è una modalità mediante la quale si vuole ottenere l'ammissione ad opera della controparte delle circostanze emerse dalle produzioni documentali. Si tratta di strumenti complementari poiché il ricorso all'uno non esclude gli altri, e viceversa ⁽³⁰⁾.

⁽²⁹⁾ Sul'impatto e conseguenze nel sistema della *discovery*, delle *Electronically Stored Information*, v. ad es. G.L. PAUL, B.H. NEARON, *The discovery revolution, E-Discovery Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure*, Chicago, 2006 e, nella dottrina italiana, specificamente G. PAILLI, *Produzione di documenti elettronici (E-Discovery) negli Stati Uniti e nell'Unione Europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 409 ss.

⁽³⁰⁾ Le deposizioni rese a seguito di interrogatorio orale costituiscono uno dei più efficaci e, per questo da sempre usati, strumenti di *discovery*. Le parti, per il tramite dei loro difensori, possono sottoporre a *interrogatorio orale* qualsiasi persona, compresa la controparte, al fine di ottenere informazioni rilevanti per il giudizio. Nel caso in cui il soggetto della cui deposizione si tratta sia una delle parti in causa (*party's deposition*) la procedura inizia tramite una semplice *notice* scritta a tutte le parti del tempo e del luogo in cui l'interrogatorio dovrà svolgersi. Se invece l'interrogatorio venga rivolto ad un soggetto che non è parte, ai sensi della *Rule 45* è necessario un *subpoena* del giudice con cui si ordina al soggetto di presentarsi ad una determinata ora in determinato luogo e rendere la propria testimonianza. Il soggetto chiamato a deporre viene posto sotto giuramento da un agente (*officer*) il quale in base alla *Rule 28* rubricata "persone di fronte alle quali le deposizioni possono avere luogo" può essere sia una qualsiasi persona specificamente autorizzata dalla legge degli Stati Uniti ad amministrare i giuramenti sia colui che sia stato scelto per l'espletamento di tale compito dalla corte di fronte alla quale pende l'azione. Normalmente tale funzione è esercitata dal *reporter*. *Examination e cross examination* sono operati dai difensori delle parti alla stregua della procedura prevista per la fase dibattimentale del *trial*. Tramite un'*oral deposition* i difensori hanno la possibilità di verificare ciò che il deponente effettivamente conosce o non conosce, dirigendo la sua testimonianza verso la trattazione di specifici argomenti.

3. Il “diritto collaborativo” fuori dal e dentro il processo: in particolare, la recente esperienza francese della “*procedure participative aux fins de mise en état*”.

Sulla base delle considerazioni che hanno preceduto, è possibile affermare come il modello processuale *adversary* fosse per sua natura e struttura culturalmente, diremmo, “pronto” a responsabilizzare le parti per il tramite dei loro difensori nei confronti dell’utilizzo di metodi alternativi rispetto alla giurisdizione che si fondassero su percorsi di carattere negoziale a loro così prevalentemente rimessi, o in altre parole ad atti di normazione concreta che i litiganti pongono da soli, senza assoggettarsi al potere di normazione di un terzo ⁽³¹⁾.

Quando l’*oral deposition* presenta difficoltà di attuazione perché il soggetto di cui vuole assumersi la testimonianza risiede, per esempio, in luogo lontano da quello del foro, le parti possono, senza rinunciare alla sua deposizione, ottenerla a mezzo di domande scritte. A differenza di quanto accade in sede di interrogatorio orale, i difensori normalmente non presenziano ad una deposizione così resa, piuttosto formulando preventivamente per iscritto una serie di domande. Sarà solo l’*officer* cui queste vengono trasmesse che dovrà leggerle ad alta voce ai testimoni e dare pronta registrazione delle risposte che oralmente gli vengono date.

Le *written deposition* sono utilizzate principalmente per ottenere quelle informazioni di *routine* che non siano in sostanziale controversia per esempio, date, luoghi, nomi o altre nozioni di ambito limitato o in quelle azioni in cui la *discovery* può essere ridotta al minimo per l’esiguità dell’interesse in gioco. Circa invece i *written interrogatories*, essi costituiscono un rilevante strumento di *discovery*. La *Rule 33* offre ad una parte la possibilità di inviare all’altra una serie di domande cui sotto giuramento quest’ultima deve rispondere per iscritto entro un lasso di tempo determinato. Non si rende all’uopo necessario alcun ordine del giudice né si abbisogna della collaborazione dell’*officer*.

Contrariamente ad una *oral* o *written deposition* tale interrogatorio non può deferirsi a qualsiasi persona in possesso di informazioni rilevanti ai fini dell’azione bensì soltanto alle parti. La *ratio* di tale limitazione risiede nel fatto che se una parte chiamata a rispondere ad una serie di domande in tal modo formulate si sarà in precedenza consultata con il proprio difensore per essere sicura di aver adottato tutta la cautela atta ad evitare che le sue risposte poi possano ritorcersi contro di lei, una *non-party*, in quanto priva dell’assistenza di un legale, può essere facilmente condotta verso *misleadings statements*. La parte a cui l’interrogatorio è deferito ha il dovere di rispondere non solo in base alla sua propria conoscenza dei fatti, ma dovrà riferire anche tutto ciò che abbia appreso da altri soggetti come, per esempio, il proprio difensore o qualunque altra persona in qualche modo venuta in possesso di quelle informazioni.

La *Rule 36* abilita poi una parte a presentare all’altra una richiesta scritta di ammettere la veridicità di certi fatti o di confermare l’originalità di determinati documenti, evitando in tal modo di doverli “autenticare” formalmente al *trial*. A ciò può procedersi in qualunque momento a prescindere da un ordine del giudice. Il soggetto cui tale richiesta viene presentata è tenuto a rispondere per iscritto sotto giuramento e, oltre naturalmente ad ammettere può, sia negare i fatti dei quali era stata domandata ammissione, sia rendere note le ragioni per le quali non si sente in grado di confermarli né di darne risposta negativa.

⁽³¹⁾ Le parole sono di M. BOVE, *Le ADR e la composizione stragiudiziale delle controversie: obblighi ed opportunità per il sistema della giustizia civile*, in *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, a cura di M. Bove, Torino, 2017, p. 37.

Ne rappresenta manifestazione diretta il “*collaborative law*”, soprattutto di matrice nordamericana, quale tecnica di risoluzione dei conflitti improntata ad un atteggiamento collaborativo delle parti e teso alla ricerca di un accordo sulla lite, sorto già negli anni '90 del secolo scorso da un'idea dell'avvocato Stuart Webbs, operante in prevalenza nel campo del diritto processuale della famiglia, che vede al suo interno procedure cd. di *informal disclosure* le quali ricalcano gli schemi della *pre-trial discovery* processuale ⁽³²⁾.

⁽³²⁾ Le esperienze di diritto e pratica collaborativa più “consolidate” sono in effetti riscontrabili negli Stati Uniti, in cui si sono diffuse trovando una notevole fortuna su impulso originario dell'avvocato matrimonialista dello Stato del Minnesota 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 verifichino in un contesto non conflittuale e non contenzioso, nel quale le parti e i rispettivi difensori siano guidati dall'obiettivo di raggiungere un accordo. I tratti più caratteristici del modello statunitense della *collaborative practice* sono rappresentati 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)* (in www.uniformlaws.org) 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.

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

Nonostante il collegamento forte con quella società, il movimento per

connessa al *collaborative matter*; nei casi di revoca dell'incarico all'avvocato o in caso di sua rinuncia, salvo che non intervenga la 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 di interesse è che nel 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'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 nelle circostanze suddette.

Sono poi previste deroghe all'incompatibilità qualora la parte si trovi nella posizione di poter beneficiare dell'assistenza legale gratuita.

Per quanto di nostro diretto interesse, il cuore della procedura è rappresentato dalle modalità di assunzione delle "informazioni" 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 tempestivamente e trasparente. Si tratta, tuttavia, evidentemente, di una *informal disclosure*, cioè di informativa confidenziale e non già di una *formal discovery*, 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 crimine ovvero sia intenzionalmente utilizzata per tentare di commettere o commettere un crimine, 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 determinati fatti non siano suscettibili di essere provati in altro modo e che

l'ADR ha finito tuttavia per suggestionare gran parte del mondo, con l'obiettivo più frequentemente dichiarato di favorire e promuovere l'accesso alla giustizia ⁽³³⁾.

L'esperienza francese di *civil law* ne rappresenta una, ormai risalente, efficace dimostrazione.

In tale modello, tra i principi direttivi del *Nouveau code de procédure civile* del 1975 spicca, anzitutto, la consacrazione della *conciliazione*, con l'introduzione della *richiesta congiunta* tra i modi di introduzione dell'istanza (artt. 57 e 58) e con il riconoscimento al giudice del potere di decidere quale amichevole compositore su domanda delle parti. Se questa conciliazione obbediva inizialmente alla forma tradizionale della conciliazione giudiziale, alla fine degli anni novanta sono venuti ad assumere concreta veste normativa, rappresentando della prima diretta derivazione, i cd. *MARC (Modi alternativi di risoluzione delle controversie)* ad indicare l'insieme dei procedimenti diretti ad una soluzione amichevole dei conflitti tra cui compare, l'istituto della mediazione (*médiation judiciaire*) disciplinata peraltro in seno al *Code de procédure civile* agli artt. 1530 ss. con una scelta che, in modo del tutto evidente, evoca il grande rispetto che l'ordinamento francese ha sempre portato nei confronti dei metodi ADR nell'ambito vasto del sistema della giustizia civile.

La *procédure collaborative*, a cui si fanno specificamente risalire le origini della nostra negoziazione assistita, risale invece a qualche decennio più tardi. È stata infatti introdotta nel sistema francese dall'art. 37 della loi n. 1609 del 22 dicembre 2010, « relativa all'esecuzione delle decisioni giudiziarie, alle

nel caso concreto l'interesse all'acquisizione della prova sia prevalente rispetto a quello della riservatezza del procedimento. Sul fenomeno e le sue origini, qui ricostruito sulla base dei dettati dell'*Uniform Collaborative Law Act (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 procédure participative*, in *Foro it.*, 2015 col. 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, p. 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), p. 22 ss.; J. LANDE, *Principles for Policymaking about Collaborative Law and Other ADR Processes*, in *Ohio State J. on Disp. Resol.*, 2007, p. 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, p. 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, p. 141.

⁽³³⁾ Così V. VARANO nella Presentazione a *L'altra giustizia*, cit., p. IX.

condizioni di esercizio di alcune professioni regolamentate e agli esperti giudiziari » ed entrata in vigore il 23 gennaio 2012 a seguito dell'emanazione del decreto attuativo n. 66 del 20 gennaio 2012.

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 (art. 2062 a 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 e i suoi possibili esiti.

Secondo il disposto dell'art. 2062, comma 1 *Code civil*, la convenzione partecipativa è così 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 art. 2066 *Code civil* e 1556 *Code de procédure civile*, l'accordo, anche parziale, raggiunto dalle parti può essere sottoposto al giudice per la "omologazione" dello stesso. 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.

La procedura mantiene pertanto in qualche modo un *legame* con la giurisdizione a fini di controllo ⁽³⁴⁾.

⁽³⁴⁾ L'ambito generale di applicazione dell'istituto è delineato dall'art. 2064 c.c., 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. Peraltro, ai sensi dell'art. 2067 c.c., è possibile far ricorso ad essa anche in materia di divorzio e di "*separation des corps*", ferma restando la competenza del *JAF*, cioè giudice delle controversie familiari. Alla procedura partecipativa possono fare ricorso le coppie non sposate, che siano legate da un patto civile di responsabilità o vivano in unione libera. La convenzione deve essere redatta in forma scritta a pena di nullità (v. l'art. 2063 *Code 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 (v. art. 1545 Cod. proc. civ.). La convenzione può prevedere, in conformità alla l. 17 giugno 2008 n. 2008-561 sulla prescrizione in materia civile, 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'esperienza della procedura funziona come condizione di procedibilità della domanda giudiziale, a meno che una delle parti venga meno all'impegno assunto con la

Inoltre, al pari delle procedure collaborative sperimentate nel sistema americano, 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 quantomeno di *disclosure*.

Ma il sistema francese fa un passo ulteriore. Nel 2021 entra, infatti, in vigore nel sistema del processo civile la *procédure participative aux fins de mise en état* di cui agli attuali artt. 1546-1 e 1546-2 del *Code de procédure civile*, introdotta per effetto del *décret* n. 892 del 2017.

Tra i mezzi alternativi alla giurisdizione spicca ora 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*

convenzione ovvero siano richieste, in caso di urgenza misure provvisorie o conservative (v. art. 2065 *Code civil*). Ai sensi degli artt. 2066 *Code civil* e 1556 *Code proc. civ.*, l'accordo (eventualmente parziale: v. gli artt. 1546 e 1555 *Code proc. civ.*) 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. Quando l'accordo riguarda un minore capace di discernimento, soprattutto quando esso riguarda le modalità di esercizio dell'autorità genitoriale, la richiesta deve menzionare le condizioni per le quali il minore è stato informato del proprio diritto ad essere ascoltato dal giudice o la persona da lui designata ad essere assistita da un avvocato (cfr. l'art. 1557 *Code proc. civ.*). 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 proc. civ.*, 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 (v. art. 1547), il quale, prima di accettare l'incarico, è tenuto a rivelare ogni circostanza suscettibile di mettere in discussione la propria indipendenza (v. l'art. 1548). Di poi il consulente è tenuto ad espletare le operazioni con coscienza, diligenza e imparzialità, rispettando il principio del contraddittorio (v. art. 1549), sulla base della documentazione fornita e, se del caso, delle eventuali ulteriori richieste presentate dalle parti (v. gli artt. 1550 e 1551). Ai sensi dell'art. 1551 *Code proc. civ.*, 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

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 latamente assimilabili a quelle di *discovery* non precisamente individuate dal legislatore ma rimesse all'accordo delle parti — 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 istruttoria.

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 del *Code civil* ⁽³⁵⁾.

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

sottoporre alle parti e al terzo interventore, nella quale deve dare atto delle eventuali osservazioni presentate (v. gli art. 1553 e 1554). 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 che noi abbiamo tratto 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., col. 31-32. Su tale procedimento in materia familiare v. V. EGÉA, *Il divorzio consensuale senza giudice nel diritto francese*, in *Separarsi e divorziare senza giudice*, a cura di C. Besso e M. Lupano, 2018, p. 61 ss.

⁽³⁵⁾ 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*".

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 discussione 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 legale un prezioso strumento procedurale per gli avvocati la cui pratica destinata a diffondersi.

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 *Cod. proc. civ.* (tra cui la mediazione), vede ora, giusta la modifica all'originario art. 1544 *Code proc. civ.* 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 ⁽³⁶⁾.

Difatti, 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 del *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 negli artt. 1546-1 à 1546-2. Secondo la prima norma, 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

⁽³⁶⁾ "*Les parties, assistées de leurs avocats, œuvrent conjointement, dans les conditions fixées par convention, à un accord mettant un terme au différend qui les oppose ou à la mise en état de leur litige*". Il *Chapitre I er* è rubricato "*la procédure conventionnelle*" e ricomprende gli artt. da 1544 a 1555-1, mentre l'art. 1544 è rubricato "*la convention*".

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 giudice 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*”).

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.

4. La negoziazione assistita da avvocati del sistema italiano e il disegno strutturale delle nuove norme in tema di “istruzione stragiudiziale”: un ingresso di “servizio” per la *discovery*?

Anche il nostro ordinamento ha dovuto raccogliere la sfida dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie per il tramite della mediazione prima con il d.l. n. 28/2010, e della negoziazione assistita poi con il d.l. n. 132/2014, le quali hanno progressivamente arricchito il panorama dei sistemi ADR già in essere nel nostro sistema, come mirabilmente evidenziato da Nicolò Trocker nel suo denso saggio sulla conciliazione cui si è fatto riferimento in apertura ⁽³⁷⁾.

⁽³⁷⁾ V. *L'Altra giustizia*, cit. Sulla conciliazione in generale v. poi, a quel momento, F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008.

Se il giurista europeo trova, per sua natura e basi culturali, maggiori difficoltà ad accettare un ruolo attivo delle parti nella definizione del conflitto — lo “specchio” del processo giurisdizionale e la sua struttura, inevitabilmente hanno influenza anche sul mondo *ADR*, soprattutto in riferimento a quegli strumenti, come la negoziazione assistita, rimessi esclusivamente alle parti senza nessuna intermediazione di terzi ⁽³⁸⁾ — la riproposizione di forme alternative di risoluzione dei conflitti deve indurre, specie in Europa, più che alla ricerca della loro “genealogia”, ad un loro collocamento nella prospettiva attuale, illustrando idee di continuità ma soprattutto di discontinuità rispetto al passato ⁽³⁹⁾.

E veniamo, dopo una lunga 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. n. 149 del 10 ottobre 2022 ⁽⁴⁰⁾ 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 maggior numero possibile di casi e, quando ciò sia inevitabile, deve essere incoraggiato il raggiungimento di un accordo bonario nello stadio più avanzato.

La riforma della negoziazione assistita, che intende valorizzare anzitutto il metodo nel suo complesso, riconoscendone l’esperibilità in aree prima precluse o mediante contenuti prima non consentiti ⁽⁴¹⁾, si caratterizza anche

⁽³⁸⁾ Ne è stata riprova la riluttanza dimostrata nei confronti del procedimento di negoziazione assistita. Nelle sue forme facoltative, la procedura ha dimostrato un certo successo solo nel contenzioso familiare, probabilmente poiché nel processo della famiglia grazie anche ai numerosi poteri officiosi del giudice, le parti sono maggiormente indotte a collaborare per il raggiungimento della verità materiale, anche in virtù di obblighi di *automatic disclosure* che l’attuale riforma del processo della famiglia ha formalizzato ma che già esistevano in via di prassi giudiziarie in numerosi tribunali.

⁽³⁹⁾ Così FERRARESE, *Formante giudiziario e mediazione: confluenze e differenze*, cit., pp. 2-3.

⁽⁴⁰⁾ In *Gazz. Uff.* 17 ottobre 2022, n. 243, S.O.

⁽⁴¹⁾ Ciò, in particolare, nell’ambito della regolamentazione delle controversie di lavoro, o attraverso la possibilità di riconoscere un assegno di divorzio in unica soluzione, alle quali va aggiunta l’ulteriore fondamentale modifica, già direttamente introdotta dal comma 35 l. n. 206/2021 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

per l'importante previsione di una “*istruttoria 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 una 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 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” (42).

Affidandosi agli avvocati e alla loro prestazione professionale, sull'indeffabile presupposto dei doveri di buona fede e lealtà incombenenti sui

delle modalità di affidamento e mantenimento dei figli minori nati fuori del matrimonio, nonché per la disciplina delle modalità di 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. 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*; 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, p. 221 ss.; G. TRISORIO LIUZZI, *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, p. 1 ss.; D. DALFINO, *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati, tra collaborative law e procédures participative*, in *Foro it.*, 2015, V, col. 28; M. C. GIORGETTI, *Negoziazione assistita*, Milano, 2015; F. VALERINI, *La negoziazione assistita*, in *Processo civile efficiente e riduzione arretrato*, a cura di F.P. Luiso, Torino, 2014, 13 ss.; A. GRAZIOSI, *Media-conciliazione e negoziazione assistita: limiti o incentivi alla deflazione del contenzioso civile?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, p. 37 ss.

(42) Così la Relazione illustrativa al decreto legislativo 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 206/2021 si esprimeva precisamente in termini di “istruzione stragiudiziale”.

medesimi per risolvere in via amichevole la controversia intercorrente tra i loro assistiti — requisiti che, lo ricordiamo, da sempre rappresentano l'essenza stessa della negoziazione assistita giusto l'art. 2 delle relative norme — la riforma fa un passo ancora più lungo prevedendo all'art. 2-*bis* di nuovo conio, 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 ⁽⁴³⁾.

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 delle disposizioni che consentono alle parti di svolgere attività istruttoria nell'ambito della negoziazione assistita è di metterle in condizione di acquisire tutti gli elementi che possano condurre, nel miglior modo, alla composizione della lite. E se la normativa prevede anche che tale attività istruttoria possa essere utilizzata in giudizio, tale possibilità non costituisce lo scopo principale dell'innovazione in tema di istruttoria nelle procedure di negoziazione. Esso resta, infatti, l'accordo.

È bene anzitutto evidenziare 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 ⁽⁴⁴⁾. Si può dar luogo alla stessa, di conseguenza, solo qualora la convenzione espressamente lo preveda.

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

⁽⁴³⁾ Le altre disposizioni *sub lett. c)* e *lett. d)* riguardano la possibilità di svolgere la negoziazione con modalità telematiche nonché la possibilità di accordarsi per lo svolgimento degli incontri con collegamenti audiovisivi a distanza.

⁽⁴⁴⁾ V. *infra* sulla relazione tra istruttoria stragiudiziale ed eventuale futuro processo.

della loro acquisizione; della facoltà di non rendere dichiarazioni; della facoltà di astenersi ai sensi dell'articolo 249 del codice di procedura civile; 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 comma 3 specifica inoltre come non possa rendere dichiarazioni chi non abbia compiuto il 14° anno di età o che si trovi nella condizione prevista dall'articolo 246 del codice di procedura civile, 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 comma 2.

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'articolo 116, comma 1 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 sufficientemente attendibile, disponendone così la rinnovazione in fase istruttoria.

Ai sensi del comma 7, 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 del codice di procedura civile, 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'articolo 4-ter disciplina invece, come si è anticipato, 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'articolo 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 ⁽⁴⁵⁾.

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 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, comma primo 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

⁽⁴⁵⁾ V. ANDRIOLI, *Confessione (Diritto processuale civile)*, voce del *Novissimo Digesto Italiano*, IV, Torino 1959, p. 10 ss.

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 (tramesso peraltro oggi anche al Consiglio dell'Ordine degli avvocati che ne cura la conservazione in apposito archivio ai sensi dell'art. 6 comma 3-ter.).

Il rifiuto ingiustificato di rendere dichiarazioni sui fatti di cui al comma 1 è valutato dal giudice ai fini delle spese del giudizio anche ai sensi dell'articolo 96 commi 1, 2, 3 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, 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. ⁽⁴⁶⁾.

Il profilo sanzionatorio, evidentemente ideato per conferire effettività al

⁽⁴⁶⁾ 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. BASILICO, *Note sull'attività di istruzione stragiudiziale secondo la Riforma del processo civile*, cit.), 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

sistema, si inserisce nel quadro di quelle nuove disposizioni di carattere sanzionatorio-punitivo che l'attuale riforma della giustizia civile per la prima volta introduce nel e fuori dal processo, quantomeno in modo macroscopico e stavolta davvero incisivo (47).

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 fatti⁴⁷.

(47) La riforma Cartabia detta infatti oggi 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 combinare alla parte soccombente la sanzione pecuniaria, determinata in una somma di denaro non inferiore ad euro 500 e non superiore ad euro 5000, 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'articolo 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 comminato dal giudice nel corso dell'istruttoria e nei casi di rifiuto 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 3000 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, comma 2, 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

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

5. *Segue: "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 ⁽⁴⁸⁾, 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, cioè a dire gli *interrogatories* e le *requests for admission*; 2) di poi, la *circostanza* "affatto trascurabile" ⁽⁴⁹⁾ 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

aggiornata per effetto della legge 69/2009. La sanzione non è tuttavia automatica, consentendo 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, p. 210 ss. Per l'efficace sintesi dei provvedimenti sanzionatori nell'attuale riforma v. la Relazione n. 110 dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione del 1° dicembre 2022, p. 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 cd. di *automatic disclosure* nel processo di famiglia, quella prevista dall'art. 283, comma 3 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, comma 2 e 3 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 comma 2, 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. 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*.

⁽⁴⁸⁾ V. in particolare BASILICO, *Note sull'"attività di istruzione stragiudiziale" secondo la Riforma del processo civile*, cit.

⁽⁴⁹⁾ V., anche su questo punto, il corretto rilievo dei primi commentatori. Così DONDI-ANSANELLI, *Istruzione stragiudiziale e discovery nei recenti "interventi per l'efficienza del processo civile"*. *Qualche rapida impressione*, cit., p. 760.

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, comma 4, *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 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 costituisce 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 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 degli ADR per loro natura sottratti 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.) ⁽⁵⁰⁾, l'eventuale futuro processo potrà essere deciso più rapidamente qualora si faccia utilizzo delle prove che, assunte prima della sua instaurazione, vi sono poi confluite.

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 prima del processo" formati 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 ⁽⁵¹⁾.

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.

6. Spunti per una riflessione conclusiva.

In occasione di un saggio dedicato ai poteri del giudice e ai diritti delle parti focalizzato sugli insegnamenti di Piero Calamandrei, Nicolò Trocker, dopo aver invitato alla riflessione su uno dei temi centrali del disegno del processo civile, dedicava alcune pagine al ruolo che l'avvocatura riveste in relazione ad ogni riforma processuale.

La questione della riforma delle regole, ammoniva il Maestro, è infatti solo uno degli aspetti su cui deve convergere l'attenzione, la quale va rivolta, globalmente, alla crisi e alle esigenze di mutamento della giustizia civile nelle sue diverse articolazioni. Un sostanziale mutamento della qualità della giustizia civile complessivamente intesa non può essere realizzato, continuava Nicolò Trocker, senza l'impegno dei protagonisti chiamati ad attuarlo ⁽⁵²⁾.

In quei passaggi si sottolinea come la qualità della giustizia civile dipenda

⁽⁵⁰⁾ Sui procedimenti di istruzione preventiva e la relazione con il processo v. *ex multis* G. BALENA, *Istruzione (procedimento di istruzione preventiva)*, in *Enc. Giur. Treccani*, 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., X, Torino, 1993, rist. 1999, p. 255 ss.; C. BESSO, *La prova prima del processo*, Torino, 2004.

⁽⁵¹⁾ Su cui, anche per ogni richiamo bibliografico, mi permetto di rinviare ai nostri *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, Napoli, 2011, p. 201 ss. e, *Anticipazioni della "prova" e consulenze psicologiche ante causam*, in *Fam. dir.*, 2019, p. 435 ss.

⁽⁵²⁾ V. N. TROCKER, *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: gli insegnamenti di Calamandrei e le riforme processuali in Europa*, in *Poteri del giudice e diritti*

da due fattori: l'architettura del processo e il modo in cui le norme processuali sono applicate dalle corti e osservate dalle parti. Un modello processuale rischia, infatti, di andare incontro a pericoli e difficoltà se "il pur seducente piano dell'architetto è realizzato da improvide maestranze", utilizzando una efficace espressione di Claudio Consolo ⁽⁵³⁾.

Nicolò Trocker, basandosi sulle principali riforme della giustizia civile attuate nelle esperienze europee maggiormente significative, ritenute rilevanti testimonianze al riguardo, ricorda anche che le buone relazioni e la cooperazione fra giudici e avvocati — nonché la cooperazione tra le parti medesime — sono state fra i fattori determinanti dell'efficace sperimentazione dei principali processi civili continentali e rileva, ancora, come il tema del rapporto fra regole di procedura e ruolo dell'avvocatura evochi naturalmente una serie di temi connessi: da quello dell'etica professionale e la sua influenza sull'applicazione delle norme processuali a quello sull'abuso del processo nelle sue molteplici manifestazioni.

Ma nello stesso saggio il Maestro aveva preso posizione anche sul fenomeno di diffusione di forme di *discovery* prima del processo nella esperienza europea dei primi anni del nuovo millennio.

"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" ⁽⁵⁴⁾.

E se il pensiero era 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 del *Code de procédure civile* francese), egli rilevava come in direzione analoga si muovesse, in Italia, l'allora recente introduzione dell'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

delle parti nel processo civile, *Atti del Convegno di Siena del 23-24 novembre 2007*, a cura di G. Scarselli, Napoli, 2010, p. 194 ss.

⁽⁵³⁾ Così C. CONSOLO, *Esercizi imminenti sul c.p.c.: metodi asistematici e penombre*, in *Corr. Giur.*, 2002, p. 1542.

⁽⁵⁴⁾ TROCKER, *Poteri del giudice e diritti delle parti*, cit. p. 190.

degli obblighi di informazione e di cooperazione tra le parti “in fase pre-processuale” ⁽⁵⁵⁾.

Venendo ai giorni nostri, risulta evidente la grande attualità del suo pensiero.

L'architettura della nuova giustizia civile delinea ora 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 endoprocessali, quello dei poteri officiosi del giudice in certi procedimenti con la previsione di obblighi di *automatic disclosure* come per il contenzioso familiare, conduce inevitabilmente in questa direzione.

E allora, se gli *ADR* non sono più metodi alternativi di risoluzione delle controversie rispetto al processo ma strumenti ad esso *complementari* ⁽⁵⁶⁾ 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

⁽⁵⁵⁾ 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, pp. 1429 ss., spec. pp. 1443-1444, ed in *Dieci studi sul processo. In ricordo di Virgilio Andrioli*, Napoli, 2019, pp. 13 ss., spec. p. 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 locative, 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. *Ma è davvero impossibile scrivere una riforma del processo di cognizione capace di ridurre numero e durata dei giudizi?* In *judicium.it* (2023).

⁽⁵⁶⁾ Così, nella Riforma Cartabia.

negoziante assistita che, al di là delle manifeste criticità che inevitabilmente presenta, 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⁽⁵⁷⁾. 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⁽⁵⁸⁾.

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"⁽⁵⁹⁾.

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, ci riecheggiano, ancora, le parole del Maestro in un altro lavoro

⁽⁵⁷⁾ Le parole sono di BOVE, *Le ADR e la composizione stragiudiziale delle controversie: obblighi ed opportunità per il sistema della giustizia civile*, cit., p. 70.

⁽⁵⁸⁾ Sulla delicatissima disputa italiana in materia, dati i limiti della nostra indagine, si rinvia ancora alla bella ed esauriente trattazione, anche storica-evolutiva, di M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., spec. p. 515 ss.

⁽⁵⁹⁾ Così DONDI-ANSANELLI, *Istruzione stragiudiziale e discovery nei recenti "interventi per l'efficienza del processo civile"*, cit., p. 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".

in tema di azione di classe per sua natura concentrato sul sistema statunitense: trapianti affrettati e fatti senza adeguata consapevolezza dei problemi non possono dare buon esito, ma non sembra nemmeno il caso di indugiare in atteggiamenti di ostinata chiusura ⁽⁶⁰⁾.

Non resta a questo punto che verificare come l'intero sistema *ADR*, grazie anche alle innovazioni in tema di negoziazione assistita in commento, riscriverà, nel lungo periodo, la fisionomia della "giustizia civile".

⁽⁶⁰⁾ Lo scriveva, il Maestro, a proposito di *class actions* in *Il processo civile e le controversie soggettivamente complesse. "Class actions" negli USA — e in Europa?*, in Studi in onore di Vittorio Coesanti, II, Napoli, 2009, p. 1241, ma l'assunto di rilevanza comparatistica ci pare possa valere per ogni istituto nuovo ispirato al processo straniero suscettibile di essere ospitato, senza fenomeni di "rigetto", nel sistema processuale dell'ordinamento ricevente.