

UNIVERSITÀ COMMERCIALE “LUIGI BOCCONI”

SCUOLA DI DOTTORATO

Dottorato di Ricerca in *Legal Studies*

Ciclo: XXXVI

Settore Disciplinare: IUS/15 – Diritto processuale civile

Il componimento della lite civile.

Tra autonomia privata e giurisdizione.

Advisor: Prof. Cesare Cavallini

Tesi di Dottorato di

Stefania Cirillo

Matricola: 1674928

Anno 2024

A Vitangelo Moscarda
che ha imparato a (dis-)unirsi.
Egli vive, ora, in centomila.

ABSTRACT

L'ultima Riforma del processo civile (D. lgs n. 149/2022) ha (re)introdotta un istituto che, nel corso delle varie riforme processuali, ha conosciuto un percorso travagliato: il *tentativo di conciliazione obbligatorio* da esperirsi in occasione della prima udienza di comparizione e trattazione. La conciliazione giudiziale, obbligatoria o facoltativa, rappresenta una modalità di risoluzione della controversia che si svolge nel corso del processo, mediante l'intervento del giudice, al fine di giungere ad una soluzione amichevole della lite civile. Questo istituto ha assunto, diversamente dalle precedenti regolamentazioni, una sua propria e distinta connotazione se si considera che interviene in un momento del processo in cui la materia del contendere è stata già fissata, per effetto del nuovo regime delle preclusioni assertive e istruttorie, antecedenti la prima udienza di comparizione personale delle parti. La previsione di un intervento, *obbligatorio*, del giudice in funzione conciliativa, con la rinnovata struttura del processo ordinario di cognizione, richiede ulteriori riflessioni sull'istituto *de quo*.

Appare, pertanto, attuale il dibattito sulla natura stessa della conciliazione giudiziale, la quale, sebbene conduca ad un esito diverso rispetto a quello tradizionale del processo, *id est* la sentenza, conserva nondimeno un'efficacia giurisdizionale, che ha consentito di ascrivere la categoria dei cosiddetti *equivalenti giurisdizionali*. Questa categorizzazione, lungi da rappresentare un mero esercizio classificatorio, comporta degli effetti sulla natura processuale dell'istituto e sul suo rapporto con la funzione giurisdizionale. In particolare, questo lavoro si propone di sostenere la tesi per cui la conciliazione giudiziale non rappresenta una transazione, una rinuncia all'azione o un riconoscimento del diritto che si verifica nel corso del processo; al contrario, si configura come un *autonomo* istituto del processo, munito di caratteristiche sue proprie. Essa tende, infatti, ad una risoluzione della lite per mezzo di un *iter* che, svolgendosi di fronte ad un organo giurisdizionale, in udienza, anche alla presenza degli avvocati delle parti, in uno scambio dialettico ad armi pari, assicura il rispetto delle garanzie costituzionali del *giusto processo*. Il giudice, investito di una speciale forma di giurisdizione, quella conciliativa, ha il compito di favorire una risoluzione *giusta*, raggiunta a mezzo di valutazioni di diritto o d'equità.

La natura processuale della conciliazione e le caratteristiche della giurisdizione conciliativa si rivelano così funzionali a osservare le conseguenze dell'istituto, nella nuova veste assunta, sul processo.

La prima conseguenza è di natura propriamente dogmatica, riguardando il componimento come *scopo*. L'evoluzione della funzione giurisdizionale, affiancata da una più generale evoluzione legislativa dei mezzi di risoluzione alternativa alla controversia, (ri)porta l'attenzione sull'analisi dello/degli scopo/i del processo. La possibilità che il processo contenzioso si concluda con un accordo tra le parti, stimolato e diretto da un giudice, anziché con una sentenza, implica un interesse dello Stato nella preservazione della pace tra i consociati, distinto dall'originario intento della funzione giurisdizionale di attuazione del diritto. Il processo, dunque, tende (anche) ad un componimento della lite ma non un componimento qualsiasi che le parti potrebbero raggiungere *extra litem*, bensì un *componimento giusto*.

La seconda conseguenza è di tipo sistematico ed effettuale. Essa attiene ai riflessi che il componimento come *istituto* può avere sul procedimento ordinario di cognizione con riguardo, in particolare, alla fase introduttiva, di trattazione e decisoria. Questi riflessi aprono infatti la via alla fenomenologia della conciliazione, consentendo la disamina di problemi che l'istituto pone in relazione ad alcuni aspetti di diritto e sostanziale, e processuale. L'indagine è così arricchita di alcune riflessioni di natura comparatistica, in particolare con il processo americano, in cui il *settlement* rappresenta ormai un esito pressoché naturale del processo, a seguito di una lunga trasformazione della fase del *pretrial*, ormai dominante.

Il lavoro si avvia, dunque, con un'analisi della natura giuridica della conciliazione giudiziale e del suo rapporto con la funzione giurisdizionale, aspetti entrambi molto dibattuti in dottrina, con l'obiettivo di trarre delle conclusioni preliminari sulle caratteristiche dell'istituto. Successivamente, viene esaminato l'impatto del componimento giudiziale sul sistema processuale, in termini di scopo del processo. Il secondo capitolo è dedicato all'esegesi dell'istituto, anche in chiave diacronica, al fine di inquadrare correttamente le caratteristiche della nuova conciliazione giudiziale e il suo rapporto con istituti alla stessa ancillari. Il terzo capitolo, infine, si dedica allo studio dei riflessi della conciliazione giudiziale sulle tre fasi del processo e alla risoluzione, anche

in chiave comparata, di alcune problematiche che si verificano nell'attuazione della stessa.

INDICE

CAPITOLO PRIMO

IL COMPONENTO DELLA LITE NEL PROCESSO, NATURA GIURIDICA E RAPPORTO CON LA FUNZIONE GIURISDIZIONALE

1. Chiarificazioni terminologiche e classificazioni	9
1.1. <i>Componento processuale e transazione</i>	18
1.2. <i>Componento processuale, rinuncia all'azione e riconoscimento dell'azione</i>	23
2. La natura giuridica del componente	31
2.1. <i>L'origine delle teorie sostanziali e quella più estrema tra le stesse</i>	32
2.2. <i>La teoria intermedia dell'atto negoziale ad effetti processuali</i>	35
2.3. <i>L'origine delle teorie processuali e la teoria intermedia dell'atto processuale ad effetti sostanziali</i>	39
2.4. <i>La teoria processuale</i>	46
3. Il componente e la funzione giurisdizionale	49
3.1. <i>L'appartenenza dell'istituto alla giurisdizione volontaria</i>	51
3.2. <i>L'appartenenza dell'istituto alla giurisdizione contenziosa</i>	54
3.3. <i>La soluzione alla cautela verso la giurisdizione contenziosa manifestata da Mortara: il tertium genus identificabile nella giurisdizione conciliativa</i>	58
3.4. <i>Una giustificazione alla giurisdizione conciliativa: il componente-scopo</i>	69
4. Primi rilievi conclusivi	80

CAPITOLO SECONDO

L'EVOLUZIONE LEGISLATIVA DEGLI ISTITUTI CONCILIATIVI E, IN PARTICOLARE, DEL TENTATIVO DI CONCILIAZIONE OBBLIGATORIO

1. Le origini della composizione bonaria dei conflitti	87
1.1. <i>La disciplina dell'istituto conciliativo nel diritto romano</i>	87
1.2. <i>Le legislazioni moderne: dalla legislazione napoletana del 1808 al codice del Regno delle Due Sicilie del 1819.</i>	94
1.3. <i>Il codice di procedura civile del 1865.</i>	97
1.4. <i>L'interrogatorio libero delle parti per tentare di conciliarle: dal codice del 1895 alle proposte del primo decennio del 1900.</i>	103
2. La disciplina degli istituti conciliativi nel codice del 1940 e le riforme successive	111
2.1. <i>Le linee programmatiche del codice di procedura civile del 1940</i>	111
2.2. <i>La conciliazione in sede non contenziosa.</i>	113
2.3. <i>La conciliazione in sede contenziosa.</i>	114
2.4. <i>L'interrogatorio libero e un autonomo ordine di comparizione al fine di conciliare le parti</i>	116
2.5. <i>Il tentativo di conciliazione obbligatorio: la Legge n. 533 del 1973 per il processo del lavoro e la Legge n. 353 del 1990 per il processo ordinario di cognizione</i>	119
2.6. <i>La nuova formulazione della conciliazione in sede non contenziosa</i>	124

2.7. Il modello di conciliazione elaborato per il rito societario (D. lgs. n. 5/2003).....	125
2.8. L'abolizione del tentativo obbligatorio di conciliazione con la Legge n. 80 del 2005.	128
2.9. L'introduzione dell'art. 185-bis c.p.c.....	131
3. La crisi di efficienza della giustizia civile e le risposte all'Europa con gli istituti conciliativi.....	133
3.1. L'introduzione in Italia della mediazione in materia civile e commerciale.....	138
3.2. L'introduzione della negoziazione assistita.....	142
4. La conciliazione giudiziale dopo la riforma del processo del 2022.....	143
4.1. L'iter legislativo della riforma del 2022.....	143
4.2. Le linee programmatiche dell'intervento riformatore e il componimento-scopo.....	147
4.3. La riscrittura della fase preparatoria del processo ordinario di cognizione.....	150
4.4. La nuova prima udienza di comparizione ex art. 183 c.p.c.: l'onere di comparizione, l'interrogatorio libero e il tentativo obbligatorio di conciliazione.....	151
4.5. L'art. 185 c.p.c. e l'art. 185 bis c.p.c.....	155
4.6. La mediazione demandata dal giudice e i rapporti con la conciliazione giudiziale.....	161

CAPITOLO TERZO

I RIFLESSI DEL COMPONIMENTO BONARIO DELLA LITE SUL PROCEDIMENTO ORDINARIO DI COGNIZIONE

SEZIONE PRIMA

I RIFLESSI DELLA CONCILIAZIONE GIUDIZIALE SULLA FASE INTRODUTTIVA DEL PROCESSO

1. La rappresentanza nel tentativo di conciliazione.....	169
1.1. I rapporti fra componimento e patrocinio.....	173
1.2. La ratifica della conciliazione fatta dal procuratore non autorizzato.....	176
2. Gli effetti dell'(in)competenza del giudice sulla conciliazione.....	179
3. L'equiparazione dell' <i>exceptio rei iudicatae</i> all' <i>exceptio rei transactae</i>	185

SEZIONE SECONDA

I RIFLESSI DELLA CONCILIAZIONE GIUDIZIALE SULLA FASE DI TRATTAZIONE DEL PROCESSO

1. Il significato dell'eliminazione della locuzione «se la natura della causa lo consente».....	196
1.1. Un tentativo (per davvero) obbligatorio.....	197
1.2. L'ampiamiento dell'oggetto della conciliazione giudiziale.....	202
2. Gli effetti della definizione anticipata del <i>thema decidendum et probandum</i> sulla conciliazione.....	208
2.1. Il funzionamento dei processi a struttura bifasica.....	208
2.2. La regola dello «show the cards on the table» e gli incentivi a conciliare.....	213
2.3. La stretta interrelazione tra la struttura del processo e l'atto (evidentemente processuale) conciliativo.....	217
3. I confini della giurisdizione conciliativa e i riflessi sull'imparzialità e terzietà del giudice.	218
3.1. Giudice-mediatore come mero facilitatore o attivo promotore dell'accordo?.....	219
3.2. Il modello interest-based e il modello rights-based: complementari e non alternativi.	225

3.3. <i>Il pregiudizio di un pre-giudizio?: i rischi della precognizione sull'imparzialità del giudice</i>	228
--	-----

SEZIONE TERZA

I RIFLESSI DELLA CONCILIAZIONE GIUDIZIALE SULLA FASE DECISORIA DEL PROCESSO

1. Il componimento bonario raggiunto	238
1.1. <i>La conciliazione-risultato come atto conclusivo del processo</i>	238
1.2. <i>Il regime impugnatorio della conciliazione-risultato affetta da vizi</i>	244
2. Il mancato raggiungimento del componimento bonario della lite	250
2.1. <i>Le sanzioni processuali collegate alla conciliazione: la mancata comparizione della parte e la mancata conoscenza dei fatti dal procuratore</i>	250
2.2. <i>(segue): il regime delle spese processuali</i>	253
2.3. <i>L'efficacia delle risposte date in sede di interrogatorio libero</i>	255
BIBLIOGRAFIA	257

CAPITOLO PRIMO

**IL COMPONENTO DELLA LITE NEL PROCESSO, NATURA
GIURIDICA E RAPPORTO CON LA FUNZIONE
GIURISDIZIONALE.**

«Non è dunque senza meraviglia che egli sente giungere come prima cosa dal codice della
guerra regolamentata una parola di pace»

(SALVATORE SATTA, *Dalla Conciliazione alla Giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, Volume XVI, Parte I,
1939, p. 201)

— ooOoo—

SOMMARIO: 1. Chiarificazioni terminologiche e classificazioni – 1.1. *Componento processuale e transazione* – 1.2. *Componento processuale, rinuncia all'azione e riconoscimento dell'azione* – 2. La natura giuridica del componimento – 2.1. *L'origine delle teorie sostanziali e quella più estrema tra le stesse* – 2.2. *La teoria intermedia dell'atto negoziale ad effetti processuali* – 2.3. *L'origine delle teorie processuali e la teoria intermedia dell'atto processuale ad effetti sostanziali* – 2.4. *La teoria processuale* – 3. Il componimento e la funzione giurisdizionale – 3.1. *L'appartenenza dell'istituto alla giurisdizione volontaria* – 3.2. *L'appartenenza dell'istituto alla giurisdizione contenziosa* – 3.3. *La soluzione alla cautela verso la giurisdizione contenziosa manifestata da Mortara: il tertium genus identificabile nella giurisdizione conciliativa* – 3.4. *Una giustificazione alla giurisdizione conciliativa: il componimento-scopo* – 4. Primi rilievi conclusivi

— ooOoo—

1. CHIARIFICAZIONI TERMINOLOGICHE E CLASSIFICAZIONI

L'oggetto di questo studio richiede, preliminarmente, di operare alcune precisazioni terminologiche e di classificazione dell'istituto del *componimento processuale*, al fine di

valutare eventuali sinonimie di cui il legislatore, la giurisprudenza e la dottrina fanno uso nell'evoluzione dell'istituto.

Occorre così, in principio, porre attenzione sul significato giuridico del termine (e quindi sul concetto) che ivi è protagonista: il *componimento*. Questo termine contempla in realtà due significati: il primo, più generale, il secondo, più specifico. Sebbene lo studio in oggetto verterà sul secondo significato, il primo apparirà nondimeno degno di attenzione, coinvolgendo la più generale e dibattuta questione dello *scopo* del processo¹.

Il termine “componimento”, nel significato più ampio, rappresenta infatti uno *scopo* (o uno degli scopi, secondo un'altra e diversa prospettiva che si approfondirà nel prosieguo²) del processo, se si considera come due soggetti in conflitto di interessi mirano alla ricerca di un mezzo, di una via, che possa, per l'appunto, “comporre” quel conflitto³. La composizione dei conflitti di interesse avviene normalmente a mezzo della norma astratta, la cui regolamentazione può essere frustrata dall'esistenza della lite⁴. In tal senso la lite, opportunamente distinta dal processo, rappresenta un conflitto di interessi con una

¹ Nella storia della scienza giuridica processuale possono distinguersi quattro periodi. Il primo è quello della scuola esegetica, di stampo francese, che si caratterizza per la prevalenza di indagini e commenti volti alla interpretazione delle singole disposizioni legislative secondo l'ordine del codice, quali, a titolo di esempio, le opere di Luigi Borsari, Francesco Ricci, Eugenio e Filippo Cammelli, Francesco Saverio Gargiulo, Emanuele Cuzzeri; il secondo, detto “periodo delle teorie particolari”, segna una fase di passaggio in cui l'indagine è volta alla costruzione di principi relativi ai singoli istituti e ne sono una eloquente esemplificazione le opere di Luigi Mattiolo e di Ludovico Mortara; poi, un terzo periodo può essere identificato in quello della “teoria generale del processo di cognizione” dove si segna il passaggio dall'indirizzo esegetico a quello dogmatico, con la preponderante influenza tedesca, di cui è fondatore Giuseppe Chiovenda, incentrato sulla delineaazione dell'intera teoria del processo di cognizione e più precisamente sulla sistematizzazione di tutti i principi relativi al processo; da ultimo, il periodo della “teoria generale del processo”, rappresentante un'evoluzione di quello che lo precede e mirante a operare una sistematizzazione, ancora più alta, dei principi del diritto processuale civile, comprendente ogni tipo di processo e non solamente quello di cognizione. Quest'ultimo periodo è frutto delle sistematizzazioni, tra cui *prima inter pares*, quella di Francesco Carnelutti (CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, 1936, pp. 2-5), che qui si pone come punto di riferimento.

² V., *funditus*, in questo Capitolo, § 3.4.

³ *Ibidem*, pp. 12 e ss. Si consideri che l'Autore definisce il concetto di interesse riferendosi a una posizione dell'uomo favorevole al soddisfacimento di un proprio bisogno.

⁴ *Ivi*. Carnelutti considera il componimento del conflitto come scopo non solo delle norme processuali ma di ogni norma giuridica di cui le norme processuali sono evidentemente una *species*. Più precisamente, la società si impone, di fronte al conflitto di interessi, la regola della composizione del conflitto. Quando a questa regola si aggiunge un “comando”, tale regola diviene diritto e, più specificatamente, quando la regola si unisce a un comando rivolto a più persone si verifica una norma giuridica (c.d. comando astratto). L'esistenza di una lite paralizza la regolamentazione (e, quindi, il componimento) del conflitto che è dato dal diritto. In caso di lite, di conseguenza, occorre un ulteriore rimedio per la relativa composizione del conflitto che è appunto il processo, il cui scopo – a contrario – è quindi il componimento del conflitto.

particolare qualificazione identificabile nella pretesa (intesa come l'esigenza della subordinazione dell'interesse altrui all'interesse proprio) di uno degli interessati e della resistenza dell'altro, la c.d. pretesa resistita. Se allora la lite frustra quella regolamentazione dei conflitti di interessi che normalmente avviene mediante la norma astratta, occorre un ulteriore (rispetto alla norma astratta) rimedio per ottenerne la composizione. Questo rimedio è, per l'appunto, il processo che ha il compito, se il conflitto non è già regolato dal diritto, di fornire quella norma (concreta) che ne attui la composizione; oppure se il conflitto è regolato dal diritto, di integrare il diritto con un dispositivo ulteriore volto sempre alla composizione del conflitto. Di qui, il *processo* rappresenta quella sequela di atti coordinati in vista di uno *scopo* che è appunto la *composizione* della lite⁵.

È opportuno, fin d'ora, svolgere un'ulteriore precisazione. Dopo aver ammesso che scopo del processo è quello di comporre un conflitto di interessi, deve precisarsi che la funzione giurisdizionale si realizza compiutamente quando il giudice con la sentenza decide sulla domanda per comporre una lite. *Ius dicit*, in generale, ogni soggetto dell'ordinamento la cui dichiarazione determina le regole di condotta dei consociati: così *ius dicit* il legislatore, quando forma una legge e persino *ius dicunt* i contraenti, quando stipulano un contratto⁶. È chiaro che soprattutto quando ci si riferisce ai contraenti, il loro interesse non è l'interesse "pubblico" alla composizione dei conflitti, quanto un interesse di mera rilevanza personale e, quindi, "privata". Tuttavia, il loro comportamento è idoneo, per quanto sulla base di un interesse individualistico, a raggiungere lo stesso scopo a cui tende la giurisdizione esercitata dallo Stato, cioè di comporre il conflitto: ed ecco perché, in questi casi, si discorre – ed a ragione – di *equivalente giurisdizionale*⁷.

⁵ *Ibidem*, pp. 43-44.

⁶ *Ibidem*, pp. 132-133. Più precisamente, secondo l'Autore occorre tenere opportunamente distinti la giurisdizione (e quindi la funzione giurisdizionale) e il processo: tra i due, infatti, intercorre un rapporto di interferenza e non di identità. Esiste infatti da un lato, un processo non giurisdizionale, quale ad esempio il processo esecutivo e dall'altro lato, una giurisdizione non processuale. La funzione giurisdizionale, il c.d. *ius dicunt*, può essere esercitata non solo dal giudice che con la sentenza che compone un conflitto ma anche dal legislatore che, come si è detto, quando forma una legge compone un conflitto di interessi, così come dalle parti stesse che a mezzo di un contratto compongono un conflitto di interessi. In altre parole, partendo dal concetto per cui lo scopo del diritto è quello di comporre i conflitti di interesse, ogni persona la cui dichiarazione ha valore di fonte del diritto, in altre parole ella *ius dicit*.

⁷ *Ibidem*, pp. 154 e ss.

La locuzione di equivalente giurisdizionale intende riferirsi a tutti quei mezzi che, seppur diversi dal processo tipico giurisdizionale, raggiungono lo stesso scopo e possono anche dar luogo ad atti che promanano da un soggetto non investito di funzioni giurisdizionali; la caratteristica che li accomuna è che agli stessi viene nondimeno attribuita, entro certi limiti, un'efficacia giurisdizionale⁸.

Ai nostri fini, equivalenti giurisdizionali sono l'“auto-composizione” e l'“etero-composizione”⁹: e per tale via si giunge al secondo significato del componimento, quello più specifico. Le aggettivazioni *auto* ed *etero* sono infatti volte a dare l'idea di *species* al *genus* del componimento (o composizione): in altre parole, ci si allontana dal componimento-scopo, intercedendo verso l'ambito del componimento-istituto. Se è vero che le parti, in molti casi, compongono la lite, senza ricorrere ad una sentenza, nondimeno, tra i casi di componimento senza sentenza, occorre distinguere quelli in cui le parti provvedono a comporre la lite in via del tutto autonoma da quelli in cui il componimento si raggiunge a mezzo dell'opera di un giudice o di un terzo: nel primo caso, si parla allora di “auto-composizione”⁹ e nel secondo, di “etero-composizione”¹⁰. Nell'ambito dell'autocomposizione si possono distinguere diversi istituti e, in particolare, ai casi in cui l'autocomposizione deriva da un atto semplice appartengono la *rinuncia all'azione* e il *riconoscimento dell'azione*; ai casi in cui in cui l'autocomposizione deriva da un atto composto appartengono la *transazione* e la *negoziazione*. Nell'ambito

⁸ *Ibidem*, p. 153. Tra gli equivalenti giurisdizionali, l'Autore comprende: la sentenza straniera, la sentenza ecclesiastica, la transazione, la rinuncia all'azione e il riconoscimento dell'azione, la conciliazione. Per quanto concerne il componimento processuale, l'Autore, come dirò più avanti, non nega l'autonomia dell'istituto ma lo considera un istituto sostanziale con qualche effetto processuale, sostenendo che potrebbe anche essere qualcosa in più della transazione ma, prima di ogni cosa, lo stesso è una transazione. Tuttavia, sempre lo stesso Autore, per evitare un difficile paragone tra la transazione che avviene fuori dal processo e quella che avviene nel corso del processo, sottolinea come alla seconda spetti oltre alla efficacia materiale, anche un'efficacia processuale. Per questa ragione, quando si parla di componimento processuale, alla transazione acceda comunque qualcosa in più, i.e. un accordo processuale. Si vedrà bene più avanti come ai fini di questo lavoro, con il termine transazione, intendiamo riferirci alla peculiare figura di cui all'art. 1965 c.c. che ha proprie caratteristiche e che avviene fuori dal processo; con il termine componimento processuale ci riferiamo a un accordo che pone fine alla lite e che avviene di fronte al giudice e, pertanto, non sussiste identità tra i due istituti.

⁹ BRIGUGLIO, *Conciliazione giudiziale*, in *D. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1987, p. 205, il quale specifica che l'uso dell'espressione auto-composizione (sinonimo di riconciliazione) sta ad indicare i casi in cui l'accordo è raggiunto dalle parti senza l'intervento di un terzo.

¹⁰ *Ibidem*, p. 205 il quale sottolinea la distinzione tra conciliazione giudiziaria (o giudiziale) ed extra-giudiziaria (o extra-giudiziale) a seconda che il terzo cui è affidata l'attività di conciliazione sia o meno un organo del potere giudiziario.

dell'etero-composizione, si distinguono i casi in cui il terzo è un soggetto estraneo al processo, come il caso della *mediazione civile e commerciale*, dell'*arbitrato* o del *compromesso* dai casi in cui il terzo è il giudice e, quindi, il componimento amichevole avviene durante il processo e perfino in occasione del compimento di uno degli atti di questo e in quest'ultimi casi si è soliti parlare di "componimento processuale" o di "conciliazione giudiziale"¹¹.

Questo lavoro è dedicato propriamente a esaminare quest'ultima forma di componimento: quella in via specifica, che avviene nel corso del processo, per mezzo dell'intervento del giudice e che ha il compito di comporre quel conflitto qualificato che è la lite¹².

¹¹ Sul concetto di *componimento processuale* e di *conciliazione* come fattispecie di etero-componimento v. CARNELUTTI, *Sistema*, cit., pp. 172-173. L'Autore, tuttavia, sembra differenziare tra le due figure, sottolineando che quando si parla di componimento processuale si ha a che fare con una transazione che avviene di fronte al giudice e di cui il giudice si limita a prendere atto. La conciliazione invece si risolve nell'intervento di un terzo tra due portatori di interessi in conflitto per indurli alla composizione contrattuale. L'intervento del terzo non è fine a sé stesso in quanto egli ha il compito di impartire alla conciliazione un carattere particolare, i.e. la giustizia del componimento. L'Autore sottolinea, a riguardo, che proprio il carattere della "giustizia" vale a distanziare la *conciliazione* dalla semplice *composizione contrattuale* e a tracciarne le caratteristiche fondanti. Per ciò che concerne i significati che la conciliazione assume in base al settore della esperienza giuridica, v. BRIGUGLIO, *op. cit.*, p. 205. In particolare, l'Autore sottolinea come, con riferimento all'ambito privatistico, la conciliazione presuppone due necessari elementi: (i) una lite fra due o più parti che vanno, appunto, conciliate e (ii) la presenza di un terzo, il quale promuove, favorisce o espleta del tutto la attività di conciliazione. Per altro, egli specifica come il termine *componimento* (così come *composizione*) indicano la conciliazione quale risultato; mentre il termine *conciliazione* può essere usato con una doppia accezione e, più precisamente, sia per indicare il risultato che l'attività tendente a quel risultato. Infine, si sofferma sulle varie *species* di conciliazione: giudiziaria o extra giudiziaria (a seconda che il terzo cui è affidata l'attività di conciliazione sia o meno un organo del potere giudiziario); preventiva o successiva (a seconda del rapporto cronologico con l'inizio del processo); in sede contenziosa o non contenziosa (quest'ultima, intervenendo all'interno o nel corso dello svolgimento del processo); facoltativa o obbligatoria (quest'ultima se riferita a un dovere dell'organo terzo e collegato all'improponibilità o improcedibilità dell'azione giudiziaria relativa, oppure a un dovere del giudice condizionato al riscontro discrezionale dell'esistenza di alcuni presupposti, oppure ancora a un onere delle parti di chiedere l'esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione a cui il giudice è tenuto ad adempiere); generica o specifica (a seconda se il tentativo di conciliazione possa riguardare o meno controversie di qualunque oggetto o solo *ratione materiae*).

¹² CARNELUTTI, *Sistema*, cit., p. 40. La nozione di lite coincide con quella di conflitto giuridico, determinatosi tra una parte che afferma un proprio diritto e un'altra che afferma il diritto a questo contrapposto o che nega il diritto affermato dalla prima. L'interesse di chi muove la pretesa deve avere già una protezione giuridica, ossia un diritto, almeno nel senso che la pretesa debba essere affermazione del diritto, a prescindere dal fatto che lo stesso esista. Ciò significata che non può trattarsi, per esservi lite, di un conflitto di stampo meramente economico. In questi termini, v. anche SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1975, p. 7.

È opportuno, a questo punto, svolgere un'ulteriore chiarificazione, anche in chiave di metodo: nel corso di queste pagine si userà indifferentemente il termine “componimento processuale” e “conciliazione” con il significato appena tracciato. Tuttavia, la sinonimia è impropria se riferita alle origini e quindi al significato di detto istituto, in quanto con la locuzione “componimento processuale” si intendeva, propriamente, l'accordo che avveniva a seguito dell'introduzione del processo con l'intervento del magistrato; mentre con il termine “conciliazione”, l'atto che era il risultato di un procedimento che avveniva di fronte al conciliatore¹³. L'abolizione della figura del conciliatore e del relativo istituto ha portato all'utilizzo dei due termini come sinonimi per riferirsi a ciò che – allora – era solamente il “componimento processuale”¹⁴.

¹³ Si consideri infatti che nell'elaborazione del codice del 1865, Pisanelli, in qualità di autore del progetto, considerando che l'istituzione dei giudici conciliatori avesse fatto buona prova nelle province del mezzogiorno, decise di introdurli nel codice con lo stesso ruolo e le stesse regole che avevano rivestito nel codice dell'ex Regno delle due Sicilie. Secondo l'economia di quel codice, il capo I del titolo preliminare (primi sette articoli) trattava della conciliazione di fronte al conciliatore; nel cap. VI del titolo IV si parlava del «procedimento giudiziario davanti ai conciliatori» (artt. 448 – 464), per poi passare all'obbligo del pretore di provare, prima di pronunciarsi, a conciliare le parti (art. 417). Si v., a riguardo, CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, pp. 738-739, il quale opportunamente distingue il *componimento processuale*, definendolo come «un atto processuale, perché compiuto coll'intervento del magistrato come tale, che pone immediatamente termine al rapporto processuale» e, riferendolo quindi all'attività conciliativa che avveniva davanti al pretore e comunque in corso di giudizio, dalla *conciliazione*, «che avviene innanzi al conciliatore prima che sorga il rapporto processuale». Successivamente, nel codice del 1940, si passò alla *conciliazione in sede non contenziosa* regolata dagli artt. 321 e 322 c.p.c., la quale racchiudeva in uno stesso istituto il vecchio istituto conciliativo di fronte al pretore e quello di fronte al conciliatore (la conciliazione) e, in aggiunta, il *tentativo di conciliazione nel corso del giudizio* (il componimento processuale), elevandolo – a differenza del codice del 1865 – a istituto generale del procedimento di cognizione. Vedi sul punto l'approfondimento di CARRATO, *Le attività conciliative nel contenzioso civile*, Milano, 1993, p. 6.

¹⁴ Oggi, tuttavia, a rigor di precisione il termine “conciliazione” dovrebbe riferirsi al risultato dell'attività di amichevole composizione della lite che avviene prima del processo a mezzo di istituti come la mediazione o la negoziazione assistita. E infatti, ad esempio, Andrea Proto Pisani, in una disamina dell'istituto della mediazione civile e commerciale, fa riferimento alla «mediazione-conciliazione», si v. PROTO PISANI, *Appunti su mediazione e conciliazione*, in *Foro it.*, 2010, V, c. 141. In questa direzione anche il d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28, regolante la mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, il quale all'art. 1 dà una definizione di conciliazione come «la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione». In altre parole, il legislatore, con il termine mediazione ha inteso riferirsi al procedimento di mediazione, i.e. «l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa» (sempre articolo 1); con il termine conciliazione, al risultato ottenuto da questo procedimento. Si v. anche, la dettagliata distinzione di DALFINO, *Mediazione, processo, ruolo dei giudici: una questione di bilanciamento*, in (a cura di) CANFORA, GENOVESE, *Risoluzione alternativa delle controversie tra accesso alla giustizia e regolazione del mercato*, Napoli, 2020, p. 90, il quale ritiene possibile distinguere tra «a) conciliazione giudiziale in sede contenziosa (v. gli artt. 185, 185 bis, 420, 1° comma, nonché 91, 1° comma

Nel corso della trattazione e, in particolar modo, nel capitolo terzo, dedicato ai riflessi del componimento sul processo, si tratterà anche dei problemi pratici riguardanti l'istituto; in questa fase occorre limitarsi da un lato, a comprendere l'essenza componimento processuale e, dall'altro lato, cosa ne differisce, al fine di tracciare una linea di demarcazione con istituti simili, appartenenti in particolar modo all'auto-composizione, ossia la transazione, la rinuncia all'azione e il riconoscimento dell'azione. Gli istituti relativi infatti all'etero-composizione creano meno problematicità per il fatto che la diversa figura del terzo, il mediatore nella *mediazione civile e commerciale* e l'arbitro nell'*arbitrato*, vale per ciò solo a distinguere questi istituti dal componimento processuale che avviene invece alla presenza di un organo di stato, ossia il giudice; così come per il diverso esito, un accordo di mediazione e un lodo per i primi due, rispetto a un vero e proprio contratto per il secondo (e per quello dell'arbitrato irrituale). Diversi quesiti sono invece sorti per la distinzione tra transazione, rinuncia all'azione e riconoscimento del diritto, da un lato e componimento, dall'altro poiché spesso la composizione processuale non è stata considerata una fattispecie autonoma ma solo un diverso modo di atteggiarsi della transazione, della rinuncia all'azione e del riconoscimento del diritto all'interno del processo. Si aggiunge, per completezza, che non si ritiene indispensabile approfondire la distinzione con la negoziazione assistita regolata da Legge del 10 novembre 2014, n. 162, alla luce del fatto che quest'ultima si presenta, da un punto di vista funzionale, come un accordo connotato da una funzione di natura transattiva¹⁵: il quale – in base al contenuto – può presentarsi come vera e propria transazione, come rinuncia all'azione o come riconoscimento dell'azione, con la peculiarità di svolgersi alla presenza degli avvocati delle parti¹⁶.

Prim'ancora di demarcare questa linea, è importante chiarire che il confronto tra la conciliazione e ciascuna delle figure regolanti l'autocomposizione (transazione, rinuncia

c.p.c.); b) conciliazione giudiziale in sede non contenziosa (v. l'art. 322 c.p.c.) c) conciliazione delegata (v. gli art. 198 e 696 *bis* c.p.c., quest'ultimo anche rinvigorito a seguito della sua estensione al campo della responsabilità medica e sanitaria ad opera della L. 24/17); d) mediazione delegata (o demandata o sollecitata) e, dopo il 2013, disposta o ordinata (v. l'art. 5, 2° comma, d.leg. 28/10)».

¹⁵ RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, Milano, 2002.

¹⁶ DELLE MONACHE S., *Profili civilistici della "negoziazione assistita"*, in *Giust. civ.*, 2015, p. 105.

e riconoscimento) si giustifica solamente se si considera la conciliazione come una fattispecie autonoma; autonomia che, nelle pagine precedenti, ho dato per acquisita.

Questa concezione implica, a sua volta, un peculiare approccio alla funzione del giudice e al ruolo della autonomia privata. A riguardo, si consideri per ora che chi aderisce alla tesi dell'assenza di un vero e proprio autonomo istituto conciliativo ha individuato la funzione istituzionale del giudice nella tipica attività di giudizio, ossia la sua attività tipica di decidere *strictu sensu* (nel senso di accertamento), la quale può risultare elusa solo in alcuni casi tassativamente indicati dalla legge¹⁷. In altre parole, secondo questa impostazione, vi sono alcuni casi in cui la giudizialità in senso proprio viene stemperata in una serie di negozi, i quali si individuano, per l'appunto, nella transazione, nella rinuncia all'azione e nel riconoscimento dell'azione. Il termine conciliazione, più che una fattispecie autonoma, denoterebbe allora nient'altro che un particolare atteggiamento giudiziale riferito all'incidenza di questi negozi all'interno del processo. La conciliazione rappresenterebbe così un modo di composizione dei conflitti che ha luogo tra le parti secondo tre fattispecie tipiche di potere dispositivo (transazione, rinuncia all'azione, riconoscimento dell'azione), alle quali si aggiunge una circostanza puramente estrinseca, *id est* la figura di un terzo, con l'elemento della giudizialità¹⁸. La giudizialità quindi farebbe meramente riferimento al luogo in cui la conciliazione si verifica, *id est* il processo. Alla base di questa concezione vi è l'equivoco di considerare il mondo dei poteri dispositivi della parte come autonomo e completamente antitetico a quello della giurisdizione: così, potere dispositivo e potere giurisdizionale si escluderebbero a vicenda¹⁹. Questa posizione è evidentemente confutata già solamente dal principio dispositivo sostanziale, secondo cui proprio la funzione giurisdizionale è giustificata dal potere dispositivo di parte²⁰. Lo stesso potere dispositivo, seppur attenuato, continua poi

¹⁷ SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, cit., pp. 17, 46 e 47.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 47-55. Secondo l'Autore «esiste una fondamentale ripartizione di competenza tra autonomia privata e giurisdizione». Si consideri che, in particolare, l'Autore si concentra sulla distinzione sottolineando come ai privati spetti il potere di disporre, mentre al giudice il potere di accertare, sottolineando come solo in alcuni casi eccezionali al giudice spetti il potere di disporre, con ciò implicando una (quasi) totale autonomia tra il mondo dei privati e i relativi poteri dispositivi, spettante alle parti da quello del processo e il relativo potere giurisdizionale (di accertamento), spettante al giudice.

¹⁹ Questa critica è mossa da NICOLETTI, *La conciliazione nel processo civile*, Milano, 1963, p. 29.

²⁰ Sul principio dispositivo, CAVALLINI, *Lezioni di diritto processuale civile*, vol. I, Bologna, 2022, p. 78; v. anche MANDRIOLI, CARRATTA, *Diritto processuale civile*²⁸, vol. I, Torino, 2022, p. 35; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. I, Torino, 2017, p. 17.

con riferimento all'istruttoria²¹, dimostrando come l'osmosi tra le due funzioni continua nella vita stessa del processo. Parimenti accade in tutta una serie di istituti, come a mero titolo di esempio, le eccezioni in senso proprio, la possibilità di deroga pattizia alla competenza, l'acquiescenza, le fattispecie di intervento volontario, al punto che risulta di difficile giustificazione una teoria che consideri il rapporto giuridico processuale quale entità completamente autosufficiente, regolata da norme di diritto pubblico e svincolata dai poteri dispositivi di parte²². Così come le parti possono evidentemente influire, in ogni momento, in via immediata sul corso della lite, provocandone la cessazione per effetto di un atto extraprocessuale (quale la remissione del debito fatta dal creditore attore, il pagamento del debito legalmente compiuto dal convenuto, la transazione sull'oggetto controverso) o infraprocessuale (conciliazione), connesso al libero potere dispositivo²³.

Se allora il rapporto tra le due funzioni si può anche risolvere più in termini di osmosi che di autonomia, è necessario comprendere quando l'esercizio del potere meramente dispositivo escluda e quando includa quello anche giurisdizionale. Come si avrà modo di sviluppare nel prosieguo, la funzione giurisdizionale, originariamente intesa come potere di *accertare* l'esistenza del diritto controverso²⁴, si inserisce nella dinamica di evoluzione dei rapporti giuridici privati (ad esempio, azioni e sentenze costitutive), al punto di sfumare, per così dire, l'idea stessa di rapporto giuridico processuale come entità autonoma e distinta dalla *res in iudicium deducta*. Di qui, si può financo accettare l'idea della giurisdizione e dei relativi equivalenti²⁵, a cui si è già fatto riferimento, tra i quali si annovera una forma di conciliazione quale istituto dotato di autonomia anche con riferimento ad altri istituti, a loro volta autonomi, quali la transazione, rinuncia e riconoscimento che intercedono con la funzione giurisdizionale. Ma è solo aderendo alla tesi dell'osmosi tra giurisdizione e potere dispositivo e del superamento della funzione giurisdizionale come funzione *strictu sensu* di "giudizio" (nel senso di mero accertamento

²¹ CAVALLINI, *ibidem*, p. 120; MANDRIOLI, CARRATTA, *ibidem*, p. 88; CONSOLO, *ibidem*, p. 17.

²² CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, Napoli, 1993, p. 52, il quale fissa su un piano sistematico il carattere pubblicistico del rapporto giuridico processuale; allo stesso modo SATTÀ, *Diritto processuale civile*, Padova, 1959, p. 96 il quale sottolinea che la qualificazione del rapporto di diritto processuale come rapporto di diritto pubblico sia la parte più criticabile della dottrina, considerandola altresì fonte di gravi equivoci nell'indirizzo generale degli studi processuali.

²³ V. a riguardo le riflessioni di COSTA, *Contributo alla teoria dei negozi giuridici processuali*, Bologna, 1921, pp. 95 e ss.

²⁴ CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., p. 169.

²⁵ CARNELUTTI, *Sistema*, cit., p. 177.

dell'esistenza o meno del diritto litigioso) che le successive riflessioni sulla distinzione tra la conciliazione e altri simili equivalenti giurisdizionali trovano la loro ragion d'essere.

1.1. *Componimento processuale e transazione*

Di primo acchito, potrebbe rinvenirsi una sottile linea di demarcazione tra la transazione e il componimento processuale, in quanto in entrambi i casi, il componimento della lite avviene a mezzo di un atto complesso, un accordo, con la chiara (ma non unica) differenza che il componimento si realizza con l'intervento di un giudice. Al confronto tra la transazione e il componimento processuale sono state dedicate significative riflessioni²⁶, che appaiono utili non solo per tracciare la linea di confine tra i due istituti ma anche per i risultati dell'analisi dottrinale incentrata sulla natura giuridica della conciliazione. In tal senso, la presenza del giudice non è fine a sé stessa, al punto che incide proprio sulla natura giuridica che si vuole ascrivere al componimento, come si vedrà meglio nel paragrafo successivo (v. *funditus* sulla natura giuridica, § 2). Per ora, ci si limita a segnalare come la presenza del giudice, organo di Stato, incide proprio sul contenuto del componimento, fin tanto che Francesco Carnelutti arrivò proprio a parlare di *composizione giusta*²⁷. Il fatto che dell'ufficio di conciliatore sia investito un organo giudiziario a cui appartengono anche le funzioni contenziose, è espressione della natura dell'istituto: se infatti all'organo corrisponde la funzione, è chiaro che questa non possa limitarsi a tendere a una composizione qualunque ma debba tendere a una *giusta* composizione. Già solo l'identificazione della figura del conciliatore *in un giudice* vale a differenziare la conciliazione dalla composizione contrattuale, in tal modo anticipandosi la stretta connessione anche pratica che sussiste tra attività di decisione e attività di conciliazione²⁸: il meccanismo del decidere è molto simile a quello del contrattare e si

²⁶ POLACCO, *Del contratto di transazione*, Roma, 1921; STOLFI, *La transazione*, Napoli, 1931; PUGLIATTI, *Della transazione*, in (diretto da) D'AMELIO, FINZI, *Commentario al codice civile, Libro delle Obligazioni*, vol. II, Firenze, 1949, p. 453 e ss.; CARRESI, *La transazione*, Torino, 1966; VALSECCHI, *Transazione, giuoco e scommessa*, in (diretto da) CICU, MESSINEO, *Trattato di diritto civile*, Milano, Vol. XXXVII, 1954; ID., *Transazione giudiziale, risoluzione per inadempimento e novazione*, in *Foro it.*, 1952, I, c. 882; SANTORO-PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, p. 1 e ss.; ID., *La Transazione*, cit.; MICHELI, *Rinuncia alla pretesa e riconoscimento della pretesa nella dottrina italiana*, in *Riv. dir. proc.*, 1937, I, p. 354; GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939.

²⁷ CARNELUTTI, *Sistema*, cit., p. 174.

²⁸ Per un approfondimento, *ibidem*, pp. 176-179

può affermare che «la decisione è una conciliazione imposta alle parti o la conciliazione è una decisione accettata da esse»²⁹.

Come la conciliazione, anche la transazione è un negozio complesso (si tratta di un accordo) ed è altresì un negozio complesso bilaterale (si tratta di un contratto³⁰). In punto di transazione, il dato positivo offre senz'altro, al contrario di quello regolante la conciliazione, diversi elementi che risultano d'ausilio per l'inquadramento dei tratti distintivi dell'istituto e in particolare, oltre al chiaro riferimento al fatto che la stessa rappresenta un contratto, l'art. 1965, primo comma del c.c. specifica che a mezzo dello stesso le parti si fanno «reciproche concessioni» e così «pongono fine a una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro»³¹. Occorre, prima di ogni più specifica distinzione, menzionare come la transazione può ma non deve necessariamente intercedere con la lite, intendendo riferirmi con il termine lite a quella dedotta nel processo, potendo quest'ultima essere già incominciata o sorgere tra le parti³². E ciò diversamente da componimento, che necessita sempre di una lite già incominciata.

Si deve inoltre precisare che la norma – in maniera molto chiara – esige, affinché vi sia transazione, il requisito dell'*aliquid datum, aliquid retentum* e, quindi, che ciascuna parte dia o prometta e, a sua volta, ottenga qualche cosa dall'altra; così come risulta essenziale la rinuncia alla pretesa propria e il riconoscimento di quella altrui (ossia di porre fine al conflitto di interessi attuale o potenziale)³³. In altre parole, le reciproche

²⁹ *Ibidem*, p. 176. L'Autore richiama, per fare un esempio, all'arbitrato irrituale in cui accade che le parti convengono che la decisione degli arbitri abbia la forma di un contratto e a tal fine gli consegnano un foglio in bianco. Anche la dizione di “amichevole compositore” data all'arbitro di equità fa venire in mente una decisione che ha come oggetto una conciliazione.

³⁰ In particolare, la transazione è un contratto che ha una sua propria funzione, che è appunto quella di comporre un conflitto giuridico. Non basta, infatti, affinché vi sia transazione che il conflitto sia meramente economico o di semplici interessi. Gli interessi in conflitto devono aver già ricevuto un regolamento giuridico, sul quale però si controverte. Per questa ragione, il conflitto di interessi risorge sotto le vesti di un conflitto giuridico, alla cui composizione tende la transazione. Così, SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, cit., p. 7.

³¹ L'art. 1965 c.c.

³² NICOLETTI, *op. cit.*, p. 85.

³³ Si v., sul punto, le riflessioni di SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, cit., p. 14, secondo il quale i termini in base al quale valutare le reciproche concessioni devono necessariamente essere le posizioni delle parti assunte nella lite (posizione di pretesa e posizione di contestazione) e non la situazione giuridica preesistente alla lite (i diritti effettivamente spettanti alle parti). La lite ha reso incerta la situazione giuridica preesistente e lo scopo della transazione è il relativo superamento di detta incertezza. Per questa ragione, ogni indagine che valga a porre nuovamente in discussione la preesistente situazione litigiosa è preclusa.

concessioni costituiscono il «tratto caratteristico»³⁴ della transazione e valgono a distinguerla, quindi, dagli altri istituti che hanno scopo quello di eliminare la lite dalle parti interessate. In verità, la valorizzazione (o meno) di questo elemento per tracciare la distinzione tra transazione e componimento non è stata unitaria. Con riguardo a una prima posizione, non sono mancati, in dottrina, coloro che – insistendo sul puro parallelismo fra i modi sostanziali e i modi processuali di composizione – hanno circoscritto l’ambito del componimento processuale alla sola transazione civilistica. Di conseguenza, ogni regolamentazione del processo che manca di “reciproche concessioni” è considerato estraneo al componimento: si inquadrerebbe, in tal caso, una fattispecie di rinuncia alla propria pretesa o riconoscimento della pretesa avversaria, accompagnati da una rinuncia agli atti del giudizio³⁵.

Vi è poi una posizione intermedia: tra coloro che – con riferimento al contenuto sostanziale – ravvedono nella reciprocità delle pretese un elemento distintivo dalla transazione, v’è chi ha insegnato che il componimento comporta né più né meno che una transazione, basandosi su ciò che avviene nella maggior parte dei casi di componimento e ciò in quanto solo una concessione reciproca induce a conciliarsi³⁶.

Alla tesi opposta alla prima appartiene chi sostiene che il componimento processuale, invece, può evitare le reciproche concessioni, senza che sia necessario alcun particolare contenuto affinché sia consentito di applicare le norme processuali espressamente intitolate allo stesso (o alla conciliazione giudiziaria)³⁷: «la conciliazione e transazione

³⁴ SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, cit., p. 5.

³⁵ Questa tesi è stata sostenuta da DE MARINI, *La successione nel diritto controverso*, Roma, 1953, p. 101. La concezione che insiste sulla natura essenzialmente sostanziale del componimento e la relativa sovrapposizione alla transazione, riconducendo l’attività del giudice a quella di volontaria giurisdizione. In particolare, per la funzione del giudice nel componimento, v., *funditus*, prossimo par. 3 di questo capitolo.

³⁶ VALSECCHI, *op. cit.*, p. 142 e p. 299; GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 127 e p. 231.

³⁷ BRIGUGLIO, *op. cit.*, p. 216. L’Autore rileva altresì che da un punto di vista statistico, le reciproche concessioni costituiscono comunque un elemento spesso presente anche nella conciliazione giudiziale in quanto elemento che incentiva le parti a comporre il conflitto di interessi. Tuttavia, vi potrebbe comunque essere interesse a riconoscere o a rinunciare senza dare nulla in cambio, se si considera che un vantaggio potrebbe comunque rintracciarsi nelle spese processuali o in un assetto di rapporti estraneo alla materia del contendere; dello stesso avviso LIEBMAN, *Risoluzione convenzionale del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1932, I, pp. 282-283. Anche in Germania si sostenne questi tesi e, in particolare, il componimento, come atto processuale, si considerò un surrogato della sentenza, di per sé esecutiva e formativa di cosa giudicata, v.

non sono affatto sinonimi», sottolineava Lodovico Mortara³⁸. Il processo varrebbe così a eliminare il requisito delle reciproche concessioni che fuori dallo stesso è necessario³⁹. È stato anche sostenuto⁴⁰ che vi è un dato positivo, in sede di procedimento di ingiunzione, il quale, letto attentamente, confermerebbe questa impostazione: l'art. 652 c.p.c. Più precisamente questa disposizione prevede che il procedimento di cognizione instaurato con l'opposizione a decreto ingiuntivo possa concludersi in una conciliazione, sulla base della quale «il giudice, con ordinanza non impugnabile, dichiara o conferma l'esecutorietà del decreto, oppure riduce la somma o la quantità a quella stabilita dalle parti». Ammettendo che questa conciliazione possa avere lo stesso contenuto del decreto, si considera possibile che il relativo contenuto prescindendo dalle reciproche concessioni⁴¹. Allo stesso modo, se si considera il nuovo articolo 185 c.p.c., dopo la Riforma del processo del 2022 (D.lgs 10 ottobre 2022 n.149), il quale distingue a proposito di procura del difensore il potere di transigere la lite da quello di conciliare, con ciò evidentemente intendendo che transazione e conciliazione possono avere un contenuto diverso⁴². Se si ammette la possibilità di ravvisare le reciproche pretese come l'elemento scriminante tra transazione e componimento processuale, ci si può anche chiedere quale sia l'efficacia di un accordo che avviene fuori dal processo e che non contiene una reciproca pretesa ma solo una concessione di una parte. In tal senso, si potrebbe semplicemente negare una siffatta ipotesi in un punto di negozi stragiudiziali, essendo infatti una transazione senza l'elemento delle concessioni reciproche nulla per assenza di un elemento essenziale⁴³. Sostenendo questa impostazione sarebbe per altro difficile, come vedremo nel prosieguo, ammettere che la composizione abbia – di fatto – un puro carattere di negozio sostanziale.

PAUL, *Der vergleich im Zivilprozess*, 1898, p. 3 e ss.; BÜLOW, *Das Gestandnisrecht. Ein Beitrag zur allgemeinen Theorie der Rechtshandlungen*, Freiburg im Breisgau, 1899, p. 75 e ss.

³⁸ MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, vol. III, s.d. anni '20, p. 15.

³⁹ CARRESI, *op. cit.*, p. 63 e ss.

⁴⁰ DE STEFANO, *Contributo alla dottrina del componimento processuale*, Milano, 1959, p. 78.

⁴¹ Si badi in ogni caso che v'è chi ha letto invece questa disposizione come una conferma del contenuto negoziale della conciliazione proprio perché esclude che essa individui un componimento e sia da identificare, piuttosto, in un riconoscimento dell'azione; così LANCELOTTI, *Conciliazione delle parti*, voce in *Enc. dir.*, Milano, 1961, p. 413.

⁴² Dello stesso avviso DE STEFANO, *Contributo*, cit., p. 79, il quale pur riferendosi a norme ormai abrogate (quali l'art. 319 c.p.c., regolante il mandato a rappresentare avanti al conciliatore, e art. 436 c.p.c.), sottolinea che la distinzione sulla base del contenuto della procura dimostra come il legislatore avesse in mente un contenuto diverso per la transazione e per il componimento.

⁴³ *Ibidem*, p. 74.

Se invece si sostiene che fuori dal processo un negozio che prescindendo dalle concessioni reciproche possa comunque ammettersi⁴⁴, si riconoscerebbe piena efficacia a un negozio sostanziale il cui contenuto si identifica in una rinuncia alla pretesa o un riconoscimento della pretesa altrui. Le figure della rinuncia e del riconoscimento sono esistenti e ammissibili nel campo strettamente processuale. Si giungerebbe così ad ammettere una distinzione tra transazione, rinuncia e riconoscimento tanto come negozi in campo sostanziale quanto come negozi in campo processuale⁴⁵.

Vale poi sottolineare, soprattutto dalla prospettiva, per così dire funzionale, la chiara distinzione, operata da Enrico Tullio Liebman tra transazione, componimento e rinuncia agli atti. Secondo Liebman si può parlare di risoluzione convenzionale del processo in due ipotesi diverse, a seconda che l'oggetto della convenzione sia la controversia che è stata dedotta nel processo oppure il processo medesimo che è anch'esso un rapporto giuridico a sé stante. In tal senso, con il contratto di transazione, l'accordo risolutivo ha ad oggetto la controversia ma non il processo⁴⁶. E infatti, la rilevanza della transazione sul processo è solo indiretta poiché la relativa conclusione non fa per ciò solo cessare la litispendenza. Il rapporto processuale, sebbene inutile, continuerà ad esistere e sarà necessario un atto processuale separato – una rinuncia agli atti del giudizio da parte dell'attore e accettata dal convenuto, la quale è a sua volta un accordo – per chiudere il processo⁴⁷. La rinuncia agli atti è l'esatto contrapposto alla transazione: elimina il processo ma lascia intatta la controversia. Il componimento processuale, poi, si distingue dalla transazione poiché è un accordo con il quale le parti hanno intenzione di risolvere comprensivamente il processo stesso e la controversia che ne formava l'oggetto⁴⁸.

Un ulteriore significativo elemento di distinzione si può individuare nell'inconciliabilità delle liti in materia di diritti indisponibili. Tale inconciliabilità è indubbia se si fa riferimento alla transazione, considerando che l'art. 1966, secondo

⁴⁴ CARRESI, *op. cit.*, p. 66 e ss.; SANTORO-PASSARELLI, *L'accertamento negoziale*, cit., p. 3

⁴⁵ DE STEFANO, *Contributo*, cit., p. 75

⁴⁶ LIEBMAN, *Risoluzione convenzionale*, cit., p. 261

⁴⁷ *Ibidem*, p. 263.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 265. Si badi che, a p. 266, l'Autore distingue anche il componimento dalla conciliazione davanti al conciliatore, sottolineando come quest'ultima sia tesa anche a risolvere solamente controversia e non il processo, non essendo quest'ultimo ancora sorto.

comma c.c. sancisce espressamente la sanzione della nullità della transazione nel caso in cui i diritti che sono oggetto della transazione «per loro natura o per espressa disposizione di legge, sono sottratti alla disponibilità delle parti». Al contrario, sebbene sul punto la dottrina non si riveli unanime⁴⁹, la conciliabilità potrebbe ravvisarsi qualora il contenuto del componimento processuale non sia transattivo, così sostanziandosi in una completa rinuncia o un completo riconoscimento del diritto indisponibile (sul punto si dirà, *funditus*, in Cap. III, Sez. II, § 1.2.)

1.2. Componimento processuale, rinuncia all'azione e riconoscimento dell'azione

Considerato che il componimento si verifica nel processo e che questo produce evidentemente effetti di natura processuale, è bene tracciare una distinzione con quegli

⁴⁹ La dottrina è divisa per l'ammissibilità o meno della conciliazione giudiziaria su diritti indisponibili. Per la tesi positiva, v. D'ONOFRIO, *Articolo 185*, in *Commento al codice di procedura civile*, Torino, 1957, p. 351; DENTI, *Dall'azione al giudicato*, Padova, 1983, p. 32; NICOLETTI, *op. cit.*, p. 183; BRIGUGLIO, *op. cit.*, p. 227. Per la tesi negativa, ANDRIOLI, *185. Tentativo di conciliazione*, in *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, 1956, p. 85; REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano, vol. II, 1957, p. 190; MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in (diretto da) VASSALLI, *Trattato di diritto civile*, Padova, vol. XIV, 1985, p. 34; Per la tesi negativa v. anche SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, vol. II, 1939, p. 86. Per la tesi negativa, anche LUISO, *La conciliazione giudiziale. La conciliazione stragiudiziale nelle controversie agrarie e di lavoro*, in (a cura di) GABRIELLI, LUISO, *Trattato dei Contratti*, Padova, vol. I, 2005, pp.332-333, il quale protende per la tesi negativa sulla base del fatto che una controversia può dirsi risolta solo quando l'atto è vincolante per le parti. In tal senso, l'atto può essere vincolante per le parti solo se verte in materia di diritti indisponibili: secondo l'art. 1966, secondo comma c.c. l'accordo su diritti indisponibili è nullo. In questa prospettiva, poi, l'Autore distingue il caso dei processi che hanno ad oggetto diritti indisponibili in cui la legge ammette un accordo ma, in tal caso, la conciliazione riveste un ruolo ben diverso: ad esempio, la conciliazione prevista in materia di separazione o di divorzio non ha nulla a che fare con il componimento processuale in generale poiché le parti in queste materie specifiche non hanno potere dispositivo e quindi non sono in grado di vincolarsi alle regole di condotta da esse stesse stabilite con l'accordo. Non si deve poi altresì, sempre secondo l'Autore, confondere la conciliazione su diritti indisponibili con la conciliazione in materia di diritti disciplinati da norme inderogabili: in quest'ultimo caso, la conciliazione che riguarda controversie già sorte è pienamente possibile. Ad esempio, per quest'ultimo caso è stata ritenuta dalla giurisprudenza valida la conciliazione relativa a un rapporto di locazione, nonostante l'art. 79 della Legge n. 392 del 1978 preveda la nullità di patti volti ad attribuire al locatore vantaggi in contrasto con detta legge (Cass., Sez. II, 12 giugno 1990 n. 5687). Sul punto si v. anche la sentenza Cass., Sez. II, 26 maggio 2008, n. 13578 che traccia proprio la distinzione tra la conciliazione e la transazione sulla base del fatto che la prima, diversamente dalla seconda, può vertere su diritti disponibili. Si segnalano in oltre le riflessioni di MORTARA, *Commentario*, cit., p. 15 il quale richiamando alla tesi negativa sottolineò che la limitazione deriva più dalla scarsa fiducia verso il conciliatore che dall'incompatibilità dell'istituto con le materie indisponibili; così anche LIEBMAN, *Risoluzione convenzionale*, cit., p. 265 il quale spiega che «naturalmente il componimento processuale è, come la transazione, escluso nelle materie in cui le parti non hanno capacità di disporre».

equivalenti giurisdizionali che si verificano a seguito dell'inizio del processo e si sostanziano, come la prima, in atti risolutivi del processo: si fa riferimento alla *rinuncia all'azione* e al *riconoscimento dell'azione*, di cui si è detto⁵⁰. A tal proposito, Gerhard Wagner ha operato una distinzione tra due categorie di accordi processuali⁵¹: una prima categoria pertiene agli accordi aventi ad oggetto una deroga consensuale a norme processuali, quali, ad esempio, gli accordi di deroga della competenza, i patti relativi all'onere della prova. Questi accordi implicano una disposizione di una norma (*Normdisposition*) ed essendo le norme di diritto processuale norme di ordine pubblico, necessitano di una previsione legislativa; una seconda categoria riguarda gli accordi con cui le parti si impegnano a esercitare o a non esercitare i poteri processuali a loro spettanti, quale ad esempio, il *pactum de non petendo*, *pactum de non exequendo*, così come l'accordo di rinunciare all'azione (o di riconoscere l'azione). Siffatti casi riguardano la disposizione di un potere (*Befugnisdisposition*) e non afferiscono alla validità e vigenza delle norme processuali; pertanto, la relativa ammissibilità dipende, in linea generale, dalla “correlazione di valutazioni” tra diritto privato e diritto processuale civile⁵². È stato evidenziato che in punto di indagine dogmatica generale, la categoria degli accordi processuali, ossia quegli atti e disposizioni con cui le parti, nella previsione di un giudizio o nel corso di esso, variamente provvedono alla disciplina di alcune loro relazioni processuali, rappresenta «un ramo piuttosto secco» nella riflessione italiana contemporanea: la lettura processualistica si è incentrata negli anni su singoli tipi di accordi processuali, a titolo di esempio si menzionano i patti sulle prove e gli accordi processuali esecutivi⁵³. Sintomatico di questo disinteresse è l'atteggiamento del

⁵⁰ Per semplicità espositiva mi riferirò nelle pagine successive, più semplicemente alla *rinuncia* e al *riconoscimento*. Si consideri che, in linea generale, negli studi in tema di rinuncia – così come in quelli di riconoscimento – si coglie subito un difetto di una disciplina generale dell'istituto, sicché l'attenzione della letteratura è spesso stata volta a cercare di delineare alcuni requisiti che potessero dirsi costanti per individuare le relative fattispecie. Per queste riflessioni, in particolar modo in relazione alla rinuncia, SICCHIERO, *Rinuncia*, in *D. disc. priv., sez. civ.*, Padova, vol. XVII, 1998, p. 652.

⁵¹ WAGNER, *Prozeßverträge*, Tübingen, 1998, *passim*.

⁵² CAPONI, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, in *Civil Procedure Review*, 2010, I, p. 45.

⁵³ *Ibidem*, pp. 46 e ss. L'Autore, in particolare, attribuisce la ragione di questo scarso interesse a due fattori. Il primo, consiste in una concezione del processo di stampo classicamente liberale, la quale mostra poco interesse per le vie intermedie tra la giustizia arbitrale e la giustizia statale. Il secondo fattore trova giustificazione nella concezione opposta, cioè quella di stampo schiettamente pubblicistico, che esalta il rafforzamento dell'autorità del giudice nel quadro della concezione del processo civile come mezzo di attuazione del diritto oggettivo nel caso concreto.

legislatore processuale, il quale non regola espressamente alcuni strumenti negoziali di composizione della controversia nel corso del processo, come il riconoscimento dell'azione o la sua rinuncia. Infine, sebbene il riconoscimento dell'azione o la sua rinuncia non siano accordi ma atti unilaterali, essi si considerano strumenti di valorizzazione dell'autonomia privata nel processo civile e, per questo, vengono spesso riferiti alla generale categoria degli accordi processuali⁵⁴.

La rinuncia (rappresenta l'abbandono della pretesa⁵⁵, a mezzo di una dichiarazione dell'attore che la propria domanda è infondata⁵⁶; al contrario, il riconoscimento rappresenta l'abbandono della contestazione⁵⁷, a mezzo di una dichiarazione fatta dal convenuto che la domanda proposta dall'attore è giuridicamente fondata⁵⁸. Entrambi sono negozi unilaterali, per la cui efficacia non è necessaria l'accettazione (e dunque il consenso)⁵⁹ dell'altro titolare dell'interesse in conflitto. Si è avvertito, poi, che rinuncia e riconoscimento esplicano un'influenza immediata sul contenuto della sentenza, visto che sfociano in un provvedimento del giudice riguardante la fondatezza o l'infondatezza della domanda. Tuttavia, il giudice, nell'esercizio delle sue funzioni, resta comunque libero di esaminare se esiste una norma astratta applicabile al caso, se la causa del contratto è lecita e se risulta provato un interesse ad agire⁶⁰. Liebman ha aggiunto che il giudice non deve

⁵⁴ *Ibidem*, p. 51.

⁵⁵ In questo senso anche CARNELUTTI, *Sistema*, cit., p. 169. Si consideri che l'Autore pone anche la distinzione tra la rinuncia della pretesa e la rinuncia della domanda in quanto la prima produce effetto senza la necessaria accettazione dell'altra parte. Così anche BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, pp. 325, 414, 530.

⁵⁶ CHIOVENDA, *Principii*, cit., p. 605.

⁵⁷ CARNELUTTI, *Sistema*, cit., p. 169. Sempre sulla base dell'accettazione (o meno) dell'altra parte, l'Autore ritiene opportuno distinguere tra il riconoscimento della pretesa e l'adesione della domanda o ammissione dei fatti affermati dall'avversario. Egli evidenzia, inoltre, come non vi sia distinzione tra rinuncia alla pretesa e rinuncia al diritto, così come riconoscimento della pretesa e riconoscimento del diritto.

⁵⁸ CHIOVENDA, *Principii*, cit., p. 605; Così anche BETTI, *Diritto processuale*, cit., p. 325.

⁵⁹ Non è però di questa idea Carnelutti, v. note 55 e 57; diversamente in ogni caso da quanto accade per la rinuncia agli atti del giudizio per i quali è sì necessaria l'accettazione dell'altra parte ma con l'eccezione dei casi in cui il convenuto non ha interesse alla pronuncia; interesse che ricorre solo nei casi in cui ha proposto eccezioni di merito o una riconvenzionale; SICCHIERO, *op. cit.*, p. 668, anche più in generale sulla necessità o meno di un'accettazione nel diverso caso di rinuncia agli atti del giudizio.

⁶⁰ CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., 316.

limitarsi a valutare se il suo provvedimento è giuridicamente *possibile*, ma sia pure giuridicamente *esatto*, ossia sia aderente al caso concreto⁶¹.

Le teorie nate intorno a questi due istituti sono innumerevoli, in particolar modo per la rassomiglianza degli stessi (e in particolar modo del riconoscimento) con l'istituto della confessione. Sul punto però è stato recisamente negato, ad esempio da Giuseppe Chiovenda, un parallelismo con la confessione sulla base del fatto che la confessione volge sopra i *singoli fatti*; mentre la rinuncia ha ad oggetto la negazione della *consistenza giuridica* dell'azione e il riconoscimento verte sull'*affermazione giuridica* nel suo complesso⁶². Vi sono poi stati anche alcuni tentativi di dare una diversa configurazione

⁶¹ LIEBMAN, *Sul riconoscimento della domanda*, in *Studi di diritto processuale in onore di G. Chiovenda*, 1927, p. 451 ss., ripubblicato in *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, p. 177 e ss. (e, in particolare, p. 202). Di diverso avviso Calamandrei, il quale ha visto in rinuncia e riconoscimento delle ipotesi in cui la collaborazione delle parti con il giudice è obbligatoria al punto che attore e convenuto potrebbero sostituirsi all'opera del giudice; quest'ultimo, poi, si limiterebbe ad accogliere la conclusione elaborata dalle parti e dare alla stessa il suggello di autorità, trasformandola così in un atto giurisdizionale (CALAMANDREI, *La sentenza soggettivamente complessa*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, I, p. 251). Micheli critica fortemente quest'ultima impostazione sottolineando che se è vero che il giudice deve decidere *secundum allegata et probata*, non si può estendere il principio di disposizione anche alle affermazioni di diritto, rispetto alle quali vi è l'assoluta valutazione critica del giudice (MICHELI, *Rinuncia*, cit. p. 359).

⁶² CHIOVENDA, *Principii*, cit., p. 605. Di diverso avviso CARNELUTTI, *La prova civile*, Roma, 1915, p. 169 secondo il quale dire che il riconoscimento verte sull'affermazione giuridica nel suo complesso significa asserire che lo stesso concerne il complesso di fatti che stanno alla base della pretesa e, pertanto, che rinuncia e riconoscimento differiscono dalla confessione per un mero aspetto quantitativo; anche MESSINA, MESSINA, *Contributo alla dottrina della confessione*, in *Foro sardo*, 1902, pp. 137 ss., poi in SCRITTI GIURIDICI, Milano, 1948, vol. III, p. 160 identifica la confessione con il riconoscimento, essendo quest'ultimo una confessione che si estende a esaurire tutto l'elemento del fatto giuridicamente rilevante, limitando così la libertà del giudice e il tenore della sentenza; si v., poi, MICHELI, *ibidem*, p. 357, il quale sottolinea come l'identificazione di rinuncia e riconoscimento con la confessione è l'unico risultato logico al quale si possa pervenire quando si sia accertato che nel sistema processuale italiano non trova posto la figura della confessione di un'affermazione giuridica ma si voglia al tempo stesso costruire un'autonoma figura parallela di rinuncia e riconoscimento. Secondo Micheli questa impostazione è confermata dal fatto che l'affermazione dei fatti giuridici può vincolare il giudice solo se ha ad oggetto un fatto semplice, in quanto la qualifica giuridica del fatto viene attribuita da una norma di legge e non può essere creata dalla volontà delle parti, considerando per altro che *iura novit curia*. Una siffatta impostazione è però contrastata da CARNELUTTI, *id.*, p. 56 che afferma che per quanto la confessione non può avere ad oggetto diritti, può avere ad oggetto rapporti giuridici. Si veda, inoltre, la tesi di BETTI, *Diritto processuale*, cit., pp. 325, 414, 530, il quale considera confessione, rinuncia e riconoscimento sono tre istituti con una struttura identica, appartenenti a una categoria di atti processuali che è intermedia tra le semplici affermazioni e le manifestazioni di volontà: si tratta delle valutazioni di verità con effetto normativo, i.e. dichiarazioni di apprezzamento volte alla risoluzione della questione della fondatezza in fatto di determinate affermazioni. Sulle origini della dottrina più risalente che identifica rinuncia e riconoscimento come un mezzo di prova, identificandoli nella confessione giudiziale si v. PESCATORE, *Sposizione compendiosa della procedura*

alla rinuncia e al riconoscimento⁶³ soprattutto finalizzati a non considerarli due istituti paralleli, che non è possibile approfondire in questa sede.

La necessità di individuare l'elemento scriminante delle due figure con la conciliazione giudiziale emerge soprattutto nei casi in cui quest'ultima non ha per oggetto delle concessioni reciproche e, pertanto, si sostanzia contenutisticamente in una pura rinuncia all'azione o in un pieno riconoscimento della pretesa altrui che avviene,

civile e criminale, Torino, 1864, pp. 65 e ss.; MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziale civile*, Torino, vol. III, 1903, n. 1237.

⁶³ Si v. ad esempio Betti che pur considerando confessione, rinuncia e riconoscimento come atti processuali aventi ad oggetto valutazioni di verità con effetto normativo compie una distinzione tra le valutazioni assertorie e quelle confessorie. Più precisamente, secondo l'Autore, la rinuncia alla pretesa è una valutazione assertoria che è indipendente da ogni affermazione della controparte; mentre il riconoscimento e la confessione sono valutazioni confessorie e, in quanto tali, si riferiscono a un'affermazione dell'avversario che si ha interesse a contestare. Per questa ragione per quest'ultime due, il valore di prova legale deriva dall'onere di contraddire che è in capo al confitente (BETTI, *Diritto processuale*, cit., pp. 288, 409, 414). Anche Zanzucchi pone una distinzione tra le due figure, sottolineando come la rinuncia all'azione esuli da qualsiasi giudizio sulla fondatezza della domanda, rappresentando una mera espressione della volontà di una parte di venire a una pronuncia di merito sulla propria pretesa; di fronte a tale rinuncia il giudice dovrebbe limitarsi a dare atto di detta espressione di volontà. Sembrerebbe allora che il giudice, nel riconoscimento, non può limitarsi a prendere atto di un'espressione di volontà della parte ma debba invece pronunciarsi sulla fondatezza della stessa (ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, Milano, II, 1935, pp. 93, 98). Distingue, infine, Micheli, identificando la rinuncia all'azione con un atto con cui l'attore dispone direttamente del rapporto giuridico materiale ma che necessita di un intervento del giudice; quest'ultimo, valutata la legittimità della rinuncia e valutando eventualmente anche le domande del convenuto, la rende efficace a mezzo di una pronuncia di cessazione della materia del contendere. Secondo l'Autore, dunque, a mezzo della rinuncia, l'attore non si sostituisce al giudice nella formazione della sentenza, ma semplicemente rinuncia – in forme processuali – al diritto vantato e il giudice, valutata la rinuncia, arriverà comunque a decidere. Per questa ragione la rinuncia non può essere considerata né un mezzo di prova, né un atto vincolante per il giudice ma è un atto con efficacia materiale che si verifica nel processo. La rinuncia è quindi una valutazione assertoria che risulta indipendente da ogni dichiarazione dell'avversario e ha valore in quanto disponga di un diritto rinunciabile. Diversamente, il riconoscimento consiste nell'adesione del convenuto alla pretesa avanzata dall'attore e, quindi, rappresenta una dichiarazione concorde di entrambe le parti circa l'esistenza di un fatto giuridico. Anche in questo caso, per le stesse ragioni addotte per la rinuncia, detta dichiarazione non può incidere automaticamente sul contenuto della sentenza, rimanendo sempre il giudice libero di valutare di riconoscere la meritevolezza della tutela risultante da detta dichiarazione. Se poi l'affermazione della parte si riferisce a determinati fatti vale come confessione, e allora in questo caso costituirà un mezzo di prova volto a costituire uno dei presupposti logici nella formazione della sentenza. L'Autore conclude quindi per una chiara definizione del riconoscimento come «una dichiarazione di verità, riferentesi al fondamento di fatto della pretesa, che vincola il giudice a ritenere esistenti i fatti stessi, ma che non lo vincola nel suo giudizio rispetto alla conseguenza giuridiche ed alla norma di legge applicabile alla fattispecie concreta». In altre parole, se con riferimento a un riconoscimento che abbia ad oggetto tutta la pretesa vi può essere un parallelismo con la rinuncia, per ciò che concerne i fatti si impone una distinzione, essendo il riconoscimento di fatto un mezzo di prova con valore di confessione (MICHELI, *Rinuncia*, cit., pp. 363-369).

chiaramente, in un momento successivo all'inizio della lite⁶⁴. A riguardo del rapporto tra la funzione giurisdizionale e quella dispositiva, rinuncia dell'azione e riconoscimento dell'azione, in termini generali, si prospettano – concettualmente – come il reciproco del potere di azione, rappresentando infatti atti puramente dispositivi e unilaterali⁶⁵. Nell'unilateralità del rapporto risiede già chiaramente la prima distinzione con la conciliazione che è invece il risultato di un accordo tra le parti. Occorre quindi investigare prevalentemente sugli effetti di questi istituti al fine di comprendere se vi sia una qualche distinzione tra rinuncia (e riconoscimento) e conciliazione per i casi in cui quest'ultima non ha ad oggetto delle reciproche concessioni.

Rinuncia e riconoscimento si manifestano nel corso del processo, intercedendo inevitabilmente con lo stesso, ma agiscono propriamente “al di là” del processo, incidendo sulla sorte del diritto fatto vale. È pur vero che, se questi istituti esprimono il riflesso dell'autonomia dei privati sul processo, essi nondimeno confermano, in punto di categorie generali, l'impossibilità di affermare una completa autonomia tra il potere giurisdizionale e quello dispositivo. Tuttavia, il fatto che l'efficacia diretta degli stessi vada “al di là” del processo traccia proprio la distinzione con la conciliazione: come rilevato da Chiovenda, esse si differenziano dall'ipotesi conciliativa perché «non agiscono sul rapporto processuale ma solo immediatamente sulla sentenza di merito»⁶⁶. In tal senso lo stesso Chiovenda sottolinea come il componimento potrebbe aver luogo anche se l'attore desista completamente dalla sua pretesa, o il convenuto si assoggetti completamente alla pretesa dell'attore, obbligandosi a soddisfarlo ma cessando insieme la lite. L'effetto processuale del componimento – a prescindere da relativo contenuto – è infatti quello di porre fine al *rapporto processuale*, a cui si aggiungono gli effetti sostanziali che possono derivarne come convenzione. Il componimento ha poi altresì gli effetti di costituire un *titolo esecutivo*⁶⁷, essendo ricevuto da un pubblico ufficiale, che lo farà assumere in un verbale. Anche la rinuncia all'azione e il riconoscimento

⁶⁴ DE STEFANO, *Contributo*, cit., p. 58

⁶⁵ NICOLETTI, *op. cit.*, p. 31.

⁶⁶ CHIOVENDA, *Principii*, p. 737. Dello stesso avviso anche MICHELI, *Rinuncia*, cit., p. 369, il quale sottolinea che la vera distinzione pertiene al fatto che nel componimento amichevole la volontà delle parti è diretta a porre in disparte il processo e la controversia, mentre con la rinuncia alla pretesa si toglie di mezzo la materia del contendere, cioè il conflitto di interessi rispetto a un determinato rapporto giuridico.

⁶⁷ CHIOVENDA, *ibidem*, p. 738.

costituiscono un limite al potere del giudice, in quanto le stesse hanno il contenuto della sua sentenza⁶⁸: il giudice infatti, infatti, darà atto del riconoscimento o della rinuncia nella sentenza, dichiarando così fondata o infondata l'azione. Tuttavia, la caratteristica di entrambi gli istituti risiede nel fatto che gli stessi non fanno cessare il rapporto processuale e, a riguardo, basta considerare che effettivamente gli stessi sfociano in una sentenza, che è l'esito del rapporto processuale. Si è discusso, infatti, se rinuncia e riconoscimento – volgendo in una sentenza – possano considerarsi atti dispositivi di diritto privato e quindi soggetti alle relative impugnative negoziali. Chiovenda nega siffatta possibilità considerando dirimente per risolvere il quesito il fatto che il loro effetto sul diritto sostanziale si produce per mezzo della sentenza, ch'è dichiarazione di diritto e non è soggetta, chiaramente, alle impugnative negoziali⁶⁹. Diversamente, invece, accade per la convenzione come risultato del componimento per la quale non possono esserci dubbi circa il suo carattere di atto dispositivo del diritto privato, con i relativi effetti sostanziali che la stessa comporta⁷⁰. Si consideri, peraltro, al riguardo, che rinuncia e riconoscimento non portano a una sentenza, rispettivamente, sfavorevole o favorevole all'attore in via immediata, cioè per il solo fatto che vengono compiuti questi due atti dispositivi, in quanto – come detto – il giudice resta comunque libero di esaminare se esiste una norma astratta applicabile al caso, se la causa è lecita e se risulta provato un interesse ad agire⁷¹, confermando la chiara esistenza del rapporto processuale nonostante il diritto, alla base dello stesso, sia stato rinunciato dal suo titolare o riconosciuto dalla controparte.

La rinuncia all'azione opera sul terreno del diritto sostanziale, cioè abdica alla titolarità – a prescindere dall'esistenza o meno di quel diritto – del diritto sostanziale controverso⁷². Altra cosa è poi – evidentemente – la rinuncia agli atti del giudizio (art. 306 c.p.c.), la quale opera sul piano del contenitore, più che del contenuto: essa rappresenta la rinuncia al rapporto giuridico processuale, ossia alla *istantia*⁷³. Sia la rinuncia alla domanda che la rinuncia agli atti hanno comunque un impatto sul diritto controverso e sul processo ma

⁶⁸ *Ibidem*, p. 606.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 606

⁷⁰ *Ibidem*, p. 738

⁷¹ *Ibidem*, p. 316.

⁷² CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., p. 259.

⁷³ *Ibidem*, p. 259.

mentre la prima incide direttamente sulla titolarità diritto controverso e solo in via mediata sul processo⁷⁴; la seconda ha effetti direttamente processuali, ponendo fine al rapporto processuale e incide, in via indiretta, sul diritto controverso in punto di effetti sostanziali e processuali favorevoli scaturiti dalla domanda, così come in punto di accadimenti, più o meno favorevoli, scaturiti per il diritto dall'introduzione del processo⁷⁵. La rinuncia agli atti può farsi in ogni stato e grado del giudizio e necessita, generalmente⁷⁶, di accettazione della controparte in quanto la stessa potrebbe risultare pregiudizievole all'altra parte, il cui diritto merita protezione. La stessa può essere anche implicita qualora la parte lasci infruttuosamente trascorrere i termini perentori fissati dalla legge⁷⁷ e ciò contrariamente alla rinuncia al diritto (o all'azione) che non può presumersi. La rinuncia agli atti integra una fattispecie causativa di estinzione del processo; diversamente la rinuncia all'azione porta a una pronuncia di cessazione della materia del contendere, poiché, a seguito della rinuncia, il provvedimento richiesto risulta inutile o inattuale, riferendosi a un assetto di rapporti tra le parti ormai superato⁷⁸.

Chiarita la distinzione tra rinuncia all'azione e rinuncia agli atti, occorre a questo punto distinguere la rinuncia agli atti dalla conciliazione giudiziale. La chiave della distinzione risiede negli effetti delle due attività poiché mentre la rinuncia agli atti comporta l'estinzione del processo, con possibilità sempre di far valere la pretesa in un nuovo giudizio; la conciliazione comporta l'estinzione dell'azione⁷⁹ e, quindi, sarà precluso alle parti la possibilità di far valere la relativa pretesa, salvo ovviamente il caso del mancato adempimento dell'accordo conciliativo, in un altro processo⁸⁰.

⁷⁴ LUISO, *Diritto processuale civile*¹⁰, Milano, vol. III, 2019, p. 262.

⁷⁵ CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., 259.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 260, il quale sottolinea che non si considera necessaria l'accettazione del convenuto quando lo stesso sia contumace oppure si sia difeso solo in rito, non essendoci in tal caso un interesse alla prosecuzione del processo.

⁷⁷ GRASSI, *La rinunzia*, in *Enc. dir.*, Torino, Vol. XX², 1928, p. 695.

⁷⁸ Sul punto si vedano le riflessioni di CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., p. 274, il quale sottolinea che per quanto riguarda invece il riconoscimento del diritto merita accoglimento quel filone giurisprudenziale che preferisce, a una sentenza di cessazione della materia del contendere, una pronuncia di fondatezza della domanda.

⁷⁹ Si v., *funditus*, in Capitolo III, Sezione III di questo studio.

⁸⁰ BRIGUGLIO, *op. cit.*, p. 217.

2. LA NATURA GIURIDICA DEL COMPONENTO

Stabilita nel paragrafo precedente l'autonomia del componimento processuale, così come le principali differenze tra lo stesso e alcuni istituti affini, occorre ora approfondirne la natura giuridica. Ciò al fine di determinare la competenza normativa che attiene all'ordine sostanziale o processuale o, eventualmente, ad entrambi nella regolamentazione dell'istituto.

La dottrina italiana ha prospettato varie tesi circa la natura giuridica del componimento processuale, le quali possono essere ordinate in quattro macro-gruppi che attengono, specificamente, alla teoria sostanziale, processuale e a due teorie intermedie. Si vuole osservare, in ogni caso, che l'inquadramento in una categoria, piuttosto che nell'altra, non è un mero esercizio dogmatico. Da un lato, infatti, l'individuazione della natura del componimento processuale è funzionale a individuare la disciplina dell'istituto, il quale involge, più di ogni altro, il rapporto tra giurisdizione e privata autonomia. Dall'altro lato, le diverse posizioni in merito alla natura giuridica del componimento danno forma a due diverse concezioni del binomio funzione conciliativa-funzione giurisdizionale, che saranno l'oggetto del successivo paragrafo.

Sotto questo secondo aspetto è opportuno segnalare, sin da ora, che i dibattiti intorno alla natura giuridica del componimento sono strettamente correlati al problema circa il ruolo che il giudice svolge in relazione all'istituto conciliativo. Più precisamente, se si ammette che l'istituto conciliativo appartenga al mondo dei rapporti regolati solamente dal diritto sostanziale, esso concreta solamente un potere dispositivo delle parti. Va da sé che se la conciliazione è un negozio di diritto sostanziale, come la transazione, l'opera del giudice costituisce solamente un presupposto equiparabile ad un semplice stimolo, il quale è collocato all'esterno della figura negoziale, risultando così irrilevante nel dettare alla stessa una regolamentazione autonoma o aggiuntiva⁸¹. Diversamente, se si ammette che l'istituto conciliativo appartenga al mondo dei rapporti regolati anche (o solamente) dal diritto processuale civile, esso si ascrive al mondo dei poteri giurisdizionali. In tal caso, il potere dispositivo delle parti rappresenta il presupposto affinché possa svolgersi la funzione giurisdizionale e l'intervento del giudice diviene elemento integratore

⁸¹ CARRATO, *op. cit.*, p. 17.

indispensabile ed ineliminabile dell'istituto⁸², fino a dar luce a una diversa forma di attuazione del potere giurisdizionale che prende il nome di "giurisdizione conciliativa"⁸³.

Prima di approfondire il rapporto tra la privata autonomia e la giurisdizione, così come la portata del ruolo assegnato a ciascuno dei protagonisti della composizione, *id est* le parti e il giudice, è opportuno delineare le varie teorie che si sono susseguite intorno alla natura giuridica del componimento: la teoria negoziale (o sostanziale), la teoria intermedia della natura di atto negoziale a effetti processuali, la teoria intermedia della natura di atto processuale a effetti sostanziali, la teoria processuale⁸⁴.

2.1. *L'origine delle teorie sostanziali e quella più estrema tra le stesse*

Il confronto tra le varie categorie dogmatiche ha condotto a una prima impostazione tesa a valorizzare l'aspetto negoziale della conciliazione, mettendo così in secondo piano il giudice e il processo, con il quale e nel quale la conciliazione si compie⁸⁵. Questa linea riconosce⁸⁶ (o non)⁸⁷ alla conciliazione la qualità di fattispecie tipica contrattuale e ne ascrive la relativa disciplina prevalentemente al mondo dei rapporti regolati dal diritto sostanziale.

⁸² *Ivi*.

⁸³ NICOLETTI, *op. cit.*, p. 17

⁸⁴ Si consideri che quest'opera di classificazione così dettagliata riprende quella effettuata da DE STEFANO, *Contributo*, cit., pp. 27 e ss. e pp. 41 e ss. Si sottolinea come l'Autore distingua la teoria sostanziale – identificandola sostanzialmente nella tesi estrema, la teoria processuale e una teoria che definisce intermedia; quest'ultima, a sua volta, può avere delle varianti quantitative e qualitative. Da un punto di vista quantitativo, l'Autore divide le varie teorie intorno alla natura giuridica del componimento sulla base dell'attribuzione di un maggior valore, egual valore o minor valore al lato processuale rispetto al lato sostanziale. Da un punto di vista, invece, qualitativo, egli individua altre due macro-categorie distinguibili sulla base della possibile dissociazione (o meno) del lato processuale da quello sostanziale e in caso di risposta positiva, ulteriormente distingue le teorie sulla base del nucleo ultimo e irriducibile (sostanziale o processuale) senza il quale il componimento non sorge.

⁸⁵ ZANZUCCHI, *op. cit.*, p. 43; SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, cit., pp. 46 e ss. Richiamano a questa definizione per inquadrare la teoria sostanziale MORTARA, *Commentario*, cit., p. 32; LUISO, *La conciliazione giudiziale*, cit., pp. 330-331.

⁸⁶ ZANZUCCHI, *op. cit.*, p. 43 fa riferimento al contratto di accomodamento.

⁸⁷ SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, cit., p. 47, il quale ritiene che non esista un negozio giuridico di conciliazione e che la stessa non si distingue dai vari tipi di negozio, aventi ciascuno una propria figura negoziale (transazione, rinuncia, riconoscimento) che le parti possono usare al fine di comporre la lite.

Prima di entrare nel merito dei tratti caratterizzanti e degli effetti giuridici dell'istituto che originano da questa categorizzazione, si anticipa che quella intermedia-sostanziale (v. successivo § 2.2) è stata quella che ha avuto più fortuna nel dibattito dottrinale. La larga condivisione di questa teoria, pur essendo in generale figlia di un tradizionale scetticismo verso l'utilità (processuale e) pratica dell'istituto⁸⁸, è fortemente legata alla storia positiva dello stesso⁸⁹.

Il componimento processuale (e la conciliazione) non era infatti quello che oggi conosciamo. Da un punto di vista formale, innanzi tutto, tra conciliazione e componimento processuale era necessaria una distinzione terminologica netta, trattandosi – di fatto – di due istituti diversi⁹⁰. La conciliazione appariva poi fortemente legata al mondo dei rapporti sostanziali, se si considera, da un lato, che per quanto il Codice di procedura civile del Regno d'Italia del 1865 si aprisse parlando di «conciliazione», con una fattispecie che la dottrina era solita definire “conciliazione in sede non contenziosa” di fronte al conciliatore, questa era esiliata in un titolo preliminare (Capo I, art. 2 del Codice di procedura civile del Regno d'Italia del 1865)⁹¹, quasi a voler sottolineare che il legislatore avesse deciso di lasciare la conciliazione fuori dal processo, esprimendo appieno il suo carattere estragiurisdizionale⁹². Dall'altro lato, lo stesso articolo, quando faceva riferimento alle condizioni subiettive e obbiettive della conciliazione, rinviava esplicitamente alla transazione⁹³, così fornendo un indice letterale insormontabile che confermava una configurazione nettamente negoziale della stessa⁹⁴. In caso di lite pendente, il tentativo obbligatorio di conciliazione – quello che oggi diremmo solo componimento processuale – era imposto solamente nel caso di competenza del pretore

⁸⁸ MORTARA, *Commentario*, cit., pp. 5 e ss., pp. 34 e ss. Detto scetticismo è legato all'idea secondo la quale se le parti non hanno già trovato fuori dall'ordinamento un accordo per comporre pacificamente la lite, detto accordo non potrà avvenire dentro il processo, in un momento in cui, proprio per la gravità della lite, le parti hanno deciso di impegnare la macchina giudiziaria.

⁸⁹ Questa considerazione è di NICOLETTI, *op. cit.*, p. 2.

⁹⁰ V. par. 1, in note 13 e 14 di questo studio.

⁹¹ Per consultare il Codice di procedura civile del Regno d'Italia, Milano, Stamperia Reale, 1865 si v. https://books.google.it/books?id=_voKAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=it#v=onepage&q&f=false.

⁹² NICOLETTI, *op. cit.*, p. 2.

⁹³ L'art. 2 del codice di procedura civile del Regno d'Italia, 1865, al primo comma stabiliva che «la conciliazione può aver luogo quando le parti abbiano la capacità di disporre degli oggetti su cui cade la controversia, e non si tratta di materia nella quale sono vietate le transazioni» e al secondo comma «la conciliazione fatta da un tutore o altro amministratore, o da chi non possa liberamente disporre degli oggetti su cui cade la controversia, ha soltanto effetto quando sia approvata nei modi stabiliti per la transazione».

⁹⁴ NICOLETTI, *op. cit.*, p. 2.

(art. 417 del c.p.c. del 1865)⁹⁵. Anche in questo caso, comunque, l'aver relegato il tentativo di conciliazione (e il relativo procedimento) nel quadro di giudizi di modesta entità (quelli, appunto, di competenza del pretore) sembrava in un certo qual modo confermare una configurazione prettamente privatistica dell'istituto⁹⁶.

Su queste basi si sviluppa così la teoria *negoziale*, secondo la quale l'istituto conciliativo rientra in una sorta di degenerazione della transazione che ha come mero elemento aggiuntivo la presenza di un organo. In altre parole, non sussiste alcuna distinzione tra la conciliazione/componimento processuale e il negozio materiale compiuto fuori dal processo (transazione civilistica ma anche rinuncia all'azione o riconoscimento dell'azione), né per efficacia della fattispecie, né per i suoi presupposti⁹⁷. A questo negozio si aggiunge il c.d. «elemento della giudizialità»⁹⁸ che consta nel fatto di avvenire di fronte a un organo, il cui valore varia in base alle diverse posizioni di questa teoria.

Secondo la posizione più estrema della teoria sostanziale, il componimento, per quanto recluso nel processo pendente, spiega tutti i suoi effetti fuori dal processo, senza nessun risultato automatico e immediato su quest'ultimo. Al punto che, per generare qualche effetto conclusivo del processo pendente, esso dovrebbe essere sempre accompagnato da un altro atto processuale quale la rinuncia agli atti del giudizio, dichiaratamente espressa e accettata⁹⁹. Una posizione così estrema non può tuttavia meritare accoglimento, se non altro perché svuota l'istituto conciliativo, al di là del significato che si può ricavare dallo stesso sulla funzione giurisdizionale, proprio in punto di effetti e così lo trasforma in un vuoto simulacro. Come anticipato, l'essenza dell'istituto conciliativo è quella di porre fine e al processo e alla controversia. Di conseguenza, l'estinzione dell'azione e, quindi, l'impossibilità di far valere la pretesa in un nuovo processo, mal si concilia con i più blandi effetti della rinuncia agli atti. Quest'ultima, rappresentando una fattispecie

⁹⁵ Per dovere di completezza si consideri che anche la conciliazione in sede non contenziosa poteva riproporsi nel corso di lite, di nuovo, di fronte al conciliatore (L. 16 giugno 1892, n. 261 art. 9).

⁹⁶ Ancora NICOLETTI, *op. cit.*, p. 2

⁹⁷ Per un inquadramento generale della tesi sostanziale v. DE STEFANO, *Contributo*, cit., p. 27.

⁹⁸ SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, cit., 47.

⁹⁹ Questa tesi è riportata da DE STEFANO, *Contributo*, cit., p. 27, il quale la riferisce a ECCIUS, nella recensione allo *Handbuch del Watch*, apparsa in *Gruchot's Beitr* 30, p. 466.

estintiva del procedimento, non fa altro che chiudere un processo, con la conseguenza primaria che l'identica pretesa potrebbe essere fatta valere in nuovo giudizio. In altre parole, seppur si è dubitato dell'effetto preclusivo della transazione¹⁰⁰, è difficile negare gli effetti preclusivi a un accordo che avviene di fronte al giudice per porre di fatto fine alla controversia¹⁰¹; ciononostante ma non è questo il momento per parlarne approfonditamente, altre tesi – seppur definibili intermedie con riguardo alla natura – hanno portato alla scelta di un provvedimento di chiusura del processo che di fatto non generava l'effetto preclusivo.

2.2. La teoria intermedia dell'atto negoziale ad effetti processuali

A prescindere dall'ala estrema dello schieramento, per così dire, si può meglio identificare un'altra concezione intermedia dell'atto negoziale ad effetti processuali che prende in considerazione l'aspetto sostanziale, considerandolo il nucleo ultimo e irriducibile del componimento, ma ammette allo stesso tempo l'esistenza di effetti processuali¹⁰². Anche in questo caso si sono espresse diverse posizioni in relazione al significato del maggior peso dell'aspetto sostanziale rispetto a quello processuale, nonché al contenuto di questi effetti processuali. Da questo punto di vista potrebbero ulteriormente distinguersi altri due filoni, che saranno ripresi anche nella diversa declinazione intermedia della teoria processuale: da un alto, gli appartenenti alla c.d.

¹⁰⁰ Per la tesi dell'ammissibilità di un effetto preclusivo SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, cit., p. 277. L'Autore protende per l'effetto preclusivo sottolineando che la *pacificatio controversiae* è sì l'effetto finale della transazione ma quest'ultima, in verità, supera la controversia attraverso la creazione di una situazione giuridica che si sostituisce a quella precedente per la parte in cui è risultata litigiosa. Per questa ragione dalla transazione sorgono un'azione e un'eccezione. La prima serve ad ottenere, se necessario, con il ministero del giudice, l'esecuzione del regolamento stabilito con la transazione medesima; la seconda – la c.d. *exceptio rei per transactionem finitae* – è atta a respingere la riproposizione della pretesa originaria e, in generale, qualsiasi pretesa che si richiami alla situazione preesistente; negli stessi termini BUTERA, *Delle Transazioni*, Torino, 1933, pp. 320 e ss. e pp. 327 e ss.; CARRESI, *op. cit.*, p. 173. Di diverso avviso, FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, p. 217 secondo cui la transazione opera solamente sul piano formale delle pretese e non sul piano sostanziale della realtà giuridica.

¹⁰¹ Si v. sugli effetti preclusivi della conciliazione, LUISO, *La conciliazione giudiziale*, cit., p. 334. Sul punto si è espressa anche la giurisprudenza, v. Cass., 12 febbraio 1985, n. 1183, in *Mass. Giur. lav.*, 1985, p. 331; Cass., 5 novembre 1987, n. 8180; Cass. 2 settembre 1986, n. 5379; Cass. 8 maggio 1987, n. 4270, in *Mass. Giur. lav.* 545; Cass., 9 novembre 1995, n. 11677 in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1996, II, 893.

¹⁰² Sempre DE STEFANO, *Contributo*, cit., p. 23 fa notare «che il componimento sia, almeno per un suo aspetto, fenomeno processuale, è semplicemente evidente, e non in sostanza, contestato da alcuno, anzi è da tutti esplicitamente ammesso».

“*Trennungstheorie*” (letteralmente, teoria della separazione) secondo la quale le due fattispecie (quella sostanziale e quella processuale) sono interamente dissociabili¹⁰³; dall’altro lato, vi è chi ha sostenuto una visione c.d. monolitica del componimento, disegnando una struttura unitaria dello stesso¹⁰⁴.

Tra i sostenitori della “*Trennungstheorie*”, coloro che danno più rilevanza all’aspetto sostanziale dell’istituto considerano che di fronte a due fattispecie per l’appunto interamente separabili, quando il negozio sostanziale viene compiuto, la fattispecie processuale, del tutto autonoma, non è altro che una mera comunicazione delle parti al giudice di avvenuta conciliazione (*Verlautbarungsakt*)¹⁰⁵. Mi pare che possano quindi iscriversi a questo filone coloro che, insistendo sulla autonomia di effetti, desumono che la collocazione dell’accordo all’interno di un processo pendente, pur assumendo un ruolo essenziale, primo fa tutti proprio quello di impedire la prosecuzione del processo, non vada inteso in maniera troppo rigida. La separazione delle due fattispecie (sostanziale e processuale) e l’attenuazione del lato prettamente processuale – o, se detto al contrario, la maggior rilevanza di quello sostanziale – potrebbe ascriversi a chi prende una specifica posizione sui seguenti aspetti. In primo luogo, a coloro che ritengono che affinché sia possibile la conciliazione non è necessario che il processo sia idoneo a una decisione di merito. In altre parole, la carenza di un presupposto processuale non ostacola la possibilità

¹⁰³ In particolare, insiste sulla doppia natura del componimento, inteso come fattispecie complessa, DE STEFANO, *Contributo*, cit., pp. 40 e ss. In particolare, l’Autore considera che argomento cruciale per affermarne la natura doppia è il fatto che il negozio sostanziale del componimento potrebbe essere anche unilaterale, ad esempio quando si configura come una rinuncia all’azione senza reciproche concessioni, mentre la chiusura della lite e del processo dipende sempre da un accordo.

¹⁰⁴ V. approfondimenti di DE STEFANO, *Contributo*, cit., pp. 29 e ss.,

¹⁰⁵ *Ibidem*, pp. 27 e ss., il quale, in nota 7, richiama al più autorevole rappresentante di questo corrente che è lo HELLIWING, in *Lehrbuch d. deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig, vol. II, 1907, p. 588. Così anche CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale*, Padova, vol. IV, 1931, p. 398 sottolinea come non vi è distinzione tra transazione e conciliazione/componimento, essendo la seconda solo una transazione che avviene nel processo dove può esserne agevolata la documentazione. In particolare, nel processo, la transazione/conciliazione/componimento processuale, secondo la visione Carneluttiana ha effetti in quanto rappresenta un fatto processuale estintivo. In altre parole, l’Autore consideri il componimento processuale come un negozio di diritto materiale e distingue lo stesso dalla sua fattispecie processuale: nel processo, infatti, il componimento diviene un *fatto processuale estintivo, che ha appunto lo scopo di estinguere il rapporto giuridico processuale* (in altre parole, estingue l’azione). Questa fattispecie automa rappresenta, in sostanza, una mera comunicazione/documentazione delle parti al giudice di avvenuta conciliazione che ha l’effetto di estinguere il processo.

di addivenire a un accordo che pone fine alla lite¹⁰⁶. In secondo luogo, a coloro che ritengono non vi sia una necessaria e piena coincidenza tra l'oggetto della conciliazione e l'oggetto del processo, se non nel senso che la controversia che è stata dedotta in giudizio debba essere conciliata. In altre parole, l'oggetto del componimento potrebbe risultare più ampio, a livello quantitativo o qualitativo, rispetto all'oggetto del processo. Questo è un corollario di quel potere dispositivo che costituisce quindi l'aspetto più caratterizzante del componimento e che appartiene alle parti e non al giudice¹⁰⁷.

Tra i sostenitori della teoria monolitica, si identifica in questa teoria intermedia il pensiero di coloro che interpretano la conciliazione come un atto prevalentemente sostanziale con alcuni effetti processuali¹⁰⁸. Per quanto riguarda, in generale, gli effetti negoziali dell'atto – sempre secondo questa teoria – si considera che lo stesso sia sottoposto a tutta la disciplina sostanziale che lo riguarda¹⁰⁹, e così, ad esempio, in caso di vizio del consenso potrà essere chiesto l'annullamento; alle condizioni di cui agli articoli 1976 c.c., si può chiedere la risoluzione per inadempimento dell'accordo, ecc. Per quanto concerne gli effetti processuali, vi è chi ha ritenuto di ridurre la competenza del diritto processuale solamente alla disciplina della forma dell'atto¹¹⁰. Tuttavia, parlare di regolamentazione della mera forma dell'atto è senz'altro riduttivo; se proprio si vuol far riferimento a un concetto di forma, per esprimere l'oggetto della regolamentazione della normativa processuale, si dovrebbe più propriamente parlare di forma integrativa¹¹¹. Per

¹⁰⁶ Richiama a questo concetto anche LUISO, *La conciliazione giudiziale*, cit., p. 330-331. L'Autore aggiunge, però, che a una diversa impostazione deve giungersi se la carenza di un presupposto processuale è altresì causa di invalidità dell'accordo negoziale, ad esempio l'incapacità delle parti o il difetto di rappresentanza dell'attore o il difetto di litisconsorzio. In questo caso anche la conciliazione raggiunta potrebbe dirsi annullabile o inefficace.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pp. 331-332.

¹⁰⁸ DE STEFANO, *Contributo*, cit., pp. 29 e ss, il quale richiama altresì alla dottrina tedesca dalla quale deriva questa teoria. Più precisamente, il più noto assertore di questa teoria è il LEHMANN, *Der Prozessvergleich*, Munchen, 1911, pp. 113 e ss. Si può ascrivere a questo filone anche LIEBMAN, *Risoluzione convenzionale*, cit., p. 267; LUISO, *La conciliazione giudiziale*, cit., p. 329; così anche COSTA, *op. cit.*, p. 115.

¹⁰⁹ LUISO, *ibidem*, p. 335. V. anche Cass., 9 novembre 1995, n. 11677, *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, p. 893.

¹¹⁰ Si v. DE STEFANO, *Contributo*, cit., p. 32, il quale richiama prevalentemente la dottrina tedesca e, precisamente, al ROSENBERG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, München-Berlin, 1954 p. 59; ESSER, *Schuldrecht*, Heidelberg, 1984 p. 361; DE BOOR, *Zivilprozessrecht*, Wiesbaden, 1951, p. 109; ENNECERUS-NIPPERDEY, *Lehrbuch d. bürgerlichen rechts*, Tübingen, vol. I, 1952, pag. 648.

¹¹¹ Per il concetto di forma integrativa, v. PAVANINI, *Conciliazione e limiti della procura alle liti nelle controversie di lavoro*, in SCRITTI GIURIDICI IN MEMORIA DI PIERO CALAMANDREI, Padova, vol. III, 1958, p. 548.

forma integrativa si intende una forma il cui vizio non rende l'atto inefficace sul piano sostanziale ma ne limita l'efficacia sul piano processuale, manifestando così effetti propri sul processo¹¹².

Un effetto chiaramente distintivo dell'accordo-componimento processuale viene ricondotto a un compito assegnato al giudice che è quello di conferire allo stesso efficacia di titolo esecutivo¹¹³: ciò si desume dall'art. 185 c.p.c. che statuisce, in maniera chiara, nell'ultimo capoverso che «il processo verbale costituisce titolo esecutivo»; così come – per la conciliazione prevista secondo il rito del lavoro – dall'art. 420 c.p.c., terzo comma, secondo cui «il verbale di conciliazione ha efficacia di titolo esecutivo». Omettere di considerare un dato dell'aspetto processuale (e dell'intervento del giudice) così chiaro, come pretenderebbero di fare i fautori di tesi sostanziali più estreme, considerando il componimento come una transazione sotto mentite spoglie, appare – oltre che un'operazione puramente astratta – anche fuorviante. Sugli altri effetti processuali, si fa riferimento, inoltre, al fatto che il processo debba fermarsi per effetto del componimento¹¹⁴ (effetto conclusivo del processo in corso), anche se sul punto il legislatore non fornisce indicazioni né sulla forma e né sul contenuto dell'atto processuale con il quale si chiude il processo e su questo dibattono sia dottrina che giurisprudenza¹¹⁵. A prescindere dalla struttura del provvedimento conclusivo, di cui si discuterà più in avanti, è stato fatto notare come l'accordo di chiudere il processo debba riconoscersi una qualità processuale in considerazione della relativa efficacia costitutiva immediata di una nuova situazione processuale: in tal senso la dichiarazione di essersi conciliati e voler porre fine al processo, avvenendo “*coram iudice*” ha un effetto costitutivo immediato di una nuova situazione processuale, senza bisogno di una particolare attività di

¹¹² Si badi, però, che se si fa riferimento alla forma integrativa, l'unico effetto processuale a cui si può fare riferimento è quello di essere, il componimento, un titolo esecutivo: si v. DE STEFANO, *Contributo*, cit., p. 33.

¹¹³ LUIISO, *La conciliazione giudiziale*, cit., p. 335; De Stefano, *ibidem*, p. 25.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 335; si v. anche Cass., 25 gennaio 1992, n. 816 che fa esplicitamente riferimento a l'«impossibilità di una qualsiasi prosecuzione del giudizio»; De Stefano, *ibidem*, p. 24 secondo cui «il componimento processuale, nella complessità della fattispecie in cui si articola, ha la qualità di atto processuale per quanto attiene all'accordo di chiudere il processo (ben distinto dal negozio puramente sostanziale che idealmente lo precede)».

¹¹⁵ *Ibidem*, pp. 337 e 338 per alcune considerazioni sul provvedimento di chiusura del processo, il quale – tra le varie ipotesi – aderisce a quella di un provvedimento di cancellazione della causa dal ruolo. Il tema, in ogni caso, sarà approfondito nel Capitolo III, Sezione III di questo studio.

presentazione e allegazione¹¹⁶. Quindi si può affermare che questi momenti processuali, per quanto trovino la loro giustificazione in un negozio sostanziale concluso tra le parti, conservano all'interno della disciplina complessiva della conciliazione il carattere rituale che è loro proprio e, pertanto, seguono la relativa disciplina normativa tracciata nel codice di rito¹¹⁷. Sembra aderire all'impostazione della teoria intermedia sostanziale e monolitica la giurisprudenza della Corte di Cassazione, la quale risulta costante nell'ammettere che la conciliazione giudiziale sia una convenzione di natura sostanziale, che è conclusa tra le parti e resti assoggetta alla disciplina che le è propria in relazione alla diversa fattispecie negoziale. La stessa è poi consacrata nel processo a mezzo di un verbale e si caratterizza per l'intervento di un'autorità giudiziaria, con la relativa efficacia esecutiva e per l'effetto di concludere il processo¹¹⁸.

2.3. L'origine delle teorie processuali e la teoria intermedia dell'atto processuale ad effetti sostanziali

Si considera opportuno, di nuovo, un breve *excursus* storico circa l'evoluzione positiva dell'istituto in quanto detta evoluzione potrebbe risultare giustificativa dell'avvicendamento della configurazione di stampo processuale. Il codice di procedura civile successivo a quello del 1865¹¹⁹, nella sua prima versione in vigore dal 1942, abolisce il titolo preliminare del codice del 1865 circa la conciliazione e prevede da un lato, un procedimento conciliativo (la conciliazione in sede non contenziosa) agli (allora) artt. 321 e 322 c.p.c., di fronte al conciliatore e dall'altro lato, un tentativo di conciliazione nel corso del giudizio di cui all'art. 185 c.p.c. di fronte al magistrato competente a decidere la controversia. Il legislatore del '42 colloca, quindi, il tentativo di conciliazione nel corso del giudizio (art. 185 c.p.c.: il vero e proprio componimento processuale) e

¹¹⁶ DE STEFANO, *Contributo*, cit., p. 25, il quale richiama alla dottrina che utilizza l'effetto conclusivo come il criterio più sicuro per affermare la processualità del componimento e, più precisamente a BAUMGÄRTEL, *Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess*, 1957, pp. 50 e ss. e 187.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 25.

¹¹⁸ Cass, 9 novembre 1995, n. 11677, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, vol. II, p. 893; Cass., 25 gennaio 1992, n. 816; Cass, Sez. V, 28 giugno 2007, n. 14911; Tribunale Milano, Sez. III, 2 dicembre 2008, n. 14346 che, in particolare, assimila la conciliazione giudiziale a «un titolo contrattuale esecutivo, come gli atti notarili, che - ricorrendone i presupposti - resta soggetto alla sanzione della nullità» in *Imm. e propr.*, 2009, 4, 254;

¹¹⁹ Mi riferisco al codice tutt'ora in vigore, approvato con R.D. 28 ottobre 1940 n. 1443, ed in vigore dal 21 aprile 1942.

regola poi una forma di conciliazione di fronte al conciliatore, detta “conciliazione in sede non contenziosa”, nel codice di rito (*ex artt. 321 e 322 c.p.c.*: la conciliazione). Queste novità denotano evidentemente la volontà di elevare il componimento processuale a istituto generale del procedimento di cognizione, staccandosi fortemente dall’impostazione del codice del 1865 che prevedeva l’istituto conciliativo solo di fronte ai pretori e ai conciliatori e soprattutto, rendendolo obbligatorio, lo assurge financo a punto di transito del procedimento di cognizione¹²⁰. Si aggiunga poi, senza voler peccare di una sorta di estetismo normativo, che l’aver inglobato la conciliazione in sede non contenziosa nel cuore del codice di rito avrebbe potuto apparire sinonimo del nuovo stretto legame tra l’istituto e il processo¹²¹. Inizia così a prendere ancora più peso un inquadramento, il cui cammino era già iniziato a mezzo della precedente tesi intermedia¹²², secondo il quale non può accettarsi di considerare la composizione come un accordo che avviene di fronte a un «organo istituzionalmente e costituzionalmente investito di funzione, qualechessia, giurisdizionale [che si trovi] a fare, per così dire, il palo cioè il mero tramite materiale dell’accordo tra le parti»¹²³. Le teorie negoziali, effettivamente, non spiegavano (o comunque minimizzavano) il ruolo del giudice nel corso del componimento¹²⁴, come si dirà meglio nel prossimo paragrafo.

Sarebbe un compito arduo assegnare il pensiero di ogni autore nella sua esatta collocazione fra le due posizioni intermedie. La categorizzazione ci è nondimeno utile però per tracciare gradatamente il peso che la normativa processuale ha assunto rispetto

¹²⁰ Per queste riflessioni v. CARRATO, *op. cit.*, p. 7. *Contra*, invece, NICOLETTI, *op. cit.*, p. 3 che considera che le novità del codice del ‘42 e, in particolar modo, aver generalizzato il tentativo di conciliazione a momento tipico di ogni processo di cognizione, ha assunto l’istituto, agli occhi del nuovo legislatore a «mezzo anodino» di risoluzione delle controversie civili.

¹²¹ Si vedano però le riflessioni di Satta che commenta sfavorevolmente la scelta del legislatore di sopprimere un titolo preliminare sulla conciliazione proprio per la posizione che il rapporto giuridico dovrebbe rivestire rispetto al processo: quest’ultimo come «soffio della vita comune che penetra nelle aule», insistendo sul valore dell’istituto conciliativo (v. SATTA, *Dalla conciliazione alla giurisdizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, XVII.XVIII, pp. 201-202).

¹²² Ammettendo che la convenzione non esaurisce la conciliazione, la quale si realizza in un momento in cui si esplicano anche effetti processuali, l’esilio negoziale dell’istituto: si conclude per ciò solo che il processo, nella vita dell’istituto, ha una rilevanza al punto che il componimento non può essere un istituto solo di diritto sostanziale.

¹²³ NICOLETTI, *op. cit.*, p. 4.

¹²⁴ Si consideri che MORTARA, *Commentario*, cit., p. 32 nella separazione dei coniugi definì il giudice come «uno sconosciuto, che si ingerisce nell’intimità dei loro rapporti».

al componimento e, quindi, con la teoria intermedia dell'atto processuale a effetti sostanziali si vuole richiamare agli esiti di un'analisi volta ad ammettere una maggiore incidenza della funzione giurisdizionale sulla fattispecie conciliativa rispetto a quella che vi hanno attribuito i fautori della tesi intermedia dell'atto sostanziale a effetti processuali¹²⁵.

Anche in questo caso, tra i sostenitori della "*Trennungstheorie*" che fa leva sulla dissociazione delle due fattispecie, coloro che pretendono per accentuare il lato processuale, rivedono sì un negozio sostanziale ma, diversamente dalla teoria precedente, configurano l'elemento processuale non in una mera comunicazione al giudice di avvenuta conciliazione, ma in una vera e propria convenzione di porre fine al processo che ha la stessa valenza della rinuncia agli atti¹²⁶. In altre parole, si potrebbero rinvenire due accordi, totalmente a sé stanti, che non possono influenzarsi reciprocamente al punto che, ad esempio, i vizi del negozio sostanziale non potrebbero mai influenzare l'efficacia processuale dell'atto e al punto che l'unico rimedio per far valere l'invalidità sostanziale dell'atto materiale sarebbe l'instaurazione di un nuovo processo. Per quanto questa teoria dia più peso all'aspetto processuale, considerando comunque la possibilità che l'accordo non venga meramente comunicato al giudice ma assuma una propria valenza all'interno del processo (la rinuncia agli atti è un nuovo accordo che ha il compito di esplicitare degli effetti immediati sul processo), gli effetti risultano ancora troppo blandi. Il giudice si limiterebbe a prendere atto della rinuncia e il processo risulterebbe meramente estinto: in sostanza si tornerebbe quasi a una visione puramente sostanziale dal punto di vista effettuale.

Anche in questo caso, sono prevalse, quantomeno nella dottrina italiana, le posizioni per le quali l'esigenza di considerare entrambi gli aspetti fosse da realizzare mediante una configurazione unitaria dell'istituto, seppur, in tal caso, con una più decisa prevalenza

¹²⁵ NICOLETTI, *op. cit.*, p. 24 il quale sottolinea come sia questa la visione degli scrittori più moderni, richiamando in tal senso alla costruzione ontologica e funzionale che è stata operata dell'istituto da ANDRIOLI, *Commento*, pp. 85 e ss. Si consideri che Nicoletti considerava la posizione di Andrioli come «di transito», visto che il primo sposava la visione più estrema del componimento come provvedimento.

¹²⁶ DE STEFANO, *Contributo*, cit., p. 29, il quale ascrive, alla nota 10, queste posizioni a BÖTTICHER, BLOMEYER, NIKISCH, BAUMGÄRTEL.

degli aspetti processuali. La funzione del giudice viene così a comprendere anche quella conciliativa, a tal punto che Salvatore Satta fissa i momenti della giurisdizione e della disposizione in successione logico-dialettica: dopo che il giudice ha esplicitato l'attività conciliativa (*functa est munere suo*), la quale ha natura giurisdizionale, si appresta il terreno dell'accordo; su questo terreno le parti esplicano la privata disposizione¹²⁷.

Inizia così a profilarsi l'inquadramento della conciliazione come istituto del processo: la peculiarità risiede non solo negli effetti che esplica sul processo, come si proponeva la dottrina intermedia sostanziale, ma proprio nella sua origine procedimentale. In altre parole, si prospetta l'idea per la quale il componimento processuale, per quanto il giudizio nasca da un impulso di parte (esattamente come la domanda e in ottemperanza al principio dispositivo) e si risolva in un accordo regolato dal diritto sostanziale, è un *actus trium personarum*, non diversamente dal processo¹²⁸. Il termine "componimento" non può così interpretarsi alla stregua di un *nomen iuris* di diritto sostanziale: il relativo nucleo fondante va ricercato nel fatto che si tratta di un accordo peculiare, finalizzato sì al componimento della lite ma che avviene all'interno di un procedimento, preordinato a uno scopo e di fronte a un terzo soggetto, al quale è stato attribuito il ruolo di "mediatore qualificato"¹²⁹. Il meccanismo procedurale nel quale nasce l'accordo conciliativo predispone anzi tutto il contatto tra le parti, in una sede che è istituzionale, di fronte a un organo istituzionale, il giudice-mediatore, al termine del quale si prevedono, in caso di esito positivo, dei meccanismi atti a conferire all'accordo un carattere di regolarità formale, di stabilità e una speciale efficacia giuridica, *id est* quella di titolo esecutivo¹³⁰.

Se la conciliazione è un istituto del processo occorre quindi domandarsi se può trattarsi di un atto processuale¹³¹. Per atto processuale, secondo la definizione di Emilio Betti, si intendono «tutti quegli atti giuridici che sono per legge destinati a promuoverne o

¹²⁷ SATTA, *Commentario*, pp. 83 e ss; pp. 462 e ss.

¹²⁸ CARRATO, *op. cit.*, p. 21.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 21.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 21

¹³¹ Si veda sul punto la riflessione del Niese riportata da DE STEFANO, *Contributo*, cit., p. 31. Niese, infatti, riferendosi alle teorie monolitiche con prevalenza del lato processuale ha sottolineato che le stesse significassero, in sostanza, riconoscere al componimento la natura di atto processuale (NIESE, *Doppelfunktionelle Prozesshasdlungen*, Göttingen, 1950, p. 86).

definirne il processo, o a configurarne i successivi atteggiamenti dall'inizio alla fine»¹³². Ma atti processuali, continua Betti, sono propriamente solo quelli che hanno per effetto diretto, ancorché non immediato, l'inizio o la fine del processo oppure una sua situazione giuridica nel corso dello svolgimento. Per questa ragione, gli atti stragiudiziali che hanno lo scopo di predisporre o escludere un futuro (ed eventuale) processo o a influire sulle vicende di un processo pendente, quali ad esempio la procura alla lite, la convenzione circa la scelta del foro o la transazione, possono assurgere ad atti processuali solamente se fatti valere, anche a mezzo di un congegno concludente, nel processo stesso. Se detti atti stragiudiziali non sono fatti valere nel processo sono legati allo stesso solamente da un nesso teleologico e non costituiscono che elementi astratti potenziali della lite cui si riferiscono; *id est* atti processuali potenziali¹³³. Alla luce di questa distinzione, il

¹³² BETTI, *Per una classificazione degli atti processuali di parte*, Riv. dir. proc. civ., 1928, VI, p. 106; Nello stesso senso, CHIOVENDA, *Principii*, cit., p. 635, il quale sottolinea che «Diconsi atti giuridici processuali gli atti che hanno importanza giuridica rispetto al rapporto processuale, cioè gli atti che hanno per immediata conseguenza la costituzione, la conservazione, lo svolgimento, la modificazione o la definizione di un rapporto processuale». Diversamente, v. CARNELUTTI, *Lezioni*, cit., pp. 390 e ss., il quale distingue tra fatti giuridici processuali e atti processuali. In particolare, *fatti giuridici processuali* sono tutti quei fatti che influiscono sulla vita del rapporto in quanto ne determinano la costituzione, la inefficacia, la modificazione e la estinzione. A seconda della causa, che si trovi o non nell'attività dell'uomo, si distinguono tra i fatti giuridici processuali, gli atti processuali: gli *atti processuali* sono, specificatamente, *fatti giuridici processuali volontari*. E così la morte dell'attore è un fatto giuridico processuale, mentre la domanda è un atto processuale. Ancora, si può distinguere tra gli atti processuali semplici e gli atti processuali complessi, a seconda che procedano, rispettivamente, da una o più persone. Da un punto di vista funzionale, a seconda della relazione tra l'atto e il diritto (o obbligo) correlativo, gli atti processuali si possono a loro volta distinguere in atti leciti, negozi giuridici, atti dovuti e atti illeciti. I primi, gli atti leciti, rappresentano la pura espressione di una libertà, senza costituire l'esercizio di un diritto (ad esempio, la produzione di una prova); i secondi rappresentano invece l'esercizio di un diritto e, più precisamente, del diritto di azione (il prototipo è la domanda); i terzi rappresentano l'adempimento di un obbligo (il prototipo è la sentenza), gli ultimi rappresentano la violazione di un obbligo (ad esempio, la non comparizione). Il *discrimen* tra l'atto (puramente) lecito e il negozio sta, per l'appunto, nella necessità di ravvisare nel secondo proprio l'esercizio di un diritto processuale e, quando questo esercizio vi è, esiste il negozio giuridico processuale, qualsiasi sia la sede del suo compimento, dentro o fuori dal processo. Ma come vi sono negozi processuali che non si compiono nel processo, vi sono negozi di diritto privato che pur non essendo processuali, si compiono nel processo: nella prima categoria vi rientra il compromesso, nella seconda categoria vi rientra la transazione di fronte al giudice. Si noti che, secondo questa costruzione, solo i negozi processuali sono però regolati dalle norme del processo. E allora, come può avere effetti processuali, un negozio come la transazione, che essendo negozio di diritto materiale, non è regolato dalle norme processuali? Negozi materiali, come la transazione, possono avere effetti processuali in quanto rappresentano un *fatto processuale estintivo* e non un *atto processuale*.

¹³³ Ancora, BETTI, *ibidem*, p. 106. Diversamente, PALERMO, *Contributo alla teoria degli atti processuali*, Napoli, 1938, p. 59, il quale specifica in maniera chiara che atti processuali di parte leciti sono quelli che sono posti in essere dalle parti «durante lo svolgimento del processo o per promuoverlo, o per definirlo o per configurarne i successivi atteggiamenti» e che non costituiscono atti processuali quelle «dichiarazioni

componimento processuale, esplicando effetti diretti sulla fine del processo, se l'accordo si compie, o comunque sul suo svolgimento, svolgendosi all'interno di esso, si configura – sempre – come un “atto processuale”. In altre parole, è proprio un atto del processo perché, rispetto alla transazione che necessiterebbe, per divenire atto processuale, di essere fatta valere nel processo, il componimento avviene e si sviluppa nel processo.

Se il componimento è un atto processuale, il problema successivo è individuarne la corretta natura o categorizzazione al cospetto degli altri atti processuali. Sul punto, Betti considera il componimento processuale come un atto processuale appartenente alla “dichiarazioni di volontà dispositive”, cioè quelle dichiarazioni di volontà dirette a *disporre della tutela giuridica*, modificandone i mezzi e le condizioni, sia mediante un cambiamento di rotta del processo pendente, sia con tracciarne quella del processo futuro. In altre parole, il tratto caratterizzante di queste dichiarazioni normative è quello di essere dirette a regolare per l'avvenire il comportamento delle parti in ordine alla tutela giuridica e di essere, altresì, irrevocabili¹³⁴. Secondo Betti, infatti, oltre al componimento processuale, rientrano in questa *species* di atti processuali, la dichiarazione di acquiescenza espressa, la delazione di giuramento decisorio, la rinuncia agli atti del giudizio. Caratteristica propria, però, solo del componimento e della conciliazione è quella che i relativi atti oltre a definire il processo, regolano lo stesso rapporto

di volontà emanate fuori dal processo, in occasione di un processo per lo più futuro e aventi ad oggetto rapporti giuridici processuali. Intendiamo parlare del compromesso, del *pactum de non petendo*, del *pactum de foro prorogando* ecc.» Secondo Palermo queste dichiarazioni di volontà emanate fuori dal processo, anche se hanno contenuto processuale non sono atti processuali potenziali ma veri e propri atti extraprocessuali e perciò soggetti a un regime giuridico diverso di quello a cui vanno soggetti gli atti processuali. Considerarli atti processuali potenziali pregiudicherebbe notevolmente la comprensività del concetto di atto giuridico processuale.

¹³⁴ Ancora, BETTI, *ibidem*, p. 110-111. L'Illustre Autore distingue, in particolare, le “dichiarazioni di volontà dispositive” dalle “domande” e dalle “dichiarazioni di volontà comminatorie”. Quest'ultime due, al contrario delle prime, sono dirette *far valere il diritto dedotto in lite*, con l'ulteriore distinzione che la domanda è rivolta a un giudice o ad altri organi ausiliari (richiesta di provvedimento o di altro atto), la dichiarazione di volontà comminatoria è diretta alla controparte (ad esempio un'intimazione). La dichiarazione di volontà dispositiva, quale il componimento processuale, anziché a far fare il diritto dedotto in lite, son dirette a *disporre della tutela giuridica*. Allo stesso modo CARNELUTTI, *Principii*, cit., p. 737, il quale definisce il componimento come «un atto processuale, perché compiuto coll'intervento del magistrato come tale, che pone immediatamente termine al rapporto processuale». Per approfondimenti sul componimento come atto processuale si v. REDENTI, *Diritto processuale*, cit., vol. I, p. 197; Palermo, *op. cit.*, *passim*.

sostanziale¹³⁵. Più specificatamente, Betti aderisce a quella corrente che vede come ammissibile nel nostro ordinamento la particolare categoria dei negozi processuali¹³⁶ e, fra questi, ricomprende appunto il componimento: esso appare, nella struttura, come un negozio giuridico consensuale, avente ad oggetto la composizione della lite, mentre per quanto concerne la funzione tipica, il profilo processuale vi assume una decisa prevalenza¹³⁷.

¹³⁵ Ancora, BETTI, *Per una classificazione*, cit., p. 112.

¹³⁶ La categoria dei negozi giuridici processuali è una delle più discusse. Questa categorizzazione si è sviluppata sotto l'influsso della scuola pandettistica ed è stata elaborata con la funzione di individuare «una categoria di atti, compiuti nel processo ed operanti a fini processuali, nei quali si riteneva di attribuire alla volontà un ruolo analogo a quello svolto nei negozi di diritto sostanziale» (così, DENTI, *Negozi processuale*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978, p. 138; nella letteratura tedesca per le elaborazioni di questa categoria si v. in particolare Watch, Koheler, Trutter, Bülow, Schmidt, Hellwig, Lehmann, richiamati da NICOLETTI, *op.cit.*, p. 141, in nota 8). Si consideri che, in linea generale, a fronte di orientamenti volti ad ammettere la categoria dei negozi giuridici processuali, un'altra impostazione negava recisamente la compatibilità ordinamentale degli stessi, considerandola persino infeconda. Per altro, fra chi ammette detta categoria si può, ancora, distinguere tra chi nega l'atipicità negoziale in ambito processuale di detta figura e chi ritiene invece più ragionevole considerare la possibilità dell'esistenza della stessa come manifestazione dell'autonomia dei privati atipica, ai sensi dell'art. 1322, secondo comma, c.c., che è atta ad influire sulla disciplina del processo. Per chi ammette questa categoria, senza pretesa di esaustività, si v. CARNELUTTI, *Lezioni*, cit., pp. 390 e ss.; BETTI, *Diritto processuale*, cit., p. 522; PALERMO, *op. cit.*, *passim*; COSTA, *op. cit.*, p. 122; CHIOVENDA, *Principii*, cit., p. 643 secondo il quale per negozi giuridici processuali devono intendersi «le dichiarazioni di volontà unilaterali o bilaterali che la legge ammette nel processo come rivolte a costituire, modificare, estinguere diritti processuali (rinunce, accettazioni di sentenza ecc.)». Perplesso, invece, sulla possibilità di considerare l'esistenza stessa ZANZUCCHI, *op. cit.*, p. 398; anche REDENTI, *Atti processuali civili*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, pp. 105 e ss.; SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, cit., pp. 22 e ss.; DENTI, *Negozi processuale*, cit., pp. 138 e ss. che finisce per considerarla una questione essenzialmente nominalistica; allo stesso modo SATTA, *Accordo*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958, p. 300, il quale, pur ritenendo la necessità di attribuire rilievo agli accordi che dispiegano la propria efficacia nel processo, ne restringe la disciplina ai limiti delle esplicite previsioni della legge processuale; allo stesso modo nega l'utilità del n.g.p. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955, pp. 67 e ss.;

¹³⁷ BETTI, *Diritto processuale*, cit., p. 522, il qual attribuisce, ancora più specificatamente, il componimento alla speciale categoria di atti processuale che è il *negozi giuridico processuale*. Secondo Betti «il componimento amichevole si può definire: un negozio giuridico processuale che ha per contenuto un determinato regolamento del rapporto litigioso in ordine alla composizione della lite pendente e, nella misura di tal composizione, ha per effetto la estinzione del rapporto processuale» e così «nella struttura appare un negozio giuridico consensuale», mentre «ove si passi a considerarne la funzione tipica, ecco il profilo processuale vi assume una decisa prevalenza». Così anche SEGNI, *Procedimento civile*, in *Nuovo D. it.*, Torino, 1939, pp. 539, 562 e ss., il quale ritiene che il concetto di negozio giuridico processuale sarebbe in massima parte unilaterale (così, la rinuncia agli atti, o la rinuncia a un mezzo di gravame o a una singola facoltà processuale), solo eccezionalmente bilaterale (per l'appunto, il componimento processuale); LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, I, 1980, p. 189 considera che l'unica figura di negozio processuale ammissibile sia proprio il componimento processuale (o della conciliazione in sede non contenziosa) in quanto nello stesso si trovano congiunti inscindibilmente un atto negoziale e un atto processuale ai quali si applicano, rispettivamente, le regole proprie dell'uno e dell'altro tipo di atti. Tuttavia,

La prevalenza dell'aspetto prettamente processuale è sicura anche per Chiovenda che, dopo aver definito il componimento come «un atto processuale regolato dalla legge processuale», ne ricava diverse conseguenze: più specificatamente, il componimento, in quanto atto processuale, suppone l'intervento necessario del magistrato che lo farà assumere in verbale; come effetto processuale, ha quello di porre fine al rapporto processuale (estinzione dell'azione); essendo ricevuto da un pubblico ufficiale, è un titolo esecutivo. Questo atto processuale ha poi gli effetti sostanziali che possono derivarne come convenzione. Ed infatti, del relativo carattere di atto dispositivo del diritto privato non può discutersi; proprio per questo aspetto si richiede, per il suo compimento, la presenza personale delle parti e la capacità di disporre del diritto¹³⁸. Anche secondo la ricostruzione di Chiovenda, quindi, il componimento si presenta come quella speciale categoria di atti che possono essere inclusi nel c.d. negozio processuale.

2.4. *La teoria processuale*

Continuando nella categorizzazione delle teorie sulla natura del componimento, la teoria processuale si contrappone, chiaramente, a quella sostanziale. In questo caso, ritenendo valido l'*iter* argomentativo che è stato costruito intorno alla tesi intermedia appena tracciata, questo indirizzo dottrinale insiste sull'idoneità del componimento a porre fine al rapporto processuale e, quindi, a estinguere l'azione, approdando al risultato per cui il componimento è un "provvedimento giurisdizionale"¹³⁹. In altri termini, secondo questa prospettiva, il componimento è atto del processo ma tra queste tipologie di atti, esso mostra di appartenere alla *species* dei provvedimenti, rappresentandosi quindi come un simulacro della sentenza che è il provvedimento per antonomasia, destinati entrambi ad incidere simultaneamente e immediatamente sulla lite e sul processo. Riconoscere alla conciliazione la funzione di porre fine al rapporto

non tutti coloro che considerano ammissibile la categoria, vi includono il componimento; infatti ad esempio Carnelutti considera il componimento come un fatto processuale estintivo ed esclude che lo stesso possa rientrare nella categoria dei negozi giuridici processuali (ancora, CARNELUTTI, *Lezioni*, cit., pp. 390 e ss.); allo stesso modo COSTA, *op. cit.*, p. 122.

¹³⁸ CHIOVENDA, *Principii*, cit., pp. 737-738.

¹³⁹ NICOLETTI, *op. cit.*, pp. 154-160.

processuale immediatamente¹⁴⁰, secondo questa impostazione, implica che l'effetto conclusivo non può essere né un'ordinanza di cancellazione della causa dal ruolo, con successiva estinzione del processo, né una sentenza di cessazione della materia del contendere, in quanto entrambe le soluzioni portano a una soluzione incongrua. L'estinzione fa salva l'azione, la quale, invece è consumata dal componimento; la cessazione della materia del contendere pare eccessiva in punto di effetti in quanto in realtà ciò che viene meno con il componimento è l'interesse ad agire dell'attore e a contraddire del convenuto¹⁴¹. Il *favor* per una tesi che fa leva sull'estinzione del procedimento osterebbe poi il sistema stesso del codice che prevede come eccezionali i casi e i modi di estinzione¹⁴². La realtà appare più semplice: il fatto che, ad esempio, che la conciliazione ponga fine al rapporto processuale immediatamente significa considerare che il processo si conclude già solo direttamente con la conciliazione giudiziale e altresì che la stessa non ha bisogno di essere integrata con pronunce di estinzione o di cessazione della materia del contendere¹⁴³. Questo implica che il risultato del componimento rappresenta un tipo di provvedimento (oppure che al risultato del componimento accede un provvedimento), il quale si configurerebbe come mera sanzione giurisdizionale della convenzione conclusa¹⁴⁴. Se per altro si riconosce una distinzione tra la transazione e il componimento e se questa distinzione si traduce, sul piano teleologico, come una distinzione di effetti, allora a tale distinzione di effetti corrisponde anche una distinzione di atti: solo all'atto-provvedimento può ascriversi l'effetto di una conclusione immediata del rapporto processuale¹⁴⁵.

La concezione negoziale che fa perno sul solo elemento della giudizialità appare ai sostenitori della teoria processuale più estrema fortemente precaria dal lato funzionale in quanto sembra considerare la figura del giudice, inopinatamente, come quella di un notaio che si limita a dare efficacia esecutiva al titolo¹⁴⁶. Così, l'intervento del magistrato nel

¹⁴⁰ Così, come abbiamo richiamato sopra, si è espresso anche CHIOVENDA, *Principii*, cit., p. 882.

¹⁴¹ ANDRIOLI, *Commento*, cit., p. 88.

¹⁴² NICOLETTI, *op. cit.*, p. 155.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 88.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 155.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 157, il quale richiama come questa interdipendenza di problemi è stata rilevata anche da ANDRIOLI, *Commento*, cit., p. 89 e da SATTA, *Commentario*, cit., p. 87.

¹⁴⁶ NICOLETTI, *ibidem*, p. 156.

componimento, attesa l'analogia tra il risultato conciliativo e quello decisorio, non può risolversi in termini meramente formali, sussistendo quindi una sfera dei suoi poteri ascrivibile alla "giurisdizione contenziosa". E ciò atteso, in ogni caso, che componimento e sentenza si presentano come due prototipi con le proprie prerogative: più precisamente, la sentenza richiama a una giurisdizione prevalentemente accertativa, cioè un giudizio in senso tecnico; il componimento si presenta invece come deduttivo di una giurisdizione conciliativa, un giudizio cioè in senso lato, perché rappresenta una regolamentazione di un conflitto che è destinata a valere tra le parti¹⁴⁷.

Se è indubbio che questa impostazione importa un'estensione della funzione giurisdizionale e un'attribuzione all'organo che l'ordinamento prepone al fatto processuale anche un ruolo di composizione giurisdizionale della lite¹⁴⁸ (come si vedrà meglio nel prossimo paragrafo), occorre mettere in luce come la stessa porti anche ad alcuni riflessi propri sul processo derivanti dall'attribuire, di fatto, al risultato del componimento la stessa efficacia del giudicato. È opportuno, senza pretesa di esaustività in questa fase della trattazione, dar conto di alcuni di questi riflessi, onde evidenziare la portata che l'adesione ad una o l'altra categorizzazione può comportare sulla disciplina dell'istituto.

Nel rapporto tra componimento e processo, si è protesi a condividere un approccio che ritiene che in caso di difetto di costituzione del processo, ad esempio di incompetenza del giudice, essi possano influire sulla validità ed efficacia del risultato nel componimento¹⁴⁹. Allo stesso modo, si considera la necessità di applicare la disciplina delle forme processuali al verbale di conciliazione, considerandolo nullo per il mancato raggiungimento dello scopo *ex art. 156*, secondo comma c.p.c. se mancante della sottoscrizione delle parti e ai sensi dell'art. 88 disp. att. c.p.c.¹⁵⁰. Altri riflessi si avrebbero anche sull'estensione del verbale di conciliazione in qualità di titolo esecutivo dell'atto, assimilando, cioè, i relativi effetti esecutivi a quelli di una sentenza passata in giudicato,

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 157, il quale richiama a SATTA, *Diritto processuale*, cit., p. 7.

¹⁴⁸ CARRATO, *op. cit.*, p. 21 e pp. 73 e ss.

¹⁴⁹ In relazione al difetto di competenza, *ibidem*, p. 78 e ss.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 82 e ss.; sul punto anche le riflessioni di ANDRIOLI, *Commento*, cit., p. 87-88; NICOLETTI, *op. cit.*, pp. 169-170, il quale si richiama a Mortara secondo cui la sottoscrizione «è elemento sostanziale dell'atto, come prova decisiva e inequivocabile del consenso prestato».

legittimando così la esecuzione per consegna o rilascio, così come l'esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare, piuttosto che a quelli di un titolo contrattuale esecutivo¹⁵¹. Così, ponendo il componimento sotto le lenti di una funzione puramente giurisdizionale, si accetta, con meno difficoltà, la possibilità che esso possa svolgersi anche su diritti indisponibili¹⁵²; possibilità che invece viene negata da Virgilio Andrioli che protende per la tesi dell'atto processuale con effetti sostanziali¹⁵³. Così si ritiene anche di poter rispondere positivamente al quesito circa la possibile estensione delle impugnative processuali al verbale di conciliazione¹⁵⁴. Si può concludere quindi che la tesi processuale rappresenta l'estremità dogmatica del percorso di valorizzazione del componimento come istituto giuridico dotato di propria autonomia: lo si ascrive a un istituto processuale soggetto, interamente, alle regole del codice di rito.

Il percorso elaborato sulla natura giuridica è significativo per comprendere le differenze in punto di effetti ascritti al componimento; ma ancor più risulta essenziale per comprendere il ruolo da attribuire al giudice nel procedimento volto alla composizione della lite, come si esaminerà nel prossimo paragrafo.

3. IL COMPONENTO E LA FUNZIONE GIURISDIZIONALE

Le tesi sulla natura giuridica del componimento hanno avuto un'influenza determinante nel dibattito sul rapporto tra il componimento e la funzione giurisdizionale¹⁵⁵. L'assunzione di una determinata categoria incide sulla dimensione

¹⁵¹ CARRATO, *ibidem*, p. 85 e ss.; NICOLETTI, *op. cit.*, p. 178.

¹⁵² CARRATO, *ibidem*, p. 88 e ss. insistendo sul ruolo non meramente passivo del giudice e sul controllo di utilità-idoneità da parte dell'organo in ordine al passaggio dalla giurisdizione-giudizio alla giurisdizione-conciliazione.

¹⁵³ Così ANDRIOLI, *Commento*, cit., p. 85, il quale considera che l'inciso «se la natura della causa lo consente» è teso a dare prevalenza agli effetti sostanziali dell'atto che giustificano, quindi, una controazione del principio dispositivo in caso di indisponibilità del diritto.

¹⁵⁴ CARRATO, *op. cit.*, pp. 99 e ss.

¹⁵⁵ Preme sottolineare che le riflessioni che si opereranno nel proseguo partono dal presupposto di considerare la conciliazione e il componimento processuale come un istituto unitario, per quanto le discussioni che si richiamarono furono fatte in un momento in cui non sussisteva identità tra i due istituti. Sulla necessità di procedere a una trattazione unitaria dei due istituti per discutere intorno alla loro natura o al rapporto con la funzione giurisdizionale si v. NICOLETTI, *op. cit.*, pp. 73 e ss. In particolare l'Autore considerò come l'intima consustanzialità delle due fattispecie può ricavarsi dalla funzione che il giudice è chiamato a esercitare, dal tipo di provvedimento che è l'esito dell'esercizio di detta funzione, dagli effetti

giurisdizionale del fenomeno e segna anche l'orbita della funzione giurisdizionale rispetto a quella della privata autonomia, al punto che il problema in esame è stato definito un problema di «soglia»¹⁵⁶. Il quesito di fondo di questo rapporto attiene alla possibilità di inquadrare l'istituto del componimento processuale, che è mezzo di conclusione della lite, all'interno della dimensione dell'attuazione dell'ordinamento giuridico come attuazione *immediata* – da intendersi come realizzazione dei precetti che l'ordinamento impone per opera delle parti – oppure come attuazione a mezzo degli organi alla stessa preposti e, quindi, tramite l'esplicazione della funzione giurisdizionale. Nel primo caso la conciliazione concretizza un potere dispositivo delle parti e l'attività del giudice costituisce un semplice movente della conciliazione, collocandosi quindi all'esterno della figura negoziale e, quindi, risultando influente sulla regolamentazione dell'istituto in sé in astratto, sia sul risultato negoziale che emerge dall'attività conciliativa; nel secondo caso, invece, è l'atteggiamento delle parti a costituire solamente uno dei presupposti per l'attivazione della macchina giudiziaria, in funzione conciliativa. In questa seconda ipotesi l'intervento del giudice rappresenta un elemento integratore indispensabile del componimento, influenzandone quindi la disciplina in astratto e potendo incidere sulla regolamentazione concreta del rapporto, al punto da mutuare un altro aspetto della funzione giurisdizionale che è appunto la giurisdizione conciliativa. Il problema del rapporto conciliazione e funzione giurisdizionale è stato fissato – in maniera chiara – dal Satta, come un problema di appartenenza dell'istituto del componimento alla giurisdizione volontaria o alla giurisdizione contenziosa. In altre parole, occorre comprendere se le attività svolte dal giudice in seno al processo al fine di facilitare e promuovere la conciliazione, così come i poteri conferiti allo stesso che incidono sul risultato del componimento (ad esempio, la possibilità di redigere un verbale di

che il provvedimento è teso a perseguire. Più specificatamente, la funzione conciliativa che nel procedimento conciliativo è eccitata dalla proposizione della domanda conciliativa, nel componimento processuale *ex art. 185 c.p.c.* deve ritenersi implicitamente eccitata dal libello giudiziale; dunque nell'uno e nell'altro caso il giudice deve ritenersi investito dall'obbligo di procedere alla conciliazione. Inoltre, detta consustanzialità non è sconfessata dalla distinzione, che vale per il giudice conciliatore, tra l'esercizio della funzione in sede contenziosa e in sede non contenziosa. E infatti, l'Autore, richiamando alle riflessioni di CHIOVENDA, *Principii*, op. cit., p. 323, spiegò come questa distinzione è artificiosa: essa può intendersi solo come un'espressione descrittiva atta a identificare la diversità dimensionale tra azione indirizzata comunque alla risoluzione di una controversia e azione indirizzata alla risoluzione della controversia attraverso la potestà conciliativa e, quindi, solo per classificare i due procedimenti. Dal lato funzionale, tuttavia, nulla cambia.

¹⁵⁶ L'espressione è di NICOLETTI, *ibidem*, p. 27.

conciliazione che ha efficacia di titolo esecutivo) appartengano alla manifestazione della giurisdizione *contenziosa*, quella che si attua *inter invitos* o *inter nolentes* oppure a quella volontaria, che si svolge *inter volentes* o *inter consentientes*.

3.1. L'appartenenza dell'istituto alla giurisdizione volontaria

Considerare la conciliazione nell'alveo della giurisdizione volontaria equivale di fatto ad escludere la stessa dalla giurisdizione e, in altre parole, a considerarla come un modo di realizzazione dei precetti che l'ordinamento impone per opera solamente delle parti, come potrebbe essere l'adempimento spontaneo di un'obbligazione¹⁵⁷. E infatti Chiovenda, riferendosi alla giurisdizione volontaria, rimarcava come la stessa non sia affatto giurisdizione¹⁵⁸. Egli sottolineava che la dottrina del processo italiano medievale si riferì alla *iurisdictio voluntaria* per indicare quel complesso di atti che gli organi della giurisdizione compivano di fronte o a un solo interessato oppure sulla base di un accordo di più interessati, appunto *inter volentes*, e che, con il passare del tempo, il nome fu usato anche a designare tutti quegli atti che passarono dalla competenza dei giudici ordinari a quella dei notai¹⁵⁹. In altre parole, per quanto questi atti possano essere affidati ai giudici in quanto richiedono una speciale attitudine e speciali garanzie di autorità, sono comunque atti di semplice amministrazione. Inoltre, al fine di differenziare la giurisdizione amministrativa da quella contenziosa, Chiovenda non ritenne nemmeno dirimente la *contenziosità* del rapporto giuridico insistendo sul fatto che la stessa non è essenziale al processo: il giudizio contumaciale può essere in tal senso considerato un processo senza contesa, così come il processo con cui il convenuto riconosce la pretesa avversaria¹⁶⁰. Lo stesso non considerò nemmeno la *coazione* come carattere esclusivo del processo: e infatti i provvedimenti di volontaria giurisdizione concernenti la tutela (ad esempio la nomina di un tutore o di un curatore o di un amministratore di sostegno) sono provvedimenti obbligatori che sono eseguibili coattivamente¹⁶¹. Allo stesso modo

¹⁵⁷ Vedi ZANZUCCHI, cit., p. 61 dove afferma che il debitore che adempie spontaneamente alla propria obbligazione attua l'ordinamento ancor prima che il giudice emani un provvedimento di condanna nei suoi confronti.

¹⁵⁸ CHIOVENDA, *Principii*, cit., p. 263.

¹⁵⁹ *Ibidem*, pp. 263-264.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 264.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 265.

Chiovenda esclude che la distinzione potesse risiedere nel fatto che lo scopo degli atti di giurisdizione contenziosa fosse la repressione, mentre degli atti di giurisdizione volontaria la prevenzione: e infatti vi sono atti di giurisdizione contenziosa, come i provvedimenti cautelari, che sono atti di prevenzione; mentre atti di volontaria giurisdizione, come la tutela, che non hanno scopo preventivo¹⁶². La distinzione – secondo Chiovenda – risiede piuttosto nello *scopo costitutivo* che è sempre immanente agli atti di volontaria giurisdizione: detti atti, infatti, tendono sempre alla *costituzione* di atti giuridici nuovi oppure cooperano allo *svolgimento* di rapporti esistenti; mentre la giurisdizione vera e propria mira all'*attuazione* di rapporti esistenti¹⁶³. Anche le sentenze costitutive rappresentano l'attuazione di un diritto, *id est* il diritto alla costituzione di un nuovo stato giuridico ma – diversamente dagli atti di volontaria giurisdizione – questo diritto spetta a un soggetto che è *contro* un altro soggetto; in un atto di volontaria giurisdizione che costituisce un diritto non vi è quindi un rapporto di un "avversità" di una parte contro un'altra parte¹⁶⁴. Dopo aver tracciato le caratteristiche principali della distinzione, Chiovenda ascrive – in maniera chiara – l'«attività che lo Stato spiega per conciliare le parti» alla giurisdizione volontaria¹⁶⁵. Egli così giustifica l'ascrizione di una siffatta attività a un organo giurisdizionale, per quanto l'attività che lo stesso svolga non sia, per l'appunto, giurisdizionale, sulla base dell'importanza della funzione di dirimere le liti. Data l'importanza di detta funzione, in altre parole, lo Stato non poteva non ascriverla a sé: «perché tanto maggiore è la probabilità che la conciliazione riesca, quanto maggiore è l'autorità della persona che la tenta»¹⁶⁶. L'attività, dunque, del giudice-conciliatore consisterebbe da un lato, in un'attività di mera documentazione di attività compiute dalle parti e dall'altro lato, in attività autonome compiute dallo Stato che presuppongono una cognizione. In tal senso la cognizione non è speciale al processo ed è compatibile con un'attività di volontaria giurisdizione; speciale al processo è solo il risultato di questa cognizione, *id est* la cosa giudicata.

¹⁶² *Ibidem*, p. 265

¹⁶³ *Ibidem*, p. 265 richiamando, in questo senso, all'impostazione di Wach.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 265

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 270. Nello stesso senso, REDENTI, *Diritto processuale*, cit., p. 33; MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, Milano, vol. I, 1959, p. 87; DENTI, *Dall'azione*, cit., pp. 25 e ss.. Anche la dottrina germanica aveva propugnato l'idea della conciliazione come esercizio di giurisdizione volontaria (v. LEHMANN, *op. cit.*, p. 197; nello stesso senso ROSENBERG, *op. cit.*, p. 592).

¹⁶⁶ CHIOVENDA, *Principii*, cit., p. 270.

Su questa falsariga, si evidenziò che l'attività conciliativa – inquadrabile per l'appunto in un'attività di volontaria giurisdizione – fosse un'attività *sui generis* di «mediazione e persuasione», mediante la quale il giudice non decide o provvede ma elimina, attraverso l'accordo, la necessità di provvedere in via contenziosa¹⁶⁷. In tal senso l'attività conciliativa sorge per effetto della volontà delle parti di escludere l'esercizio della giurisdizione contenziosa ma, al tempo stesso, di avvalersi dei «buoni uffici» del giudice in quanto soggetto terzo e imparziale¹⁶⁸. V'è anche chi si soffermò sugli effetti che conseguono alla partecipazione del giudice alla conciliazione e, più che del giudice, degli organi giudiziari, insistendo sull'attività di “documentazione”¹⁶⁹, attività che non è tanto del giudice quanto del cancelliere. Questa tesi fa leva sul momento finale della conciliazione, nel quale la funzione del giudice è quella di omologazione della convenzione conclusa. Secondo questa impostazione l'intervento “volontario” del giudice opera in quanto il potere giurisdizionale “contenzioso” è venuto meno con l'accordo dispositivo che pone fine al processo. L'esercizio di questo potere

¹⁶⁷ REDENTI, *Diritto processuale*, cit., pp. 30-33. Si sottolinea che l'ascrizione dell'Autore dell'attività conciliativa alla giurisdizione volontaria non si giustifica pienamente con la definizione che lo stesso dà di questa categoria generale. E infatti egli identifica la giurisdizione volontaria in casi di controllo originario di legittimità (contro eventuali deviazioni, aberrazioni, evasioni o frodi alla legge) o di un concorso od ausilio d'autorità per il buon funzionamento di istituti giuridici, là dove la volontà dei singoli, se abbandonata a sé stessa, sarebbe impotente, inetta, inadeguata, potrebbe farsi strumento di prepotenza o di frode in danno al più debole o a un inerme o potrebbe portare a risultati incongrui o perturbatori rispetto ai fini dell'ordinamento. È bene però sottolineare che questa definizione è in linea con le *species* relative alla tutela oppure ai controlli di legalità per certi enti, ad alcuni casi che involgono la separazione tra coniugi ma si dimostra inconferente se riferita al caso del componimento giudiziale. L'attività giurisdizionale, nel componimento, più che di controllo di legittimità o di necessità di protezione del contraente debole, sembra riferirsi a un'attività di persuasione e mediazione, per l'appunto richiamata dallo stesso Autore.

¹⁶⁸ MICHELI, *Corso di diritto*, cit., p. 87. In tal caso Micheli spiegò che con riguardo alla conciliazione si potesse parlare di giurisdizione volontaria ma con l'avvertenza che, mentre in tutte le altre ipotesi che danno luogo a un processo volontario, la volontarietà discende dalla mancanza di un contrasto di interessi, tipico della controversia, in tal caso questa assenza di contrasto non sussiste. E infatti è proprio la lite che è un necessario presupposto dell'attività conciliativa. Per questa ragione, secondo l'Autore, la volontarietà in tal caso risiede in ciò che le parti vogliono raggiungere, cioè la pacificazione attraverso un accordo che escluda perciò l'esercizio della giurisdizione contenziosa, con i buoni uffici di un soggetto terzo e imparziale. Come vedremo in avanti una siffatta impostazione è in verità frutto dell'equivoco di confondere la volontarietà che muove il processo conciliativo con quella che muove processo contenzioso, di cui il principio dispositivo è un portante corollario e, quindi, in generale, la procedura che si deve seguire per raggiungere un accordo in una sede giurisdizionale dall'esito del processo conciliativo. Quest'ultimo è sì frutto, diversamente dalla sentenza, di una volontarietà delle parti.

¹⁶⁹ DENTI, *Dall'azione*, cit., pp. 25 e ss.

giurisdizionale volontario sfocia infatti in un provvedimento, che è per l'appunto l'omologazione, integrativo dell'accordo negoziale e produttivo di effetti giuridici, quale ad esempio la formazione di un titolo esecutivo¹⁷⁰.

3.2. *L'appartenenza dell'istituto alla giurisdizione contenziosa*

L'ascrizione della conciliazione alla categoria della giurisdizione volontaria mostrava – in verità – diverse contraddizioni. Già Mortara evidenziava che non fosse corretto ritenere che l'ufficio della conciliazione appartenesse alla giurisdizione volontaria essendo quest'ultima «incompatibile con le nozioni della controversia e della risoluzione della stessa»¹⁷¹. A riguardo, secondo le categorizzazioni del Mortara, gli elementi essenziali del rapporto processuale, cioè dell'azione, sono riferiti a tre soggetti, *id est* l'attore, il convenuto, l'organo di giurisdizione e a ciascuno di essi è designata una categoria di facoltà e di doveri. In particolare, all'attore, la facoltà di provocare l'esercizio della tutela giurisdizionale e indurre il convenuto a difendersi, con la conseguente obbligazione di subire tutte le conseguenze per aver provocato l'avvio della macchina giurisdizionale; al convenuto, gli obblighi conseguenti alla volontà di partecipare al rapporto processuale e la facoltà di includere in esso ogni difesa e contropotesa; per l'organo di giurisdizione, l'obbligazione di prestare la propria funzione allo scopo di

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 34. In particolare l'Autore (pp. 29-32), al fine di giustificare questa impostazione, ha rilevato come (a) sia positivamente fondato attribuire la natura di controllo formale all'intervento omologativo del giudice circa il provvedimento che prende atto dell'avvenuta conciliazione; (b) bisogna distinguere la funzione di controllo formale del giudice da quella di documentazione che è propria del cancelliere, essendo l'attività di quest'ultimo limitata a narrare le attività compiute e le dichiarazioni rese in udienza; (c) la possibilità che la caratteristica dell'esecutorietà, come effetto dell'omologazione, non si accompagni alla natura pubblica del documento implica che la formazione del titolo esecutivo rappresenta uno solo tra i possibili effetti dell'intervento omologativo. Specifica, inoltre che l'intervento omologativo si compie a mezzo della sottoscrizione del giudice, apposta al processo verbale che documenta la convenzione conclusa tra le parti per effetto dell'omologazione (p. 26). Detta sottoscrizione ha quindi la funzione di documentazione di una dichiarazione e, quindi, non costituisce tanto un requisito per la perfezione del documento, quanto un fatto a cui ricollegare gli effetti ultranegoziali della conciliazione. Ed è proprio per questa ragione che il giudice potrebbe decidere di non omologare la conciliazione

¹⁷¹ MORTARA, *Commentario*, cit., p. 11. In generale, in ogni caso, si consideri che non è mai stato facile tracciare in maniera univoca il concetto di giurisdizione volontaria al punto che spesso si trattò come un contenitore dove inserire figure di incerta qualificazione (per questa considerazione, FAZZALARI, *La giurisdizione volontaria*, Padova, 1953, p. 43). Per questa ragione vi è chi, con una nota di colore, definì il libro IV del codice «una specie di Upim» (l'espressione è di ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1959, p. 52).

risolvere il contrasto esistente e la facoltà o podestà di compiere tutti gli atti allo stesso consentiti per pronunciare la decisione e ripristinare l'osservazione del diritto tra le parti in contesa¹⁷². Orbene, se queste nozioni e i relativi elementi sono accettati, come si riesce a sostenere l'affermazione per cui l'assenza nel procedimento in cui si verifica una conciliazione? L'attore si avvale infatti delle facoltà che l'ordinamento gli conferisce, cioè quello di esporre una pretesa contro l'avversario, richiedendo la protezione dell'autorità giurisdizionale; il convenuto si difende e può anche proporre una controdifesa; chiaramente l'attore non può obbligare il convenuto a conciliare, né alcuna delle parti è obbligata a conciliare. Il giudice ha l'obbligo di tentare e stimolare la conciliazione ma non può compiere, senza il consenso delle parti, alcun atto che sia il risultato di un accordo conciliativo. La rappresentanza degli elementi del rapporto processuale consentiva a Mortara di giustificare l'appartenenza dell'istituto alla giurisdizione contenziosa; tuttavia, egli sottolineò che in ogni caso, date le limitazioni sussistenti per le parti e per il giudice, la rappresentanza degli elementi del rapporto processuale dovesse ritenersi, nella conciliazione, dimezzata e quindi, anche la funzione contenziosa risultasse in un certo qual modo attenuata¹⁷³.

La concezione del componimento come attività di giurisdizione volontaria fu respinta anche da Satta, sulla base dell'assenza di un dualismo ordinamento-giudice e, prima ancora, di quello ordinamento-parte. In altre parole, secondo Satta, la concezione dell'attività del giudice-conciliatore come un'attività di pura amministrazione ha le sue radici in una concezione dell'ordinamento come qualcosa di oggettivo e oggettivamente esistente, separato dal giudice e che il giudice ha il compito di accertare e imporre alle parti. Secondo questa concezione quindi anche le parti risultano separate dall'ordinamento e sono ad esso soggette, mancando di conseguenza posto per l'attuazione dell'ordinamento mediante l'autodeterminazione dei soggetti suoi protagonisti; tantomeno per l'inserimento del giudice in quella forma di

¹⁷² MORTARA, *Commentario*, cit., p. 10.

¹⁷³ Si consideri che l'Autore si riferiva in particolare all'istituto della conciliazione e non a quello vero e proprio del componimento. Tuttavia, mi pare che le riflessioni operate dall'Autore siano terreno fertile per comprendere e risolvere gli interrogativi che sono sorti in seno alla funzione giurisdizionale anche per il componimento processuale.

autodeterminazione che si concreta nella conciliazione¹⁷⁴. Così intesa, allora, la partecipazione del giudice alla conciliazione non viene considerata una forma di attività giurisdizionale, non attuando di fatto l'ordinamento e viene piuttosto motivata con il ricorso a un'attività che non è giurisdizione ma, al contrario, mera amministrazione che lo Stato spiega attraverso il giudice. Tuttavia, secondo Satta, i dualismi giudice-ordinamento e parti-ordinamento sono mere concettualizzazioni in quanto uno dei due termini, ossia l'ordinamento, non è altro che mera astrazione. Il giudice, in quanto *ius dicit*, è egli stesso l'ordinamento, così come la parte – che può stabilire l'ordinamento con la sua volontà – è l'ordinamento¹⁷⁵. Questa linea di pensiero trova origine (o conferma) nell'idea dell'esistenza di “equivalenti giurisdizionali” elaborata da Carnelutti e alla quale ho fatto riferimento nell'*incipit* di questo capitolo, che pur configurando l'attività di attuare l'ordinamento come un'attribuzione esclusiva del giudice, equiparava l'attività tipicamente giurisdizionale a quella conciliativa¹⁷⁶. Tuttavia, Satta compie financo un passo in avanti, definendo come le stesse parti possono – da sole – attuare l'ordinamento. E così la composizione processuale delle liti e quella convenzionale sono equiparate, al punto che la seconda diviene, per usare le parole di Giuseppe Capograssi, «la più piena attuazione concreta di giustizia, perché in essa la singola personalità vince con il suo autonomo atto di volontà la incertezza giuridica, e mette in essere con questa affermazione spontaneamente l'ordinamento nel caso concreto»¹⁷⁷. Se quanto detto è vero, la funzione che il giudice esplica nella conciliazione è attività schiettamente giurisdizionale: il giudice, come concreta l'ordinamento con il suo giudizio, allo stesso modo concorre istituzionalmente a concretare l'ordinamento con la volontà delle parti; e quest'ultima attività non può che essere giurisdizione vera e propria¹⁷⁸.

Per convincersi della funzione giurisdizionale dell'attività conciliativa basterebbe ammettere che la legge non dà luogo al componimento del conflitto senza l'esistenza del conflitto, di un contrasto, della controversia. E allora i *volentes*, richiamati da Chiovenda

¹⁷⁴ SATTA, *Commentario*, cit., p. 84.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 85.

¹⁷⁶ CARNELUTTI, *Istituzioni*, p. 62, secondo cui «anche se non giudice, il giudice conciliando compone la lite».

¹⁷⁷ CAPOGRASSI, *Intorno al Processo*, in *Riv. int. fil dir.*, 1938, p. 271.

¹⁷⁸ SATTA, *Commentario*, cit., p. 85.

come elementi caratterizzanti la giurisdizione volontaria, mancano nel componimento processuale. L'equivoco è evidentemente determinato dal fatto che il risultato del componimento non va confuso con il procedimento per giungere allo stesso¹⁷⁹. E infatti in primo luogo, la giurisdizione incide sul rapporto processuale prima della composizione. In secondo luogo, la lite stessa, da cui prende spunto il concetto di giurisdizione contenziosa è proprio il presupposto che giustifica il procedimento che lo conchiude¹⁸⁰. L'equivoco tra procedimento conciliativo e conciliazione come risultato è particolarmente evidente nella teoria che identifica di fatto l'intervento del giudice come atto di volontaria giurisdizione prendendo a riferimento principe l'attività meramente omologativa dell'accordo¹⁸¹. In questo caso la procedura per arrivare al componimento-risultato è completamente avulsa da qualsiasi considerazione, essendo l'omologazione solamente il risultato di un accordo riuscito. Se infine si considera che la concezione che fa leva sulla volontarietà per giustificare l'inquadramento dell'istituto nella giurisdizione volontaria, essa si rivela non solo equivoca perché non prende in considerazione la procedura conciliativa ma anche perché non tiene conto di tutti gli esiti del componimento: essa, infatti, si riferisce solo all'esito del componimento eventuale e positivo. La parentesi del procedimento tesa a conciliare la controversia potrebbe invece concludersi, di fatto, in assenza di accordo.

E si può continuare che l'ascrizione della conciliazione alla giurisdizione volontaria non sembra pertinente nemmeno considerando la conciliazione come esito proficuo, *id est* il raggiungimento dell'accordo, se si considera il rapporto intercorrente tra la stessa e la sentenza di merito. Occorre, a riguardo, considerare che la conciliazione ha un effetto negativo che è quello di determinare l'estinzione del processo ma, per i sostenitori di questa impostazione, anche un effetto positivo, ossia forma cosa giudicata in senso formale in quanto determina una preclusione nella riproposizione della domanda¹⁸². Per

¹⁷⁹ Si richiama alle riflessioni di NICOLETTI, *op. cit.*, p. 25, in nota 27.

¹⁸⁰ *Ibidem*, pp. 106-107.

¹⁸¹ Si fa riferimento all'impostazione seguita da DENTI, *Dall'azione*, cit., pp. 25 e ss.

¹⁸² Così NICOLETTI, *op. cit.*, p. 25 in nota 27, il quale è fra i sostenitori della tesi della natura processuale più estrema del componimento. V. *funditus* sull'equiparazione dell'*exceptio rei iudicatae* con l'*exceptio rei transactae*, cap. 3, Sez. I, § 3.

questo motivo, essa richiamerebbe a un altro aspetto – l’effetto del giudicato formale – che è elemento tipico della giurisdizione contenziosa.

3.3. *La soluzione alla cautela verso la giurisdizione contenziosa manifestata da Mortara: il tertium genus identificabile nella giurisdizione conciliativa*

Vi sono alcuni errori di fondo nel dibattito che ha portato a definire questa dicotomia. L’errore di fondo risiede nell’aver polarizzato la sfera della giurisdizione e quella della privata autonomia, avendole, così, considerate due realtà a sé stanti. Ho cercato di evidenziare nelle pagine precedenti che – al contrario – questi due sfere non possono mai considerarsi come due mondi separati e impermeabili vicendevolmente: questo è vero sia per ciò che concerne la natura giuridica, quindi la parte statica del componimento, cioè il suo inquadramento giuridico, al punto che le teorie più plausibili sono per l’appunto quelle intermedie, sia con riguardo all’aspetto dinamico della disciplina, ossia al rapporto tra i poteri delle parti e del giudice che si manifestano nel corso del processo. Questa relazione osmotica si ravvede, anzitutto, nel principio dispositivo sostanziale, che spiega come la funzione giurisdizionale è giustificata dal potere dispositivo di parte, nel principio dispositivo (seppur attenuato) istruttorio, nella possibilità di deroga pattizia alla competenza, nell’acquiescenza, nelle fattispecie di intervento volontario e, così, nella possibilità delle parti di rinunciare all’azione, riconoscere il diritto, transigere la lite, conciliare nel corso del processo la controversia. Vi è inoltre l’equivoco di fondo di pensare alla giurisdizione solamente come al provvedimento di sentenza, inteso come potere di “accertare” generalmente l’esistenza di un diritto, con riferimento sia alla sentenza di accertamento sia a quelle costitutive e di condanna, visto che le stesse non possono prescindere da un previo accertamento. Se tuttavia si concentra l’attenzione sulle sentenze dispositive (sottospecie delle sentenze costitutive) e su quelle pronunciate secondo equità, si avverte come il *potere di accertamento*, massima esplicazione autoritativa del giudice e quindi del potere giurisdizionale puro e *potere giurisdizionale* non sono sinonimi, potendo quest’ultimo esplicitarsi in forme che si avvicinano alla dispositività del diritto o comunque intercedono con quelle delle parti.

La scelta della legge, inoltre, di inquadrare questa attività conciliativa nella funzione di un organo pubblico si giustifica nel fatto che l’autorità di detto organo può avere

sull'animo delle parti un'influenza non solo maggiore ma anche qualitativamente diversa dall'opera pacificatrice di un intermediario privato¹⁸³. Su questo, sempre Mortara, richiamava al fatto che questa attività consisteva in una «suggerzione benefica esercitata dalla autorevole volontà del giudice su quella dei contendenti», essendo pacifico che i contendenti possano opporre tanta resistenza al fine di impedire l'effetto della suggerzione¹⁸⁴. L'Autore, nell'inquadramento dell'istituto, come si è spiegato nelle pagine precedenti, si staccò in maniera chiara da chi ascriveva la funzione conciliativa alla giurisdizione volontaria, inquadrandola in quella contenziosa. Tuttavia, leggendo le importanti pagine del suo Commentario, si nota una certa cautela che si identifica nel fatto che egli si riferisce sì alla giurisdizione contenziosa ma tiene a sottolineare che «la rappresentanza degli elementi del rapporto processuale contenzioso sia, per così dire, dimezzata nel rapporto speciale che si svolge in questo procedimento». La dimidiazione che il Mortara rileva è in verità il risultato, ad avviso di chi scrive, di una diversità di ordine qualitativo più che quantitativo. E questa diversità pare esprimersi proprio nelle stesse pagine quando l'Autore fa riferimento a un'attività di «suggerzione» che è chiaro non si verifichi nel rapporto processuale che è teso alla decisione, né è compatibile con una giurisdizione contenziosa tesa alla decisione. Se quindi non meritano accoglimento le teorie che pretendono per una giurisdizione volontaria e se non si può ravvisare una totale coincidenza della funzione conciliativa con la giurisdizione contenziosa, la presenza di tutti gli elementi essenziali del rapporto processuale si giustifica con la identificazione di una terza fattispecie, che si può per l'appunto definire “giurisdizione conciliativa”.

Per giustificare questa particolare funzione e la relativa portata occorre richiamarci alle riflessioni di Carnelutti sulla conciliazione, il quale sottolineò come tra la soluzione puramente contrattuale della lite e quella contrattuale-giudiziale (così come anche la soluzione giudiziale pura, *id est* la decisione) non vi è uguaglianza ma soltanto equivalenza¹⁸⁵. Questo rapporto di equivalenza, nella visione carneluttiana, deriva dal fatto che la soluzione contrattuale-giudiziale (così come anche la soluzione giudiziale

¹⁸³ MORTARA, *Commentario*, cit., p. 11.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 11.

¹⁸⁵ CARNELUTTI, *Sistema*, cit., p. 173.

pura) è chiaramente più cara rispetto a quella contrattuale pura, sia per quanto concerne la durata del litigio, sia per il dispendio di energie e danaro per il relativo svolgimento. Tuttavia, il maggior costo è controbilanciato da un rendimento che si identifica nel fatto che la composizione raggiunta a mezzo dell'intervento (o alla presenza) di un giudice, è una "composizione contrattuale giusta". E anzi la composizione contrattuale giusta supera, in punto di rendimento, anche la soluzione giudiziale pura se si considera che, a mezzo della stessa, si ottiene una soluzione che include il minor costo della soluzione contrattuale e il maggior rendimento di una soluzione giusta¹⁸⁶. La figura del giudice assume allora un ruolo particolare in quanto anzitutto egli è un mediatore e in quanto tale – come nella mediazione di diritto privato – avvicina i contraenti che sono in un conflitto (economico o giuridico); tuttavia la distinzione tra le due risiede nel fatto che il mediatore ha il compito di avvicinare i contraenti per giungere a una composizione contrattuale purchessia; mentre la conciliazione tende a una composizione giusta¹⁸⁷. Rilevava già Carnelutti ma le sue riflessioni risultano trasversali a livello diacronico, che è spesso lo stesso giudice che intorpidisce nella prassi l'istituto, agendo come semplice mediatore nella composizione contrattuale del conflitto¹⁸⁸. In ogni caso, però, non può trascurarsi che il legislatore ha deciso di affidare la conciliazione a un organo di Stato e se, come insegna l'esperienza, all'organo corrisponde la funzione, è chiaro che il contributo che può dare il giudice in quanto tale è quello proprio di fare tendere alla giustizia, nel senso di equità, della composizione. E questo è confermato, evidentemente, nel fatto che il tentativo di conciliazione si esplica in materie che sono sottratte alla transazione, come ad esempio in materia di separazione personale¹⁸⁹. Questa riflessione fa comprendere come nel pensiero del legislatore la composizione contrattuale in sede giurisdizionale abbia qualcosa in più (appunto, la giustizia, l'equità) rispetto alla semplice composizione contrattuale. Questa acuta riflessione è molto attuale, se si considera il valore attribuito al tentativo di conciliazione obbligatorio per i procedimenti relativi allo stato delle

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 174.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 174.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 174

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 176.

persone, ai minorenni e alle famiglie dalla Riforma del processo civile del 2022, come si vedrà meglio più avanti (v. Cap. 3, Sez. II, § 1.2.)¹⁹⁰.

In quest'ordine di idee si giustifica anche la connessione pratica che sussiste tra l'attività di conciliazione e di decisione. La tesi circa la natura giuridica della conciliazione, la tesi processuale, che è arrivata a stabilire una sostanziale uguaglianza tra il risultato del componimento e quello della decisione è senz'altro eccessiva ma potrebbe essere giustificabile se più che di uguaglianza, si stabilisca una relazione di equivalenza. Questa relazione di equivalenza si verifica soprattutto nei casi in cui il giudice (e in generale il soggetto giudicante), come nell'arbitrato, è singolarmente vicino alle parti, al punto che «la decisione [rappresenta] una conciliazione imposta alle parti e la conciliazione [rappresenta] una decisione accettata da esse»¹⁹¹. Queste riflessioni trovano per altro una giustificazione in quell'equivalenza funzionale che si stabilì tra la sentenza e il contratto con le riflessioni intorno al c.d. negozio di accertamento che qui non possono precipuamente approfondirsi¹⁹². Ci si limita però a sottolineare come la soluzione a cui si

¹⁹⁰ Sul punto si sottolinea che questa riflessione è pienamente in linea con l'ultima riforma del processo. Il legislatore, nell'ambito del nuovo procedimento speciale unitario applicabile a tutti i processi relativi allo stato delle persone, ai minorenni e alle famiglie, ha confermato che il giudice, in prima udienza, oltre a invitare le parti ad esperire la mediazione familiare, deve procedere con un tentativo di conciliazione ed è autorizzato ad avanzare una «proposta di definizione motivata» della lite e di piano genitoriale; soluzioni, queste appena indicate, che tuttavia non dovranno aver luogo nel caso di allegazione di fatti di violenza di genere o domestica in conformità alla Convenzione di Istanbul. Per un apprendimento, sul punto, v. per tutti DONZELLI, *La riforma del processo per le persone, per i minorenni e per le famiglie*, in *giustiziacivile.com.*, Editoriale del 10 giugno 2022.

¹⁹¹ CARNELUTTI, *Sistema*, cit., p. 176.

¹⁹² Questa discussione deriva dal fatto che questa categoria è nata nel dibattito, fra i più tesi, riguardante i rapporti tra il negozio e il processo, e più precisamente il rapporto tra accertamento negoziale e accertamento giurisdizionale. Quando si parla di negozio di accertamento si intende infatti la possibilità, per i privati, di operare l'accertamento di situazioni giuridiche sostanziali, il quale costituisce tipicamente la funzione primaria dell'attività giurisdizionale, ed è per questo che si parla ancora più specificatamente di negozio di accertamento. L'interpretazione prevalente ha negato alla radice la possibilità di ammettere un accertamento da parte dei privati in quanto sussisterebbe incompatibilità tra l'attività di accertamento, che è propria dell'organo giurisdizionale e l'attività dispositiva, che è propria del negozio giuridico (così, ad esempio, Santoro-Passarelli). In ogni caso, anche ad ammettere l'esistenza di un potere di accertamento per i privati, i.e. della fissazione della norma concretamente applicabile alla situazione giuridica preesistente incerta, il problema più rilevante è relativo alla possibilità di riconoscere una qualche efficacia processuale a detto istituto. Ed ecco allora che il rapporto tra negozio e processo emerge in tutta la sua difficoltà. Quest'analisi non è fine a sé stessa. Ad esempio, con riguardo alla transazione, la possibilità di considerarla con un negozio di accertamento con effetti sul processo incide sulla qualificazione giuridica della relativa eccezione e sulla possibilità, quindi, di conferire a detto istituto un'efficacia preclusiva simile a quella dell'eccezione di cosa giudicata. Si consideri che l'elaborazione di questo istituto risale alla dottrina tedesca

giunse con la costruzione della categoria dei negozi di accertamento, una fra le più dibattute nel diritto, è interessante per gli esiti funzionali e, cioè, per il fatto che consente di ammettere che se alla sentenza non manca, come si reputava una volta l'esemplare dispositivo, il contratto ha i suoi esemplari dichiarativi¹⁹³. Se allora anche il contratto –

del XIX secolo, nel solco della c.d. scuola storica. In particolare, fu Savigny a individuare nella *confessio* e nell'*interrogatio in iure* del diritto romano due surrogati della sentenza alla luce della loro attitudine a definire la lite, rendere inutile la sentenza e fondare l'esecuzione (v. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, Berlino, 1840-1852, trad. it. di SCIALOJA, VII, Torino, 1886-1898). In altre parole, il fondatore della scuola storica aveva rinvenuto l'attitudine di alcuni atti fra privati di incidere su un rapporto giuridico controverso con la capacità definitoria tipica della sentenza e, altresì, con la stessa efficacia esecutiva. Vi erano, poi, altre figure che non erano vere e propri surrogati della sentenza, come la transazione, il compromesso, la rinuncia e il riconoscimento in quanto non avevano l'attitudine di incidere sulla lite ma consentivano, in ogni caso, di superare la controversia e a rendere inutile la sentenza che egli definì «ambigue». Da qui iniziarono a nascere una serie di riflessioni circa la regolamentazione dell'attività dei privati che avevano capacità di incidere sulla vicenda processuale, come ad esempio l'elaborazione di Bähr del contratto di riconoscimento astratto dell'obbligazione (*Anerkennungsvertrag*; si v. BÄHR, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, Cassel-Göttingen, 1867, pp. 169 ss.). Successivamente, Windscheid inserì nelle elaborazioni degli atti aventi scopo di accertamento il riconoscimento astratto, differenziando gli atti a scopo probatorio (la confessione stragiudiziale) e gli atti a scopo di accertamento (il riconoscimento astratto contrattuale), i primi aventi efficacia obbligatoria e i secondi aventi efficacia reale. Così la peculiarità del riconoscimento astratto si considerò proprio quella di eliminare l'incertezza da un rapporto preesistente (WINDSCHEID, *Il diritto delle Pandette*, trad. it. di FADDA, BENZA, Torino, 1926, II, 593 ss). L'approdo di queste concezioni si sostanzia nell'ammettere la possibilità per i privati di accertare un rapporto giuridico, ammettendo così che lo scopo dell'attività contrattuale dei privati sia non solo quella di scambio o di precostituzione di un mezzo di prova, ma anche quella di accertare la realtà giuridica, configurando così l'accertamento come causa autonoma di un contratto: nasce così il negozio di accertamento. L'inquadramento di una causa di accertamento nel mondo dei rapporti negoziali si sviluppò anche in Italia, nel solco chiaramente della grande commistione della dottrina italiana di fine '800 con quella tedesca. Del negozio di accertamento si parlava, soprattutto, con riferimento al tema dell'inquadramento della confessione stragiudiziale (così, CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, I, pp.181 ss; NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione della obbligazione*, in *Annali dell'Università di Messina*, 1932-33, ora in *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980, pp. 400 ss.; MESSINA, *op. cit.*, pp. 1 ss.) e, in ogni caso, ci si distaccò dalla dottrina tedesca, costruendo una categoria più generale entro la quale includere atti e negozi aventi lo scopo di dare certezza ad una situazione giuridica preesistente e incerta, quale appunto la transazione, la rinuncia, il riconoscimento. Fra tutti, invece, per chi in Italia negò recisamente l'esistenza di una siffatta categoria si v.

GIORGIANI, *op. cit.*, p. 134; FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Firenze, 1948; LIEBMAN, *Risoluzione*, cit., pp. 274 e ss.

¹⁹³ CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, *Riv. dir. proc.*, 1940, XVII, p. 4. Egli individuò negli esemplari tipici del negozio di accertamento la rinuncia, il riconoscimento e la transazione e, quindi, la funzione del negozio di accertamento proprio nella composizione della lite. E infatti, secondo l'Autore l'accertamento ha lo scopo di eliminare l'incertezza (la *res dubia*) e quest'ultima è proprio la condizione essenziale affinché sorga la lite. Volendo approfondire la giustificazione carneluttiana del negozio di accertamento, egli rilevò come esso si differenzia dalla sentenza solo per l'ordine cronologico in cui il fattore "comando" si verifica rispetto alla sentenza. Mentre rispetto alla sentenza il giudizio di accertamento è un *prius* e il comando un *posterius*; per il negozio di accertamento, i termini sono invertiti, in quanto

senza il giudice – può avere un’efficacia dichiarativa, come quella che si attribui a contratti quali la transazione, ben si comprende che attività di accertamento è anche quella che compie il giudice quando si trova di fronte a una contrattazione che avviene nel processo. L’esito di questa contrattazione, come si è già sottolineato assume un profilo qualitativo maggiore rispetto a quella extragiurisdizionale, vale a dire che l’accertamento (a cui si aggiunge quindi il comando dichiarativo) compiuto con l’intervento di un organo giurisdizionale, è un accertamento non purchessia ma *giusto*.

La riflessione carneluttiana sul punto voleva esprimere come la giustizia attribuita al componimento-risultato giustifichi l’affidamento della trattativa ad un organo che è imparziale, le cui suggestioni sono mosse da valutazioni di natura equitativa e che avviene nel corso di un procedimento che ha la caratteristica di essere un giusto processo¹⁹⁴. Ed infatti a voler riempire ancora più di contenuto la funzione del giudice nella conciliazione si può evidentemente richiamare al *judicium aequitatis*. Il giudizio di equità, così come anche più genericamente le valutazioni di equità, sono di difficile inquadramento, risultando evidentemente giudizi di valore, quasi di buon senso, al punto che le stesse, per il raggiungimento del fine che gli è proprio, paiono escludere l’ordinamento positivo. Quest’ultima considerazione appare però eccessiva: se il giudizio di equità è una dimensione che l’ordinamento riconosce proprio al potere giurisdizionale – tracciato negli articoli 113, secondo comma e 114 del c.p.c. – vuol dire che la sua ragione risiede

prima le parti si obbligano reciprocamente (ed ecco il comando), poi, a mezzo di un contratto, definiscono i termini dell’accertamento.

¹⁹⁴ CARNELUTTI, *Sistema, cit.*, pp. 174 e ss. Ulteriori indicazioni in tal senso si ritrovano anche in FRANCHI, nota a Trib. Napoli, 22 febbraio 1949, in Nuova Riv. dir. comm., 1950, II, p. 119; v. anche MUSATTI, *Procura a conciliare e procura a transigere*, nota ad App. Venezia, 8 aprile 1951, in *Foro pad.*, 1952, I, p. 1354, il quale sottolinea come nella conciliazione l’equità abbia posto, in modo naturale, a prescindere da quella richiesta concorde di parti che è necessaria in sede di giudizio ai sensi dell’art. 114 c.p.c. Non è invece dello stesso avviso Liebman, il quale ritiene che il componimento trae la sua efficacia dal consenso dei litiganti e non dalla sua qualità di essere più o meno conforme a giustizia. Secondo l’Autore questo può desumersi fatto che il giudice non ha la possibilità di impedire la formazione dell’accordo qualora i termini siano ingiusti, se invece piacciono alle parti. Inoltre, secondo l’Autore questo potrebbe portare all’effetto perverso del giudice di tentare a tutti i costi un componimento che per i suoi canoni sia da considerarsi equo. In ogni caso – aggiunge – la parte “soccumbente” dell’accordo preferirà sempre una sentenza contraria all’accordo, in quanto la prima è suscettibile di essere impugnata. Infine, secondo l’autorevole Autore, per avere una concezione di ciò che è giusto, il giudice necessita del processo e dell’istruttoria, mentre il componimento ha lo scopo di evitare quanto prima l’una e l’altra (LIEBMAN, *Risoluzione convenzionale, cit.*, pp. 283 e ss).

nell'ordinamento stesso. In altre parole, con il giudizio di equità, l'ordinamento accetta di allontanarsi dalla sua funzione primaria di dettare la regola per il caso concreto, quasi di mettersi da parte, facendo prevalere la funzione di risoluzione del conflitto¹⁹⁵. Si potrebbe dire che con il giudizio/le valutazioni d'equità si accetta che la soluzione del conflitto trovi la vera regola normativa nella cultura, nell'esperienza, nella sensibilità del giudice e detta regola risulta avvalorata dalle tradizioni etiche e civili che sono sia del giudice come di ogni membro della collettività. Ma, si consideri bene, è stato anche rilevato come ciò non significa che il giudizio di equità non sia comunque una forma di accertamento di norme: la distinzione risiede piuttosto nel fatto che questo accertamento non è della norma sostanziale ma della norma appunto strumentale che attribuisce al giudice il potere d'equità¹⁹⁶. Si parla a riguardo di "equità sostitutiva" per indicare che l'ordinamento conferisce al giudice il potere di distaccarsi dalle previsioni normative espresse, fino a sostituire integralmente l'applicazione della norma con un'autonoma decisione di tipo equitativo¹⁹⁷. Si parla invece di "equità integrativa" o "suppletiva" per indicare i casi dove il criterio dell'equità assolve alla funzione di attribuire al giudice il potere di completare la norma positiva, decidendo in senso equitativo alcuni aspetti del rapporto¹⁹⁸, quali, ad esempio, i casi di valutazione equitativa del danno (artt. 1226, 2045, 2047, secondo comma, 2056 c.c.). Ma la *vexata quaestio*, quando si attribuiscono al giudice poteri di equità, siano essi sostitutivi o suppletivi, resta quella di comprendere i

¹⁹⁵ NICOLETTI, *op. cit.*, p. 113.

¹⁹⁶ DE MARINI, *Il giudizio di equità nel processo civile. Premesse teoriche*, Padova, 1957, p. 247. Si badi, infatti, che il nostro ordinamento è un sistema chiuso, e quindi a prevalente formulazione legislativa, rispetto a quelli di *common law* che sono a prevalente funzione giurisprudenziale. Nel nostro sistema, infatti, tra i principi fondamentali della disciplina costituzionale della giurisdizione, va ricordato quello di legalità (art. 101, secondo comma e 111, settimo comma Cost.). Per questo motivo, con riferimento agli artt. 113 e 114 c.p.c., va sempre ritenuta valida la conclusione per cui il ricorso all'equità assume il significato di una "autorizzazione" al giudice ad applicare un criterio di decisione che possa distaccarsi e, financo, prescindere da diritto codificato ma alle condizioni e ai limiti imposti dal legislatore. Per queste riflessioni si v. MARTINO, *Il giudice e l'equità. Tra etica, diritto positivo e Costituzione*, Bari, 2017, pp. 7 e ss. In tal senso, è stato infatti rilevato come gli articoli 113, secondo comma c.p.c. e 114 c.p.c. «finiscono per rivestire il ruolo di norme integrative dell'art. 1 disp. prel. cod. civ. e per allargare alle "regole equitative" – nei limiti in cui questo allargamento è consentito dal legislatore ed è consentito al legislatore dal sistema costituzionale – le fonti di produzione che il giudice può utilizzare per la pronuncia della decisione» (CARRATTA, TARUFFO, *Dei poteri del giudice. Art. 112- 120*, in (a cura di) CHIARLONI, *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2011, p. 297).

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 301.

¹⁹⁸ Per approfondimenti e relativi riferimenti bibliografici v. MARTINO, *op. cit.*, pp. 9 e ss

criteri per determinare le regole che applicherà il giudice e i relativi limiti al potere dello stesso.

I tentativi di riempire di contenuto le regole equitative hanno storicamente, nell'approccio di tipo filosofico-giuridico e storico evolutivo, fatto ricorso all'etica e quindi ad un concetto mutevole, per definizione, nel tempo¹⁹⁹. Sta di fatto che l'etica (*epieikeia*) è stata intesa storicamente e considerando le riflessioni prevalentemente laiche del termine, come un concetto che richiama l'equilibrio e la moderazione²⁰⁰, al punto che Aristotele la considerò «una forma speciale di giustizia» e in quanto tale rappresentante un «valore ulteriore rispetto al diritto»²⁰¹.

Il rapporto tra equità e principio di legalità e, in altre parole, la possibilità per il giudice di staccarsi dalla legge positiva si atteggia inoltre in maniera diversa tra l'art. 113, secondo comma e 114 c.p.c. Nel primo caso, essendo l'equità necessaria, in quanto prevista proprio dall'art. 113, secondo comma c.p.c. per il giudice di pace nelle cause di minor valore, si considera che egli resta comunque legato alla legge, in quanto la *ratio* del giudizio di equità “necessario” è quella semplicemente di snellire il procedimento con una regola decisoria meno formalizzata²⁰². La valutazione equitativa resta però sempre circoscritta entro margini (normativi) precostituiti. Nel caso invece dell'art. 114 c.p.c., in cui il giudizio di equità avviene per concorde volontà delle parti, il ruolo equitativo del giudice può dispiegarsi appieno. Ciò in quanto proprio il fondamento del giudizio di equità “concordato”, risiedendo nella volontà delle parti, è l'atto di disposizione del diritto controverso; questo atto dispositivo legittima il fatto che le valutazioni del giudice possono svincolarsi dalla legge²⁰³. Si potrebbe ravvisare – ad avviso di chi scrive – un parallelismo tra il giudizio di equità “concordato” e il componimento processuale, dove la volontà di procedere alla soluzione bonaria trova per definizione radice in un atto di disposizione delle parti – financo nel caso di tentativo obbligatorio (dove è appunto obbligatorio il tentativo di conciliare le parti e non il risultato-conciliazione) – e, quindi,

¹⁹⁹ Si vedano i riferimenti in *ibidem*, p. 17, in nota 33 e, in particolare, a CALASSO, Equità (Premessa storica), in *Enc. dir.*, vol. XV, Milano, 1966, p. 65; SILLI, *Equità (Storia del diritto)*, in *Digesto IV, disc. priv., sez. civ.*, vol. VII, Torino, 1991, pp. 482 ss.; BUCCI, *Il principio di equità nella storia del diritto*, Napoli, 2000, *passim*.

²⁰⁰ D'AGOSTINO, *Epieikeia. Il tema dell'equità nell'antichità greca*, Milano, 1973, pp. 1 e ss.

²⁰¹ SOLIDORO MARUOTTI, *Tra morale e diritto*, 2013, Torino, pp. 33 e ss.

²⁰² MARTINO, *op. cit.*, p. 170.

²⁰³ *Ibidem*, pp. 47 e ss. Questa conclusione è stata però contestata da autorevole dottrina: si v. CARRATTA, TARUFFO, *op. cit.*, pp. 321 e ss.

detto atto di disposizione attribuisce al giudice piena libertà circa i parametri e le valutazioni da operare per suggerire una composizione equa della lite: per stabilire il contenuto delle valutazioni si potrebbe dire che il profilo della legalità cede il passo a quello della opportunità²⁰⁴.

La giurisdizione conciliativa si esplica dunque in un procedimento di carattere conciliativo cui si applicano le garanzie che la Costituzione e l'ordinamento tutto prevedono per il processo. E infatti l'unica vera garanzia contro qualsiasi arbitrio è sempre rappresentata dal "giusto processo", cioè un processo in cui si riconoscono alle parti poteri di controllo, effettivi ed efficaci. E infatti, il legislatore ha scelto che anche alla composizione si appresti un organo che deve garantire l'effettività della tutela, esplicando, in relazione al conflitto di fronte al quale si trova, un'attività imparziale ed obiettiva che è espressione di quei caratteri di imparzialità e obiettività dell'ordinamento giuridico²⁰⁵. Allo stesso modo anche la conciliazione deve avvenire in uno scambio dialettico e infatti, per usare le parole di Piero Calamandrei «il carattere di giuoco ragionato [del processo] si manifesta specialmente in quel principio fondamentale del processo che si potrebbe chiamare il principio di dialetticità»²⁰⁶, consacrato nell'art. 111, secondo comma della Costituzione; una dialetticità che deve per altro concretarsi secondo i criteri lealtà e probità degli stessi difensori (88 c.p.c.).

Se allora si accetta l'idea che la conciliazione sia un istituto del processo e che, investendo la funzione dell'organo che l'ordinamento ha preposto al fatto processuale, essa si esplica come modalità di attuazione della giurisdizione, la quale è finalizzata appunto alla composizione giurisdizionale della lite, si può parlare di una vera e propria

²⁰⁴ LUISSO, *Diritto processuale civile*¹⁰, cit., p. 243, il quale specificando in che cosa consiste l'equità sottolinea che «l'impostazione preferibile, però, è probabilmente un'altra, ed ha attinenza con la risoluzione negoziale delle controversie, che si caratterizza, fra l'altro, per il fatto che le parti stipulano la transazione, la conciliazione etc. sulla base dell'opportunità dell'accordo, e non della sua "giustizia", cioè della sua conformità alla situazione sostanziale preesistente. Ebbene, attribuendo al giudice il potere di decidere secondo equità, le parti gli consentono di tener conto anche dei profili di opportunità della decisione: profili che egli, normalmente, non può prendere in considerazione non potendo, appunto, sostituirsi ai diretti interessati per stabilire cosa è per essi più conveniente».

²⁰⁵ NICOLETTI, *op. cit.*, p. 99.

²⁰⁶ CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, *Riv. dir. proc. civ.*, 1950, I, p. 540.

potestà giurisdizionale conciliativa²⁰⁷. Questa funzione era per altro chiaramente espressa dall'abrogato art. 22 dell'ordinamento giudiziario che con riferimento dal giudice conciliatore e in relazione alla conciliazione in sede contenziosa riconosceva una "funzione contenziosa" e una diversa e alla stessa contrapposta "funzione conciliativa"²⁰⁸. Il contenuto dell'attività conciliativa non può essere schematizzato, come invece si può fare con riguardo all'attività giurisdizionale. Inoltre, mentre sul terreno del diritto privato si conosce un'attività giuridicamente rilevante che si concretizza nel mettere in contatto due soggetti affinché concludano un contratto (si fa riferimento all'art. 1742 c.c. circa il contratto di agenzia e all'art. 1754 c.c. circa la mediazione), la stessa attività non è così precipuamente disciplinata nel campo del diritto processuale. L'attività della conciliazione ha comunque il compito di «scendere nel vivo dell'animo dei litiganti» affinché la volontà degli stessi possa essere mossa verso un incontro comune e ciascuno dei due possa essere orientato verso l'abbandono delle piene pretese iniziali²⁰⁹, con criteri per quanto concerne la proposta conciliativa del giudice che seguono i canoni dell'equità. La peculiarità della conciliazione è infatti quella di dare valore, in tal senso, a un'attività che non è mera disposizione ma è qualcosa in più: si tratta di cooperazione. E anche vi è chi ha visto, più in generale, che una contrapposizione tra poteri del giudice e diritti delle parti non va posta in quanto nel processo essi devono coordinarsi, in una collaborazione tra le diverse funzioni che è l'unica a rendere un esito del processo retto e conforme a giustizia²¹⁰.

²⁰⁷ NICOLETTI, *op. cit.*, p. 36. Sul punto rileva anche la riflessione di CARNELUTTI, *Sistema*, cit., p. 177, il quale sottolineò come la conciliazione può apparire financo come «il primo rudimento della giurisdizione». L'Autore si riferì appunto al fatto che a giudici forniti di competenza limitata per determinate categorie di liti viene conferito – quando si vuole dare una funzione di stampo giurisdizionale – l'ufficio di conciliatore e ne erano un esempio le funzioni di composizione amichevole dei conflitti rispetto a liti di modifico valore che l'art. 16 dell'allora vigente cod. mar. merc. affidava al capitano o l'ufficiale di porto; allo stesso modo si poteva osservare come la costituzione di un organo dello Stato destinato a conciliare il conflitto ha nella storia preceduto la costituzione dell'organo dotato di giurisdizione in alcuni conflitti; esempio, in tal caso, è l'elaborazione storica che ha messo a capo, in Italia la legge del 3 aprile 1926 n. 563 in materia di conflitti collettivi in tema di lavoro. In questo ambito, infatti, si giunse prima ad affidare a un organo dello stato la conciliazione collettiva e, poi, la soluzione giudiziale di questi conflitti.

²⁰⁸ L'articolo 22, rubricato «Funzioni del giudice conciliatore» e abrogato dall'art. 47 della L. 21 novembre 1991, n. 374, statuiva ai primi due commi che «1. Il giudice conciliatore ha funzione conciliativa e contenziosa in materia civile. 2. Nell'esercizio della giurisdizione contenziosa decide secondo il diritto e l'equità in conformità del disposto degli articoli 113 e 114 del codice di procedura civile». Vedi sul punto anche la riflessione di MICHELI, *Corso di diritto*, cit., p. 87.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 89.

²¹⁰ GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, *Riv. dir. proc.*, 1966, p. 580.

L'esistenza di una giurisdizione conciliativa incide sui poteri del giudice, il cui esercizio è funzionale a un'efficace cooperazione con le parti per trovare una composizione giusta della lite così ponendo, in linea generale, i rapporti tra tutte le *dramatis personae* in un'ottica cooperativa. Ma questo aspetto non può non incidere anche sul rapporto tra le parti stesse, le quali, più che agire l'una *contro* l'altra, in un rapporto di mera avversità, devono essere disposte ad agire l'una *con* l'altra. Questo approccio non era nemmeno sconosciuto alla terminologia dei giuristi dell'epoca classica con riferimento al modo di intendere l'azione²¹¹. L'*actio* veniva intesa come l'attività formale e rituale che il magistrato (la corte) accordava ad un soggetto nei confronti di un altro e che si svolgeva con la partecipazione di entrambi i soggetti²¹². È, infatti, emblematico che i Romani non discutessero in termini di «agere contra aliquem», com'è usuale per il nostro modo di intendere il processo, ma semmai di «agere cum aliquo»²¹³, enfatizzando la partecipazione di entrambi i soggetti ad una stessa attività, che si svolge in un rito e con forme prestabilite, volta a uno scopo comune.

²¹¹ Si vedano gli studi di CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano. Le 'legis actiones'*, Torino, vol. I, 1982, pp. 8 ss. L'Autore spiega come la terminologia dei giuristi romani dell'epoca classica, rispecchiata dalla definizione di Celso, distingue il *iudicium*, il quale indica il processo in senso proprio e l'*actio* che indica l'azione, come diritto soggettivo processuale, strumentale ad un diritto soggettivo sostanziale. Inoltre, il termine *iudicium* fa riferimento a quei processi che si celebravano con l'intervento, come organo giudicante, di un *iudex* o di un collegio di *iudices*; mentre il processo con l'intervento di uno o più arbitri prendeva il nome di *arbitrium*. Tanto *iudicium* quanto *arbitrium* indicavano però una fase del processo che si svolgeva di fronte ad un organo giudicante (fase "*in iudicio*"). Vi era poi una fase precedente che si svolgeva di fronte a un magistrato giurisdicente che fungeva da corte (fase "*in iure*").

²¹² Si badi i termini *actio* ed *agere* indicavano il processo nel suo insieme e, più precisamente, sia riferito alla fase *in iure* che a quella *in iudicio*. *Ibidem*, p. 9.

²¹³ Testualmente *ibidem*, p. 9. L'Autore spiega che questa terminologia, nel senso di un *agere* che era riferito a un'attività che si compie nel processo e quindi, in generale, al processo, più che come diritto all'azione vero e proprio. La terminologia deriva dal fatto che alle origini della procedura romana, ossia col processo anteriore alle XII tavole e secondo l'esposizione che si legge nelle Istituzioni di Gaio (opera della metà del II secolo d.C.), la forma processuale era quella delle c.d. *legis actiones* (letteralmente: azioni di legge). Per indicare infatti le forme processuali in cui questo processo doveva svolgersi e che di fatto erano il processo stesso, i Romani usavano il termine *actio*. Per *actio* si intendeva quindi la forma rituale che era prevista in astratto per lo svolgimento di un processo e che richiama alla *form of action* inglese (forma di azione). In altre parole si richiama proprio all'idea di agire secondo certe regole, o certi riti, o comunque secondo delle formule e dei modi predisposti, non solo da un punto di vista giuridico ma anche a teatro. E infatti le *legis actiones* erano costruite essenzialmente da una sorta di copione che le parti e il magistrato dovevano recitare, con rigore. Per completezza si consideri che le *legis actiones* per celebrare il processo erano in tutto cinque: la "*legis actio sacramento*" (con due varianti, quella in "*in rem*" e quella "*in personam*"); la "*legis actio per manus iniunctionem*"; "*la legis actio per iudicis (arbitrative) postulationem*" e la "*legis actio per condictionem*".

3.4. Una giustificazione alla giurisdizione conciliativa: il componimento-scopo

Si giunge così a un punto cruciale di questa Sezione. Si potrebbe pensare che l'idea della funzione del processo dovrebbe *ab origine* giustificare le riflessioni sul componimento-istituto. A contrario e alla luce delle riflessioni operate nei paragrafi precedenti, mi pare che sia più opportuno sottolineare come l'evoluzione della funzione giurisdizionale, corredata anche da un'evoluzione legislativa sui c.d. mezzi di risoluzione alternativa alla controversia stiano facendo emergere l'opportunità (o quantomeno la rinvigorita esigenza) di ragionare intorno lo/gli scopo/i del processo²¹⁴. Il componimento processuale è in verità un istituto molto peculiare: esso condivide con i mezzi di risoluzione alternativa del processo (ad esempio la mediazione e la negoziazione assistita) la possibilità che l'esito di un conflitto si configuri in un accordo ma, diversamente dai mezzi di risoluzione per l'appunto alternativa, avviene nel corso del processo e con l'intervento di un organo pubblico munito di poteri giurisdizionali. Ecco allora che il componimento-istituto fa emergere la necessità di ragionare sulla possibilità che il normale processo contenzioso sbocchi, anziché in una pronuncia del giudice, in un accordo tra le parti. Questo istituto sottolinea che esiste un interesse dello Stato di garantire la pace tra i consociati, interesse distinto da quello di dare ragione a chi ce l'ha, che è l'intimo contenuto della funzione giurisdizionale²¹⁵.

Questo scopo è stato efficacemente approfondito dagli studi del Carnelutti, che arrivò a considerarlo lo scopo ultimo di tutto il processo. Secondo l'Autore – infatti – l'attuazione della volontà della legge non va confusa con lo scopo ultimo del processo, che è appunto quello di comporre, nel senso di risolvere, il conflitto, costituendone piuttosto un aspetto caratterizzante. Premessa sociologica di ogni ordinamento giuridico – come spiega efficacemente Carnelutti nelle pagine delle Lezioni (e poi rielaborato in quelle del Sistema), pagine finalizzate allo studio introduttivo del diritto processuale ma esplicative di un vero e proprio trattato di teoria generale del diritto²¹⁶ – è l'interesse

²¹⁴ Così DE STEFANO, *Contributo*, cit., p. 8, il quale spiega come assegnare come scopo caratteristico alla giurisdizione quello di comporre i conflitti giustifica e rafforza la analogia tra conciliazione e giurisdizione.

²¹⁵ MICHELI, *Corso di diritto*, cit., p. 86.

²¹⁶ Ne parla così efficacemente anche CALAMANDREI, *Il concetto di "Lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti*, *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, V, p. 3.

collettivo alla composizione dei conflitti di interessi individuali, i quali sorgono per la insufficienza dei beni naturali a soddisfare ugualmente i bisogni di tutti²¹⁷. Tra i conflitti di interessi vi è la lite che rappresenta, più specificatamente, un conflitto di interessi *qualificato* dalla pretesa di uno degli interessati e dalla resistenza di un altro²¹⁸. La composizione del conflitto, che esclude l'ipotesi della violenza²¹⁹, si risolve nella subordinazione di un interesse all'altro, cioè nell'assoggettamento dei due interessati alla volontà altrui, espressa in un comando²²⁰. Il risultato del componimento può essere di due tipi: può essere individuale, quando si raggiunge per volontà degli stessi contendenti a mezzo di un contratto²²¹; può essere sociale, quando si compie a mezzo di un potere che viene esercitato sui contendenti da un terzo²²². In questo secondo caso, il terzo ha il compito, se il conflitto non è regolato dal diritto, di far intervenire un comando che attui la composizione del conflitto; se è regolato dal diritto, visto che il meccanismo del diritto si è rivelato insufficiente a regolare il rapporto, di integrare il diritto con un dispositivo ulteriore atto a porre rimedio a detta insufficienza. Nell'uno e nel secondo caso, questo meccanismo avviene per mezzo del processo, il quale consiste in un'operazione mediante la quale si ottiene la composizione della lite²²³. Lo scopo del processo, per altro, non è la semplice composizione della lite ma la composizione *giusta* ed è questo che lo differenzia dal contratto o dalla semplice transazione²²⁴. In altre parole, all'organo corrisponde la funzione e, pertanto, la presenza del giudice, nel processo, a prescindere da un esito decisorio o conciliativo è quello di far tendere il risultato dello stesso a canoni di giustizia²²⁵. E tale non può non essere anche se si considera che il componimento del

²¹⁷ CARNELUTTI, *Lezioni*, cit., vol. I, pp. 13-15. Così ID., *Sistema*, cit., p. 12, secondo cui «vi è conflitto fra due interessi quando la situazione favorevole per il soddisfacimento di un bisogno esclude la situazione favorevole per il soddisfacimento di un altro bisogno». Più specificatamente, poi, l'Autore spiega come il conflitto di interessi può sorgere tra (i) due interessi individuali; (ii) un interesse individuale e uno collettivo; (iii) due interessi collettivi.

²¹⁸ CARNELUTTI, *Sistema*, cit., p. 40.

²¹⁹ CARNELUTTI, *Lezioni*, cit., vol. I, pp. 18-20. Così ID., *Sistema*, cit., p. 13. L'impiego della violenza deve escludersi perché contrasta con quello che è l'interesse supremo collettivo, cioè la pace sociale. La soluzione pacifica dei conflitti è infatti un interesse pubblico ed esterno che differisce dagli interessi in conflitto in quanto privati ed interni. L'Autore rinviene in questo interesse esterno alla pace proprio la causa del diritto.

²²⁰ CARNELUTTI, *Lezioni*, cit., vol. I, pp. 26-29; Così ID., *Sistema*, cit., pp. 15-16

²²¹ CARNELUTTI, *Lezioni*, cit., vol. I, pp. 20-23

²²² *Ibidem*, pp. 23-24

²²³ CARNELUTTI, *Sistema*, cit., p. 44.

²²⁴ *Ibidem*, p. 245.

²²⁵ *Ibidem*, p. 245 spiega, più specificatamente, come il fatto che la transazione miri alla semplice composizione, mentre la sentenza mira alla composizione giusta trova anche giustificazione nel fatto che

conflitto deve puntare alla pace sociale e, per far ciò, la sua efficacia non si esplica solo in quanto la risoluzione del processo spegne la lite tra i litiganti ma anche perché ha il compito di indurre altri litiganti alla composizione spontanea²²⁶. E questa influenza sedativa e diffusiva non può evidentemente essere esercitata se la composizione non tende alla giustizia. Giustizia vuol dire *conformità a una regola* e, pertanto, la composizione è giusta quando è conforme alla regola che nel processo si deve applicare e, quindi, è conforme al diritto o all'equità²²⁷. E, in tal senso, l'aspetto caratterizzante la funzione giurisdizionale rispetto a quella legislativa o amministrativa è proprio la formazione di un comando concreto per una giusta composizione della lite²²⁸.

La visione di Carnelutti si distaccò in parte, per quel che concerne la funzione del processo, da quella di Chiovenda, il quale sosteneva che il processo ha come *destinazione costante* l'attuazione della legge²²⁹. Il giudice, organo centrale dell'impostazione pubblicistico-sociale chiovendiana, ha una posizione centrale nel processo ed è interessato a rendere giustizia nel modo migliore e più pronto possibile²³⁰. In tal senso, il processo non serve a una parte o all'altra o a risolvere il conflitto: serve solamente a chi — secondo la sentenza — ha ragione²³¹.

la legge esclude espressamente la transazione sui diritti indisponibili, essendo il fine di giustizia ineludibile in alcune materie.

²²⁶ *Ibidem*, p. 246

²²⁷ *Ibidem*, p. 15 e p. 246

²²⁸ CARNELUTTI, *Lezioni*, cit., vol. II, pp. 52-60; CARNELUTTI, *Sistema*, cit., p. 23 e p. 218, dove l'Autore spiega come l'autorità amministrativa, a differenza dell'autorità giudiziaria, giudica e comanda per lo svolgimento di un interesse in conflitto; si tratta, in particolare, è un giudizio e un comando di parte. L'autorità giudiziaria, invece, è esterna e imparziale al conflitto e, soprattutto, agisce per il *componimento* di un interesse in conflitto. In altre parole, l'autorità amministrativa è uno dei soggetti in conflitto; mentre l'autorità giudiziaria è sopra i soggetti in conflitto. La distinzione invece tra funzione legislativa e funzione giurisdizionale sta nel fatto che affinché vi sia composizione, per l'attività giurisdizionale è necessario che vi sia un conflitto di interessi qualificato che è appunto la lite; mentre l'attività legislativa mira alla composizione del conflitto di interessi che si manifestano tra gli individui e tra i gruppi.

²²⁹ CHIOVENDA, *Principii*, cit., pp. 54-55; questa impostazione è stata fedelmente seguita da tutta la seconda generazione della processualcivilistica moderna; cfr., ad esempio, in tal senso BETTI, *Diritto processuale*, cit., p. 4. Per questa considerazione anche Proto Pisani, il quale sottolinea che «se si vanno a rileggere le annate della Rivista di diritto processuale dal 1924 in poi, o le monografie dei giovani Liebman, Costa, Andrioli, Carnacini, Allorio, Micheli, Garbagnati ecc., l'impostazione pubblicistica di Chiovenda (e portata sino all'esasperazione nella versione accolta da Carnelutti) costituisce l'asse portante di tutti gli scritti dell'epoca» (PROTO PISANI, *Il codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato: una continuità nella cultura processualcivilistica rotta con cinquanta anni di ritardo*, in *Quaderni fiorentini* 28, 1999, I, p. 724).

²³⁰ CHIOVENDA, *Principii*, cit., p. 686.

²³¹ *Ibidem*, pp. 81-83, ove si legge «La volontà della legge tende ad attuarsi nel campo dei fatti fino alle estreme conseguenze praticamente e giuridicamente possibili. Conseguentemente il processo deve dare per

L'idea dello scopo del processo come giusta composizione della lite non fu infatti scevra da critiche, al punto che il Liebman arrivò ad affermare recisamente come la «concezione carneluttiana del processo (omissis) si traduce in una profonda inversione del mezzo col fine»²³². Secondo l'Autore questa concezione di fatto abbassa l'attuazione della volontà della legge²³³ a semplice mezzo per conseguire uno scopo, quello del componimento del conflitto che sta fuori del diritto; ciò significa che se una legge dovesse stabilire per assurdo che le cause si debbano decidere in base alla sorte o al corso delle stelle, siccome il mezzo è atto comunque a raggiungere lo scopo di una risoluzione dei conflitti, sarebbe per assurdo comunque in linea con la concezione espressa da Carnelutti, portando a risultati paradossali. Non è dunque l'interesse alla composizione dei conflitti che lo Stato raggiunge per mezzo del processo ma un interesse più alto e comprensivo che si identifica solo ed esclusivamente nel fine di giustizia (ossia di attuazione del diritto)²³⁴. Così anche Gian Antonio Micheli, il quale concluse le proprie riflessioni sullo scopo del processo, sottolineando che la conservazione della pace sociale non può essere considerata lo scopo preminente dello stesso. Il processo civile, spiega l'Autore, quale concreta esplicazione del potere giurisdizionale mira alla tutela dei diritti dei singoli, attuando il diritto obiettivo; mentre la funzione conciliativa rappresenta una mera integrazione dell'attività contenziosa che dà luogo a uno scopo altro che è giustificabile alla luce della multiformità degli interessi pubblici a cui è rivolta l'attività statale²³⁵.

quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire». È bene però considerare che nonostante questa diversità di vedute sullo scopo del processo, anche la visione carneluttiana riconosce, nel solco di quella chiovendiana, la rilevanza pubblicistico-sociale del processo. E infatti egli, come abbiamo visto nelle pagine precedenti, non si riferisce solo alla composizione della lite ma a una composizione giusta della lite e attribuisce una posizione di supremazia al giudice nella direzione materiale del processo. Per questa considerazione si v. CARRATTA, *La funzione sociale e processo civile fra XX e XXI secolo*, in (a cura di) MACARIO, MILETTI, *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, Roma, 2017, p. 125.

²³² LIEBMAN, *Risoluzione convenzionale*, cit., p. 286.

²³³ Sullo scopo di attuazione del diritto richiamando alle riflessioni chiovendiane, CAPOGRASSI, *op. cit.*, p. 136, il quale sottolinea come le parti e lo Stato, a mezzo del processo vogliono che il *iussum* della legge diventi *ordo*, non in astratto ma in concreto e, cioè, nei singoli casi concreti nei quali l'esperienza si risolve. Questa è dunque la premessa maggiore del sillogismo su cui tutti sono d'accordo: l'ordine giuridico deve diventare attualità e realtà nel rapporto concreto. Poi, continua l'Autore, se tutti sono d'accordo su questo fine (cioè che l'ordine giuridico deve realizzarsi), nella situazione concreta vi è incertezza sul modo in cui l'ordine giuridico deve essere realizzato.

²³⁴ LIEBMAN, *Risoluzione convenzionale*, cit., p. 287.

²³⁵ MICHELI, *Corso di diritto*, cit., pp. 88-89.

In verità l'impostazione carneluttiana non considerò mai il fine giustizia come un semplice mezzo. Il suo motto del diritto processuale «pace con giustizia»²³⁶ non era in verità un mero slogan. Questo motto aveva il compito di esplicitare come il processo non potesse essere inteso né come pace senza giustizia, ma nemmeno come giustizia senza pace. In altre parole, l'intuizione carneluttiana risiede nel fatto di considerare compito del giudice non tanto (e solo) quello di tutelare un diritto leso ma di ripristinare la pace tra i contendenti²³⁷.

Un interessante parallelismo circa la possibilità di assegnare, per altro espressamente, al processo uno scopo ulteriore di quello dell'attuazione del diritto nel singolo caso e delle relative ragioni fondanti potrebbe rinvenirsi, mediante un'indagine di stampo comparatistico, in Inghilterra e più specificatamente, negli anni in cui il sistema inglese visse un'importantissima riforma del sistema processuale, la riforma c.d. Woolf del 1998²³⁸. Il pregio di questa riforma fu quello di tracciare una nuova codificazione del sistema processuale civile inglese, positivizzando – financo all'interno di un sistema di *common law* – un (nuovo) scopo del processo (c.d. *overriding objective*) che tracciò in maniera chiara i criteri di equità sociale e distributiva, come aspetti integranti una piena tutela dei diritti. La relazione Woolf sulla riforma del sistema inglese evidenziò che i costi e i ritardi elevati, sproporzionati e imprevedibili del sistema avevano vanificato non solo la possibilità di garantire una giustizia efficace per la maggior parte della società, ma

²³⁶ CARNELUTTI, *Sistema*, cit., p. 247.

²³⁷ CAPOGRASSI, *op. cit.*, pp. 150 e ss., riflettendo sullo scopo del processo, spiega come «la tutela del diritto subiettivo e composizione della lite sono il risultato del processo, perché in sostanza il vero risultato del processo è l'eliminazione dell'incertezza», aggiungendo come il concetto di mezzo e fine sono financo «espressioni fallaci»; si v. sul punto anche CONSOLO, *La trattazione nella fase introduttiva del processo: un primo bilancio nel (semi-)decennale*, in *Giur. it.*, 2001, p. 1072, secondo cui «Il tentativo di conciliazione sembra cozzare con la finalità pubblicistica dell'attuazione della legge e allinearsi con quella, diciamo così di marca privatistica, della composizione della lite. In verità, credo che anche chi sostiene la finalità del processo come attuazione della legge, non si sia mai sognato di ritenere che questa sia la finalità prioritaria ed assolutamente inderogabile del processo civile. Quest'ultimo è piuttosto diretto alla composizione della lite attraverso l'attuazione della legge, e non ritengo che sia volto a garantire l'attuazione della legge per il solo piacere di attuare il diritto positivo, a prescindere da quello che è il modo più economico e più confacente di composizione della lite».

²³⁸ Nel 1998, in Inghilterra e Galles sono entrate in vigore le nuove regole di procedura civile (C.P.R.: per il testo cfr. *The Civil Procedure Rules 1998*, [legislation.gov.uk](https://www.legislation.gov.uk), <https://www.legislation.gov.uk/uksi/1998/3132/contents>).

anche l'accesso alla giustizia²³⁹. Per questa ragione Lord Woolf considerò che il sistema processuale dovesse puntare ad assicurare un'equa distribuzione della giustizia nella società, massimizzandone la “produzione”, piuttosto che concentrarsi solo a garantire il raggiungimento della giustizia in tutte le controversie²⁴⁰. In altre parole, un sistema processuale dovrebbe funzionare avendo, tra i suoi scopi, quello di assicurare la giustizia distributiva, cioè di massimizzare il benessere generale. Ciò significa che esso dovrebbe essere progettato e gestito con tre obiettivi: (i) garantire la giustizia in ogni singolo caso e, quindi, la difesa dei diritti soggettivi privati; (ii) garantire detta giustizia a costi e ritardi non superiori al necessario (cioè minimi); (iii) la possibilità di attenuare lo scopo di garantire il soddisfacimento della giustizia in ogni singolo caso se necessario per massimizzare il benessere generale (cioè, garantire una giustizia distributiva). In questo modo, il sistema processuale può legittimamente negare il raggiungimento della giustizia in ogni singolo caso per promuovere il terzo e nuovo obiettivo politico²⁴¹, il quale consente di bilanciare diversi principi oltre a quello della difesa dei diritti soggettivi privati. Questi principi sono principalmente la proporzionalità e l'equo accesso alla

²³⁹ Questa importante opera di nuova codificazione è il risultato della relazione di Lord Woolf sulla riforma della procedura contenziosa riguardante la necessità di migliorare l'accesso alla giustizia, ridurre i costi delle controversie, diminuire la complessità delle norme e modernizzare il processo, nonché eliminare l'inutile distinzione tra pratica e procedura (si v. WOOLF, *Access To Justice: Final Report To The Lord Chancellor On The Civil Justice System In England And Wales*, H.M. Stationery Office, London, 1996, *passim*). Si vedano anche le riflessioni, sul punto, operate da ZUCKERMAN, *Zuckerman on Civil Procedure: Principles of Practice*, London, 2006, p. 6.

²⁴⁰ WOOLF, *op. cit.*, *passim*. L'idea sostenuta da Lord Woolf trova un suo fondamento nelle teorie sulla Giustizia elaborate da Bentham. Secondo l'impostazione bent(h)amiana la giustizia può assumere come obiettivo politico predominante il raggiungimento di qualcosa di diverso dalla giustizia sostanziale, e così facendo può legittimamente negare il raggiungimento della giustizia sostanziale per promuovere un nuovo obiettivo politico. La teoria della giustizia di Bentham ha come obiettivo politico sostanziale la massimizzazione del benessere o della felicità generale: il cosiddetto principio di utilità. Ciò significa che un sistema dovrebbe preoccuparsi di assicurare un'equa distribuzione dell'utilità nella società massimizzando la produzione di giustizia, piuttosto che di assicurare la giustizia sostanziale in ogni caso individuale. Per un approfondimento, BENTHAM, *Principles of Judicial Procedure*, in BOWRING, *THE WORKS OF JEREMY BENTHAM*, Edinburgh, vol. II, 1843; HOLDSWORTH, *A history of English Law*, London, 1966; POSTEMA, *Bentham and the common law world*, Oxford, 1986.

²⁴¹ Per un'analisi della Riforma Woolf e dei suoi obiettivi SORABJI, *English civil justice after the Woolf and Jackson reforms*, London, 2014, pp. 75–76. L'art. 1.1. delle C.P.R. rubricato «(1) *These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly and at proportionate cost. (2) Dealing with a case justly and at proportionate cost includes, so far as is practicable— (a) ensuring that the parties are on an equal footing; (b) saving expense; (c) dealing with the case in ways which are proportionate— (i) to the amount of money involved; (ii) to the importance of the case; (iii) to the complexity of the issues; and (iv) to the financial position of each party; (d) ensuring that it is dealt with expeditiously and fairly; (e) allotting to it an appropriate share of the court's resources, while taking into account the need to allot resources to other cases; and (f) enforcing compliance with rules, practice directions and orders*»

giustizia, due aspetti della cosiddetta giustizia distributiva²⁴². Al fine di implementare questo nuovo scopo, Lord Woolf propose di cambiare l'intero approccio al contenzioso civile, passando da un modello di contraddittorio dispendioso a un modello di risoluzione cooperativa dei problemi, incoraggiando la risoluzione delle controversie piuttosto che il processo teso alla sentenza e attribuendo, per tale scopo, forti poteri di gestione manageriale della controversia al giudice²⁴³. E così le C.P.R. del 1998 riconobbero espressamente che la gestione attiva da parte del giudice dei contenziosi comprende: « e) *encouraging the parties to use an alternative dispute resolution procedure if the court considers it appropriate and facilitating the use of such procedure; f) helping the parties to settle the whole or part of the case [...]*»²⁴⁴. L'idea che nel processo vi sia ben più della difesa dei diritti soggettivi dei privati si era in verità affacciata in Italia nelle tendenze ad una ricostruzione sociale e pubblicistica del processo, ancora prima di Chiovenda e Carnelutti, con le quali si conceda di notare una simmetria con l'impostazione che molti anni dopo volle tracciare Woolf nel suo *overriding object* del processo. E infatti già nella ricostruzione operata da Lodovico Mortara nei Principi di procedura civile²⁴⁵ si scorge un'impostazione c.d. pragmatica²⁴⁶ della funzione sociale del processo, la quale fa leva sul perseguimento dell'eguaglianza sostanziale (e quindi la cessazione delle diseguaglianze) e che portò da un lato alla costruzione dell'idea dell'azione e del rapporto giuridico processuale avulso dal rapporto di diritto sostanziale e dall'altro lato, alla giustificazione di un ruolo penetrante del giudice nella gestione della controversia²⁴⁷. In questa disanima, è significativo che Carlo Lessona, allievo di Mortara, sulla scia del suo Maestro, individuò come rimedio contro le diseguaglianze sociali e i difetti del processo

²⁴² *Ibidem*, p. 76.

²⁴³ CAMPBELL-HOLT, *Lord Woolf, The Pursuit of Justice*, Oxford, 2008, p. 311; WOOLF, *op. cit.*, Ch. 1, para. 7(d) («*two other significant aims of my recommendations need to be borne in mind: that of encouraging the resolution of disputes before they come to litigation, for example by greater use of pre-litigation disclosure and of ADR, and that of encouraging settlement, for example by introducing plaintiffs' offers to settle, and by disposing of issues so as to narrow the dispute. All these are intended to divert cases from the court system or to ensure that those cases which do go through the court system are disposed of as rapidly as possible*»); si v. anche le riflessioni di CARRATTA, CAVALLINI, *Judicial settlement e modelli di tutela a confronto*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 2, p. 448.

²⁴⁴ CPR [Civil Procedure Rules] § 1.4(2). È bene però sottolineare che le CPR inglesi sono state modificate più di 90 volte dalla sua entrata in vigore nel 1999 e la modifica più importante è stata apportata dal Civil Procedure (Amendment) Rules 2013, che ha pensato all'introduzione della proposta LJ. Jackson.

²⁴⁵ MORTARA, *Principi di procedura civile*, Firenze, 1890. Si veda anche ID., *Commentario*, cit., dedicato interamente all'esposizione della teoria e del sistema della giurisdizione civile.

²⁴⁶ CARRATTA, *La funzione*, cit., p. 113.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 114,

nella difesa delle classi meno abbienti, la giurisdizione d'equità dei probiviri per le controversie individuali di lavoro²⁴⁸. Alla base di queste impostazioni vi è l'idea che spesso il processo ordinario e le relative regole sono inadeguate per alcune situazioni; così, ad esempio, la prova dei fatti nelle cause di diritto del lavoro risulta spesso irraggiungibile per il lavoratore, spesso parte debole e troppo poco abbiente per sostenere i costi della controversia. E allora il processo ordinario con la sua lentezza, la sua apertura sconfinata alle questioni in diritto, appesantito dal sistema dei gravami risulta un terreno automaticamente favorevole ai più facoltosi. Di qui la necessità che si individui nel perseguimento della giustizia sostanziale o comunque in uno scopo altro rispetto alla giustizia nel caso concreto una regola su cui modulare il processo.

È innegabile allora che il raggiungimento dello scopo carneluttiano, uno scopo altro rispetto a quello tipico di realizzazione della tutela, ha anche delle ragioni di stampo efficientistico. È infatti interesse pubblico che la litigiosità sia diminuita anche con l'ausilio dello stesso organo giurisdizionale, quando possibile, in modo da liberare gli uffici giudiziari da un lavoro che può essere in parte eliminato alla radice, consentendogli di svolgere la funzione giurisdizionale più tranquillamente rispetto ad altre controversie che per l'oggetto o per la volontà delle parti, non possono essere conciliate²⁴⁹. Ma è riduttivo scorgere nell'istituto conciliativo un fondamento nella deflazione del contenzioso. Un'analisi più approfondita fa scorgere nella conciliazione un mezzo per l'attuazione di un sistema di valori costituzionali, come già prefigurato dalle impostazioni del Mortara, prima richiamate. Una lettura moderna della nostra Costituzione vede emergere, infatti, la centralità di un lungo catalogo di diritti che si fondano sull'auto-determinazione individuale. L'enfasi sui diritti ha però spesso attenuato l'attenzione sui doveri che rappresentano per altro la responsabilizzazione dei titolari dei diritti individuali²⁵⁰. E infatti, la nostra Costituzione poggia su un'impostazione che non è

²⁴⁸ LESSONA, *I doveri sociali del diritto giudiziario*, Torino, 1897, p. 52. Questa impostazione fu seguita anche da REDENTI, *Sulla funzione delle magistrature industriali*, in *Introduzione al Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, Roma, 1906, ora in ID., *Scritti e discorsi di mezzo secolo*, Milano, vol. II, 1962, p. 618 e ss.

²⁴⁹ MICHELI, *Corso di diritto*, p. 88.

²⁵⁰ LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, p. 13; TARLI BARBIERI, *Doveri inderogabili*, in (a cura di) CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 2072; BARBERA, *Art. 2*, in (a cura di) BRANCA, *Commentario della Costituzione, Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975, p. 122;

individualista ma comunitaria, nel senso di promuovere quelle spinte coesive presenti nella società civile²⁵¹. L'emblema è l'art. 2 che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo e sia nelle formazioni sociali dove si svolge la sua personalità, richiedendo a tal fine l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. In altre parole, l'uomo non è autoderminato ma eterodeterminato, al punto che per realizzare la propria personalità ha bisogno di relazioni²⁵². Il *favor relationis* che nasce dall'art. 2 Cost. si propaga su tutto il testo costituzionale, rappresentando una chiave di lettura essenziale per tutto l'alveo di diritti che lo compone. Ed è per il tramite di questo *favor relationis* che merita di essere letto l'istituto del componimento processuale come scopo del processo e come istituto. Ci si trova così di fronte ad una funzione del processo e a un istituto cardine di questa funzione – rispettivamente, il componimento-scopo e il componimento-istituto – che spiegano come di fronte a un conflitto non occorre mirare solo a stabilire chi ha ragione e chi ha torto, ad attuare la legge, per il tramite della decisione. Occorre semmai puntare a ricostruire l'accordo tra i protagonisti del conflitto, in modo da estinguere la lite, realizzando così immediatamente alcuni dei valori alla base della Costituzione che mostra quindi una propensione per gli strumenti cooperativi piuttosto che avversariali²⁵³.

A voler approfondire ancora di più l'importanza del componimento-istituto in relazione allo scopo del processo, esso pare rappresentare anche un istituto di sintesi tra le visioni della funzione del processo che si sono succedute nei secoli XIX e XX. La difficoltà di inquadrare l'istituto con una specifica ideologia dietro la funzione del processo può dipendere dalle peculiarità dello stesso: esso è di fatto un mezzo di risoluzione diverso rispetto all'esito del processo ordinario ma non alternativo in quanto avviene nel processo e di fronte e con l'ausilio dell'organo giudicante.²⁵⁴ Anzitutto, il

²⁵¹ DOSSETTI, *La Costituzione. Le radici i valori le riforme*, Roma, 1966, *passim*.

²⁵² SIMONCINI, CREMONA, *Mediazione e Costituzione*, Giustizia consensuale, 2022, 2.

²⁵³ Queste riflessioni sono sorte da quelle che Simoncini e Cremona, in *ibidem*, p. 19 e ss. hanno operato con riferimento alla mediazione, alle quali si rimanda per un approfondimento maggiore, soprattutto per quanto concerne i riferimenti dai quali si può desumere una preferenza della nostra Costituzione per i sistemi cooperativi e non avversariali.

²⁵⁴ Sul difficile inquadramento del componimento della lite in una specifica ideologica del processo, si v. anche Consolo che con riguardo alla Riforma n. 353 del 1990 e, in particolare, al tentativo di conciliazione obbligatorio sostenne che «lo stesso art. 183, la norma apparentemente più oppressiva nei confronti dell'aspetto privatistico del processo, perché costringe le parti a venire personalmente in udienza, ha però un momento che è vero momento tipicamente (dal punto di vista della terminologia tradizionale) non

componimento processuale è in linea con una visione che cerca di guardare al processo come strumento di mera risoluzione del conflitto (si tratta di una visione ancora precedente a quella carneluttiana e che non ha in sé i caratteri della giustizia) e che punta a ristabilire la pace sociale, in cui le parti hanno un ruolo determinante: è evidente che l'accordo si compie solo a mezzo della piena adesione delle parti. Questa impostazione appartiene alla cultura strettamente liberale del processo sviluppatasi sul finire del XIX secolo e che ha guidato notevolmente l'impostazione delle procedure soprattutto di stampo statunitense²⁵⁵. Tuttavia, il componimento processuale non rinuncia ai poteri del giudice e al contrario gli conferisce un ruolo essenziale: è il giudice che stimola, facilita, persuade le parti a conciliare e che soprattutto imprime al componimento la caratteristica della *giustizia*.

Si potrebbe allora dire che il componimento *giusto* evolve verso una visione pubblicistica del processo. Si tratta di quella visione del processo pubblicistica e sociale che cominciò ad avviarsi nella seconda metà del XIX secolo e finalizzata nella prima metà del secolo successivo²⁵⁶. Secondo questa impostazione, risalente a Chiovenda e Carnelutti (sia pur con approcci parzialmente diversi), il processo civile è uno strumento

pubblicistico: il tentativo di conciliazione. Il tentativo di conciliazione sembra cozzare con la finalità pubblicistica dell'attuazione della legge e allinearsi con quella, diciamo così di marca privatistica, della composizione della lite. In verità, credo che anche chi sostiene la finalità del processo come attuazione della legge, non si sia mai sognato di ritenere che questa sia la finalità prioritaria ed assolutamente inderogabile del processo civile. Quest'ultimo è piuttosto diretto alla composizione della lite attraverso l'attuazione della legge, e non ritengo che sia volto a garantire l'attuazione della legge per il solo piacere di attuare il diritto positivo, a prescindere da quello che è il modo più economico e più confacente di composizione della lite» (cfr. CONSOLO, *La trattazione nella fase introduttiva*, cit., 2001, 5, p. 1073).

²⁵⁵ CARRATTA, *La funzione*, cit., p. 91. Si consideri che questa visione guarda al processo in chiave fortemente individualistica, dominata dal *laissez faire* delle parti, dal loro libero gioco in contraddittorio. Il tal senso il giudice è puramente passivo e la controversia è financo estranea allo Stato. Esponente tedesco di questa concezione fu Adolf Wach (si v. WACH, *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung gehalten vor praktischen Juristen im Frühjahr*, Bonn, 1879, p. 2); per invece l'impostazione del processo c.d. puramente *adversarial* e tipicamente statunitense – dove si arrivò persino a parlare di *sporting theory of justice* per sottolineare la totale estraneità del giudice alla controversia, mero controllore, e un processo lasciato al libero scambio delle difese delle parti– si v., con particolare riguardo al metodo liberale per eccellenza circa l'assunzione probatoria TWINING, *Rethinking evidence*, London, 2006; WIGMORE, *Evidence in trials at common law*, New York, 1974. In particolare è sull'assunzione probatoria che lo stampo liberale si esprime massimamente in quanto nel sistema elaborato dalle *Federal Rules of civil procedure* statunitensi, gli avvocati interrogano le parti (e non il giudice) e svolgono il contraddittorio sulle prove a mezzo della c.d. *cross-examination*. Lo slogan in chiave critica della *sporting theory of justice* si deve invece a POUND, *The causes of popular dissatisfaction with the administration of justice*, in A.B.A. Rep., 1906, vol. 29, p. 404.

²⁵⁶ CARRATTA, *La funzione*, cit., pp. 96 e ss.

di giustizia²⁵⁷ in cui il giudice svolge un ruolo attivo nella conduzione e direzione della causa²⁵⁸. Il componimento processuale trova, inoltre, ad avviso di chi scrive, una giustificazione nell'impostazione dovuta al nuovo costituzionalismo novecentesco, (sviluppatasi dalla caduta del regime fascista, soprattutto negli anni '60), che può giustificare forme di conclusione della lite alternative a quelle della tradizionale sentenza²⁵⁹. In particolare, questa seconda visione che sottolineava l'abbandono dell'ideale di uguaglianza puramente formale e si concentrava su quella sostanziale di cui all'art. 3, comma secondo della Cost., ha comportato l'evoluzione da una concezione del processo e della giustizia come puro *mantenimento dell'ordine sociale* a una concezione più dinamica, di progressivo ma opportuno adeguamento al *mutamento sociale*²⁶⁰. L'esigenza di configurare un processo che garantisse l'accesso *pieno* alla giustizia²⁶¹ favorì l'emersione delle tecniche di "tutela giurisdizionale differenziata", maggiormente idonee a rispondere ai diversi bisogni delle situazioni giuridiche da tutelare²⁶², anche influenzate dalle coeve spinte d'oltreoceano note come *multi-doored courthouse*²⁶³. Lo

²⁵⁷ Si sottolinea a riguardo che questo approccio può essere ulteriormente suddiviso nell'impostazione c.d. pragmatica (Mortara, Lessona, Redenti) che guardò al processo in un'ottica di affermazione di giustizia sostanziale e come strumento per la lotta alle disuguaglianze economico e sociali; e in quella c.d. sistematica, caratterizzante prevalentemente l'opera di Chiovenda, che cercò di ricostruire un modello sociale di processo in antitesi a quello liberale, sottolineando la funzione di attuazione della legge a mezzo di un processo orale, concentrato e immediato e caratterizzato dall'attribuzione al giudice di una posizione centrale, con ampi poteri di direzione e istruttori, per rendere giustizia nel modo migliore e più pronto possibile. Per questa ricostruzione si veda *ibidem*, pp. 113 e ss.

²⁵⁸ Questa cultura del processo si determinò sotto le spinte dell'influenza tedesca e austriaca. Fra tutti l'influenza di Franz Klein che elaborò la Z.P.O. austriaca proprio sull'idea della funzione sociale del processo. Si v. le riflessioni esposte in KLEIN, *Zeit-und Geistesströmungen im Prozesse. Vortrag gehalten in der Gehe-Stiftung zu Dresden am 9. November 1901*, Dresden, 1901, ristampa Frankfurt, 1958; KLEIN-ENGEL, *Der Zivilprozess Österreichs*, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1927, rist., Aalen, 1970. Esponente per eccellenza in Italia di questa concezione fu – chiaramente – Chiovenda. Si v. TARELLO, *Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. (Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile)*, in (a cura di) GUASTINI, REBUFFA, *Dottrine del processo civile*, Bologna 1989, p. 23 il quale sottolinea come «in Italia la riforma austriaca si identifica con l'opera di Giuseppe Chiovenda e con la fortuna di quest'ultima».

²⁵⁹ Per una ricostruzione storica della funzione del processo si v. CARRATTA, *La funzione*, cit., *passim*.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 131, il quale, per questa seconda impostazione, richiama a CAPPELLETTI, *Appunti per una fenomenologia della giustizia del XX secolo*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1978, pp. 1381 e ss.

²⁶¹ Si ricorda, a riguardo, la portata globale del movimento del c.d. Accesso alla giustizia (*Access to justice*), teso a rendere effettivi i diritti sociali derivanti dalle Costituzioni e dalle carte internazionali dei diritti dell'uomo. Si v. CAPPELLETTI, *The Florence access-to-justice project*, Milano-Alphen aan den Rijn, 1978-1979, vol. VI, *passim*; ID., *Access to justice and the Welfare State*, Alphen aan den Rijn-Bruxelles-Stuttgart-Firenze, 1981, *passim*.

²⁶² PROTO PISANI, *Note minime sulla c.d. tutela differenziata*, in *Dir. giur.*, 1978, p. 534; ID., *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, pp. 592 e ss.; ID., *Ancora sulla c.d. tutela giurisdizionale differenziata*, in *Dir. giur.*, 1980, p. 751; MONTESANO, *Luci e ombre in leggi e proposte di "tutela differenziata" nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, pp. 592 ss.

²⁶³ Nel 1976, alla *Pound Conference*, una conferenza che vide più di 250 partecipanti tra giudici, avvocati, amministratori giudiziari, professori di diritto, il professor Frank Sander lanciò l'idea di *multi-doored*

scopo che giustificò lo sviluppo di queste forme di tutela differenziata fu quello di favorire la piena attuazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale. Alcuni interessi e rapporti si ritenevano, infatti, irrimediabilmente pregiudicati se costretti ad attendere i tempi dell'epilogo naturale dell'ordinario processo di cognizione²⁶⁴, la sentenza, spesso lontana dal *favor* per una diversa e più efficace ricostruzione delle relazioni *inter partes*²⁶⁵. Il componimento appare così una concreta soluzione alternativa alla decisione: esso realizza uno scopo di tipo conciliativo, ma pur sempre di fronte ad un organo terzo e imparziale, il quale svolge una funzione di natura pubblicistica, imprimendo carattere di *giustizia* e di *equità*. E ciò si apprezza *a fortiori* nei casi in cui il tentativo di conciliazione è previsto dal legislatore come obbligatorio²⁶⁶.

4. PRIMI RILIEVI CONCLUSIVI

Le disamina sin qui svolta con riguardo al confronto tra il componimento processuale e le figure giuridiche allo stesso assimilabili, la sua natura giuridica e il suo rapporto con la funzione giurisdizionale consentono di operare alcuni rilievi preliminari, i quali risultano essenziali per le successive riflessioni relative all'impatto del componimento sulle varie fasi del procedimento di cognizione ordinario.

Già la stessa possibilità di operare un confronto con le figure giuridiche simili – come ho già anticipato nelle pagine precedenti – implica l'assegnazione di un'autonomia concettuale all'istituto e quindi di attribuirgli per ciò solo effetti suoi propri. In altre parole, il componimento non è una transazione, una rinuncia all'azione o un riconoscimento del diritto che avviene nel processo ma un vero e proprio istituto del processo, caratterizzato dalla presenza del giudice e con alcune caratteristiche intrinseche: la prima, quella di tendere a una risoluzione consensuale della controversia; la seconda, quella di tendere a detta risoluzione per mezzo di un *iter* che svolgendosi di fronte a un organo giurisdizionale, in una pubblica udienza, alla presenza degli avvocati delle parti,

courthouse come una soluzione atta a contrastare e i costi e i ritardi che minano l'accesso alla giustizia. Per un approfondimento degli esiti della *Pound Conference* si v. LEVIN, WHEELER, *The Pound Conference: Perspectives on justice in the future*, Eagan, 1979; allo stesso modo cfr. SANDER, *Varieties of Dispute Processing*, F.R.D., vol. 70, 1976, pp., 13.

²⁶⁴ CARRATTA, *La funzione*, cit., p. 132.

²⁶⁵ Sul concetto delle forme di giustizia coesistenziale, si v. CAPPELLETTI, *Appunti su conciliatore e conciliazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, pp. 56 e ss.

²⁶⁶ Si v., *funditus*, capitolo II di questo studio.

consentendo uno scambio dialettico ad armi pari, garantisce le tutele costituzionali del processo giusto; la terza, dipendente dal fatto di svolgersi di fronte a un organo giurisdizionale statale, quella di tendere a un risultato munito delle caratteristiche della giustizia in quanto le valutazioni dell'organo giudicante devono essere orientate al diritto o all'equità.

Alla luce di questo inquadramento, va da sé che le tesi sostanziali, soprattutto nelle versioni più estreme sono recisamente da rigettare. Esse sono di sicuro persino in contraddizione con la lettera della legge nella misura in cui omettono di considerare che l'accordo che emerge a seguito del componimento processuale ha se non altro, rispetto alla transazione, efficacia di titolo esecutivo. Sminuire il significato peculiare del *locus* in cui l'accordo avviene, *id est* il processo giurisdizionale e la funzione pubblica dell'organo deputato a stimolarla, incentivarla, facilitarla, ossia il giudice, significa sminuire la stessa funzione giurisdizionale e relegarla a una funzione di mera omologazione. Seguendo questa linea interpretativa, la conciliazione potrebbe anche avvenire di fronte al cancelliere e non sarebbe necessario e opportuno impegnare financo gli organi giudicanti. Anche le tesi sostanziali intermedie, per quanto rinvigoriscano il significato della conciliazione del processo con riguardo agli effetti (l'effetto preclusivo per alcuni e di sicuro l'efficacia di titolo esecutivo), non danno comunque alcun potere o ruolo al giudice, il quale finisce semplicemente per "ingerirsi" in un'attività interamente privata.

Si deve però rilevare che allo stesso modo sia da rigettare la tesi processuale più estrema, ossia quella che di fatto identifica il risultato del componimento processuale con la sentenza. Si è detto che più che di identità, sarebbe opportuno parlare di una relazione di equivalenza con lo strumento e gli esiti del procedimento giurisdizionale, se non altro perché rispetto alla sentenza, non può ravvedersi tanto il contenuto di accertamento quanto l'attività di accertamento tipica del giudice per giungere alla sentenza. In altre parole, il fatto che il giudice non sia onerato di tendere a cercare la verità (per quanto formale) degli accadimenti che si sono susseguiti tra le parti è già evidentemente un punto di distinzione rispetto a quell'attività che egli deve svolgere con riferimento al componimento processuale. Di qui, evidentemente, si giustifica anche la necessità di stabilire la funzione giurisdizionale come "conciliativa" e rappresentante un *tertium genus* nel binomio giurisdizione volontaria – giurisdizione contenziosa, come un'attività

mossa da valutazioni di stampo equitativo e tesa a prendere in considerazione le ragioni dell'opportunità. Si considera invece più opportuno un *favor* verso la tesi processuale intermedia, nella versione monolitica, la quale appare da un lato, più conferente con il lato procedimentale ed effettuale del componimento e dall'altro lato, con la funzione dell'organo giudicante chiamato a partecipare al procedimento conciliativo. Questa teoria consente, come abbiamo detto, di guardare al procedimento conciliativo come un *actus trium personarum* e, quindi, di fatto – come avviene nel procedimento giurisdizionale – conferire a questo procedimento, si ribadisce, le garanzie del giusto processo. Dal punto di vista degli effetti, il risultato dello stesso è un atto processuale, con effetti esecutivi, conclusivi del processo e del rapporto processuale. Si analizzeranno, in ogni caso, più approfonditamente gli effetti del procedimento sul processo e, più in generale, gli effetti dell'inquadramento nella categoria degli atti processuali nel capitolo terzo di questo studio. Per ciò che concerne il giudice, infine, a mezzo dell'esercizio di una funzione giurisdizionale, questa tesi consente di giustificare e meglio inquadrare il compito conciliativo che si estrinseca nella possibilità di rendere la composizione giusta, anche adoperando delle valutazioni di stampo equitativo che valorizzino il ruolo dispositivo delle parti e le loro valutazioni di opportunità.

Con riguardo al rapporto tra la conciliazione e giurisdizione, si può pertanto affermare che il giudice ha una funzione essenziale del componimento, influenzandone la disciplina in astratto e potendo incidere sulla regolamentazione concreta del rapporto, a mezzo di un'attività di «suggerimento benefica esercitata dalla autorevole volontà del giudice su quella dei contendenti»²⁶⁷ e con l'obiettivo di giungere a una composizione giusta²⁶⁸.

Va ribadito comunque che il *favor* per un inquadramento che protende per una categorizzazione dell'istituto nell'alveo della tesi processuale, seppur a effetti intermedi con il lato sostanziale, è oggi ancor di più confermata da un punto di vista di stretto diritto positivo, *id est* dalla regolamentazione del tentativo di conciliazione obbligatorio. Omettere di considerare gli aspetti processuali del componimento, considerandolo una sorta di mera transazione che avviene in luogo peculiare, significa dimenticare l'esistenza del tentativo di conciliazione obbligatorio, che risulta un istituto ormai costante nel rito del lavoro secondo l'art. 420 c.p.c. e nuovamente reintrodotta in seno al processo

²⁶⁷ MORTARA, *Commentario*, cit., p. 11.

²⁶⁸ CARNELUTTI, *Sistema*, cit., p. 174.

ordinario di cognizione ai sensi del novellato articolo 183, primo e terzo comma c.p.c. dalla Riforma del processo civile del 2022.

Il prossimo capitolo sarà proprio dedicato ad un approfondimento dell'evoluzione normativa dell'istituto. Per ora, però, sia concesso di anticipare che se il contributo giurisdizionale è oggi un punto sicuro di evoluzione scientifica dell'istituto, così come lo è il fatto che lo stesso rappresenta anche un istituto di diritto sostanziale, l'accentuazione del lato processuale, con i relativi effetti che comporta, può essere giustificata dall'obbligatorietà del tentativo di conciliazione per tutti i processi. In altre parole, è chiaro che la possibilità per il legislatore di prevedere, tra i doveri del giudice, proprio quello di stimolare la conciliazione conferma come quest'ultima sia un'attività rientrante tra quelle processuali, il cui esito è un atto processuale.

Occorre inoltre operare alcuni rilievi conclusivi in ordine al componimento della lite come scopo del processo. A quasi un secolo dalla pubblicazione delle Lezioni di Carnelutti, le sue riflessioni sembrano oggi, più che mai, attuali. Le spinte legislative verso la conciliazione delle controversie civili, sia in sede giudiziale, sia in sede stragiudiziale²⁶⁹ e sia financo nella materia processuale-penale²⁷⁰, dove si punta sempre di più a forme di giustizia riparativa sono segnali che in un'epoca di grandi conflitti storici e sociali, ogni ramo del diritto deve puntare – anzitutto – alla pace tra i consociati. E allora forse l'*overriding object* dell'ultima riforma del processo – desumibile dalle relazioni che l'hanno accompagnata²⁷¹ denota come la composizione dei conflitti rappresenta oggi lo

²⁶⁹ La riforma del processo, emergente dal decreto No. 149/2022 (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) ha dedicato molto spazio alle forme di risoluzione conciliativa della controversia, – come si vedrà nel successivo capitolo – rafforzando sia il tentativo di conciliazione promosso dal giudice nel corso del giudizio, sia le forme di risoluzione alternativa del processo, quale appunto la mediazione civile e commerciale e la negoziazione assistita. Si vedano a riguardo, per un approfondimento, TEDOLDI, *Le ADR nella delega per la riforma del processo civile*, in *Questione Giustizia* 2021, 3, p. 142; DALLA BONTÀ, *Giustizia Consensuale*, in *Giustizia Consensuale* 2021, 1, p. 3; BIAVATI, *La riforma del processo*, cit., p. 45; MONTELEONE, *La mediazione obbligatoria: conciliazione o giurisdizione surrogata? Brevi riflessioni critiche*, in *judicium.it*, 10 luglio 2023; BIAVATI, *Argomenti di diritto processuale civile*, Bologna, 2023, Bologna, p. 901.

²⁷⁰ Per alcuni approfondimenti si v., per tutti, BARTOLI, *Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell'ambito della giustizia punitiva*, in *Sist. Pen.*, 29 novembre 2022.

²⁷¹ Si fa riferimento, anzitutto, alle *Linee programmatiche sulla giustizia* espresse dalla Ministra della giustizia, Professoressa Marta Cartabia al Parlamento in data 15 marzo 2021 e pubblicate sul sito Diritto penale economia e impresa (consultabili al seguente indirizzo <https://dpei.it/wp-content/uploads/2021/03/CARTABIA-LINEE-PROGRAMMATICHE-SULLA-GIUSTIZIA-15-MARZO-2021.pdf>). In particolare, nel corso di questo discorso, la Ministra sottolineò come «Uno degli ambiti interessati dai disegni di legge (AS 1662) già incardinati in Parlamento riguarda la mediazione, la

scopo primario del processo.²⁷² E questo è vero se si considera che la riduzione dell'arretrato dei tribunali, ai quali spesso l'istituto del componimento ha mirato, è condizione essenziale per garantire una *giusta* tutela dei diritti; così come in quanto realizza l'attuazione di scopi di benessere sociale che il processo deve perseguire. Questa pace, quando attuata per mezzo dell'organo giurisdizionale, come nel caso del componimento giudiziale, non può che avere le caratteristiche della giustizia. Per questo, tra i mezzi di conciliazione della lite esso risulta il più auspicabile, rendendo l'idea della complementarità tra il concetto di attuazione del diritto (e, quindi, di giustizia) e di ricomposizione del conflitto.

negoziante, la conciliazione e in generale i cosiddetti strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie, ADR, *alternative dispute resolution*. Reputo che questi strumenti di risoluzione dei conflitti siano dotati di un grande potenziale, in particolare nel nostro ordinamento nelle specifiche condizioni date. È ormai un dato di esperienza consolidato, anche in una prospettiva comparata con altri sistemi giuridici, che le forme alternative di risoluzione dei conflitti producono effetti virtuosi di alleggerimento dell'amministrazione della giustizia. Tuttavia, il loro significato supera questa intuitiva potenzialità. Tutt'altro che alternative, queste forme di risoluzione delle controversie giuridiche rivestono un ruolo che è piuttosto di complementarità rispetto alla giurisdizione, di coesistenza, come già indicava uno dei grandi maestri del diritto processuale e costituzionale comparato, Mauro Cappelletti (omissis) Questi strumenti, se ben calibrati, tracciano percorsi della giustizia che tengono conto delle relazioni sociali coinvolte, risanano lacerazioni e stemperano le tensioni sociali. Peraltro, su un piano più pragmatico, occorre osservare che le soluzioni negoziali e di mediazione si renderanno tanto più necessarie nel contesto attuale, in cui gli effetti economici della pandemia stanno determinando forti squilibri nei rapporti giuridici esistenti. La giustizia preventiva e consensuale rappresenta una strada necessaria per il contenimento di una possibile esplosione del contenzioso presso gli uffici giudiziari quando cesseranno gli effetti dei provvedimenti che bloccano gli sfratti, le esecuzioni, le procedure concorsuali, i licenziamenti, il contenzioso bancario, ad esempio. Occorre prepararsi per tempo».

²⁷² Questa riflessione è stata confermata, anche se in chiave negativa, da BIAVATI, *La riforma del processo*, cit., p. 55, il quale, con riguardo al tentativo obbligatorio di conciliazione evidenzia che «nasce, nelle intenzioni, con la finalità di smaltire quanto prima il contenzioso arretrato e di introdurre modalità veloci di soluzione, ma, a ben guardare, fa emergere un'immagine di giudice chiamato non tanto a dire il diritto o ad accertare il fatto, quanto essenzialmente a esaurire la controversia. È una concezione mercantile, fondata sul gioco degli interessi e in qualche misura ambigua».

CAPITOLO SECONDO

L'EVOLUZIONE LEGISLATIVA DEGLI ISTITUTI CONCILIATIVI E, IN PARTICOLARE, DEL TENTATIVO DI CONCILIAZIONE OBBLIGATORIO

«Pace con giustizia» potrebbe così essere il motto del diritto processuale. Né pace senza giustizia né giustizia senza pace. Non pace senza giustizia perché il processo, come si è visto, non tende a comporre la lite in un modo qualunque, ma a comporla secondo diritto. Non giustizia senza pace perché il diritto non si applica o non si attua da chi sta nel conflitto ma da chi sta sopra il conflitto»
(FRANCESCO CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, 1936, p. 247).

— ooOoo —

SOMMARIO: 1. Le origini della composizione bonaria dei conflitti – 1.1. *La disciplina dell'istituto conciliativo nel diritto romano* – 1.2. *Le legislazioni moderne: dalla legislazione napoletana del 1808 al codice del Regno delle Due Sicilie del 1819* – 1.3. *Il codice di procedura civile del 1865* – 1.4. *L'interrogatorio libero delle parti per tentare di conciliarle: dal codice del 1895 alle proposte del primo decennio del 1900* – 2. La disciplina degli istituti conciliativi nel codice del 1940 e le riforme successive – 2.1. *Le linee programmatiche del codice di procedura civile del 1940* – 2.2. *La conciliazione in sede non contenziosa* – 2.3. *La conciliazione in sede contenziosa* – 2.4. *L'interrogatorio libero e un autonomo ordine di comparizione al fine di conciliare le parti* – 2.5. *Il tentativo di conciliazione obbligatorio: la Legge n. 533 del 1973 per il processo del lavoro e la Legge n. 353 del 1990 per il processo ordinario di cognizione* – 2.6. *La nuova formulazione della conciliazione in sede non contenziosa* – 2.7. *Il modello di conciliazione elaborato per il rito societario (D. lgs. n. 5/2003)* – 2.8. *L'abolizione del tentativo obbligatorio di conciliazione con la Legge n. 80 del 2005* – 2.9. *L'introduzione dell'art. 185-bis c.p.c.* – 3. La crisi di efficienza della giustizia civile e le risposte all'Europa con gli istituti conciliativi – 3.1. *L'introduzione in Italia della mediazione in materia civile e commerciale* – 3.2. *L'introduzione della negoziazione assistita* – 4. La conciliazione giudiziale dopo la riforma del processo del 2022 – 4.1. *L'iter legislativo della riforma del*

2022 – 4.2. *Le linee programmatiche dell'intervento riformatore e il componimento-scopo* – 4.3. *La riscrittura della fase preparatoria del processo ordinario di cognizione* – 4.4. *La nuova prima udienza di comparizione ex art. 183 c.p.c.: l'onere di comparizione, l'interrogatorio libero e il tentativo obbligatorio di conciliazione* – 4.5. *L'art. 185 c.p.c. e l'art. 185 bis c.p.c* – 4.6. *La mediazione demandata dal giudice e i rapporti con la conciliazione giudiziale.*

— ooOoo —

1. LE ORIGINI DELLA COMPOSIZIONE BONARIA DEI CONFLITTI

1.1. La disciplina dell'istituto conciliativo nel diritto romano

La storia degli istituti riguardanti il componimento è antica quanto è antica la lite, che è antica come il mondo²⁷³. Il fatto che la composizione amichevole della lite – di qualsiasi genere e, quindi, anche quella in tema di diritti – sia da preferire rispetto allo svolgimento di una lunga ed estenuante lotta tra litiganti è un pensiero così spontaneo da apparire certo che si sia formato migliaia di anni fa. E, infatti, è naturale che sacerdoti, moralisti e saggi governanti abbiano cercato, mediante il loro ufficio, di natura temporale o spirituale, di trasmettere alle genti il desiderio di giungere alla composizione amichevole dei conflitti, spesso organizzandone anche le modalità²⁷⁴. L'attitudine alla conciliazione si affaccia concretamente alla funzione giurisdizionale con la nascita di uffici giudiziari destinati a promuovere e suggellare la composizione dei litigi fra privati. E così, già nelle *Leges XII tabularum*, la prima testimonianza scritta del diritto romano²⁷⁵, si ritrova la possibilità che le situazioni incerte si possano risolvere attraverso mezzi negoziali idonei a realizzare un equilibrio tra diversi interessi contrapposti, ossia i *pacta*. In particolare, le disposizioni contenute nella Tav. I, 6-7 statuivano che:

6. «Rem ubi pacunt, orato». 7. «Ni pacunt, in comitio aut in foro ante meridiem causam coiciunto. Cum peroranto ambo praesentes»²⁷⁶.

²⁷³ NICOLETTI, *op. cit.*, p. 1

²⁷⁴ In questi termini MORTARA, *Commentario*, cit., pp. 2-3.

²⁷⁵ Il sistema processuale originario del *ius privatorum* romano, configuratesi nel sistema delle *legis actiones*, trova una prima regolamentazione già nelle Leggi delle XII tavole, le quali provvidero a stilizzare in formulazioni verbali ben precise e in comportamenti formali ben determinati le attività delle parti (per un approfondimento del sistema delle *legis actiones* sia consentito di rimandare, *funditus*, al Capitolo I, in nt 211, 213. Si v. altresì, con riguardo al sistema delle *legis actiones* nelle XII Tavole GUARINO, *Diritto privato romano, Lezioni istituzionali di diritto romano*, Napoli, 1963, p. 160 e ss).

²⁷⁶ Per il testo si v. BRUNS, *Fontes iuris romani antiqui*, Tübingen, 1871 p. 17. [6. Se le parti si accordano, [il magistrato] decida; 7. Se non si accordano, [le parti] espongano la causa nel comizio o nel foro prima di mezzogiorno. Espongano la causa presenti entrambi]. Si segnala che la ricostruzione della norma è stata oggetto di un acceso dibattito. In particolare, secondo un primo orientamento il verbo «pacunt» fa riferimento all'oggetto dell'accordo e, quindi, all'azione di compiere un accordo di natura transattiva, seguito da una rinuncia all'azione (così GIOFFREDI, *Rem ubi pacunt, XII Tab. I, 6-9*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano "Vittorio Scialoja"*, 1973, pp. 271 ss.; ARCHI, *Ait praetor: «pacta conventa servabo»*, in *Scritti di Diritto Privato Romano*, I, Milano, 1981, pp. 443 ss.; MANFREDINI, *Rem ubi pacunt*, in *Atti del*

In particolare, la Tav. I, 6 disciplina l'obbligo per i magistrati di consacrare in una sentenza (*orato* si riferisce all'azione di decidere) l'accordo che i litiganti avessero convenuto tra loro per risolvere la lite. Questa disposizione non solo è utile a evidenziare come sin dalla fase del codice decemvirale fossero previste applicazioni del *pactum* quale strumento di risoluzione di una situazione controversa, ma anche per dare atto di uno stretto legame sussistente tra l'accordo conciliativo nel corso della lite e la sentenza. Detto legame si pone a suffragio di tutte quelle teorie di stampo processuale e financo della più estrema delle stesse, per le quali sia consentito un rinvio al capitolo precedente di questo scritto. Se infatti l'accordo conciliativo si estrinseca in una sentenza è chiaro che le tesi che puntano ad indebolire il legame sussistente tra l'accordo conciliativo e il processo, al punto da negarne un'autonomia propria rispetto alla transazione, non possono trovare ragion d'essere. Ed è chiaro che il quesito successivo che emerge da questa trasmutazione dell'accordo in sentenza è se il magistrato romano potesse avere un ruolo attivo di controllo dei termini dell'accordo. La tavola, la Tav. I, 7 fa presumere a un tipo di accordo che avviene prima della *in ius vocatio*. Si segnala, tuttavia, che l'accordo poteva avvenire anche successivamente al primo atto processuale della *in ius vocatio* e, quindi, nel corso del processo. Si consideri, a riguardo, un noto passo del commentario di Gaio alle XII Tavole:

«Qui in ius vocatus est duobus casibus dimittendus est: si quis eius personam defendet, et si, dum in ius venitur, de re transactum fuerit»²⁷⁷.

Convegno sulla problematica attuale nel Diritto Romano, Milano 7-9 aprile 1987, Milano, 1988, pp. 73-79). Il secondo orientamento disconosce la natura transattiva e insiste invece per un'interpretazione della norma che fa leva su un *pactum* che non riguarda l'oggetto della contesa, bensì il luogo di svolgimento del processo; in altre parole, le parti si accordava sul luogo in cui svolgere il processo e non per risolvere la lite (PUGLIESE, *Processo civile romano*, I, Roma, 1962, pp. 402 ss.; NICOSIA, *Il processo privato romano*, II, Torino, 1986, pp. 79 ss.; MELILLO, *Voce Patti (storia)*, in *Enc. del Dir.*, XXXII, p. 481. Vi è infine chi ritiene che la pattuizione riguardasse la scelta di un arbitro (così AMIRANTE, *Una storia giuridica di Roma. Primo quaderno di lezioni*, Napoli, 1982, 74 ss.). A supporto della prima tesi, che ci pare quella più plausibile, ossia quella che fa leva sull'oggetto dell'accordo e non sul luogo in cui l'accordo si verifica milita altresì la testimonianza di Gaio, conservataci in D. 2.4.22.1, di cui si dirà *funditus* a breve, il quale tra i casi in cui il chiamato *in ius* dovesse essere lasciato andare, annovera quello in cui mentre veniva *in ius* («... dum in ius venitur ... »), «de re transactum fuerit», risultando in maniera inequivocabile l'identificazione del *pactum* con l'oggetto dello stesso.

²⁷⁷ Si tratta di D. 2.4.22.1 (1 ad leg. XII Tab.). Si consideri, tuttavia, che l'opinione prevalente della dottrina è nel senso di attribuire al giurista del II sec. d.C. un ammodernamento della terminologia decemvirale nell'utilizzo del verbo *transigere* al posto del verbo *pacere* o del sostantivo *pactio*, risultando quest'ultimi gli unici che si trovano nelle Leggi XII Tavole a noi pervenute in tema di conciliazione (così MELILLO,

Il passo di Gaio, anzi tutto, conferma come l'accordo transattivo rientri nella categoria del *pacere*, ossia dell'accordarsi in modo analogo a quanto era possibile per altre fattispecie²⁷⁸. Esso risulta tuttavia un elemento chiave per evidenziare la possibilità che l'accordo conciliativo avvenisse anche dopo il primo atto processuale: colui che è «in ius vocatus» doveva essere lasciato andare qualora, nel momento in cui «dum in ius venitur», «de re transactum fuerit»²⁷⁹. Si vede, quindi, una prima forma dell'eccezione di transazione, che troverà un preciso regime ed inquadramento nelle costituzioni imperiali dei secoli successivi alle XII Tavole e di cui si dirà a breve. Si può affermare che le conciliazioni giudiziali, di cui le XII Tavole recano una consistente testimonianza, furono per tempo il modo tipico di risolvere le situazioni dubbie nella pratica giuridica degli affari ordinari, soprattutto nei commerci, essendo strumenti capaci di realizzare un equilibrio di interessi delle controparti²⁸⁰. Nella carenza di fonti specifiche un'ipotesi comunemente accettata è che la categoria ampia del *pacisci* consentisse agli operatori economici di accordarsi a mezzo di convenzioni atipiche più o meno rafforzate da garanzie personali e processuali, specialmente quando sussisteva uno sfasamento temporale tra le prestazioni reciproche e l'accordo²⁸¹.

La centralità dell'istituto nella società romana, anche in età imperiale, era indubbia al punto che la letteratura che si è occupata di commentare l'istituto non manca mai, anche

Contrahere, pacisci, transigere, Napoli, 1994, pp. 267 ss.; GUARINO, *op. cit.*, p. 842). Per approfondimenti, in generale, sul significato e il regime processuale della transazione nel diritto romano si segnalano VINNIO, *Tractatus quinque - De Pactis, iurisdictione, collationibus, transactionibus et quaestionibus iuris selectis*, in *Venetis MDCCLXXX*, pp. 117 ss.; NEPPI-MODONA, *La transazione in Diritto Romano*, Bologna, 1889; BERTOLINI, *Della transazione nel Diritto Romano*, Torino, 1900; SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani - Nova negotia et transactio da Labeone ad Ulpiano*, Napoli, 1971; PETERLONGO, *La transazione nel Diritto Romano*, Milano, 1936.

²⁷⁸ Sull'utilizzo delle forme di «transigere» come sinonimiche del «pacere» si v. MELILLO, *ibidem*, p. 265. L'Autore spiega che nel linguaggio decemvirale la conciliazione, prima, durante o dopo il processo veniva genericamente riferita ai «pactio» e all'azione del «pacere-pacisci». L'utilizzo della parola «transactio» e del verbo «transigere» rappresentano, di fatto, un ammodernamento del linguaggio decemvirale dei commentatori successivi, a partire da Gaio a Plauto.

²⁷⁹ Maggiori perplessità sono emerse in dottrina sulla possibilità di transigere nella fase finale del processo, i.e. in quella *in iudicio* (si consenta un rinvio al capitolo precedente alla nt 213 per un approfondimento della distinzione tra fase *in iure* e *in iudicio*), alla luce della Tav. I. 7 secondo la quale «Ni pacunt, in comitio aut in foro ante meridiem causam coiciunto». Si v. MANENTI, *Contributo critico alla teoria generale dei patti secondo il Diritto Romano, Pacta Conventa*, in *Studi Senesi*, VII, 1913, pp. 2 ss.

²⁸⁰ MELILLO, *Contrahere*, cit., p. 266.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 267.

con una punta di retorica, di richiamarsi a Svetonio²⁸². Lo storico latino narra, a riguardo, che il più bel monumento innalzato alla memoria di Cesare fu una colonna di porfido, eretta nei pressi del foro romani, dove il popolo era solito recarsi per comporre amichevolmente le liti nel nome del padre della patria²⁸³.

Anche il Pretore aveva un vero e proprio dovere di prevenire le liti²⁸⁴. Ed è proprio nel processo pretorile, dove lo stesso pretore aveva il compito di costruire, interpretando le esigenze dell'economia e della società, un sistema di diritto sostanziale e un sistema processuale ricco, elastico e adatto ad esprimere e rendere effettive le forme giuridiche sostanziali, che può trovarsi l'antenato storico della giurisdizione conciliativa²⁸⁵. In altre parole, il pretore che – a mezzo degli editti pretorili – creava sia il diritto sostanziale che le regole processuali con cui, egli stesso, dotato di *potestat iudicandi*, attuava il primo, rappresenta, più di ogni altra, quella figura di decisore-mediatore che è tenuto ad adattare le soluzioni al conflitto ai bisogni emergenti da un determinato rapporto; a realizzare – in altre parole – la «giustizia contrattuale»²⁸⁶. La transazione venne inquadrata nella figura della *Aquiliana stipulatio*, quest'ultima dovuta ad Aquilio Gallo, *praetor* nel 66 a.C. durante l'età ciceroniana e consistente in un accordo nel quale dedurre tutta una serie di *obligationes* assunte, potendo così saldarle con una sola *acceptilatio*; il che risultava molto efficiente per i traffici giuridici²⁸⁷.

²⁸² BOCENNE, *Theorie de la procédure civile*, I, 1845, Paris-Poitiers, 1845, p. 290; SCIALOJA, *Commentario del codice di procedura civile per gli Stati Sardi*, I, parte II, Torino, 1857, p. 109; MATTIROLI, *Trattato di diritto giudiziale civile*, cit. I, n. 161.

²⁸³ «Patea plebs solidam columnam prope viginti pedum lapidis numidici in foro statuit, scripsitque: Parenti patriae. Apud eam lungo tempore sacrificare, vota suspicere, controversias quaedam, interposito per Caesarem iurejurando, distrahere perseveraverit». SVETONIUS, in *Jul. Caes.*, p. 85.

²⁸⁴ SCAMUZZI, voce *Conciliatore e Conciliazione giudiziaria*, in *Digesto It.*, VII, Torino, 1896, p. 40. Si consideri a riguardo che nella struttura bifasica del processo per *legis actiones*, la prima fase, c.d. *in iure*, in età monarchica veniva gestita dal *rex*, in età repubblicana dai consoli e, a partire dal 367 a.C., dal pretore urbano (*praetor urbanus*). Si v. LOVATO, PULIATTI, SOLIDORO, *Diritto privato romano*, Torino, 2017, p. 39.

²⁸⁵ Per un approfondimento sulla storia e la funzione dell'Editto del pretore, si legga SERRAO, *Dalle XII Tavole all'editto del pretore*, in (a cura di) SARGENTI-LURASCHI, *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana, Atti del Convegno Pavia 26-27 aprile 1985*, Padova, 1987, p. 71 e, spec. con riguardo al diritto processuale, p. 85.

²⁸⁶ Sul concetto di giustizia attraverso il contratto si v. DALFINO, *Mediazione, processo, ruolo dei giudici*, cit., p. 75.

²⁸⁷ Per una bibliografia completa sulla figura della *stipulatio Aquiliana* v. GUARINO, *op. cit.*, p. 845, nota 80.3.

Deve però sottolinearsi che a causa dell'ampiezza e spesso l'indeterminatezza della figura transattiva nel complesso del *pacisci* e dei *contractus*, atipici o c.d. *sine nomine* e la scarsità di fonti, solo a partire fino alla prima metà del secondo secolo d.C., nell'età antoniano-severiana e poi definitivamente nel diritto postclassico-giustiniano, si può iniziare a delineare la *transactio* come figura autonoma di negozio bilaterale: sono infatti il *Codex Theodosianus* e la Compilazione giustiniana a fornire gli elementi di riconoscibilità causale e di regime dell'istituto transattivo.

Nelle costituzioni imperiali che regolano la transazione possono trarsi spunti molto preziosi proprio sul rapporto della stessa con la sentenza e, in generale, sui riflessi che l'istituto aveva sul processo. Nell'età di Pomponio e nei decenni successivi la *transactio*, disciplinata per ipotesi particolari (ad esempio in materia successoria)²⁸⁸ e assistita dall'*arbitrum* del pretore, veniva affiancata ad altri strumenti convenzionali di soluzione della *res dubia*, quali il *ius iurandum*. Gli effetti del giuramento e della transazione venivano assimilati. Ulpiano riporta, a riguardo, i diversi pareri dei giuristi di quel tempo circa gli effetti dello spergiuro sottolineando come Labeone riteneva dovesse concedersi l'azione di dolo; Pomponio invece sottolineava che in forza del giuramento *sembra esserci una transazione*, e anche Marcello nel libro ottavo dei Digesta approvava questo parere, appellandosi al vincolo religioso del giuramento²⁸⁹. In altre parole, Pomponio e Marcello sostengono che, una volta prestato il giuramento, il rapporto sottostante si considerava transatto. La testimonianza di Ulpiano viene confermata da Gaio, il quale sottolinea che in caso di giuramento reso nel processo (*quod si alias inter ipsos iurerando transactum*), non è consentito alle parti riaprire il processo²⁹⁰. Ancora più significativamente, Paolo equipara gli effetti della transazione a quella della sentenza, specificando come

²⁸⁸ Cfr., ad esempio, D.2.15.3; D.2.15.4, D.2.15.8, D.2.15.9.

²⁸⁹ Ulp. 11 ad ed. D. 4.3.21: «Quod si deferente me iuraueris et absolutus sis, postea periurium fuerit adprobatum, Labeo ait de dolo actionem in eum dandam: Pomponius autem per iusiurandum transactum uideri, quam sententiam et Marcellus libro octauo digestorum probat: stari enim religioni debet».

²⁹⁰ Gaio, 30 ad. ed. prov. in D. 12.2.31 «...quod si alias inter ipsos iureiurando transactum sit negotium, non conceditur eandem causam retractare».

«Iusiurandum speciem transactionis continet maioremque habet auctoritatem quam res iudicata»²⁹¹.

A leggerlo attentamente il frammento D. 12.2.2 risulta di grande interesse. Il giuramento, quello volontario, «contiene una specie di transazione» – e «ha autorità maggiore della cosa giudicata».²⁹²

L'inquadramento autonomo della transazione si ebbe definitivamente nelle costituzioni dell'età dei Severi e in particolare nelle costituzioni che si collocano tra il 211 e 230 d.C.²⁹³. In questi anni Ulpiano riportò l'inquadramento della transazione come figura autonoma, definendola come l'accordo con cui di fronte ad una «questione dubbia» (*res dubia*) «e ad una lite incerta e non conclusa» (*et lite incerta neque finita*), facendosi reciproche concessioni (*aliquo dato aliquo retento*), le parti pongono fine ad una controversia esistente fra di loro²⁹⁴. La *transactio* aveva quindi assunto la sua specificità di negozio bilaterale, tendente a risolvere una situazione incerta o una controversia non ancora passata in giudicato. Alla *transactio* continuò ad essere attribuita autorità non minore di quella della *res iudicata*, come chiaramente riportato nel codice giustiniano:

«Non minorem auctoritatem transactionum quam rerum iudicarum esse recta ratione placuit, si quidem nihil ita fidei congruit humanae, quam ea quae placuerant custodiri. Nec enim ad rescindendum pactum sufficit, quod hoc secunda hora noctis intercessisse proponas, cum nullum tempus sanae mentis maioris quinque et viginti annis consensum repudiet»²⁹⁵.

²⁹¹ Paolo, 18 ad ed, in D. 12.2.2.

²⁹² Così Arnese, *La ragionevole durata del processo: religio iurisiurandi e utilità comune*, in *Studia et documenta historiae et iuris*, LXXXII, 2016, p. 9.

²⁹³ Così MELILLO, *Contrahere*, cit., p. 274.

²⁹⁴ Ulpiano, 50 ad ed., in D.2.15.1. «Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit. qui vero paciscitur donationis causa rem certam et indubitam liberalitate remittit». Sempre Ulpiano riporta poi che si può capire che una transazione sia stata conclusa, non solo se sia poi seguita una stipulazione Aquiliana, ma anche se sia stato concluso un <mero> patto (Ulpiano, 75 ad ed., in D.2.15.2. «Transactum accipere quis potest non solum, si Aquiliana stipulatio fuerit subiecta, sed et si pactum conventum fuerit factum»). Per approfondire l'inquadramento sistematico della transazione v. MELILLO, *Contrahere*, cit., pp. 275 e ss.

²⁹⁵ CI. 2.4. 20 (Imp. Diocl. et Maxim.)

In età tardo classica il negozio transattivo iniziò a configurarsi come una *conventio* che, traendo origine da un *pactum* o da una *stipulatio*, determinava il sorgere da un punto di vista processuale di *actiones*, quale l'*actio prescriptis verbis* (ossia l'azione per ottenere l'esatto adempimento da parte del contraente che aveva adempiuto), così come altre *actiones* atte a ripristinare l'equilibrio del rapporto sinallagmatico (quale, la *actio ex stipulatu*, *denegatio actiones*, la *in integrum restitutio*)²⁹⁶. È interessante notare come i rimedi processuali più ricorrenti tendevano a conservare la transazione, imponendo alla parte inadempiente l'adempimento o prestazioni di conguaglio. Sempre in punto di regime processuale, la transazione determinava anche il sorgere di *exceptiones* e, più precisamente, se una parte che aveva transatto una controversia promuoveva un'*actio maliziosa*, la controparte poteva esperire un'*exceptio transactionis*, per far valere l'esistenza dell'accordo ovvero le *exceptiones doli o pacti*, al fine di bloccare le pretese fondate su errate o dolose interpretazioni dell'accordo transattivo²⁹⁷. Dopo una valida transazione se una delle parti agiva in giudizio, la controparte era vincolata alla *sententia* solo nel caso in cui non abbia invocato la *denegatio actionis*, producendo la *exceptio doli* all'atto dell'instaurazione del giudizio o dopo la *litis contestatio*.²⁹⁸ Anche in tal caso, quindi, il regime processuale era volto a una massima conservazione del negozio.

La *transactio* dopo la sentenza era possibile solo qualora quest'ultima non fosse definitiva. Era infatti statuita la nullità della transazione che interveniva sul giudicato: si poteva al più procedere a un accordo tra creditore e debitore per scambiare con altro oggetto quello previsto nella *condemnatio*²⁹⁹. Dopo la formazione della sentenza definitiva la transazione poteva essere esperita solo in un caso particolare: e cioè quello in cui era possibile ignorare o negare l'esistenza del giudicato a mezzo di un processo di

²⁹⁶ Sul punto v. MELILLO, *Contrahere*, cit., pp. 279 ss; e anche pp. 289 e ss.

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 292; Per il regime delle varie *exceptiones* v. BERTOLINI, *op. cit.*, pp. 270 e ss.

²⁹⁸ Ulpiano riporta «Si quis post transactionem nihilo minus condemnatus fuerit, dolo quidem id fit, sed tamen sententia valet. potuit autem quis, si quidem ante litem contestatam transegerit, volenti litem contestari opponere doli exceptionem: sed et si post litem contestatam transactum est, nihilo minus poterit exceptione doli uti post secuti: dolo enim facit, qui contra transactionem expertus amplius petit. ideo condemnatus repetere potest, quod ex causa transactionis dedit. sane quidem ob causam dedit neque repeti solet quod ob causam datum est causa secuta: sed hic non videtur causa secuta, cum transactioni non stetur. cum igitur repetitio oritur, transactionis exceptio locum non habet: neque enim utrumque debet locum habere et repetitio et exceptio» (D. 12.6.23.3., Ulp. 43 ad Sab.)

²⁹⁹ Così CI. 2.4.32 ((Imp. Diocl. et Maxim.)

accertamento a ciò finalizzato. In tal caso la *lis* non era finita e quindi continuava ad essere transigibile³⁰⁰.

In generale la disciplina della transazione romana depone a favore di una stabilità del negozio da un punto di vista sostanziale attuato mediante lo strumento processuale: una chiara tendenza ad ostacolarne lo scioglimento, per il principio di conservazione di un negozio che ha generalmente forza vincolante, supportato dalle relative azioni ed eccezioni; ma anche, portato all'estremo, al punto da equipararne la stabilità degli effetti a quella del giudicato o del giuramento. E in questa equiparazione – motivata dai principi di conservazione del negozio – che si giustificano financo le tesi processuali più estreme che, come si è visto nel paragrafo precedente, erano giunte ad equiparare l'accordo emergente dalla conciliazione giudiziale alla sentenza.

1.2. Le legislazioni moderne: dalla legislazione napoletana del 1808 al codice del Regno delle Due Sicilie del 1819.

Nei tempi moderni la prima istituzione dei giudici di conciliazione (c.d. «fattori di pace») si ritrova in Olanda. Questi giudici avevano l'obbligo di tentare la conciliazione, ispirandosi a criteri di convenienza, soprattutto economica e solo in caso di fallimento di tale tentativo, i litiganti potevano percorrere la via del processo volto alla sentenza³⁰¹. L'antenato, invece, della conciliazione di diritto italiano si ritrova però nel codice francese del 1806, nel quale era presente il precetto di tentare preliminarmente innanzi al *juge de paix* la composizione amichevole di ogni lite prima di procedere a introdurla di fronte al giudice competente³⁰². Il tentativo di conciliazione obbligatorio nasce in Francia nel terreno politico-culturale governato dalle pulsioni illuministico-rivoluzionarie per le quali la legge, in quanto onnicomprensiva ed autosufficiente, non necessita di alcuna

³⁰⁰ D. 2.15.11 (Ulp 4 ad ed.).

³⁰¹ Si v. CARRATO, *op. cit.*, p. 5 e altresì MATTIROLO, *op. cit.*, n. 161; i quali si riferiscono entrambi agli studi tramandatici dallo studioso Dalloz (DALLOZ, *Répertoire*, V. *Conciliation*, n. 5 e ss.).

³⁰² L'48 del c.p.c. francese del 1806, al primo comma, recita «prima di promuoversi una domanda principale con cui si introduce un'istanza davanti ai tribunali civili tra persone capaci di transigere, e sopra oggetti che possono essere materia di transazione, l'attore deve far citare il reo alla conciliazione davanti il giudice di pace, quando ambo le parti non si fossero presentate volontariamente; senza di che l'istanza non è ammessa». Si v. PETRONIO, *Il futuro ha un cuore antico: considerazioni sul codice di procedura civile del 1806*, in (a cura di) PICARDI, GIULIANI, *Testi e documenti per la storia del processo, I codici napoleonici, Codice di procedura civile del 1806*, Milano, 2000, p. 16.

mediazione interpretativa e permette ai cittadini di regolare da sé le proprie vertenze, senza necessità di rivolgersi ad un giudice ed agli avvocati³⁰³. Detto tentativo preliminare ed obbligatorio di conciliazione non ebbe, tuttavia, lo sperato successo in Francia e si trasformò rapidamente in una vuota formalità e anzi in un ostacolo da dover superare il prima possibile per giungere a giustizia.

Un terreno fertile per la legislazione francese in punto di conciliazione fu quella del Regno di Napoli. Questo adattamento fu facilitato dal fatto che antiche consuetudini del regno napoletano vedevano la tendenza ad avvicinare il più possibile il giudice delle cause minori ai litiganti: si trattava della figura dei giudici minori (baglivi o bajuli), i quali cumulavano con uffici amministrativi le competenze giurisdizionali e venivano percepiti più come paceri che come magistrati³⁰⁴. E così le leggi del 20 e 22 maggio 1808 prevedero la costituzione dei giudici di pace, sul modello del *juge de paix* francese. Il giudice di pace napoletano non diede tuttavia migliore frutto dell'omonimo francese³⁰⁵.

Il codice per il Regno delle Due Sicilie del 1819³⁰⁶ rappresentò un adattamento all'ambiente giudiziario napoletano³⁰⁷, senza tuttavia rinunciare a una migliore regolamentazione della conciliazione, regolamentata per altro in apertura del codice. Venne infatti istituito il giudice conciliatore³⁰⁸, un giudice onorario, in ogni comune,

³⁰³ Questa riflessione si trova in MONTELEONE, *La mediazione obbligatoria*, cit., p. 1.

³⁰⁴ Un *excursus* sulla figura del conciliatore del Regno di Napoli si trova in MORTARA, *Commentario*, cit., p. 4 e in PICARDI, *Il conciliatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, vol. 1, 1984, p. 1070.

³⁰⁵ MORTARA, *ibidem*, p. 4.; Così anche, PISANELLI, *Relazione al libro I del codice di procedura civile del 1865*, in *Raccolta dei lavori preparatori del codice civile del Regno d'Italia*, Vol. VII, procedura civile, Palermo, 1868, p. 2: «Quando lo sperimento della conciliazione si volle rendere obbligatorio, come preliminare necessario del giudizio, non corrispose all'aspettativa e degenerò in una vana formalità».

³⁰⁶ Si trattava del nuovo "codice per lo Regno delle due Sicilie" (introdotto con editto del 21 maggio 1819, pubblicato il 29 maggio successivo, che contemporaneamente abrogava la vetusta e caotica legislazione precedente), che comprendeva il codice civile e di procedura civile ed il codice penale e di procedura penale. Detto codice veniva emanato su impulso di Ferdinando I nel neonato Regno unitario delle due Sicilie (comprendente i territori al di qua e al di là del Faro: prima vi erano due regni distinti ed il menzionato Ferdinando era III° di Sicilia e IV° di Napoli). Ferdinando I ebbe l'acume politico di non abrogare di netto la legislazione sostanziale e processuale napoleonica, che vi era stata introdotta e di ordinare, invece, nel 1815 la compilazione di un corpo completo del "diritto patrio", che finì con recepire molte delle utili innovazioni contenute nelle leggi francesi. Cfr., *funditus*, CIPRIANI, *Introduzione alle leggi di procedura nei giudizi civili del Regno delle due Sicilie*, in (a cura di) PICARDI, GIULIANI, *Testi e documenti per la storia del processo*, I codici napoleonici, Codice di procedura civile del 1806, Milano, 2000, *passim*.

³⁰⁷ Per questa riflessione si v. PICARDI, *op. cit.*, p. 1068.

³⁰⁸ Per un approfondimento dei diversi sistemi di giudici minori che si sono susseguiti nel Regno delle Sicilie si v. *ibidem.*, pp. 1069 e ss. In particolare, l'Autore ricorda come attraverso stratificazioni ed epoche diverse si fosse formata una fitta trama di giudici minori: le corti locali del XVIII secolo, i giudici di pace del periodo francese ed il conciliatore dell'ultimo periodo borbonico.

nonché un conciliatore per quartiere nelle città di Napoli, Palermo, Messina e Catania, i quali avevano limitate competenze contenziose e illimitata capacità di prevenzione o composizione amichevole dei litigi³⁰⁹. Il giudice conciliatore si differenziava dal giudice di pace: era uno speciale funzionario, che benché ufficiale dell'ordine giudiziario, aveva un ruolo minimo nell'amministrazione della giustizia. Questa caratteristica gli consentiva di prevenire il timore che egli potesse essere d'ostacolo allo spirito conciliativo delle parti. E infatti questo timore veniva palesato qualora le funzioni conciliative venissero esercitate dai magistrati, come i giudici di pace³¹⁰. In particolare, il giudice conciliatore si allontanava da un ufficio giurisdizionale e si avvicinava a quello di buon governo, avendo proprio il compito di spegnere le inimicizie, ma solo qualora tuttavia fosse stato richiesto dalle parti. Scompare, quindi, l'obbligatorietà del tentativo conciliazione, salvo per i casi di dissidi familiari per i quali si prevedeva una presunzione di richiesta di conciliazione. L'approccio principale tese quindi a evitare l'errore di matrice ideologica del codice francese: il preliminare tentativo di conciliazione non fu imposto a pena di improcedibilità della domanda, ma rimesso alla libera scelta delle parti ed agevolato con opportune disposizioni incentivanti³¹¹. Ed infatti il giudice conciliatore ebbe nel Regno delle Due Sicilie, a differenza che in Francia, un notevole successo tanto da assorbire e prevenire buona parte del contenzioso civile³¹². Nonostante il ruolo del conciliatore trovava evidentemente ragione nella possibilità anche di alimentare sentimenti pacificatori tra i litiganti, Mortara evidenziava come il risultato effettivo risultò in verità

³⁰⁹ In particolare, le leggi della procedura civile del 1819 prevedevano, all'art. 19 che «l'ufficio del conciliatore soprattutto consisteva nel procurare con attività che siano spente le inimicizie e gli odii fra gli abitanti del comune»; all'art. 20 che «egli deve con eguale zelo adoperarsi, quante volte ne sia richiesto, per comporre tra loro le liti insorte o temute», all'art. 21 che «sarà presunta la richiesta nelle separazioni personali colle sole vie di fatto fra i coniugi, e nei giudizi incominciati fra il padre o la madre ed i suoi figliuoli, fra gli avi e le avole e i loro nipoti; ma sono loro vietate le conciliazioni che producono la legale separazione personale o dei beni fra coniugi, le quali si eseguiranno secondo lo stabilito nei titoli VIII e IX libro VII delle presenti leggi della procedura nei giudizi civili. Ben vero, nel caso di detta separazione personale, il conciliatore insinuerà ai coniugi che adiscano il presente tribunale». Le leggi sono riportate in MORTARA, *Commentario*, cit., pp. 4-5. Si consideri inoltre che il giudice di pace non fu abolito ma assunse un'altra veste. Essi furono sollevati dalla funzione conciliative e assunsero invece il nome di giudici del circondario, con funzioni grosso modo corrispondenti a quelle dell'attuale pretore. Si v., per un approfondimento PICARDI, *op. cit.*, pp. 1073-1074.

³¹⁰ MATTIROLLO, *op. cit.*, n. 164.

³¹¹ Sulle diversità tra il giudice conciliatore del Regno delle due Sicilie e il giudice di pace francese, si v., più approfonditamente, SAREDO, *Istituzioni di procedura civile precedute dalla esposizione dell'ordinamento giudiziario italiano*, I, Firenze, 1887 n. 22, p. 32; più in generale per un confronto tra la figura del giudice di pace del Regno di Napoli e del giudice conciliatore del Regno delle Due Sicilie, si v. PICARDI, *op. cit.*, pp. 1073 e ss.

³¹² PICARDI, *ibidem*, p. 1077.

all'opposto. Secondo l'Autore, l'aver disseminato in tutti i comuni, questa forma di magistratura quasi primitiva, di accesso facile e poco costoso, riducendosi nella stessa figura oltre alla funzione conciliativa, anche quella contenziosa, avesse invece contribuito a stimolare uno spirito malsano di litigiosità, alimentando di fatto il carico giudiziario³¹³. La critica dell'Autore arrivò fino a considerare che nei comuni dove potevano evidenziarsi statistiche con un numero molto alto di conciliazioni, queste erano dovute di fatto alla mera volontà dei litiganti e non erano influenzate dal buon ufficio dei conciliatori; le parti sceglievano di accordarsi con questa modalità su alcune tipologie di controversie, ad esempio quelle su diritti reali, solo al fine di giungere al suggello di autenticità col verbale di conciliazione, più economico e spiccio dello strumento notarile³¹⁴. È anche interessante che la riforma ferdinanda ebbe il merito di definire un vero e proprio procedimento, concentrato nel libro primo del Codice di procedura civile, di fronte al conciliatore. In definitiva si potrebbe affermare che – quantomeno per quanto concerne la funzione prettamente contenziosa – il giudice conciliatore fu più un giudice minore che un conciliatore *strictu sensu* e che le critiche del Mortara debbano essere ridimensionate alla sola funzione conciliativa³¹⁵.

1.3. Il codice di procedura civile del 1865.

L'unificazione portò con sé una nuova codificazione e, infatti, con il R.D. 25 giugno 1865 n. 2366 venne emanato nel Regno d'Italia un nuovo ed unitario codice di procedura civile che sostituiva la frastagliata legislazione processuale esistente negli Stati preunitari³¹⁶. Si potrebbe affermare che è proprio nel codice del 1865 che inizia a porsi la dicotomia sussistente tra la conciliazione e il componimento della lite nel corso processo³¹⁷. In altre parole, il codice del 1865 iniziò a distinguere precipuamente tra due

³¹³ MORTARA, *Commentario*, cit., p. 6.

³¹⁴ *Ibidem*, p. 6.

³¹⁵ PICARDI, *op. cit.*, p. 1078.

³¹⁶ Per approfondimenti sul codice di procedura civile del 1865 si v. MONTELEONE, *Introduzione al codice di procedura civile del Regno d'Italia*, in (a cura di) PICARDI, GIULIANI, *op. cit.* Il codice di procedura civile del 1865 è disponibile sul sito del Ministero della Giustizia al seguente indirizzo https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_22_4_3_4.page#3a

³¹⁷ Per una ricostruzione generale dei lavori della riforma si v., SCAMUZZI, *Studi sulla conciliazione e sui giudici conciliatori*, Milano, 1883-1990, *passim*; GARGIULO, *Il sindaco e il conciliatore nel diritto italiano*, Napoli, 1890, p. 269; PASCUCCI, *L'ordinamento e le funzioni del conciliatore*, Roma, 1894, pp. 10 e ss.; PATERI, *I conciliatori nella vigente legislazione italiana*, Torino, 1900, *passim*; BATTISTA, *I procedimenti avanti ai conciliatori*, Milano, 1913, *passim*.

forme di istituto conciliativo. La prima è la conciliazione di fronte al conciliatore, magistrato onorario, disciplinata dai primi sette articoli del codice ed esperibile prima dell'inizio del giudizio. La seconda è una forma di conciliazione in sede contenziosa, nel corso del giudizio, di fronte al pretore o ad altri organi della giurisdizione contenziosa.

Per quanto concerne la prima forma di istituto conciliativo, il nuovo codice – facendo tesoro della positiva esperienza della disciplina del Regno delle Due Sicilie³¹⁸ – prende le distanze dal modello francese che prevedeva fondamentalmente il preventivo e obbligatorio esperimento della conciliazione ma anche dall'approccio ferdinando circa la presunzione di richiesta nelle cause aventi ad oggetto dissidi familiari. In altre parole, il codice dell'unificazione rinuncia a qualsiasi forma di preventiva ed obbligatoria imposizione della conciliazione, lasciando libera scelta alle parti di tentare di conciliarsi³¹⁹. Sempre su stampo del modello conciliativo sperimentato nel Regno delle Due Sicilie, il nuovo codice si apre proprio con sette articoli interamente dedicati al processo di conciliazione³²⁰, scegliendo però un modello di processo molto meno deformalizzato di quello da cui trasse ispirazione³²¹ e l'istituzione di un conciliatore in ogni Comune del Regno³²².

³¹⁸ La relazione Pisanelli sul progetto del codice di procedura civile, p. 4 richiama espressamente come modello della nuova conciliazione il codice del Regno delle Due Sicilie. Si consideri, in ogni caso, che dalla lettura dei lavori preparatori traspare che l'istituto conciliativo fu uno dei punti che presentò maggiori difficoltà e vide su fronti contrapposti chi presentava le esperienze del nord e quelli che si rifacevano alle tradizioni del sud. Alla fine, si decise di estendere il conciliatore sul piano nazionale proprio sulla base del fatto che era stato utilmente esperito nelle regioni meridionali e potesse garantire la stessa funzionalità in tutto il territorio nazionale. Cfr. verbale n. 3 della seduta del 19 aprile 1865 in *Codice di procedura civile del Regno d'Italia*, (a cura di) GIANZANA ET AL., II, Torino, 1889, pp. 14-16.

³¹⁹ MORTARA, *Commentario*, cit., p. 7.

³²⁰ La disciplina si trova nel primo capo del titolo preliminare (rubricato «della conciliazione») del codice di procedura civile del 1865. Si consideri però che lo schema processuale regolante la conciliazione non è però tutto contenuto nel libro primo del codice di procedura civile come accadeva nel modello precedente ma fu costruito anche attraverso un doppio rinvio. Il processo di fronte al conciliatore ha le sue disposizioni speciali agli artt. 448 e ss. del c.p.c. del 1865 ed è poi inserita nello stesso codice una norma di chiusura (art. 464 c.p.c. del 1865) che per tutto ciò che non è regolato espressamente, rinvia al processo pretorile (art. 447 c.p.c. del 1865). Si consideri inoltre che successivamente all'entrata in vigore del codice di procedura civile del 1865, la L. 16 giugno 1892 n. 261 ridelineò l'istituto della conciliazione, attribuendo ai conciliatori «tutte le azioni personali e civili e commerciali relative a beni mobili, il valore delle quali non ecceda le lire 100» (art. 15 della Legge 1892 n. 261) e, entro il medesimo ammontare, anche quelle concernenti beni immobili urbani e rustici. Qualora invece la conciliazione avesse ecceduto il valore di lire 100, o fosse stato di valore indeterminato, l'atto di citazione aveva soltanto forza di scrittura privata riconosciuta in giudizio (art. 12 della Legge 1892 n. 261). Per un approfondimento della competenza dei conciliatori si v. VACCÀ, *La giustizia non togata. Alle radici della composizione dei conflitti fra conciliazione, arbitrato e giurisdizioni speciali*, Milano, 1998, pp. 90 e ss.

³²¹ PICARDI, *op. cit.*, pp. 1078-1079.

³²² MONTELEONE, *La mediazione obbligatoria*, cit., p. 2

In particolare, le caratteristiche principali di questo nuovo procedimento conciliativo erano (i) la richiesta di parte e (ii) l'integrazione di alcune condizioni obiettive (la divergenza doveva avere per oggetto una controversia³²³, non doveva trattarsi di una materia dove erano vietate le transazioni³²⁴) e subiettive (la capacità delle parti di disporre³²⁵, il consenso di entrambe le parti³²⁶) al fine di poterlo esperire. Date queste condizioni, il giudice-conciliatore aveva la facoltà di interporre i suoi buoni uffici e di raccogliere le dichiarazioni delle parti in un verbale di conciliazione gli accordi conclusi, con la sua mediazione, fra gli interessati. Anche in questo caso non si mancò di far notare come la prima condizione obiettiva veniva nella prassi molto spesso baipassata: le parti fingevano una lite al sol fine di arrivare a un contratto per eludere le spese notarili³²⁷.

La dottrina che si occupò di commentare le nuove norme iniziò a discutere del carattere tipico della funzione conciliatrice. In particolare, il Mortara spiegava come essa non potesse essere intesa come una funzione di polizia ma non contenesse nemmeno tutti gli elementi della giurisdizione contenziosa³²⁸. L'Autore si riportò alle nozioni stabilite intorno alla teoria dell'azione per concludere – come si è visto approfonditamente nel capitolo precedente – che detta funzione rientrasse comunque nell'orbita delle funzioni giurisdizionali e, tra queste, escluse che si trattasse di giurisdizione volontaria³²⁹.

³²³ Articolo 1 c.p.c. del 1865: «I conciliatori, quando ne siano richiesti, devono adoperarsi per comporre le controversie».

³²⁴ Articolo 2, primo comma c.p.c. del 1865: «La conciliazione può aver luogo quando (omissis) non si tratti di materia nella quale sono vietate le transazioni».

³²⁵ Articolo 2, primo e secondo comma c.p.c. del 1865: «La conciliazione può aver luogo quando le parti abbiano la capacità di disporre degli oggetti su cui cade la controversia (omissis). La conciliazione fatta da un tutore o altro amministratore, o da chi non possa liberamente disporre degli oggetti su cui cade la controversia, ha soltanto effetto quando sia approvata nei modi stabiliti per la transazione».

³²⁶ Articolo 5, secondo comma c.p.c. del 1865: «Se alcuna delle parti non comparisca nel giorno e nell'ora stabiliti, non si ammettono altre richieste per la conciliazione, salvo che non siano fatte da tutte le parti». In altre parole, la norma definisce come se una delle due parti non compare per tentare appunto la conciliazione, mostrando così il suo consenso al procedimento, quest'ultimo non può continuare. Per approfondimento di queste condizioni si v. MORTARA, *Commentario*, cit., p. 7 e ss.

³²⁷ MORTARA, *Commentario*, cit., pp. 7-8; 12-13. Secondo l'Autore questo modo di utilizzare la conciliazione valeva a sminuire il significato dei grossi numeri con cui le tavole statistiche esprimevano le conciliazioni ottenute e veniva infatti ripetuta di frequente dai procuratori del re nei loro discorsi d'inaugurazione.

³²⁸ *Ibidem*, pp. 8-9

³²⁹ V. *funditus* Cap. I, par. 3.3.

Nonostante le statistiche giudiziarie mostrano che l'istituto conciliativo riuscisse ad assorbire ed a prevenire una notevole percentuale del contenzioso civile³³⁰, la dottrina dell'epoca non si mostrò favorevole all'utilizzo dello stesso. Alcuni commentatori – tra i quali di nuovo il Mortara – fecero notare come la funzione del conciliatore mutò poi nella prassi il proprio nucleo fondante: da organo deputato alla pacificazione dei dissidi, si trasformò in un giudice chiamato a dirimere un gran numero di questioni, spesso gravi e intricate, la cui soluzione presupponeva un corredo di cognizioni, una preparazione e maturità di studi che non occorreva invece al conciliatore originariamente pensato come giudice onorario³³¹. La c.d. giustizia popolare facile, comoda, alla portata di tutti³³² apparve come un ideale illusorio da dover rifuggire, dovendo puntare – al fine di alleggerire il carico giudiziario – ad altre forme deflative del contenzioso, basate sulla possibilità di innestare nei litiganti la gravità dell'azione giudiziaria e a costringerli a maggiore riflessione prima di promuoverle. Lo scetticismo della dottrina di quel periodo verso l'istituto conciliativo preventivo, nonostante i dati positivi a livello statistico, era dovuta a diversi fattori, tra i quali l'egelianismo imperante, l'avversione, in un'epoca fortunata, per i compromessi; la qualificazione poco chiara della funzione del conciliatore in un momento, post unificazione, dove la giurisdizione era considerata il presidio di compattezza dell'ordinamento; il timore che il giudice, attraverso la conciliazione, potesse eludere l'onore del processo³³³. Anche la classe notarile, spaventata che il conciliatore potesse portare ad alcuni abusi, la guardava con antipatia e diffidenza³³⁴.

³³⁰ Si v. CECCHI, *Analisi statistica dei procedimenti civili di cognizione in Italia*, Bari, 1975, p. 14, da cui risulta, ad esempio, che nel decennio 1931-1940 su 1.213.800 procedimenti iniziati annualmente innanzi ai vari organi giudiziari, ben 823.200 pendevano ed erano esauriti negli uffici di conciliazione.

³³¹ Si tratta della relazione di Sandrelli sull'amministrazione della giustizia innanzi ai conciliatori presentata alla commissione per la statistica giudiziaria del dicembre 1898 che viene riportata da MORTARA, *Commentario*, cit., p. 14; Mortara arrivò a sostenere che «la sua utilità pratica è insignificante» (cfr. MORTARA, *Istituzioni di procedura civile*, Firenze, 1922, p. 276).

³³² Si leggano, a riguardo, le relazioni degli atti parlamentari relativi alla ridefinizione della competenza del conciliatore dalla L. 16 giugno 1892 n. 261 e, in particolar modo, del ministro di grazia e giustizia Chimirri, il quale sottolineava che il compito della conciliazione fosse quella di «avvicinare, quanto più è possibile, la giustizia alle parti litiganti nelle controversie di minore entità, nelle quali la lontananza dal giudice potrebbe anche impedire ad esse di adirlo; rendere meno gravi le spese giudiziali nelle cause di minor valore; far sì che le popolazioni dal più frequente contatto col giudice conciliatore si avvezzino a sottoporgergli anche le questioni di maggiore importanza, nelle quali la sua azione è tanto più benefica perché può evitare le liti, tali sono i principali fini a cui mira il progetto». Per le relazioni e i riferimenti si v. VACCÀ, *op. cit.*, pp. 90-92.

³³³ Cfr., per queste considerazioni, NICOLETTI, *op. cit.*, p. 38.

³³⁴ Il timore della classe notarile verso la preoccupazione che il conciliatore potesse sostituire il notaio divenne persino una questione oggetto dell'ordine del giorno al Congresso notarile italiano del 1877. Cfr. *Giornale dei notai*, anno II, 1877, p. 297-329; nonché della circolare 19 giugno 1879 del Guardasigilli Tajani (Lo riporta MATTIROLO, *op. cit.*, n. 181).

La seconda forma di conciliazione, quella esperibile nel corso del procedimento trovò sede nel nuovo codice. Più precisamente venne disciplinata all'art. 417 c.p.c. del c.p.c. 1865: si trattava di un tentativo obbligatorio di conciliazione da esperirsi di fronte al pretore³³⁵. Più precisamente, il codice del 1865, come si è appena detto, si allontanò dal modello francese che prevedeva la conciliazione preventiva (in via obbligatoria) di fronte al giudice di pace, optando per una conciliazione preventiva (in via facoltativa) di fronte alla figura del conciliatore. Tuttavia, scelse altresì di disciplinare una forma di conciliazione successiva all'inizio del processo e obbligatoria, da esperirsi di fronte al pretore che di fatto rappresentava il giudice di pace del codice francese (così come nel codice italiano del Regno di Napoli)³³⁶. Il pretore, infatti, all'udienza, dopo aver udito le parti in persona nelle loro ragioni ed eccezioni, doveva procurare di conciliarle. Tuttavia, siccome non era obbligatoria la comparizione personale delle parti, il tentativo di conciliazione non era più obbligatorio qualora le parti, o alcune di esse, comparivano per mezzo del procuratore³³⁷. Ci troviamo quindi di fronte all'introduzione di una speciale forma di conciliazione obbligatoria che di fatto puntava a incentivare una soluzione conciliativa su scelta, comunque, delle parti che – se non volevano nemmeno tentare di accordarsi – dovevano semplicemente non comparire in udienza in persona.

Nonostante la conciliazione non potesse essere ritenuto un passaggio davvero obbligatorio del processo nel codice del 1865, il suo risultato e, quindi, l'eventuale raggiungimento di una conclusione bonaria del conflitto aveva un'efficacia pregnante. Si deve tenere presente, infatti, che l'art. 1772 del codice civile del 1865 era molto chiaro nell'affermare che le transazioni «hanno fra le parti autorità di una sentenza irrevocabile»³³⁸.

³³⁵ Per un approfondimento sull'istituzione e l'ordinamento delle preture si v. MATTIROLO, *op. cit.*, n. 194 a 203.

³³⁶ Avvertiva Picardi, in un *excursus* sul passaggio dal giudice di pace al conciliatore effettuato già nel codice del 1816 che «i giudici di pace, sollevati dalla funzione conciliativa, assunsero, invece, il nome di giudici del circondario, con funzioni grosso modo corrispondenti a quelle dell'attuale pretore». Cfr. PICARDI, *op. cit.*, pp. 1073-1074.

³³⁷ Cfr. MORTARA, *Commentario*, cit., p. 27.

³³⁸ Sull'equiparazione degli effetti della transazione e della sentenza si v. *funditus* Cap. 3, Sez. I, § 3

Si consideri – sempre a dimostrazione dell’importanza degli istituti relativi alla prevenzione delle liti e volti a favorire approcci concilianti del codice del 1865 – che il tentativo di conciliazione in sede contenziosa era previsto anche per numerosi altri casi specifici dallo stesso codice o da leggi speciali, all’esordio del procedimento o nel corso dello stesso³³⁹.

A titolo di esempio si fa riferimento alla previsione di un tentativo di conciliazione obbligatorio nelle cause di separazione personale fra coniugi, che doveva essere esperito in via obbligatoria, senza esclusioni, da parte del presidente del tribunale, dopo aver sentito separatamente l’uno e l’altro coniuge³⁴⁰; alla possibilità di nomina di arbitri conciliatori nelle cause commerciali quando era necessario esaminare conti, scritture, registri, con l’incarico di conciliare le parti e conciliarle se possibile³⁴¹; alla funzione conciliativa attribuita ai *probi viri* per le controversie giuslavoristiche³⁴²; all’obbligo di tentare la conciliazione in capo ai capitani e ufficiali di porto nell’esercizio della speciale competenza contenziosa loro attribuita³⁴³.

Non si reputò invece opportuno, per regola generale, attribuire ai tribunali e alle corti di appello, la facoltà (né tantomeno l’obbligo) di tentare la conciliazione dei litiganti nelle cause civili di loro competenza. Ciò in quanto si considerava rischioso per l’indipendenza dell’organo giudicante che nelle liti civili di maggior importanza egli potesse avere sia un ruolo conciliativo che decisorio. In altre parole, si riteneva che il magistrato che era stato protagonista di una conciliazione non riuscita e aveva quindi necessariamente dato la sua opinione nel corso della stessa, potesse risultare influenzato successivamente nell’atto del decidere³⁴⁴. Questa considerazione dimostra come il conciliatore, il pretore o qualsiasi organo non avevano un ruolo passivo nel corso delle procedure conciliative ma fossero parte attiva nella scelta dei termini dell’accordo, contribuendo a dare la propria opinione sul modo in cui le parti dovessero concretamente conciliarsi.

³³⁹ Un quadro generale di questi istituti è presente in MORTARA, *Commentario*, cit., pp. 27-30.

³⁴⁰ Articolo 808 del c.p.c. 1865.

³⁴¹ Articolo 402 del c.p.c. 1865.

³⁴² Artt. 8 e 10 della Legge n. 295 del 15 giugno 1893.

³⁴³ Art. 16 del codice per la marina mercantile del 1865.

³⁴⁴ MATTIROLO, *op. cit.*, n. 169.

1.4. L'interrogatorio libero delle parti per tentare di conciliarle: dal codice del 1865 alle proposte del primo decennio del 1900.

Il codice del 1865 prevedeva altresì l'istituto della comparizione personale delle parti su ordine del giudice per procedere a interrogarle liberamente sui fatti di causa; il quale aveva però una portata limitata. Più precisamente, il legislatore del 1865 non optò per la scelta dell'art. 119 c.p.c. del codice francese che consentiva l'ordine di comparizione per tutte le cause ma scelse di limitarlo solo alle cause commerciali³⁴⁵ e a quelle davanti ai giudici monocratici (pretore e conciliatore)³⁴⁶. La dottrina italiana era divisa sulla funzione dell'istituto dell'interrogatorio libero: secondo alcuni aveva uno scopo di istruzione in quanto facilitava la conoscenza della verità, potendo dar luogo a una confessione della parte³⁴⁷; secondo altri, pur potendo dar luogo a una confessione, aveva come primo scopo quello di chiarire e integrare le affermazioni di fatto³⁴⁸; secondo altri ancora, lo scopo principale dell'ordine di comparizione delle parti al fine di interrogarle era quello di tentare la conciliazione, con la conseguenza che le dichiarazioni rese in corso di interrogatorio libero non potevano avere valore di prova³⁴⁹.

Nel vigore del codice del 1865 la dottrina aveva proposto di estendere a tutti i processi la comparizione personale delle parti su ordine del giudice³⁵⁰, funzionale a interrogare le

³⁴⁵ Si fa riferimento all'art. 401 del codice di procedura civile del 1865 il quale prevedeva, con riferimento alle cause commerciali che «il tribunale può sempre ordinare, anche d'ufficio, che le parti compariscano personalmente per essere sentite all'udienza, o in camera di consiglio, e, se vi è legittimo impedimento, può delegare un giudice, che fa compilare processo verbale delle dichiarazioni delle parti».

³⁴⁶ L'art. 446 c.p.c. che era previsto per il procedimento pretorile ma trovava applicazione anche nel procedimento di fronte al conciliatore stabiliva che «quando le parti siano rappresentate nel procedimento, a norma dell'articolo 456 capoverso secondo, il pretore può ordinare che compariscano in persona all'udienza da lui stabilita se riseggano nel comune, o nel mandamento, e, se riseggano fuori del comune o del mandamento, può richiedere che siano sentite, sopra fatti specificati, dal pretore del mandamento in cui hanno residenza».

³⁴⁷ BORSARI, *Il codice italiano di procedura civile*³, I, Torino, 1872, p. 571; MATTIROLO, *Trattato*, cit., pp. 676 e ss.

³⁴⁸ CARNELUTTI, *Lezioni*, cit., III, p. 309; BETTI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 570.

³⁴⁹ REDENTI, *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano, 1938, p. 460.

³⁵⁰ Sulle diverse posizioni v. MATTIROLO, *Trattato*, cit., II, p. 677; LESSONA, *Trattato delle prove in materia civile*³, I, Torino, 1927, p. 691 e spec. nota 2. Le ragioni delle tesi estensive si basavano su tre principali argomenti. Il primo, quello secondo cui l'interrogatorio libero era uno strumento per la ricerca della verità da preferire rispetto all'interrogatorio su istanza di parte in quanto, non vertendo su fatti formulati in capitoli e conosciuti in anticipo dall'interrogando, favoriva la spontaneità e la sincerità delle risposte; il secondo verteva su una ragione pratica e, più precisamente, il contatto diretto tra le parti e il giudice risultava molto più utile nelle cause civili in materia di successione, diritti di famiglia e simili più che in controversie commerciali in quanto venivano in luogo relazioni e rapporti personali che avrebbero potuto meglio essere sviscerati dal magistrato in sede di interrogatorio libero. Da ultimo, si sottolineava che lo scarso successo

parti, anche al fine di tentare la conciliazione. E così nel 1908 e nel 1909 vennero presentati dal guardasigilli Vittorio Emanuele Orlando, due progetti, redatti da Mortara, contenenti la proposta di regolamentazione dell'interrogatorio libero per tutti i processi civili³⁵¹. L'art. 12 del progetto del 1909, che riproduceva l'art. 15 del progetto del 1908, stabiliva che «la comparizione personale delle parti può essere ordinata, in prima istanza o in appello, in qualsiasi controversia civile o commerciale. Le parti sono interrogate separatamente o in confronto tra loro, secondo le circostanze. Delle domande e delle risposte si fa processo verbale che deve essere tenuto presente nella decisione della causa»; inoltre, qualora dall'esame delle parti fosse emersa la possibilità di transigere o di conciliare la lite «l'autorità giudiziaria interpone all'uopo i suoi uffici. Della conciliazione o transazione concordata avanti il magistrato le parti possono chiedere sia compilato processo verbale». La relazione ministeriale al progetto sottolineava l'importanza decisiva di un contatto diretto tra il giudice e le parti, funzionale a quietare lo spirito di ostilità che animava tutte le liti e, quindi, altresì, a favorire, ove possibile, la conciliazione³⁵². In questa proposta di riforma si poteva scorgere un legame profondo tra l'interrogatorio libero e il tentativo di conciliazione, al punto che la possibilità di conciliare le parte poteva sorgere solo a seguito dell'interrogatorio.

La proposta dei progetti Orlando di generalizzare l'istituto della comparizione personale delle parti trovò attuazione pratica con la riforma del giudice unico in prima istanza (r.d. 27 agosto 1913, n. 1012). In particolare, l'art. 6 del r.d. 1012/1913 conferiva al giudice la facoltà, in qualunque stato della causa, di invitare le parti a comparire personalmente al fine di interrogarle, tentando – ove ne fosse emersa la possibilità – la conciliazione o la transazione della lite. In dottrina si diffuse comunque un sentimento di scetticismo verso l'utilità pratica dell'istituto sia perché da un lato, esso aveva già

dell'interrogatorio libero di fronte ai tribunali commerciali e ai giudici monocratici era dovuto alla complicazione delle forme processuali ordinarie, piuttosto che all'utilità dell'istituto in sé, quale ad esempio la possibilità di impugnare con reclamo l'ordinanza che disponeva l'interrogatorio libero. Sarebbe quindi bastato semplificare la procedura per rinvigorire l'utilità dell'istituto *de quo*. Per un approfondimento sul tema si v. REALI, *L'interrogatorio delle parti nel processo civile*, Bari, 2009, pp. 62 e ss.

³⁵¹ Per i progetti orlando del 1908.e 1909 v. TARZIA-CAVALLONE, *I progetti di riforma del processo civile* (1866-1936), II, Milano, 1989, pp. 876 e ss.; così anche CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel regno d'Italia*, Milano, 1991, p. 124 e ss.; CAVALLONE, «*Preferisco il cattivo processo attuale*» (*Chioventa, Mortara e il «progetto Orlando»*), in *Riv. dir. proc.*, 1988, pp. 1048 e ss.

³⁵²Relazione ministeriale di presentazione del d.d.l. del 1909, che può leggersi in TARZIA-CAVALLONE, *ibidem*, p. 861.

mostrato di essere infruttuoso nel procedimento di fronte al giudice monocratico e sia perché la legge non stabiliva alcuna sanzione nell'eventualità in cui le parti non fossero comparse e, quindi, gli incentivi a rispettare l'ordine del giudice erano evidentemente bassi³⁵³. Nonostante le premesse negative, si riconobbe all'istituto un buon successo nella prassi³⁵⁴. Ma ciò non bastò a contrastare lo scetticismo iniziale e, infatti, esso ebbe vita effimera: fu abrogato con la legge 27 dicembre 1914, sotto la pressione del malcontento del ceto forense ma senza una reale giustificazione. Il giovane Calamandrei spiegò che l'istituto fu financo considerato da qualche curia una «mostruosa novità»³⁵⁵.

Negli anni successivi, l'istituto continuò ad essere protagonista dei progetti di riforma del codice e, in particolar modo, della proposta del 1919 elaborata da Chiovenda³⁵⁶. La proposta di Chiovenda sulla conciliazione, unita a una proposta di radicale trasformazione dell'interrogatorio libero, in totale rottura con la nostra tradizione, seppur mai attuata, rappresenta appieno l'emblema di un codice che sintetizzi da un lato, un forte potere interventista del giudice chiamato a conciliare le liti e dall'altro lato, la centralità delle parti nel giungere a una definizione bonaria. Anzi tutto, in una riforma, orientata, come noto, ai principi fondamentali dell'oralità, concentrazione e immediatezza, trovò facilmente sede un istituto come l'ordine di comparizione delle parti in udienza su disposizione del giudice (art. 30)³⁵⁷. Tuttavia, Chiovenda, nel confermare al giudice poteri per interrogare le parti, prevede un tentativo di conciliazione del tutto autonomo dall'interrogatorio libero³⁵⁸. Secondo la proposta di riforma il giudice, il quale può tentare il componimento in qualsiasi fase del dibattimento (art. 63), «può» a tale scopo ordinare d'ufficio la comparizione personale delle parti in udienza (art. 30)³⁵⁹. L'utilizzo del verbo «può» denota, quindi, che la proposta del 1919 stabilì la possibilità che il giudice stimolasse la conciliazione secondo due forme. La prima, ordinando la comparizione

³⁵³ PATERI, *Il giudice unico in Tribunale*, in *Appendice alle 2^a ed. degli Atti della procedura civile, commenti e formule*, Torino, 1914, p. 42.

³⁵⁴ Così CHIOVENDA, *Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopo guerra* (1920), in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, II, 1993 p. 86.

³⁵⁵ CALAMANDREI, *Questioni fondamentali e riforma del processo civile (1914)*, in *Opere giuridiche*, X, Roma, 2019, p. 63.

³⁵⁶ Il progetto e la *Relazione* al progetto possono leggersi in CHIOVENDA, *Saggi*, cit., II, p. 1 e ss.

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 86.

³⁵⁸ Sul punto v. le riflessioni di REALI, *op. cit.*, p. 81.

³⁵⁹ CHIOVENDA, *Saggi*, cit., II, p. 62 e 86. L'art. 30 regola, più precisamente i poteri istruttori del giudice, prevedendo la possibilità di ordinare la comparizione personale delle parti o di alcuna di esse al dibattimento orale, sia per tentare il componimento amichevole e sia per interrogarle sui fatti di causa.

personale delle parti o di alcuna di esse al dibattimento orale, disponendo l'interrogatorio libero (e, se richiesto dalle parti, anche quello reciproco delle parti stesse); la seconda, invece, senza ordinare la comparizione personale delle parti e, quindi, si suppone, proponendo egli stesso ai procuratori una conciliazione (il che, ricorda l'attuale 185 *bis* c.p.c.). Nell'uno e nell'altro caso, se il componimento fosse riuscito, ne sarebbe stato redatto verbale con valore di titolo esecutivo (art. 63). Si evince che la riforma rinuncia a qualsiasi forma di conciliazione obbligatoria, considerata per altro «inopportuna quanto inefficace», sottolineando altresì che lo strumento conciliativo deve essere usato dal giudice «con discernimento», secondo non solo la natura delle cause ma anche le condizioni dei litiganti³⁶⁰. Così attuato, il componimento può dare «ottimi frutti»³⁶¹.

La prima forma di conciliazione, quella legata all'interrogatorio libero, va letta in combinato disposto con la modifica delle forme di interpello della proposta di riforma chiovendiana. È interessante notare come, rispetto al codice del 1865, l'interrogatorio dovesse avvenire in udienza e comunque sempre di fronte a un giudice che partecipi alla decisione della causa e, altresì che, qualora si fosse trattato di un interrogatorio disposto dal giudice (o su istanza di parte) a mezzo dell'ordine di comparizione, non solo l'autorità avrebbe potuto interrogare liberamente le parti ma le stesse avrebbero potuto liberamente interrogarsi fra loro sui fatti di causa (art. 41)³⁶². La soluzione negoziale della controversia non prevedeva quindi solo delle domande rivolte dal giudice alle parti ma anche una sorta di esame incrociato tra le stesse alla maniera anglosassone; il che era fortemente rafforzato in termini di effetti se si considera che il giudice avrebbe potuto chiedere alle

³⁶⁰ CHIOVENDA, *Saggi*, cit., II, p. 86

³⁶¹ *Ibidem*, p. 86.

³⁶² CHIOVENDA, *Saggi*, cit., II, p. 65. Si consideri che la proposta di riforma di Chiovena propose di stravolgere notevolmente l'interrogatorio. La proposta prevedeva che l'interrogatorio non solo avvenisse in udienza ma che non si svolgesse più, com'era nel codice del 1865, su articoli separati specificamente dedotti. Ciascuna parte avrebbe avuto diritto di interrogare direttamente l'avversario sull'oggetto della controversia, sulla esistenza di documenti e, in generale, su tutte le circostanze che possono avere importanza per il giudizio. A tal fine, ciascuna parte poteva chiedere che l'altra parte fosse chiamata a comparire personalmente al dibattimento orale, avvertendola che sarebbe stata interrogata sui fatti di causa (art. 21). L'interrogatorio, specifica la Relazione, sarebbe dovuto avvenire «sul tipo inglese liberamente» (art. 41). L'idea era – per Chiovena – di fare in modo che la parte venisse interrogata senza che «le si dia modo di mandarsi, come oggi accade, a memoria, le risposte». L'interrogatorio libero, per altro, non era solo finalizzato a una ricerca della verità più genuina ma anche ad evitare le lungaggini delle questioni di ammissibilità delle domande. Veniva poi conservato il principio per il quale se la parte non fosse comparsa senza ragioni legittime o si fosse rifiutata di rispondere, il fatto affermato dall'avversario sarebbe senz'altro ritenuto come ammesso (art. 21, capov.). Infine, la proposta di riforma introdusse, altresì, il c.d. interrogatorio giurato (v. nota successiva).

parti di giurare su determinati fatti ai quali le stesse avevano fatto riferimento in sede di interrogatorio libero. E, infatti, tra le novità della proposta riforma all'istituto dell'interrogatorio vi fu quella di prevedere il c.d. interrogatorio giurato³⁶³.

Al fine di apprendere appieno la proposta di riforma chiovendana bisogna, altresì, mettere in luce che essa fosse orientata a garantire un più rapido disbrigo delle cause e, a questo scopo, considerò necessario che il giudice non dovesse «conservare quell'attitudine alla passività e quasi indifferenza che nel nostro processo civile si è abituato e forse si è trovato costretto ad assumere»³⁶⁴. E così da un lato, conferì ampi poteri al giudice per favorire forme di soluzione bonaria della lite e dall'altro lato, all'art. 29, fece obbligo al giudice di vegliare affinché l'istruzione della causa avvenisse in maniera *celere ed economica*³⁶⁵. Il modello di conciliazione propugnata da Chiovena richiese quindi un continuo contatto tra il giudice e le parti e, altresì, un giudice fortemente interventista che si interponesse con i suoi buoni uffici tra i litiganti. Ruolo interventista che emerge anche per il fatto che, valutata la natura della causa, il giudice poteva anche stimolare la conciliazione senza chiedere la comparizione. Al tempo stesso però Chiovena non rinunciò a un ruolo protagonista delle parti nella conciliazione se si considera che in sede di interrogatorio le stesse potevano interrogarsi vicendevolmente. E in questo interrogatorio libero, per altro, le risposte date dalle parti assumevano un peso importante, visto che le stesse potevano financo essere chiamate a giurare sui fatti su cui erano state (o si erano vicendevolmente) interpellate.

Gli anni appena antecedenti l'emanazione del codice di procedura civile del 1940 furono fervidi di proposte di riforma e tutte confermarono in qualche modo il legame tra l'interrogatorio libero e il tentativo di conciliazione, e, più generale, la conciliazione come istituto del processo ordinario. A seguito del progetto chiovendiano, vi fu, nel 1923, una proposta di Mortara di modifica al c.p.c. volta ad emendare la disciplina dell'istruttoria

³⁶³ CHIOVENDA, *Saggi*, cit., II, p. 66. Vedi inoltre per un approfondimento, REALI, *op. cit.*, p. 80. Una volta espletato l'interrogatorio, l'autorità giudiziaria poteva disporre che una delle parti, individuata secondo le circostanze del caso, prestasse giuramento su qualche fatto che non fosse ancora pienamente provato. Se la parte, senza ragioni si fosse rifiutata di giurare, la sua domanda o la sua eccezione avrebbe potuto essere rigettata (art. 42).

³⁶⁴ CHIOVENDA, *Saggi*, cit., II, p. 61

³⁶⁵ CHIOVENDA, *Saggi*, cit., II, p. 61

orale, con la finalità di dare più poteri istruttori al giudice e di rendere più semplici alcune attività processuali, quale quella dell'interrogatorio³⁶⁶. La proposta di Mortara rinunciava all'interrogatorio diretto tra i litiganti ma, in linea con la proposta chiovendiana, escluse la necessità di una deduzione di fatti in capitoli specifici e separati. In questo senso, il giudice poteva disporre d'ufficio, o su richiesta di parte, l'interrogatorio della parte indicando i fatti sul quale la parte sarebbe stata chiamata, in udienza pubblica, a rispondere, eventualmente anche in contraddittorio (art. 108). La parte poteva essere, anche secondo questa proposta, chiamata a giurare sui fatti dichiarati. Al termine dell'interrogatorio il giudice avrebbe potuto interporre il suo ufficio affinché fosse conclusa una conciliazione, potendo, a tal fine, concedere alle parti un breve termine per le trattative (art. 111). In questo caso ritorna ad essere nuovamente inscindibile il legame tra la comparizione personale e la conciliazione ma anche un ruolo centrale del giudice; si attenua invece delle parti, alla luce dell'impossibilità per le stesse di interrogare direttamente l'altra parte³⁶⁷.

Nel 1926 fu presentato da Carnelutti un progetto alla Sottocommissione delle Commissioni reali per la riforma al codice³⁶⁸, il primo progetto ufficiale della riforma al c.p.c. 1865, il quale si mosse nella direzione degli altri progetti circa l'interrogatorio, sopprimendo quello per capitoli e introducendo la c.d. libera interrogazione. Essa poteva essere richiesta dalle parti oppure disposta d'ufficio dal giudice a mezzo dell'istituto dell'ordine di comparizione; il progetto, tuttavia, non ebbe l'audacia di proporre l'esame incrociato delle parti in sede di interrogatorio, come quella di Chiovena³⁶⁹. Sulla scia invece di quello chiovendiano, il progetto Carnelutti separò nuovamente il tentativo di conciliazione dalla necessaria comparizione delle parti; ripropose però un tentativo obbligatorio di «equo componimento» all'inizio del giudizio, il quale poteva essere altresì rinnovato dal giudice discrezionalmente nel corso di qualunque momento del processo (art. 216).

³⁶⁶ MORTARA, *Per il nuovo codice di procedura civile, Riflessioni e proposte*, Giur. it., 1923, IV, c. 145.

³⁶⁷ Per un approfondimento, REALI, *op. cit.*, p. 83.

³⁶⁸ COMMISSIONE REALE PER LA RIFORMA DEI CODICI. SOTTOCOMMISSIONE C, *Codice di procedura civile, Progetto*, Roma, 1926.

³⁶⁹ CARNELUTTI, *Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, I, p. 32.

Seguì un altro progetto ufficiale, quello di Enrico Redenti del 1934 che però ripropose di regolare l'interrogatorio tornando al modello tradizionale del codice del 1865, ossia un interpellato per capitoli specifici e separati, rimesso alla esclusiva iniziativa della parte e non prevede, invece, l'interrogatorio libero³⁷⁰. Tuttavia, sulla scia di tutti i progetti precedenti, attribuì al giudice il potere di ordinare la comparizione delle parti ma al solo fine di conciliarle (art. 302). Quindi, il progetto Redenti scelse di legare la possibilità di comparizione personale solamente alla possibilità di conciliare la lite ma consentì, al tempo stesso, che la conciliazione avvenisse di fronte ai soli procuratori. In quest'ultimo caso, tuttavia, l'accordo raggiunto avrebbe comunque necessitato di un momento di ratifica delle parti in un'apposita udienza, alla quale potevano comunque partecipare i procuratori muniti di procura speciale (art. 315).

Il grande dibattito della scelta tra i due tipi di interrogatorio culminò con il progetto Solmi del 1937 che, nella sua versione finale e dopo lunghe discussioni³⁷¹, arrivò per prevedere entrambe le tipologie di interrogatorio³⁷²: da un lato, conservò l'interrogatorio per articoli specifici e separati, il quale poteva essere richiesto solamente dalla parte, dando luogo a una confessione (art. 214); dall'altro lato, introdusse l'interrogatorio libero, il quale poteva essere richiesto dal giudice d'ufficio, ordinando la comparizione delle parti, ogni qual volta ne avesse ritenuto l'opportunità, al fine di chiedere chiarimenti e precisazioni sui fatti della controversia (art. 158). Sul valore delle risposte date in sede di interrogatorio libero, Calamandrei iniziò a paventare la necessità che l'istituto dovesse essere diretto a indurre le parti a prendere delle posizioni sui fatti avversari, senza essere un mezzo di prova³⁷³, aprendo la strada alla previsione dell'attuale articolo 116, secondo comma c.p.c. sugli "argomenti di prova". Confermò infine il tentativo di conciliazione, attribuendo al giudice un potere discrezionale di provarla ogni qual volta ne avesse

³⁷⁰ MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Lavori preparatori per la riforma del codice di procedura civile, Schema di progetto del libro primo*, Roma, 1936; v. altresì REDENTI, *Sul nuovo progetto di codice di procedura civile (1934)*, in *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, I, Milano, 1962, p. 731. Redenti considerava infatti la possibilità di interrogare liberamente le parti come una manifestazione di sospetto verso gli avvocati e, salvo nei casi in cui fosse funzionale a giungere alla conciliazione, un istituto sterile.

³⁷¹ Per la storia del progetto Solmi, dal progetto preliminare a quello definito si v. REALI, *op. cit.*, pp. 92 e ss.

³⁷² MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Codice di procedura civile, Progetto preliminare e relazione*, Roma, 1937. Il progetto fu dovuto a un gruppo di magistrati addetti al Ministero di grazia e giustizia.

³⁷³ CALAMANDREI, *Sul progetto preliminare Solmi, 1937*, in (a cura di) CAPPELLETTI, *Opere giuridiche*, I, p. 354.

ravvisato l'opportunità; precisando che le parti dovevano – a tal scopo – comparire personalmente (art. 161). La proposta Solmi – in linea generale – fu accolta molto positivamente dalla magistratura: la nuova disciplina del processo di cognizione fu infatti considerata idonea a semplificare ed abbreviare la procedura; gli aumentati poteri del giudice e gli strumenti furono valutati idonei a un processo più concentrato e definiti «felici innovazioni» che «eliminano le lungaggini e le inutili e dispendiose complicazioni» che avevano caratterizzato fino ad allora il processo³⁷⁴. Per quanto riguarda il tentativo di conciliazione, la magistratura suggeriva la centralità, a riguardo, della comparizione personale delle parti, anche per mezzo di un procuratore speciale, volendo quindi sottolineare l'impossibilità di rendere il tentativo di conciliazione indipendente dalla comparizione delle parti, come avevano propugnato i progetti Chiovenda e Carnelutti³⁷⁵. Ciò in quanto – nell'ottica di una riforma finalizzata alla speditezza del processo – non poteva pensarsi a una conciliazione proficua senza la necessaria presenza delle parti. In altre parole, lo strumento conciliativo, senza la presenza delle parti, non sarebbe risultato efficace e, dunque, in linea con gli scopi efficientistici della proposta. La dottrina, invece, iniziò a discutere sulla necessità di strutturare questo ampio potere conciliativo del giudice cercando di salvaguardare il più possibile l'imparzialità del giudicante. Si riconobbe, tuttavia, che l'unica conciliazione che può effettivamente riuscire è solo quella che tenta il giudice che conosce e ha vissuto la causa ed ha una certa autorità sulle parti; mentre sarebbe del tutto inefficace affidarsi a un altro organo diverso da lui (quale, appunto, il conciliatore)³⁷⁶. A riguardo Marco Tullio Zanzucchi propose altresì di prescrivere, in aggiunta alla conciliazione giudiziale, che fosse d'obbligo, ancora prima, per i procuratori delle parti di tentare una forma di conciliazione, propugnando quindi gli arbori di quella che ai nostri giorni è l'istituto negoziazione assistita.

Nel 1939, Dino Grandi, nuovo guardasigilli, diede incarico a Leopoldo Conforti, sostituto procuratore generale della Cassazione, di risistemare il progetto Solmi. Conforti

³⁷⁴ CORTE DI CASSAZIONE DEL REGNO, *Osservazioni sul progetto preliminare del codice di procedura civile*, Roma, 1937, p. 9.

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 30.

³⁷⁶ Così ZANZUCCHI, in *Osservazioni intorno al "progetto preliminare del codice di procedura civile"*, Pubblicazioni della Università cattolica del S. cuore. Ser. 2: Scienze giuridiche, vol. LIX, Milano, 1937, p. 40.

scisse le «Disposizioni generali» del nuovo codice³⁷⁷. Le Disposizioni generali prevedono la possibilità del giudice di chiedere la comparizione personale delle parti e una sanzione pecuniaria qualora la parte non avesse ottemperato all'ordine (art. 101) e per il resto, riprodussero il progetto Solmi, sottoposto al vaglio dei tre grandi processualisti dell'epoca: Redenti, Carnelutti e Calamandrei.

2. LA DISCIPLINA DEGLI ISTITUTI CONCILIATIVI NEL CODICE DEL 1940 E LE RIFORME SUCCESSIVE

2.1. Le linee programmatiche del codice di procedura civile del 1940

Come si può evincere dalle pagine precedenti, la nuova codificazione (R.D. 26 ottobre 1940 n. 1443 recante approvazione di un nuovo codice di procedura civile, la cui entrata in vigore fu stabilita per il 21 aprile 1942) si inserisce in una prassi forense e in una cultura giuridica che conoscevano la conciliazione e gli strumenti conciliativi da oltre un secolo, soprattutto nell'Italia meridionale e, quindi, ben pronta ad accoglierli. Il codice del 1940 nasce in un clima culturale nel quale è fortemente presente una concezione pubblicistico-sociale del processo civile e, infatti, la relazione di accompagnamento sottolinea come la nuova regolamentazione processuale sia impostata su una nuova concezione, diversa dallo spirito liberale che animava quello del 1865³⁷⁸. Caposaldo di questa concezione pubblicistico-sociale è la centralità del giudice, il quale «anche nel processo civile dev'essere in ogni caso fornito dei poteri indispensabili per amministrare la giustizia in modo attivo, rapido e proficuo»³⁷⁹. Proprio questo aumentato potere giudiziale era considerato il solo mezzo efficace per liberare il processo dall'exasperante lentezza che aveva intaccato la fiducia nelle forme della giustizia civile da parte della coscienza del popolo³⁸⁰. In aggiunta, la concezione che animava la nuova codificazione considerava

³⁷⁷ Il progetto può leggersi in CIPRIANI, *Il codice di procedura civile fra gerarchi e processualisti*, Napoli 1992.

³⁷⁸ CARRATTA, *La funzione*, cit., p. 129. L'Autore, tuttavia, sottolinea che nonostante la dichiarata impostazione pubblicistica del codice e sebbene la Relazione di accompagnamento al c.p.c. faccia espressamente riferimento alla «scuola sistematica fondata da Giuseppe Chiovenda» (cfr. Relazione al c.p.c. del 1942, n. 2), le nuove norme risultano comunque delle soluzioni di compromesso che lo allontanano sia dal Progetto chiovendiano e sia dal modello sociale elaborato da Klein. Si v. anche PROTO PISANI, *Il codice di procedura civile del 1940 tra pubblico e privato*, in *Foro it.*, 2000, V, c. 73 ss.

³⁷⁹ Relazione al c.p.c. del 1942, n. 12

³⁸⁰ Relazione al c.p.c. del 1942, n. 33

altresì necessario che il giudice applicasse fedelmente le direttive consacrate nella legge e quindi rifuggisse da una giustizia, considerata patriarcale, del caso singolo. Ma questo non esclude che, in alcuni particolari casi, si potessero conferire al giudice poteri equitativi, «sopra tutto in quei casi in cui la pronuncia secondo equità appare la più adatta per la complicazione del rapporto controverso o per la esiguità economica dell'oggetto in lite»³⁸¹. La Relazione al codice continua poi precisando che «in questo senso (*con riferimento alla complicazione del rapporto controverso e all'esiguità della lite*) debbono essere intese quelle disposizioni del nuovo Codice con le quali si tende a rendere più frequente e più efficace in tutti i giudizi l'opera conciliativa del giudice» e «lo stesso senso ha la norma per la quale il conciliatore giudica sempre secondo equità»³⁸². In altre parole, il legislatore tenne ad evidenziare come la conferma di soluzioni conciliative e/o equitative non dovesse essere considerato un abbandono dei canoni di legalità o una tendenza ad abdicare l'ufficio di *dicere ius* a favore di soluzioni di stampo transattivo. La conferma di questi istituti nel nuovo codice doveva piuttosto dimostrare, valorizzando l'autorevolezza della figura dell'organo giudicante, che in alcuni casi bastava la sua saggia parola per far comprendere alle parti che le stesse hanno nell'accordo bonario uno strumento per eliminare, con soddisfazione reciproca, ogni forma di litigio.

La conciliazione – secondo la nuova codificazione – rappresentava altresì una modalità per avvicinare la giustizia al popolo: il codice scelse infatti di aumentare la competenza sia dei conciliatori che dei pretori al fine di «far risentire i vantaggi di un procedimento più semplice e familiare (*omissis*) a un più vasto numero di controversie di modesto valore economico, nelle quali sono in giuoco gli interessi del popolo meno abbiente» e ciò anche alla luce del fatto che «litigare dinanzi ai tribunali era diventato un lusso»³⁸³.

Si consideri, da ultimo, che il componimento era fortemente condiviso al momento della redazione del codice anche in termini di componimento-scopo. Basti considerare che il Guardasigilli Grandi, nel discorso al senato del 1940 prima dell'entrata in vigore del codice statuì che «primo dovere del giudice deve essere quello di conciliare le parti, e soltanto ove la conciliazione non sia resa possibile, di pronunciare sentenza. La finalità

³⁸¹ Relazione al c.p.c. del 1942, n. 8

³⁸² Relazione al c.p.c. del 1942, n. 8

³⁸³ Relazione al c.p.c. del 1942, n. 18

della giustizia è la pace sociale, e non vi è giudizio emesso secondo il più rigoroso accertamento del diritto che raggiunga meglio di una conciliazione tra contendenti questa preminente finalità»³⁸⁴.

2.2. *La conciliazione in sede non contenziosa.*

Sulla base di queste premesse, il codice di procedura civile non si aprì più con una serie di norme interamente dedicate alla disciplina della conciliazione e del conciliatore, i quali vengono marginalizzati nel corpo dello stesso e regolati da due sole disposizioni in modo da non sminuire il valore e la centralità del giudice rispetto a quelle del magistrato onorario; così come il ruolo dello *ius dicere* rispetto all'attività conciliativa³⁸⁵.

Il codice del 1940 regola così una forma di «conciliazione in sede non contenziosa», agli articoli 319 – 322 c.p.c. e conferma la figura del conciliatore, magistrato onorario³⁸⁶, con anche competenze giurisdizionali vere e proprie per alcune controversie³⁸⁷. In aggiunta alle competenze giurisdizionali, al conciliatore era affidato il compito di tentare la preventiva composizione delle controversie civili³⁸⁸, di qualsiasi valore, su beni disponibili, ad eccezione dei casi in cui questo tentativo non era affidato a un altro organo. Il tentativo di conciliazione non costituiva, inoltre, condizione di ammissibilità della domanda, servendo quindi una specifica richiesta di parte per procedere sulla via della soluzione bonaria della controversia³⁸⁹. Se la conciliazione riusciva e la causa era anche

³⁸⁴ Lo riporta MONTELEONE, *Diritto processuale civile*³, Padova, 2002, p. 386.

³⁸⁵ Così SATTÀ, *Dalla conciliazione*, p. 201; v. anche MONTELEONE, *La mediazione obbligatoria*, cit., p. 2

³⁸⁶ Il conciliatore aveva sede in ciascuno degli 8072 comuni della repubblica. Nei comuni divisi in borgate, frazioni, quartieri o anche ripartiti in circoscrizioni, potevano essere istituiti, con decreto del Presidente della Repubblica, uffici distinti di giudice conciliatore. Ogni ufficio veniva retto da un conciliatore e vi era addetto, di regola, uno (o più) vice conciliatore. Secondo il nuovo ordinamento, il conciliatore era un magistrato onorario che ricopriva un ufficio per la durata di tre anni e si trattava prevalentemente di cittadini incaricati temporalmente e a titolo gratuito, dell'esercizio di funzioni giudiziarie. Cfr. PICARDI, *op. cit.*, p. 1080.

³⁸⁷ Si trattava prevalentemente di controversie di modico valore e, più precisamente, a) delle cause relative a beni mobili; b) delle cause relative a contratti di locazione di beni immobili; per altro purché non eccedessero L. 50.000. Cfr. CONIGLIO, *La competenza dei giudici conciliatori nel nuovo processo civile*, in *Temi em.*, 1941, II, pp. 93-99. Successivamente, con la legge sull'equo canone, rientrarono nella sua competenza anche le procedure di rilascio, nonché le controversie sulla determinazione, l'aggiornamento e l'adeguamento del canone non superiore a L. 60.000 annue (Artt. 30 e 45 della Legge 27 luglio 1978, n. 393).

³⁸⁸ Art. 22 R.D. 30 gennaio 1941, n. 12 fino alla sua abrogazione per effetto dell'art. 47, L. 21 novembre 1991, n. 374.

³⁸⁹ Vi era tuttavia un'eccezione. Gli artt. 43 e 44 della Legge 27 luglio 1978, n. 393 stabilirono che la domanda relativa a controversie su determinazione, aggiornamento, adeguamento del canone non possono

nella competenza contenziosa del conciliatore, il verbale aveva valore di titolo esecutivo; se non lo era, allora il verbale aveva valore di scrittura privata riconosciuta in giudizio.

Nella prassi, i dati empirici riportati nel 1980 mostrarono un forte calo delle procedure conciliative in sede non contenziosa, con uno spostamento del carico di lavoro verso i giudici professionali³⁹⁰. Tuttavia, i tentativi di limitare l'attuazione dell'istituto conciliativo in sede non contenziosa e di rafforzare il potere conciliativo del giudice in sede contenziosa non ebbero gli esiti sperati dal legislatore del 1940, ossia quelli di eliminare l'exasperante lentezza del processo civile. Al contrario, si rivelarono ben presto come i principali fattori o cause, di essa³⁹¹. Anche per questa ragione, già a partire dagli anni Ottanta, la dottrina iniziò ad auspicare alcune riforme volte a fornire alla conciliazione in sede non contenziosa da un lato, una maggiore autonomia rispetto al sistema giurisdizionale e dall'altro lato, una maggiore effettività, sia valutando l'attribuzione della relativa funzione a organi extragiudiziari e sia con meccanismi di obbligatorietà della conciliazione preventiva³⁹².

2.3. *La conciliazione in sede contenziosa.*

Il codice del 1940 rappresentò uno snodo cruciale per il tentativo di conciliazione in sede contenziosa poiché abbandonò l'idea di doverla relegare a un giudice minore, per controversie di valore esiguo, e la assurse a istituto generale del procedimento di cognizione e punto di transito necessario per giungere a sentenza, come prefiguravano tutti i progetti dei primi anni del 900. E infatti l'art. 185 c.p.c., rubricato appunto

essere proposte se non dopo l'esperimento negativo del tentativo di conciliazione oppure dopo che sia decorso il termine di novanta giorni dal deposito in cancelleria della domanda di conciliazione. Tale domanda doveva essere inoltrata al conciliatore o al pretore, a seconda del valore della causa.

³⁹⁰ PICARDI, *op. cit.*, p. 1085 e, in particolare, tutti i riferimenti dell'Autore a queste indagini in nota 97. Lo stesso, inoltre, attribuisce le cause della decadenza dell'istituto a diversi fattori e, in particolare, (i) all'aumento della durata delle cause di fronte al conciliatore; (ii) all'aumento del costo del processo che in relazione alle cause di modico valore non rendeva conveniente il giudizio; (iii) all'aumento del reddito *pro capite* nel dopoguerra (di circa 8 volte), il quale aveva importato una flessione leggera di domanda della giustizia per la piccola litigiosità; (iv) alle variazioni del potere di acquisto della moneta e alla mancata revisione delle competenze del conciliatore; (v) al difetto di adeguate misure organizzative; (vi) alla crisi di credibilità dell'istituto. Allo stesso modo, CAPPELLETTI, *Appunti su conciliatore*, cit., pp. 48 e ss.

³⁹¹ MONTELEONE, *La mediazione obbligatoria*, cit., p. 3.

³⁹² Sul punto si v., in generale, DENTI, *I procedimenti non giudiziali di conciliazione come istituzioni alternative*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, pp. 412 e ss.; CAPPELLETTI, *Giudici laici. Alcune ragioni attuali per una loro maggiore utilizzazione in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, pp. 689 ss.

«tentativo di conciliazione», prevedeva che fin dalla prima udienza, il giudice dovesse procedere all'esperimento della conciliazione, «se la natura della causa lo consente», disponendo, «quando occorre», la loro comparizione personale (primo comma). Il tentativo di conciliazione poteva, inoltre, essere rinnovato in qualunque momento dell'istruzione (secondo comma). Il verbale di conciliazione costituiva titolo esecutivo (terzo comma). Il *favor conciliationis* del '40 traspare anche nel fatto che il legislatore aveva incentivato la soluzione bonaria della controversia anche con norme fiscali, disponendo delle agevolazioni per le tasse di registro da pagare sui verbali delle relative convenzioni aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro³⁹³.

L'art. 185 c.p.c. del codice del 1940 introduce, quindi, un tentativo di conciliazione obbligatorio seppur stemperato da una valutazione del giudice circa la possibilità che la natura della causa potesse consentire una conciliazione bonaria. La vaghezza, tuttavia, della formula «se la natura della causa lo consente» aveva dato spazio a due interpretazioni diverse circa i parametri di cui poteva servirsi il giudice per operare detta valutazione. Così da un lato, vi era chi propugnava un'interpretazione della formula con riferimento alla disponibilità del diritto oggetto della controversia: non poteva aver luogo esperimento di conciliazione nelle liti aventi per oggetto diritti non disponibili, estendendo di fatto alla conciliazione una regola che già il codice sostanziale conosceva con riferimento alla transazione³⁹⁴. Per altri, la natura della lite poteva essere più semplicemente riferita a un aspetto di opportunità: il giudice valuta se sia opportuno procedere con un tentativo di conciliazione bonaria, considerando l'oggetto della controversia, le relazioni intercorrenti fra le parti, i fatti descritti negli atti introduttivi³⁹⁵.

³⁹³ Si tratta dell'art. 1 della L. 6 dicembre 1944, n. 1548. In particolari se il verbale di conciliazione aveva ad oggetto una somma non eccedente le lire 50.000 era soggetto a un'imposta fissa di registro di lire 20; quando aveva ad oggetto una somma non eccedente 100.000, le imposte di registro sono ridotte a metà.

³⁹⁴ In questo senso ANDRIOLI, *185. Tentativo di conciliazione*, cit., p. 85, il quale giustifica questa interpretazione richiamandosi all'art. 1966 c.c. sulla nullità della transazione che ha oggetto diritti indisponibili; SATTA, *Art. 185-Tentativo di conciliazione*, in *Commentario al codice di procedura civile*, cit., p. 86; REDENTI, *Profili pratici*, cit., p. 203;

³⁹⁵ In questo senso, D'ONOFRIO, *op. cit.*, p. 351; in ogni caso, anche ANDRIOLI, *ibidem*, p. 86 non escludeva di tenere comunque in considerazione una ragione di opportunità. E così anche se la controversia verteva su diritti disponibili, il giudice doveva comunque considerare se la natura della causa, avuto riguardo alle relazioni fra le parti e alle questioni discusse, potesse indurlo a evitare di tentare la conciliazione.

Anche sulla necessità (o meno) di una comparizione delle parti non vi era uniformità di vedute. Se così da un lato, vi era chi sosteneva che al difensore, seppur fornito della procura a conciliare le parti, non potesse riconoscersi *sic et simpliciter* detta facoltà. Alla luce del fatto che la conciliazione incideva non solo sul processo ma anche sul diritto sostanziale, il giudice era sempre tenuto a disporre la comparizione personale delle parti³⁹⁶. È anche vero che questa interpretazione non trovava conferma nel dettato legislativo se si considera che l'art. 88, secondo comma delle disposizioni di attuazione al c.p.c. allora vigente prevedeva che qualora i procuratori non fossero autorizzati a conciliare, il giudice avrebbe dovuto fissare apposita udienza di comparizione delle parti³⁹⁷. Il dato normativo sembrava dunque chiaro nell'indicare che in presenza di una procura a conciliare, la comparizione delle parti non fosse necessaria.

2.4. L'interrogatorio libero e un autonomo ordine di comparizione al fine di conciliare le parti.

I progetti di riforma antecedenti al 1940 legavano il tentativo di conciliazione delle parti all'interrogatorio libero: si prevedeva in altre parole al giudice la possibilità di ordinare alle parti di comparire personalmente per interrogarle liberamente, (anche o solo) al fine di tentare la conciliazione. Il codice del 1940 seguì la scia tracciata dai progetti Solmi sia disponendo il cumulo di interrogatori e sia accrescendo i contatti tra il giudice e le parti. Nel nuovo codice di procedura civile si trovarono ad esistere tre istituti: l'interrogatorio formale su articoli separati e specifici, su richiesta della parte e con valore di confessione (artt. 230 e ss.); la comparizione personale delle parti al fine di conciliarle qualora il giudice lo avesse ritenuto opportuno a tal fine (art. 185 c.p.c.); l'interrogatorio libero su ordine del giudice (art. 117).

Per quanto concerne l'interrogatorio libero, esso riproduceva in larga misura il progetto Solmi e il progetto Conforti con alcune modificazioni. Anzitutto, il nuovo interrogatorio libero – inserito in un apposito capo sui poteri del giudice – poteva essere esperito non più «in qualunque momento del giudizio» ma «in qualunque stato e grado

³⁹⁶ Così ANDRIOLI, *ibidem*, p. 86.

³⁹⁷ D'ONOFRIO, *op. cit.*, pp. 351-352.

del processo», fino dunque al giudizio di Cassazione; venne meno il riferimento esplicito alla finalità di chiarimento e di precisazione dei fatti di causa³⁹⁸, anche se la Relazione al codice indicava nello scopo di chiarimento la funzione dell'interrogatorio³⁹⁹; si stabilì che la comparizione personale sarebbe dovuta avvenire in contraddittorio tra le parti, impedendo quindi al giudice la possibilità di interrogare singolarmente le parti; si attribuì infine al valore delle risposte date in sede di interrogatorio, efficacia di argomenti di prova⁴⁰⁰. Il giudice poteva, quindi, ordinare alle parti di comparire per sentirle su qualsiasi domanda ma era obbligato a trarre dalle loro risposte solamente argomenti di prova. Secondo la Relazione al codice, lo scopo di questo interrogatorio era quello di consentire alle parti di chiarire le allegazioni e le conclusioni che al giudice fossero parse oscure e incomplete. Quindi, se l'interrogatorio formale aveva il compito di stimolare una confessione della parte e, quindi è diretto contro l'interrogando; quello libero, mirando ai chiarimenti, ha lo scopo di giovare la parte che è interrogata⁴⁰¹.

È chiaro che l'organizzazione del codice sugli istituti regolanti il contatto tra le parti e il giudice risultò sovrabbondante. Basti immaginare che così congeniato, l'interrogatorio libero appariva come un istituto inutile, se si considera da un lato l'eliminazione dell'inciso riguardante la possibilità di ordinarlo al fine di chiedere chiarimenti e precisazione dei fatti di causa da cui desumere prove (quantomeno con efficacia di prova libera), desumendo quindi dalla mera lettura dell'articolo che l'unica funzione fosse quella conciliativa e dall'altro lato, la scarsa efficacia degli argomenti di prova a fini probatori. Allo stesso modo, secondo il nuovo codice, non era possibile pensare a un tentativo di conciliazione senza ordinare la comparizione personale delle parti. Ciò per altro era confermato dal fatto che in quegli anni il Ministero di Grazia e Giustizia emanò una Circolare (n. 2690 del 14 aprile del 1942)⁴⁰², con lo scopo di fornire delle direttive alla magistratura sull'applicazione del nuovo codice, nel quale scrisse che

³⁹⁸ La prima versione dell'art. 117 c.p.c. dispone «Il giudice, in qualunque stato e grado del processo, ha facoltà di ordinare la comparizione personale delle parti in contraddittorio tra loro per interrogarle liberamente sui fatti della causa. Le parti possono farsi assistere dai difensori».

³⁹⁹ Relazione al c.p.c. del 1942, nn. 18 e 29.

⁴⁰⁰ Per approfondimenti v. REALI, *op. cit.*, pp. 110 e ss.

⁴⁰¹ Relazione al c.p.c. del 1942, nn. 18 e 29.

⁴⁰² Istruzioni ministeriali – Circolare n. 2690 del 14 aprile 1942 – XX Direttive alla magistratura per l'applicazione del nuovo codice di procedura civile, in Bollettino ufficiale del Ministero di Grazia e Giustizia, supplemento al n. 14 del 10 aprile 1942.

L'«interrogatorio libero non è un mezzo per provocare da una parte confessioni aventi efficacia di prova piena contro di lei, ma è piuttosto un mezzo volto ad aiutare ambedue le parti a esprimere chiaramente la loro volontà, i loro reali interessi nella causa, i motivi veri del loro dissidio: è quindi, sopra tutto, uno strumento dato al giudice per facilitare il tentativo di conciliazione che egli ha il dovere di compiere in ogni processo e per diargli modo, anche se la conciliazione non riesce, di ridurre al minimo la distanza che passa tra le contrapposte tesi delle parti, semplificando così la causa e rendendo più agevole la decisione». Senza considerare la difficoltà, come rilevò la dottrina, di distinguere da un punto di vista pratico tra funzione di chiarimento e funzione probatoria, tra prove e argomenti di prova⁴⁰³. Nonostante la frammentazione in diverse disposizioni, il codice del 1940, nella sua versione originaria, legava quasi inscindibilmente la comparizione delle parti e l'interrogatorio libero con l'istituto conciliativo, finalizzando le prime al secondo. E, di fatto, si potrebbe concludere che la scarsa efficacia delle risposte date dalle parti in sede di interrogatorio ne sminuivano da un lato, la sua autonoma funzione e dall'altro lato, incentivano il suo utilizzo in funzione conciliativa: le parti non dovevano quindi avere troppe remore a partecipare all'interrogatorio a fini conciliativi data la scarsa importanza delle loro osservazioni a fini probatori.

Sarebbe stato più opportuno in un'ottica di razionalizzazione degli istituti, oltre che di responsabilizzazione delle parti, regolare più precipuamente un unico istituto, riguardante l'ordine comparizione personale delle parti, sia con lo scopo di trarre dei chiarimenti sui fatti sui quali le stesse sarebbero interrogate e sia al fine di conciliarle, consentendo comunque che i fatti emergenti da detto libero interrogatorio avessero quantomeno efficacia di prova legale o, quantomeno, liberamente valutabile⁴⁰⁴. E, ancora più opportuno, come prevedeva il progetto Chiovenda, attribuire alle parti il diritto di interrogarsi reciprocamente, se si considera da un lato, che la conoscenza di ciò che “non è ancora nel processo” è solo delle parti e dall'altro lato, che l'utilità dell'istituto, quando

⁴⁰³ MICHELI, *Lezioni di diritto processuale civile*, II, Bari, 1947, p. 80; CARNELUTTI, *Carattere del nuovo processo civile italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1941, I, p. 41.

⁴⁰⁴ Vi furono, infatti, negli anni successivi all'emanazione del codice alcune proposte nel senso di attribuire alle risposte rese in sede di interrogatorio libero efficacia di piena prova. Così la proposta della Corte d'appello di Brescia, in MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Osservazioni e proposte sulla riforma del codice di procedura civile*, I, Roma, 1956, p. 425.

ha un vero valore probatorio, si coglie quando una parte non si prepara previamente le risposte che sarà tenuta a dare in sede di interrogatorio⁴⁰⁵.

2.5. Il tentativo di conciliazione obbligatorio: la Legge n. 533 del 1973 per il processo del lavoro e la Legge n. 353 del 1990 per il processo ordinario di cognizione

L'applicazione pratica dell'interrogatorio libero non diede i successi sperati. I giudici non utilizzavano l'istituto, preferendo, ligi al principio dispositivo, servirsi dell'interrogatorio formale⁴⁰⁶ oppure lo utilizzavano impropriamente, al solo fine di procrastinare la decisione della controversia, oberati dai carichi giudiziari⁴⁰⁷. Su questa scia, anche il tentativo di conciliazione era divenuto un espediente per rimandare l'istruttoria di qualche mese, con la certezza che lo stesso non sarebbe mai riuscito⁴⁰⁸.

L'insuccesso dell'interrogatorio formale e del tentativo di conciliazione non impedì, comunque, che negli anni '70 gli stessi assumessero un ruolo di primo piano nella riforma del diritto del lavoro⁴⁰⁹. Alla base della fiducia del legislatore vi era la concezione secondo cui il fallimento di questi istituti non dovesse essere attribuito a una debolezza intrinseca degli stessi quanto all'ambiguità delle soluzioni accolte dal legislatore del 1940 per la loro implementazione. Il codice, in tal senso, non aveva realizzato un processo incardinato realmente sui principi di oralità e immediatezza, se si tiene conto che aveva previsto l'istituto del giudice istruttore, creando una netta censura tra la fase istruttoria e quella decisoria⁴¹⁰ e, in ogni caso, non aveva munito del giusto peso probatorio— come si è detto — le risposte date in sede di interrogatorio libero. Così, l'interrogatorio libero e il tentativo

⁴⁰⁵ Questa proposta, negli anni successivi all'emanazione del codice, venne altresì dall'avvocatura: così il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Genova, in *ibidem*, p. 218.

⁴⁰⁶ ANDRIOLI-MICHELI, *Riforma del codice di procedura civile (1944)*, in *Ann. dir. comp.*, 1946, p. 209; ALLORIO, *Allarme per la giustizia civile*, in *Giur. it.*, 1946, IV, c. 56; REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1947, p. 337.

⁴⁰⁷ MOLINARI, *Un'esperienza fallita (Il codice processuale civile del 1942)*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, I, p. 170.

⁴⁰⁸ CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, cit., p. 37.

⁴⁰⁹ Si fa riferimento alla L. 11 agosto 1973, n. 533, la quale ha dettato una nuova disciplina processuale per le controversie in materia di lavoro (cioè controversie individuali di lavoro e controversie in materia di previdenza e controversie in materia di previdenza e assistenza obbligatoria) abrogando i vecchi artt. 409 segg. del codice di procedura civile del 1942, e sostituendoli con gli attuali artt. 409 e 447.

⁴¹⁰ Così CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962, I, pp. 8 e 52.

di conciliazione trovarono sede, nel riformato processo del lavoro all'art. 420 del c.p.c., il quale dispose che «nell'udienza fissata per la discussione della causa il giudice interroga liberamente le parti presenti e tenta la conciliazione della lite. La mancata comparazione personale della parte, senza giustificato motivo, costituisce comportamento valutabile dal giudice ai fini della decisione. [...] Le parti hanno la facoltà di farsi rappresentare da un procuratore generale o speciale, il quale deve essere a conoscenza dei fatti della causa. [...] La mancata conoscenza, senza gravi ragioni, dei fatti della causa da parte del procuratore è valutata dal giudice ai fini della decisione». Come si evince dalla lettura di questa disposizione, la riforma del lavoro del 1973 rappresenta di sicuro il dato positivo che più di ogni altro raggiunge l'ambizione di incentivare, in maniera sistematica, lo strumento conciliativo. Essa stabilisce, in un'unica e razionale disposizione, il legame tra la comparizione delle parti, l'interrogatorio libero e il tentativo di conciliazione: le parti, per essere indotte a conciliare, vengono prima interrogate liberamente dal giudice e allo stesso modo i loro procuratori, se decidono di farsi rappresentare. A tal fine la norma sottolinea l'importanza della conoscenza dei fatti da parte del procuratore al punto da attribuire una sanzione financo sulla stessa decisione della controversia nel caso in cui il giudice ravvisasse una mancata conoscenza del procuratore di detti fatti. Per altro, un altro elemento essenziale per delineare una qualche forma di risultato conciliativo si rinviene nella fase processuale in cui interviene il tentativo, un momento in cui il *thema decidendum et probandum* è fissato. Ciò consente – evidentemente – alle parti e al giudice di avere una chiara cognizione delle c.d. “carte sul tavolo” e, quindi, la chiarezza delle questioni su cui verte la controversia incentiva la possibilità di giungere a una conciliazione. In altre parole, è chiaro che una parte è più incentivata a conciliarsi se conosce bene i contorni delle domande e/o delle eccezioni, così come dei fatti sui quali si baserà la controversia perché più in grado di rendersi conto dell'utilità di una soluzione transattiva. Allo stesso modo, il giudice può più facilmente incentivare o consigliare un modello di accordo, più è alta la completezza dei contorni fattuali e giuridici su cui dovrà esprimersi. Al tempo stesso, la riforma non solo stabilisce l'obbligatorietà dell'interrogatorio e del tentativo di conciliare alla prima udienza ma non lo subordina alla natura della decisione. In altre parole, in qualsiasi tipologia di controversia, il giudice – con completezza piena dei fatti di causa – doveva cercare di stimolare una soluzione conciliativa. Si aggiunge, poi, che la riforma del '73 conferma il ruolo essenziale di una

prima udienza di discussione in un processo orale e concentrato ai fini di un proficuo utilizzo del risultato conciliativo: e, infatti, vi era chi manifestò la convinzione che nel processo del lavoro l'istituto avrebbe svolto un ruolo particolarmente importante nell'ambito di una prima udienza di discussione, fulcro del nuovo rito e in cui il *thema decidendum et probandum* della controversia sono già stati definiti⁴¹¹.

Negli stessi anni si fece strada qualche proposta di razionalizzare l'interrogatorio libero anche nel processo ordinario di cognizione, sulla scia del progetto Chioyenda; il che avrebbe giovato al tentativo di conciliazione⁴¹². La riforma del 1990⁴¹³, tuttavia, andò

⁴¹¹ PROTO PISANI, *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*, in *Foro it.*, 1973, V, c. 229; DENTI-SIMONESCHI, *Il nuovo processo del lavoro*, Milano, 1974, p. 107 e ss.; FABBRINI, *Diritto processuale del lavoro*, Milano, 1975, p. 137; VOCINO-VERDE, *Appunti sul processo del lavoro*², Napoli, 1977, p. 54; FAZZALARI, *Appunti sul rito del lavoro*, in *Giur. it.* 1974, c. 4.

⁴¹² Si fa riferimento, in particolare, al progetto Liebman del 1977 che può leggersi in LIEBMAN, *Proposte per una riforma del processo civile di cognizione, Relazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, pp. 452 e ss. In particolare, questo progetto sopprimeva l'interrogatorio formale, attribuiva finalità probatoria all'istituto, eliminando gli argomenti di prova e stabiliva, sulla scia del progetto chioyendiano, la possibilità dell'interrogatorio incrociato delle parti sui fatti rilevanti per la decisione della causa, oltre che l'interrogatorio giurato. Successivamente, vi fu anche la proposta di un filone di magistrati che di fatto riproduceva nel rito ordinario la disciplina dettata dall'art. 420 c.p.c. per il rito del lavoro, proponendo di modificare l'art. 183, primo comma c.p.c. nel modo seguente «Nella prima udienza di trattazione o in quella successiva stabilita a norma dell'ultimo comma del presente articolo, il giudice interroga liberamente le parti presenti e, quando la natura della causa lo consente, tenta la conciliazione. La mancata comparizione personale delle parti senza giustificato motivo costituisce comportamento valutabile ai fini della decisione. Le parti hanno la facoltà di farsi rappresentare da un procuratore, legittimato per atto pubblico o scrittura privata autenticata, il quale deve essere a conoscenza dei fatti della causa e dotato del potere di conciliare o transigere la controversia. La mancata conoscenza, senza gravi ragioni, dei fatti della causa da parte del procuratore è valutata dal giudice ai fini della decisione» (cfr. MAGISTRATURA DEMOCRATICA, *Testo provvisorio di una proposta di riforme urgenti del codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 1987, c. 82).

⁴¹³ Si tratta della L. 26 novembre 1990, N. 353 (Provvedimenti urgenti per il processo civile) che ha portato alla novella di ben 123 norme del codice di procedura civile, con lo scopo di incidere sulla situazione di degrado del settore della giustizia civile, specie per quanto concerneva l'abnorme durata del processo ordinario di cognizione e la dilatazione del ricorso alla tutela sommaria e cautelare in particolare. A tale scopo la L. n. 353/1990 si proponeva come obiettivi principali: a) la semplificazione della disciplina della competenza e la razionalizzazione delle previsioni in tema di competenza per materia e di soggezione al rito speciale delle controversie in materia di locazione; b) la rivalutazione del giudizio di primo grado tramite l'accurata disciplina della fase preparatoria, l'introduzione di un robusto ancorché elastico sistema di preclusioni, la previsione della provvisoria esecutorietà *ex lege* di tutte le sentenze di primo grado, la trasformazione del tribunale in ufficio giudiziario normalmente a composizione monocratica; c) la razionalizzazione della disciplina procedurale dei provvedimenti cautelari. Per un esame generale del contenuto e delle origini della l. n. 353/1990, si veda PROTO PISANI, *Le origini ed il contenuto in generale delle leggi di riforma del processo civile (L. 353/1990 e L. 374/1991)*, in *Quaderni e Pubblicazioni del CSM, Quaderno n. 65/1993*, p. 1. La riforma realizzava il disegno di legge n. 2214/S/IX (c.d. progetto Rognoni) che, a sua volta, riproduceva il testo che era stato elaborato da una commissione ministeriale composta da Vittorio Denti, Nicola Picardi e Edoardo Ricci, incaricata di redigere il progetto stralcio di riforma urgente per il processo civile. Per il d.d.l. n. 2214/S/IX si v. Disegno di legge n. 2214/S/IX concernente i provvedimenti urgenti per l'accelerazione dei tempi della giustizia civile, in *Foro it.*, 1987, V, c. 129. Su tale proposta si v. FAZZALARI, *Ombre e luci del «pacchetto Rognoni»*, in *Riv. dir. proc.*, 1987, p. 636 ss; RICCI, *Il progetto Rognoni di riforma urgente del processo civile, id.*, p. 626 ss.

in un'altra direzione. La L. n. 353/1990, allo scopo di accelerare e razionalizzare il processo ordinario di cognizione, aveva previsto, fra le altre, una revisione generale della disciplina della fase preparatoria, delineando anche un rigido sistema di preclusioni. Nel nuovo modello assumeva un ruolo centrale l'udienza di trattazione di cui all'art. 183 c.p.c. che aveva la funzione di consentire la fissazione tendenzialmente definitiva del *thema decidendum* (domande ed eccezioni) e del *thema probandum* (fatti controversi o comunque bisognosi di prova). La fissazione della materia del contendere sarebbe dovuta avvenire per mezzo di un'attività di collaborazione delle parti personalmente, dei loro difensori e del giudice cui avrebbe essere dovuto attribuito il ruolo di direzione dell'udienza. Questa attività collaborativa avrebbe portato a una semplificazione e la riduzione della lite a quelle poche questioni di fatto e/o di diritto effettivamente controverso, con la possibilità da un lato, di favorire la strada per la decisione finale e dall'altro lato, di aumentare la probabilità di pervenire a conciliazioni sia giudiziali sia stragiudiziali⁴¹⁴. E così, tenendo conto dell'allora più che quindicennale prassi del rito speciale del lavoro, imperniato sulla prima udienza, la riforma regolò la comparizione delle parti come obbligatoria sulla falsariga dall'art. 420, primo e secondo comma c.p.c., stabilendo di nuovo che la mancata comparizione delle parti senza giustificato motivo poteva essere valutato dal giudice come argomento di prova⁴¹⁵. Le parti avrebbero potuto farsi rappresentare in udienza da un procuratore speciale o generale, con specifico potere di conciliare o transigere la controversia. Il procuratore, inoltre, doveva essere a conoscenza dei fatti di causa e, infatti, la mancata conoscenza, senza gravi ragioni, dei fatti della causa da parte dello stesso avrebbe potuto essere valutata come argomento di prova⁴¹⁶. In sede di udienza di trattazione, il giudice, dopo aver effettuato le verifiche assolutamente preliminari, avrebbe dovuto interrogare le parti e, quando la natura della causa lo avesse consentito, tentare la conciliazione⁴¹⁷. Il tentativo di conciliazione poteva

⁴¹⁴ PROTO PISANI, *Le origini ed il contenuto*, p. 56.

⁴¹⁵ L'emendato art. 183, primo comma, secondo capoverso c.p.c. prevedeva che «la mancata comparizione delle parti senza giustificato motivo costituisce comportamento valutabile ai sensi del secondo comma dell'articolo 116».

⁴¹⁶ L'emendato art. 183, secondo comma, c.p.c. prevedeva che «Le parti hanno facoltà di farsi rappresentare da un procuratore generale o speciale, il quale deve essere a conoscenza dei fatti della causa. La procura deve essere conferita con atto pubblico o scrittura privata autenticata, e deve attribuire al procuratore il potere di conciliare o transigere la controversia. La mancata conoscenza, senza gravi ragioni, dei fatti della causa da parte del procuratore è valutabile ai sensi del secondo comma dell'articolo 116».

⁴¹⁷ L'emendato art. 183, primo comma, primo capoverso c.p.c. prevedeva che «Nella prima udienza di trattazione il giudice istruttore interroga liberamente le parti presenti e, quando la natura della causa lo consente, tenta la conciliazione».

inoltre essere rinnovato, a discrezione del giudice, in qualunque momento dell'istruzione (art. 185 c.p.c.).

Nell'approfondire questa riforma, si può affermare, che non solo questo nuovo tentativo rinunciò a ispirarsi alla riforma chiovendiana ma si distaccò notevolmente anche dal modello costruito per il rito del lavoro dove invece la conciliazione giudiziale stava dando buona prova. A parte la possibilità di ristabilire il legame tra la comparizione delle parti, l'interrogatorio libero e il tentativo di conciliare – da accogliere positivamente per una razionalizzazione sistematica degli istituti – i punti negativi (e di distacco dalla disciplina giuslavoristica) furono diversi. Innanzi tutto, la norma torna a stabilire che la mancata comparizione e la mancata conoscenza dei fatti da parte dei procuratori sono valutati dal giudice come meri argomenti di prova. In secondo luogo, la fissazione del *thema decidendum et probandum* è effettivamente solo “tendenziale” nel senso che in prima udienza il giudice poteva concedere le tre memorie per precisare o modificare le domande ed eccezioni proposte e indicare i mezzi di prova. E ciò inevitabilmente avrebbe disincentivato lo strumento conciliativo: quale dovrebbe essere l'incentivo a chiudere con un accordo bonario una controversia senza avere a disposizione in maniera completa il quadro fattuale e giuridico su cui ruota la posizione di controparte? A ciò si deve aggiungere che «l'udienza finiva, poi, per costituire nella stragrande maggioranza dei casi un'occasione per organizzare semplicemente i «micro-termini» per gli scambi delle ineffabili memorie «numero uno» e «numero due» post udienza dell'art. 183. E questo anche quando le parti — sottraendo tempo al lavoro o ... agli ozi — compaiono o si fanno debitamente rappresentare (non di rado con le spese e gli incomodi di una delega notarile)»⁴¹⁸.

Da ultimo, se è vero che la riforma del 1990 obbligò il giudice a interrogare liberamente le parti, in ogni controversia⁴¹⁹, non è altresì completamente corretto

⁴¹⁸ CONSOLO, *La trattazione*, cit., p. 1072.

⁴¹⁹ In tal senso, PICARDI, *Manuale del processo civile*, Bologna, 2006, p. 311; SATTA-PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, p. 303; PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*⁴, Napoli, 1994, p. 170; MANDRIOLI, *Le modifiche del processo civile*², Torino, 1993, pp. 77 e ss.; Vi è, inoltre, chi lo considerò inopportuno in quanto la generalizzazione dell'obbligo sarebbe risultato inutile in tutta una serie di casi, come ad esempio le cause di puro diritto, quelle vertenti su fatti documentalmente provati, le cause di modesto valore o quelle in cui le posizioni delle parti sono assolutamente inconciliabili. Si v. CONSOLO, *La trattazione*, cit., p. 1072; AULETTA, *L'interrogatorio delle parti e il tentativo di conciliazione nel nuovo modello di trattazione*, in *Doc. Giustizia*, 1996, c. 617; MONTELEONE, *Diritto processuale civile*³, cit., p. 384. Per altri le critiche apparvero ingiustificate alla luce del valore del contatto diretto degli interessati

affermare che la stessa obbligatorietà attiene al tentativo di conciliazione. Ciò in quanto – diversamente dalla disciplina giuslavoristica – il giudice deve tentare di conciliare la lite solo se la natura della causa lo consente. È chiaro che se per «natura della lite» si intende un riferimento all'indisponibilità del diritto fatto valere, detta obbligatorietà si rinviene appieno. In altre parole, il giudice è obbligato a conciliare le liti, salvo nei casi in cui la lite ha ad oggetto diritti indisponibili. Ma se per «natura della lite» si intende invece una valutazione di opportunità del giudice che, quindi, tenta la conciliazione secondo il suo prudente apprezzamento della natura della controversia, tenendo conto dell'oggetto, della natura della controversia, delle relazioni intercorrenti tra le parti, del dato fattuale, l'obbligatorietà viene inevitabilmente meno; essa diviene una mera scelta discrezionale del giudice⁴²⁰.

2.6. *La nuova formulazione della conciliazione in sede non contenziosa*

La conciliazione in sede non contenziosa, istituto presente nel nostro codice sin dalla legislazione preunitaria, è stato previsto e regolato anche dal codice del 1940 ed è tutt'ora vigente. Con la riforma del 1991⁴²¹, la conciliazione in sede non contenziosa subì ulteriori modifiche. In particolar modo questa riforma è nota per aver soppresso la figura del conciliatore e aver istituito, al suo posto, quella del giudice di pace⁴²²; contestualmente, essa riunì la disciplina della conciliazione in sede non contenziosa in un unico articolo posto a chiusura del titolo dedicato al procedimento di fronte al giudice di pace (art. 322

nella controversia e altresì del fatto che nei casi in cui non fosse stato utile espletare l'interrogatorio, sarebbe bastato non farlo o esaurirlo rapidamente con qualche espediente, si veda CHIARLONI, *Le riforme del processo civile*, Bologna, 1992, pp. 170 ss.; Si veda altresì MONTESANO-VACCARELLA, *Manuale di diritto processuale del lavoro*³, Napoli, 1996, p. 165.

⁴²⁰ E, infatti, la proposta di riforma del 1988 elaborata da Giuseppe Tarzia, in quegli anni, fu esplicita nella previsione che il tentativo di conciliazione (e anche l'interrogatorio formale) fossero lasciati a una scelta discrezionale di opportunità del giudice. Si v. TARZIA, *Una proposta di riforma parziale del processo civile*, in *Giur. it.*, 1988, IV, c. 257 e ss. Il progetto proponeva di riformulare l'art. 180, quarto comma c.p.c. nei seguenti termini «se lo ritiene opportuno in considerazione della natura della causa, della qualità delle parti e di ogni altra circostanza, il giudice istruttore ordina, per la stessa udienza, la comparizione personale delle parti per interrogarle liberamente sui fatti della causa e, se possibile, per tentare la conciliazione».

⁴²¹ Si tratta della l. 21 novembre 1991, n. 374 che ha istituito il giudice di pace, nuova figura di giudice onorario tendenzialmente a tempo pieno, cui furono attribuite importanti competenze civili prima riservate ai giudici togati.

⁴²² Sulla nascita della figura del giudice di pace si v. VIDONI GUIDONI, *Quale giustizia per il giudice di pace?*, Milano, 2006, *passim*; ACONE, *Il giudice di pace (dal dibattito culturale alla legge istitutiva)*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, p. 1118.

c.p.c.)⁴²³. Detta disciplina è rimasta in larga misura invariata rispetto a quella contenuta nel testo originario, confermando dunque un tipo di procedimento modulato su criteri di snellezza e informalità e su base interamente volontaria⁴²⁴. Un aspetto molto interessante di questa disposizione è il punto in cui definisce la stretta relazione sussistente tra la conciliazione (in sede non contenziosa) e la competenza del giudice. Ai sensi dell'art. 322 c.p.c la domanda di conciliazione deve proporsi, anche verbalmente, «al giudice di pace competente» e, qualora il giudice si riveli incompetente, la conciliazione raggiunta è valida ma priva degli effetti esecutivi. La disciplina della competenza ivi delineata risulta un indice positivo molto interessante per approfondire gli effetti dell'incompetenza del giudice sulla conciliazione in sede contenziosa, la quale non contiene, invece, alcuna regolazione sul punto⁴²⁵.

La conferma nel 1991 della conciliazione in sede non contenziosa aveva l'intento di rafforzare le spinte conciliative in quella fascia di contenzioso medio-bassa, per la quale è forte l'esigenza di deflazione; essa non ebbe, tuttavia, il successo sperato. Le ragioni di questo risultato negativo sono state individuate, prevalentemente, nella combinazione di una procedura che è al contempo giudiziale ed extragiudiziale, essendo il giudice di pace dotato anche (e soprattutto) di funzioni giudicanti⁴²⁶; il fatto che il giudice di pace sia laico e generalista, privo di specifiche competenze, anche nella materia delle tecniche di conciliazione, contribuendo così ad attenuare la fiducia verso questo organo⁴²⁷; la natura bilateralmente facoltativa del procedimento e l'assenza di incentivi o meccanismi di tipo coercitivo e sanzionatorio che ne favoriscano l'attuazione⁴²⁸.

2.7. Il modello di conciliazione elaborato per il rito societario (D. lgs. n. 5/2003)

⁴²³ Per completezza, alla conciliazione in sede non contenziosa sono dedicati altresì gli articoli 68 e 69 delle disp. att. c.p.c. Sulla nuova disciplina della conciliazione in sede non contenziosa si v. MERONE, *La conciliazione non contenziosa*, in *Giur. mer.*, 2003, p. 52; CAPONI, *Giudice di pace e conciliazione in sede non contenziosa (art. 322 cod. proc. civ.)*, in *Foro it.*, 2005, V, p. 193; GIOVANNUCCI ORLANDI, *Conciliazione non contenziosa*, in (a cura di) BUONFRATE, GIOVANNUCCI ORLANDI, *Codice degli arbitrati delle conciliazioni e di altre adr*, Torino, 2006, II, p. 379.

⁴²⁴ In particolare, l'istanza è proposta, anche verbalmente, al giudice di pace competente per territorio; il giudice ordina la comparizione delle parti di fronte a sé; se l'altra parte non si presenta, il procedimento termina immediatamente; se invece si presenta e si giunge a una conciliazione, il verbale di conciliazione costituisce titolo esecutivo ai sensi dell'art. 185 c.p.c., qualora la controversia rientri nella competenza del giudice di pace, altrimenti ha valore di scrittura privata riconosciuta in giudizio.

⁴²⁵ V. Cap. 3, Sez. I, § 2.

⁴²⁶ CUOMO ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008, p. 207.

⁴²⁷ CAPONI, *Giudice di pace*, cit., c. 193.

⁴²⁸ CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., p. 207.

Negli stessi anni vi fu l'introduzione del c.d. rito societario (d. lgs. n. 5 del 17 gennaio 2003), il quale aveva introdotto una disciplina specifica del processo di cognizione per le controversie in materia societaria⁴²⁹. Il modello conciliativo elaborato da questa riforma risulta utile al fine di comprendere le intersezioni tra la struttura del processo e la regolamentazione dell'istituto di per sé. In altre parole, analizzando il componimento si possono trarre delle conclusioni relative al modo in cui opera l'istituto in sé, con riferimento, ad esempio, all'obbligatorietà o meno del tentativo, al significato della locuzione «se la natura della causa lo consente», alla necessaria (o meno) comparizione personale delle parti, agli effetti della mancata comparizione, e via dicendo. Allo stesso modo, però, occorre chiedersi come la struttura nel quale un determinato modello di componimento è inserita possa incidere sul *modus operandi* e sui risultati dell'istituto. E così, il rito societario, diviene un banco di prova molto utile avendo rappresentato una novità assoluta nella strutturazione del processo di cognizione, stravolgendo il modello del 1940.

Le peculiarità del modello societario risiedevano il fatto che lo stesso prevedeva due fasi: la prima, senza giudice e la seconda, *apud iudicem*. Il processo cominciava con una citazione a rispondere, alla quale seguiva una fase preparatoria di scambio di scritti difensivi tra le parti (comparsa di risposta, memoria di replica dell'attore e controreplica del convenuto, ulteriori repliche tra le parti) che avveniva interamente senza il giudice (artt. 2 e ss.). Successivamente, le parti presentavano unilateralmente o congiuntamente

⁴²⁹ Sul processo societario, *ex multis*, PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo societario (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2003, V, c, 1 ss.; BALENA, *Prime impressioni sulla riforma dei procedimenti in materia societaria. La fase introduttiva del processo di cognizione*, in *Giur. it.*, 2003, p. 2203 e ss.; TRISORIO LIUZZI, *Il nuovo rito societario: il procedimento di primo grado davanti al tribunale, in judicium.it*; COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale: la cognizione ordinaria in primo grado*, in *Riv. dir. proc.* 2003, p. 641 ss.; TARZIA, *Interrogativi sul nuovo processo societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 641; VACCARELLA, *La riforma societaria: aspetti processuali*, in *Corriere giur.*, 2003, p. 1501 e ss.; PUNZI, *Lineamenti del nuovo processo in materia societaria. Il processo ordinario*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 109; CONSOLO, *Le prefigurabili inattività di alcuni nuovi riti commerciali*, in *Corriere giur.*, 2003, p. 1505 e ss.; CHIARLONI (a cura di), *Il nuovo processo societario*, Bologna, 2004; ARIETA-DE SANTIS, *Commentario dei processi societari*, I, Torino, 2003; SASSANI-TISCINI, *Il nuovo processo societario. Prima lettura del d. leg. n. 5 del 2003*, in *Giust. civ.*, 2003, II, p. 49 e ss.; RICCI, *Verso un nuovo processo civile?*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 211 ss.; GRAZIOSI, *Sul nuovo rito societario a cognizione piena*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, I bis, pp.1 ss.; CARRATTA, *Società (riforma delle: profili processuali)*, in *Enc. giur. Treccani, Aggiornamento, XXIX*, Roma, 2004; CAVALLINI, *Questioni rilevabili d'ufficio e processo societario*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2005, p. 647; ID., *Il procedimento sommario di cognizione nelle controversie societarie*, *Giust. Civ.*, 2003, p. 445.

un'istanza di fissazione dell'udienza che si sarebbe tenuta di fronte al collegio (art. 8 e art. 11). A seguito di questa richiesta, il giudice designato come relatore, emetteva un decreto con il quale fissava la data dell'udienza collegiale, assolveva altri adempimenti e poteva invitare le parti, «ove appaia opportuno», a comparire personalmente all'udienza per l'interrogatorio libero e il tentativo di conciliazione (art. 12 del d. lgs. n. 5/2003).

Si può affermare che il rito societario valorizzasse il componimento avuto riguardo alla struttura del procedimento poiché il tentativo interveniva in un momento in cui le parti e il giudice avevano conoscenza delle questioni e dei fatti su cui verteva la controversia: il *thema decidendum* era stato già determinato e per le parti erano già intervenute le preclusioni istruttorie. Al tempo stesso però rendeva il tentativo e l'interrogatorio interamente sottoposti alla decisione discrezionale di un giudice (il giudice relatore) che è per altro un giudice diverso rispetto a quello che poi effettivamente interrogherà le parti e tenterà la conciliazione (il collegio); quest'ultimo poteva risultare meno incentivato a insistere in una soluzione bonaria per la quale non aveva determinato se vi fossero i presupposti per procedere ad esperirla. In tal senso il rito societario ha fatto venir meno alla conciliazione giudiziale l'importanza che gli era stata attribuita dalla riforma del rito del lavoro del 1973 e da quella del rito ordinario del 1990⁴³⁰.

Il modello societario risulta molto utile per alcune riflessioni che mi limito ad anticipare circa il modello attuale di conciliazione giudiziale, introdotto con la riforma del 2022. La riforma del 2022, pur rinunciando al proposito di strutturare una prima fase senza giudice, come vedremo meglio *sub*. § 4 di questo capitolo, prevede una novità importante per quanto attiene la definizione ultima della materia del contendere, anticipandola, in termini di preclusioni assertive e istruttorie, a un momento antecedente alla prima udienza di trattazione. Essa, così facendo, attribuisce alle parti, nella definizione della materia del contendere, un ruolo molto più marcato e molto più indipendente da quello del giudice.

Occorre, infatti, tenere presente che il giudice avrà il primo contatto con le parti direttamente in udienza, momento in cui le domande, le eccezioni e i fatti sui cui dovrà decidere sono già delineati. Un'assimilazione con il rito societario sarebbe oltremodo

⁴³⁰ REALI, *op. cit.*, p. 151.

imprecisa, visto che l'attuale giudizio di cognizione continua a essere introdotto a mezzo di citazione da notificare alle parti e depositare al giudice e non è formalmente strutturato in due fasi. Tuttavia, l'autonomia delle parti e un primo effettivo incontro con il giudice in una fase in cui il *thema decidendum et probandum* è già fissato può in qualche misura essere paragonato alle *rationes* sottostanti il rito societario.

La differenza del processo di cognizione elaborato dall'ultima riforma del processo risiede nel fatto che – contrariamente al rito societario – il giudice è ora obbligato a procedere all'interrogatorio libero e al tentativo di conciliazione in ogni tipologia di controversia. Sugli effetti prospettici di una struttura così congeniata, unita alla vera obbligatorietà dell'istituto in esame, si dirà più approfonditamente nel successivo § 4.

2.8. *L'abolizione del tentativo obbligatorio di conciliazione con la Legge n. 80 del 2005*

Nella prassi l'obbligatorietà dell'interrogatorio libero non si rivelò molto utile in quanto i giudici omettevano spesso di interrogare le parti; altre volte le parti stesse non comparivano, rendendo dunque impossibile al giudice l'espletamento dell'interpello⁴³¹. Per altro, nonostante non vi fossero dubbi che il dato letterale prevedesse l'obbligatorietà dell'interrogatorio libero e del tentativo di conciliazione in sede di udienza di trattazione, nella prassi l'applicazione dei due istituti fu rimessa a una scelta puramente discrezionale del giudice, esattamente come l'interrogatorio libero in corso di causa di cui all'art. 117 c.p.c. Allo stesso modo, il tentativo di conciliazione, quando effettuato, non veniva espletato con l'impegno dovuto⁴³². Altri sottolinearono come lo stesso risultava inutile laddove il processo avesse ad oggetto diritti indisponibili e, in ogni caso, un'eventualità poco frequente in quanto quando le parti giungono di fronte al giudice, sono interessate a una sentenza e non una conciliazione⁴³³.

Un'altra ragione di disincentivo alla conciliazione giudiziale era di natura fiscale: se le parti infatti avessero voluto conciliarsi, difficilmente avrebbero deciso di procedere con

⁴³¹ CONSOLO, *La trattazione*, cit., p. 1072; così anche TARZIA, *Lineamenti del processo civile di cognizione*³, Milano, 2007, p. 141; PUNZI, *Il processo civile. Sistemi e problematiche*, II, Torino, 2008, pp. 62 ss..

⁴³² CONSOLO, *ibidem*, p. 1072.

⁴³³ MONTELEONE, *Diritto processuale civile*³, cit., p. 385.

la conciliazione giudiziale in quanto il verbale di conciliazione era sottoposto a un'imposta di registro, esattamente come la sentenza⁴³⁴.

Già dopo l'entrata in vigore in vigore della Novella del 1990, si iniziò a discutere della necessità di un'ulteriore modifica dell'interrogatorio libero e del tentativo di conciliazione⁴³⁵, rendendoli entrambi discrezionali. Negli anni successivi, come si è visto, era per altro intervenuta la riforma del rito societario che aveva, anch'essa, rimesso i due istituti alla libera discrezionalità del giudice⁴³⁶. La riforma del 2005⁴³⁷ ridimensiona notevolmente l'interrogatorio e il tentativo di conciliazione, sancendone definitivamente e in maniera chiara il carattere discrezionale: entrambi gli istituti vennero sottoposti alla richiesta congiunta delle parti ovvero al potere discrezionale del giudice⁴³⁸. Più precisamente la Legge n. 80/2005 aveva rimodulato l'art. 183 c.p.c., stabilendo che il giudice istruttore, su richiesta congiunta delle parti, avrebbe fissato l'udienza per la comparizione delle parti al fine di interrogarle liberamente. Rimanevano invariate le disposizioni sulle conseguenze della mancata comparizione delle parti e della possibilità di farsi sostituire da un procuratore che aveva conoscenza dei fatti di causa. Nessuna menzione veniva fatta del tentativo di conciliazione. Successivamente, la Legge n. 263/2005 ha previsto alcuni interventi correttivi della Legge n. 80/2005, introducendo la possibilità che fosse il giudice a ordinare l'interrogatorio libero *sua sponte* e

⁴³⁴ *Ibidem*, p. 386.

⁴³⁵ Si v. lo schema di legge-delega proposto nel 1996 da una commissione presieduta da Giuseppe Tarzia (TARZIA, *Per la revisione del codice di procedura civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 988). Il disegno di legge prevedeva che nella prima udienza di trattazione, il giudice previa valutazione di opportunità, avrebbe dovuto procedere a ordinare la comparizione delle parti per l'interrogatorio libero e, qualora la natura della causa lo avesse consentito, tentare la conciliazione, ferma restando la possibilità di disporre (o rinnovare) l'uno e l'altro fino alla remissione della causa in decisione. In altre parole, entrambi gli istituti venivano sottoposti a una libera scelta discrezionale del giudice.

⁴³⁶ V. *infra* § 2.6.

⁴³⁷ Si tratta delle Leggi 14 maggio 2005 n. 80 e 28 dicembre 2005 n. 263, di conversione con modificazione del d.l. 14 marzo 2005 n. 35.

⁴³⁸ Si v. CAVALLINI, *Le nuove norme del procedimento di cognizione di primo grado*, in *Riv. dir. proc.* 2005, p. 731 ss.; ID., *Il nuovo art. 183 c.p.c e la riforma della trattazione della causa*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2006, p. 241, BALENA, in BALENA-BOVE, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, pp. 73 e ss.; COSTANTINO, *Modifica della fase introduttiva del processo ordinario di cognizione*, in *Foro it.*, 2005, V, c. 102; CAPPONI, *L'art. 183 dopo le «correzioni» della l. 28 dicembre 2005 n. 263*, in *Giur. it.*, 2006, p. 880 ss.; CONSOLO, *Competizione sì, ma più che altro fra riti e fra legislazioni processuali (sulla legge n. 80/2005)*, in *Corriere giur.*, 2005, p. 895; VERDE, *Sulle variazioni al codice di procedura l'incognita del diritto intertemporale*, in *Guida al dir.*, 2005, p. 25; CARPI, *Un cantiere sempre aperto: la riforma del processo civile di cognizione nel decreto sulla competitività*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 808; SCARSELLI, *Brevi note sulle modifiche al codice di procedura civile previste dalla l. n. 80 del 2005*, in *Foro it.*, 2005, V, c. 171 ss; CARRATTA, *La «nuova» fase preparatoria del processo di cognizione: corsi e ricorsi di una storia «infinita»*, in *Giur. it.*, 2005, p. 2334.

reintroducendo il tentativo di conciliazione (non più obbligatorio). A tal fine, il suddetto intervento correttivo ha modificato l'art. 183, terzo comma c.p.c. prevedendo che «il giudice istruttore fissa altresì una nuova udienza se deve procedersi a norma dell'art. 185». All'art. 185 c.p.c., l'intervento inserisce un nuovo primo comma, secondo cui «il giudice istruttore, in caso di richiesta congiunta delle parti, fissa la comparizione delle medesime al fine di interrogarle liberamente e di provocarne la conciliazione. Il giudice istruttore ha altresì facoltà di fissare la predetta udienza di comparizione personale a norma dell'articolo 117. Quando è disposta la comparizione personale, le parti hanno facoltà di farsi rappresentare da un procuratore generale o speciale il quale deve essere a conoscenza dei fatti della causa. La procura deve essere conferita con atto pubblico o scrittura privata autenticata e deve attribuire al procuratore il potere di conciliare o transigere la controversia. Se la procura è conferita con scrittura privata, questa può essere autenticata anche dal difensore della parte. La mancata conoscenza, senza giustificato motivo, dei fatti della causa da parte del procuratore è valutata ai sensi del secondo comma dell'articolo 116».

Il tentativo di conciliazione veniva così esperito solo se risultava una congiunta richiesta delle parti, esattamente come l'interrogatorio libero. In tal caso il giudice doveva fissare l'udienza di comparizione delle parti al fine di interrogare liberamente le parti e al fine di operare il tentativo di conciliazione. È rimasta invariata, seppur trasfusa nel secondo comma dell'art. 185 c.p.c., la disposizione riguardante la possibilità per il giudice di rinnovare, a sua discrezione, il tentativo di conciliazione in qualunque momento dell'istruzione.

Il condizionamento dell'interrogatorio e del tentativo di conciliazione alla richiesta congiunta delle parti significava uno svuotamento degli istituti. Un conto sarebbe stato subordinarli alla richiesta di una sola delle parti; altro, invece, stabilire che due litiganti si trovino d'accordo a chiedere al giudice di interrogarli liberamente e provare a conciliarli: un'ipotesi altamente improbabile⁴³⁹, soprattutto se si considera che dalle risposte date dalle parti il giudice avrebbe comunque potuto trarre argomenti di prova (art. 116, secondo comma c.p.c.). Nella sostanza, la scelta di interrogare le parti e tentare la conciliazione viene rimessa a una libera scelta dell'organo giudicante, interpretando il

⁴³⁹ CONSOLO, *Competizione sì, ma pi che altro fra riti*, cit., p. 895; VERDE, *Profili*, cit., II, p. 495.

terzo comma come un potere generale del giudice di tentare la conciliazione⁴⁴⁰; giudice che già tendeva, come si è visto, a disattenderli quando gli erano imposti come obbligatori e che quindi non sarebbe stato con ogni probabilità il soggetto appropriato per stimolare *sua sponte* la conciliazione. L'impoverimento, per così dire, di questi istituti significò inoltre l'attenuazione dello spirito collaborativo delle parti e del giudice, essendo sottratto alla causa un momento partecipativo delle parti e comunque potenzialmente deflattivo del contenzioso⁴⁴¹. Se si riprendono le parole della Relazione del 1940, questi istituti erano finalizzati a «eliminare dalla discussione il troppo e il vano e, se non riesce a conciliare le parti su tutti i punti, ridurre la controversia a quelle poche questioni essenziali che hanno veramente bisogno di essere decise»⁴⁴², il modello processuale venuto fuori dalla riforma del 2005 rappresenta senza dubbio un arretramento⁴⁴³.

2.9. L'introduzione dell'art. 185-bis c.p.c.

Un nuovo passo in avanti verso il rafforzamento della conciliazione giudiziale si ebbe qualche anno dopo con il d.l. 21.6.2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla L. 9.8.2013, n. 98, il quale introdusse l'art. 185 *bis* che disciplina la proposta di conciliazione del giudice. Con questa disposizione si consentì al giudice di formulare una proposta conciliativa nella fase della trattazione e prima che sia chiusa l'istruttoria. Tale potere poteva essere esercitato ove possibile, tenendo in considerazione la natura del giudizio, il

⁴⁴⁰ CARRATTA, *La «nuova» fase preparatoria*, *op. cit.*, p. 2336 secondo cui «d'altra parte, se la funzione assolta dall'interrogatorio libero è anche questa, non si può neanche escludere che — in applicazione degli artt. 117 e 185 c.p.c. — sia lo stesso giudice istruttore a disporre la comparizione personale delle parti, l'interrogatorio libero ed il tentativo di conciliazione. Ma neppure può essere dimenticato che — prima della riforma del 1990 — solo raramente, nella pratica, l'interrogatorio libero ed il tentativo di conciliazione in prima udienza di trattazione, previsti dagli artt. 117 e 185 c.p.c., sono stati sperimentati, e questo sia perché è difficile che il giudice istruttore e le parti arrivino alla prima udienza con la piena conoscenza della causa in tutti i suoi aspetti, sia perché è difficile pervenire a quella delimitazione (tendenzialmente definitiva) del *thema decidendum* fin dalla fase iniziale del processo (o comunque entro la chiusura della prima udienza di trattazione)».

⁴⁴¹ Così CARPI, *Un cantiere sempre aperto*, *cit.*, p. 808; Si v. anche CARRATTA, *La «nuova» fase preparatoria*, *op. cit.*, p. 2336 secondo cui «l'interrogatorio libero e quindi la comparizione personale delle parti hanno soprattutto la funzione di obbligare le parti, che dovrebbero essere personalmente a conoscenza dei fatti di causa, a «prendere posizione» su tutti questi fatti ed in questo modo di consentire al giudice di sperimentare al meglio il tentativo di conciliazione; e, solo nell'eventualità che un simile tentativo sortisca esito negativo, di ottenere una chiarificazione sui fatti di causa o attraverso una puntualizzazione dei fatti allegati dai propri difensori o attraverso l'ammissione dei fatti allegati dal difensore della controparte o attraverso il comportamento assunto in udienza, dal quale il giudice potrà ricavare «argomenti di prova» utili a rafforzarlo nel proprio convincimento».

⁴⁴² Relazione al c.p.c. del 1942, n. 21.

⁴⁴³ CARRATTA, *La «nuova» fase preparatoria*, *op. cit.*, p. 2336.

valore della controversia e l'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto. Siffatta proposta, secondo la dizione dell'art. 185 *bis* c.p.c., non può costituire motivo di astensione o ricusazione del giudice. La norma si ispirava all'art. 420, primo comma c.p.c. dettata per il processo del lavoro ma diversamente dalla stessa non conteneva la previsione per cui il rifiuto senza giustificato motivo potesse costituire comportamento valutabile ai fini del giudizio⁴⁴⁴. Sempre a differenza dell'art. 420, primo comma c.p.c. la norma non obbliga il giudice a formulare la proposta, né gli consente di formularla in qualsiasi causa: gli conferisce questa possibilità sulla base di parametri da valutare discrezionalmente (la natura del giudizio, il valore della controversia e l'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto); discrezionalità che ovviamente destinava la norma a rimanere lettera morta, soprattutto se si considera che, all'indomani dell'entrata in vigore, vi è chi non mancò subito di rilevare che i parametri ai quali era ancorata «non dicono nulla»⁴⁴⁵.

Questa norma fu considerata per altro del tutto inutile anche per una ragione pratica: la possibilità per il giudice di formulare alle parti una proposta transattiva, lungo tutto il corso del giudizio e fino alla precisione delle conclusioni e non necessariamente all'esito della comparizione delle parti e dopo averle liberamente interrogate, secondo quanto disponeva l'art. 185 *bis* c.p.c., era di fatto una prassi che i giudici – se lo ritenevano opportuno – percorrevano anche a prescindere dall'esistenza di una norma che gli conferisse questa possibilità⁴⁴⁶.

⁴⁴⁴ Si sottolinea, tuttavia, come si vedrà meglio nel capitolo successivo che per quanto la norma non avesse accolto la previsione di considerare il rifiuto ingiustificato come comportamento valutabile ai fini del giudizio, la giurisprudenza si è pronunciata nel senso che la mancata accettazione della proposta giudiziale sostanzialmente conforme alla sentenza può configurare un'ipotesi di responsabilità processuale ai sensi dell'art. 96, terzo comma, sebbene le parti non siano tenute ad accettare la proposta giudiziale, poiché la parte che ha rifiutato la proposta ha di fatto causato il prolungamento dei tempi del giudizio con l'inutile protrazione della controversia e lo svolgimento di attività istruttoria che si sarebbe potuta evitare (Tribunale Pistoia, Sentenza, 30 gennaio 2018, n. 54 su *Dejure*; così anche Tribunale Milano, 4 luglio 2013 reperibile sul sito www.ilcaso.it consultato in data 29 dicembre 2023; Tribunale Roma, 30 settembre 2013, in Guida dir., 2013, 41, p. 20 ss. con nota di MARINARO). In questo senso anche BONETTI, *Nuovi orizzonti applicativi dell'art. 96, terzo comma c.p.c. dopo l'introduzione della conciliazione giudiziale ex art. 185 bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 1047.

⁴⁴⁵ TEDOLDI, *Iudex statutor et iudex mediator: proposta conciliativa ex art. 185 bis c.p.c., precognizione e ricusazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 984. Si consideri, che sia la possibilità che il rifiuto ingiustificato fosse comportamento valutabile ai fini del successivo giudizio e sia l'obbligatorietà della proposta erano previsioni inserite nel d.l. 21.6.2013, n. 69. La legge di conversione, tuttavia, protese per un approccio molto meno ambizioso.

⁴⁴⁶ *Ibidem*, p. 984

Questa norma animò altresì il dibattito, di cui si dirà meglio nel Cap. 3, Sez. II, § 3.3 specificatamente dedicato all'argomento, dell'imparzialità del giudice: è chiaro che investire il giudicante del compito di formulare i termini della proposta, senza consentire la sua sostituzione in caso la stessa non dovesse essere accettata, pone il problema di comprendere se lo stesso possa essere ritenuto comunque imparziale nel decidere la causa⁴⁴⁷. Ed evidentemente l'esigenza di impedire la richiesta riconsuazione o l'astensione del giudice sulla base della proposta sottintendeva alla base l'emersione del problema: il legislatore volle così recisamente escludere che la proposta del giudice possa rappresentare un'indebita manifestazione della propria *intimate conviction* e così una precognizione capace di integrare un motivo di riconsuazione o astensione.

L'art. 185 *bis* c.p.c., nell'intenzione del legislatore, avrebbe dovuto assolvere un importante compito deflattivo mirato ad evitare che tutte le controversie debbano necessariamente concludersi con sentenza⁴⁴⁸.

3. LA CRISI DI EFFICIENZA DELLA GIUSTIZIA CIVILE E LE RISPOSTE ALL'EUROPA CON GLI ISTITUTI CONCILIATIVI

Nonostante la riforma del 2005 avesse di fatto attenuato notevolmente il peso che la conciliazione giudiziale aveva rivestito nel nostro ordinamento sin dall'emanazione del codice del '40, negli anni successivi gli istituti conciliativi continuarono a trovare posto all'interno delle riflessioni riguardanti la necessità di trovare delle strade più veloci e semplici ma soprattutto più vicine ai cittadini per la soddisfazione dei propri diritti⁴⁴⁹. I

⁴⁴⁷ Ne parla BREGGIA, *Il tentativo di conciliazione e l'imparzialità del giudice*, in *Giur. merito*, 2008, p. 571.

⁴⁴⁸ V. le considerazioni di ORSOLO, *Il ruolo del giudice nella composizione dei conflitti*, in *i Contratti*, 2014, p. 1172.

⁴⁴⁹ A riguardo cfr. (a cura di) VARANO, *L'altra giustizia*, Milano, 2007, che raccoglie i contributi di numerosi e autorevoli studiosi stranieri (Neil Andrews, Ena-Marlis Bajons, Loïc Cadet, Raúl Calvo Soler, Jordi Ferrer Beltrán, Oscar G. Chase, Colleen M. Hanycz, Garry D. Watson, Per Henrik Lindblom, Rolf Stürmer, Yasuhei Taniguchi e Aya Yamada, Marina Timoteo e Nicolò Trocker, oltre a Vincenzo Varano) che sono stati invitati in Italia a tenere dei seminari nell'ambito di una ricerca su «Accesso della giustizia: efficienza, qualità e metodi di risoluzione alternativi della controversia», ricerca condotta dall'unità fiorentina diretta da Vincenzo Varano nel quadro del progetto di rilevante interesse nazionale «Diritto e trattamento dei conflitti. Alternative al processo e nel processo», coordinato da Michele Taruffo e finanziato dal MIUR nel 2004. Cfr., anche, le monografie pubblicate negli stessi anni, PASSANANTE, *Modelli di tutela dei diritti. L'esperienza inglese e italiana*, Padova, 2007, *passim*; CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., *passim*; SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, Bari, 2008 *passim*; DI ROCCO-SANTI, *La*

nuovi istituti conciliativi si ispirarono a forme di giustizia c.d. alternative (*alternative dispute resolution* – ADR) in quanto si trattava di strumenti che operavano fuori dal processo, arrivandosi a parlare persino di una prospettiva di fuga dal processo o dal diritto⁴⁵⁰. Questo percorso ha trovato conferma anche nell'ultima riforma del processo (e, in particolare, D. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149), di cui si dirà meglio nel prossimo paragrafo, la quale ha – tra le altre – puntato a rafforzare gli strumenti c.d. complementari alla giurisdizione, quale appunto la mediazione in materia civile e commerciale e la negoziazione assistita.

Fattori politici, culturali, antropologici, uniti a un apparato legislativo sia sostanziale che processuale incline alla definizione bonaria delle liti, consentirono al fenomeno dell'*ADR movement* di trovare negli Stati Uniti d'America un terreno fertile in cui nascere e svilupparsi⁴⁵¹. In particolare, la proposta avanzata dal professor Frank Sander durante la Pound Conference del 1976⁴⁵² ha segnato proprio l'origine del c.d. «Modern Mediation Movement»⁴⁵³. Questa proposta introdusse il concetto di «multi-door courthouse» riferita alla necessità di creare un sistema di varie vie alternative di risoluzione delle controversie oltre al processo ordinario⁴⁵⁴. Il sistema di accesso alla giustizia differenziato (o alternativo) doveva consistere, secondo questo movimento, in vere e proprie procedure di risoluzione dei conflitti alternative alla giustizia ordinaria e, quindi, in un sistema di risoluzione delle controversie o di giustizia sostanzialmente privato. Le ragioni alla base di questo movimento culturale risiedono nella c.d. *litigation explosion* e, quindi,

conciliazione. Profili teorici ed analisi degli aspetti normativi e procedurali del metodo conciliativo, Milano, 2003, *passim*.

⁴⁵⁰ GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della direttiva 2008/52/Ce)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 357.

⁴⁵¹ In questo senso, DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*², in (a cura di) CHIARLONI, *Commentario al codice di procedura civile*, Bologna, 2022, p. 8. Per ciò che concerne la struttura del sistema, si consideri l'importanza della divisione tra il *pre trial* e il *trial*, dove il *pretrial* è strutturato proprio al fine di raggiungere il più possibile una soluzione conciliativa (*settlement*) per evitare il *trial*. Sia concesso di rinviare a CAVALLINI-CIRILLO, *In Praise of Reconciliation: the In-Court Settlement as a Global Outreach for Appropriate Dispute Resolution*, in *J.D.R.* Vol. 2, 2023, p. 53.

⁴⁵² Per i risultati della *Pound Conference* si v. LEVIN - WHEELER, *op. cit.*, p. 289.

⁴⁵³ Per la storia del «Modern Mediation Movement» cfr. FN³PIERE-WORK, *On the Growth and Development of Dispute Resolution*, in *Ky. L. J.*, vol. 81, 1992-1993, p. 959; KOVACIL, *Mediation: Principles And Practice*³, 2004, Eagan, pp. 30-32; SINGER, *The Quiet Revolution in Dispute Settlement*, in *Mediation Q.*, Vol. 7, 1989, p. 105; HENSLER, *Our Courts, Ourselves: How the Alternative Dispute Resolution Movement Is Re-shaping Our Legal System*, in *Penn St. L. Rev.*, Vol. 108, 2003, pp. 171–181; MENKEL MEADOW, *Pursuing Settlement in an Adversary Culture: A Tale of Innovation Co-opted or “the Law of ADR,”* in *Fla. St. U. L. Rev.*, Vol. 19, 1999, pp. 6–8.

⁴⁵⁴ SANDER, *Varieties of Dispute Processing*, in (a cura di) LEVIN-WHEELER, *op. cit.*, p. 65.

nell'esigenza di far fronte alla situazione di congestione dei tribunali prodotta da un elevatissimo numero di controversie pendenti che rendevano il sistema del tutto inefficiente e inefficace⁴⁵⁵. La risposta legislativa per fronteggiare il *backlog* delle corti negli Stati Uniti si mosse in due direzioni: da un lato, si rafforzarono i poteri del giudice, al punto che Judith Resnik coniò con il pioneristico articolo su *Harvard Law Review* l'acronimo di «Managerial judge» nel 1982, tra cui anche quelli conciliativi⁴⁵⁶ e dall'altro lato, si implementarono gli strumenti di ADR. Questi sistemi di giustizia alternativi privati avrebbero inoltre dovuto stimolare processi incentrati su valori altri rispetto alla sola soddisfazione dei diritti dei cittadini, quali la possibilità per gli stessi di risolvere le liti e mantenere in vita le loro relazioni, ricercando soluzioni creative e innovative ai problemi, incentrate sulla partecipazione e sulla soddisfazione dei litiganti⁴⁵⁷, così come la tutela della riservatezza della procedura⁴⁵⁸ e dell'autodeterminazione delle parti⁴⁵⁹. Furono così istituzionalizzati diversi strumenti sia in seno al processo (*court annexed*) e sia all'esterno (*court connected*) e specificatamente: *mediation*, *early neutral evaluation*, *minitrials*, *voluntary arbitration*⁴⁶⁰.

Anche nel panorama europeo (e, per ciò che ci interessa, in quello italiano) le sollecitazioni verso i sistemi di giustizia alternativa erano mossi da un lato da obiettivi di

⁴⁵⁵ Per alcuni approfondimenti sul dibattito sorto intorno alla c.d. *litigation explosion* negli Stati Uniti, cfr. GALANTER, *A Settlement Judge, not a Trial Judge: Judicial Mediation in the United States*, J.L. & SOC'Y, VOL. 12, 1985 p. 1 dove si legge che «The most frequently encountered justification is the notion that settlement is necessary to protect the court from a crushing overload of cases, thus reducing backlog and delay and saving the court's limited resources for those cases most needful or deserving of its attention»; RESNIK, *Many Doors--Closing Doors--Alternative Dispute Resolution and Adjudication*, in *Ohio St. J. On Disp. Resol.*, Vol. 10, 1995, p. 211 secondo cui «a major premise of one strand of ADR advocacy is that current adjudicatory procedures are simply inadequate to the task. ADR functions not so much as a good, in and of itself, but rather as a good because the system is in "crisis" and something is needed to fix it. ADR is one of many techniques of managing this crisis, and might be on an equal footing with other proposed curative measures, such as curtailing discovery rights or controlling abusive attorneys»; SINGER, *Settling Disputes, Conflict resolution in Business, families, and the Legal System*, Londra, 1994, p. 13 secondo cui «negotiation, mediation, or arbitration promise faster results than do traditional, legal, managerial, or bureaucratic processes – and at a fraction of the cost»; MILLER, *The pretrial rush to judgment: are the "litigation explosion," "liability crisis," and efficiency clichés eroding our day in court and jury trial commitments?*, in *NYU L. Rev.*, Vol. 78, 2003, p. 982.

⁴⁵⁶ RESNIK, *Managerial Judges*, in *Harv. L. Rev.*, Vol. 96, 1982, p. 374.

⁴⁵⁷ HEDEEN, *The Evolution and Evaluation of Community Mediation: Limited Research Suggests Unlimited Progress*, in *Conf. Resol. Q.*, Vol. 22, 2004, p. 101; KOVACH, *The Mediation Coma: Purposeful or Problematic*, in *Cardozo J. Conflict Resol.*, Vol. 16, 2014, pp. 755, 762.

⁴⁵⁸ KOVACH, *ibidem*, p. 762.

⁴⁵⁹ DEASON, *The Quest for Uniformity in Mediation Confidentiality: Foolish Consistency or Crucial Predictability?*, in *Marq. L. Rev.*, Vol. 85, 2001, p. 79.

⁴⁶⁰ V. *funditus* DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*², cit., pp. 11 e ss.

deflazionare e alleggerire il contenzioso civile e, quindi, dalla possibilità di addivenire a una sollecita, flessibile e meno onerosa definizione della lite⁴⁶¹. Dall'altro lato, un'altra spinta propulsiva risiedeva nel fatto che le lungaggini, i costi, le disfunzioni contribuivano a una percezione di inadeguatezza del sistema processuale rispetto all'obiettivo di ottenere giustizia, ricercandosi così delle vere e proprie forme di «completamento» della giurisdizione⁴⁶². Si consideri poi la prospettiva di sviluppare forme di giustizia più incentrate sul recupero della relazione tra le parti, grazie all'attuazione di logiche «conversazionali» che stimolassero il linguaggio della comunicazione a quello della decisione e dell'applicazione dello stretto diritto⁴⁶³. A conferma di ciò, infatti, queste forme di giustizia alternativa si svilupparono proprio con riguardo alle c.d. controversie minori (intendendosi di minore importanza economico e sociale, di basso tenore normativo o di modesta complessità). In questi contesti, spesso altamente litigiosi, il senso di appartenenza alla comunità o un gruppo acquista valore. Per questa ragione, le forme di imposizioni di decisione dall'alto, a mezzo di un soggetto terzo ed esterno al conflitto, appaiono meno congrue a ristabilire la pace sociale e, di conseguenza, il confronto comunicativo risulta più utile a unire, conservare, preservare la relazione. E il suo esito può essere più facilmente accettato⁴⁶⁴. Il binomio ADR/giustizia minore non esprime in maniera completa la funzione di questi istituti. Occorre infatti tenere presente che, con riguardo quantomeno alla mediazione delle controversie civile e commerciali, essa è esperibile per qualsiasi tipo di conflitto con il solo limite della disponibilità degli oggetti in contesa⁴⁶⁵.

Non occorre però cadere in un superficiale accostamento tra le forme di *ADR* sviluppatasi negli Stati Uniti e quelle di cui diremo a breve che sono nate all'interno del

⁴⁶¹ Si v. SANTAGATA, *op. cit.*, p. 122 e ss.

⁴⁶² CHIARLONI, *Nuovi modelli processuali*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1993, p. 270.

⁴⁶³ Così, DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*², cit., p. 4.

⁴⁶⁴ *Ibidem*, p. 5. L'Autore sottolinea che per la c.d. giustizia minore, anche l'intervento del giudice non togato e capillarmente diffuso sul territorio potrebbe rivelarsi idonea. Si tratta, sempre secondo l'Autore, di prendere semmai consapevolezza da un lato, dell'abissale differenza tra una soluzione conciliativa e una decisoria della controversia e dall'altro lato, della distanza che attualmente in Italia separa la conciliazione in sede giudiziale, raggiunta con l'intervento del giudice, da quella raggiunta in sede extragiudiziale, di fronte a un organismo a ciò preposto. Ed è su questi due aspetti che occorre concentrarsi per comprendere il valore degli ADR con riguardo alla giustizia minore. Ad esempio, la conciliazione tentata dal giudice di pace non viene condotta di regola con le stesse tecniche e il medesimo atteggiamento di quella che si svolge di fronte al mediatore e con l'assistenza di organi a ciò preposti.

⁴⁶⁵ *Ibidem*, p. 7.

contesto europeo. Seppur queste forme di giustizia alternativa condividono gli scopi per le quali sono nati, lo sviluppo delle stesse è altamente condizionato dalla diversità di contesto delle singole culture⁴⁶⁶. Se negli Stati Uniti il ricorso agli strumenti alternativi è nato prevalentemente con lo scopo di limitare le inefficienze del sistema giudiziario, dandosi rilevanza solo in un momento successivo al fatto che costituissero dei mezzi per l'accesso alla giustizia dei più deboli; in Europa si sposò da subito un approccio di stampo più qualitativo che tendesse proprio a una forma di giustizia alternativa volta all'individuazione di nuove tecniche per la soddisfazione dei diritti e ispirata al principio di autodeterminazione⁴⁶⁷.

Volendo ripercorrere l'*iter* istituzionale tracciato in Europa, sin dai primi anni Novanta del secolo scorso, si è sviluppata l'aspirazione alla creazione di modelli incentrati sull'ordine «negoziato» in un generale percorso di degiurisdizionalizzazione degli strumenti per rispondere alla domanda di giustizia, il quale doveva basarsi su l'autonomia e autodeterminazione delle parti⁴⁶⁸. Il lungo percorso legislativo europeo⁴⁶⁹ in materia di risoluzione delle controversie con strumenti alternativi trova il suo coronamento con la Direttiva 2008/52/CE del parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, la quale ha avuto il compito di disciplinare espressamente la mediazione come forma di composizione amichevole della lite. Nel considerando n. 5 si legge, in particolare, che «l'obiettivo di garantire un migliore accesso alla giustizia, come parte della politica dell'Unione europea di istituire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, dovrebbe comprendere l'accesso ai metodi giudiziali ed extragiudiziali di risoluzione delle controversie (omissis)». Questo considerando è stato molto significativo poiché ha sancito la possibilità che la mediazione divenisse una vera e propria forma di «accesso alla giustizia», anche se non giudiziale, che consente di addivenire a una effettiva composizione della lite. L'accesso alla giustizia è divenuto infatti una priorità politica

⁴⁶⁶ *Ibidem*, p. 7; cfr. anche RESNIK, *Risoluzione alternativa delle controversie e processo: uno sguardo alla situazione nordamericana*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1997, p. 715.

⁴⁶⁷ DALFINO, *ibidem*, p. 7.

⁴⁶⁸ DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e «adeguatezza» della tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, p. 907.

⁴⁶⁹ Per un quadro completo di questo percorso si v. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*², cit., pp. 17 e ss.

all'interno dello spazio europeo ed è interessante che fino all'emanazione di questa direttiva veniva riconosciuto solo con riferimento ai mezzi di natura puramente giudiziale⁴⁷⁰. Per spiegare l'implementazione della direttiva in Italia è anche utile richiamare al considerando 14, il quale specifica che «la presente direttiva dovrebbe inoltre fare salva la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto ad incentivi o sanzioni, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accesso al sistema giudiziario. Del pari, la presente direttiva non dovrebbe pregiudicare gli attuali sistemi di mediazione autoregolatori nella misura in cui essi trattano aspetti non coperti dalla presente direttiva», il quale ha fornito la base giuridica per prevedere in Italia la c.d. mediazione obbligatoria.

3.1. L'introduzione in Italia della mediazione in materia civile e commerciale

Tra gli strumenti di ADR implementati in Italia, la mediazione rappresenta di sicuro quello più simile alla conciliazione giudiziale: nonostante la diversità dell'organo deputato a conciliare, essa impone comunque che l'accordo venga incentivato e stimolato da un soggetto terzo, estraneo alla controversia, rappresentando dunque un istituto molto utile, anche come punto di raffronto sia normativo che di esperienze rinvenibili nella prassi, ai fini dello studio della conciliazione giudiziale. L'Italia (insieme alla Spagna, alla Germania e alla Repubblica Ceca) ha istituzionalizzato la mediazione civile e commerciale, interna e transfrontaliera mediante atto normativo di recepimento, introducendo così un nuovo paradigma del diritto⁴⁷¹. Il recepimento della direttiva,

⁴⁷⁰ L'«accesso alla giustizia» è menzionato, anzi tutto, nel Trattato di Lisbona, all'art. 67, par. 4 della versione consolidata del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, il quale stabilisce che «L'Unione realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri». Allo stesso modo l'art. 81, par. 81, lett e), inserito nel capo riferito alla cooperazione giudiziaria in materia civile, fa riferimento all'«accesso alla giustizia», mentre la letter f) prevede «l'eliminazione degli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili». L'art. 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (cd. Carta di Nizza) sul «Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale», fa riferimento all'«accesso alla giustizia» con riguardo all'ipotesi del patrocinio a spese dello Stato per coloro che non posseggono i mezzi sufficienti. Anche la Corte di giustizia dell'Unione Europea, sulla scorta della Corte europea dei diritti dell'uomo, ha riconosciuto nell'«accesso alla giustizia» uno dei principi basilari dell'Unione.

⁴⁷¹ Altri Stati si sono limitati ad adeguare e integrare la normativa esistente nazionale (*incorporation-by-reference system*); altri (Regno Unito e Irlanda), hanno limitato alla sola mediazione transfrontaliera l'ambito di efficacia della norma.

avvenuto con il d. lgs. 28/2010 e s.m.i.⁴⁷², ha di fatto consentito alla mediazione di divenire uno strumento primario nel nostro ordinamento⁴⁷³. La mediazione, che interessa solamente le controversie civili e commerciali, aventi ad oggetto diritti di cui le parti possono disporre (art. 2 del d. lgs. 28/2010), consiste, come noto, nell'attività svolta da un soggetto terzo imparziale (l'organismo di mediazione), finalizzata alla ricerca di un accordo amichevole tra le parti per la composizione di una controversia (art. 1 del d. Lgs. 28/2010).

La mediazione è organizzata sulla base di quattro livelli: (i) quella volontaria, alle quali le parti possono fare ricorso sulla base di una libera scelta; (ii) quella demandata dal giudice, essendo previsto che il giudice può ordinare alle parti di esperire una procedura di mediazione⁴⁷⁴; (iii) quella da clausola, quando è prevista nei contratti dalle parti contraenti per la risoluzione delle controversie attinenti al contratto⁴⁷⁵; (iv) quella c.d.

⁴⁷² Con il D.Lgs 28/2010 è stata data attuazione alla legge delega dell'art. 60 della L. 69/2009. Il D. lgs. 28/2010 è stato successivamente modificato dal D.L. 69/2013, convertito dalla L. 98/2013.

⁴⁷³ Sulla legge delega, CARRATTA, in MANDRIOLI-CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009, p. 217; LUISO, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1257; PUNZI, *Le riforme del processo civile e degli strumenti alternativi per la soluzione delle controversie*, ivi, 2009, p. 1232; CAPONI, *Delega in materia di conciliazione delle controversie*, in *Foro it.*, 2009, V, p. 354; BOVE, *La riforma in materia di conciliazione tra legge delega e decreto legislativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 343. Sul decreto legislativo, CARRATTA, *La via italiana alla conciliazione: luci ed ombre nel decreto legislativo sulla «mediazione finalizzata alla conciliazione nelle controversie civili e commerciali»*, in AULETTA ET AL. (a cura di), *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 141; CHIARLONI, *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60 legge n. 69/2009*, ivi, p. 195; AA.VV., *La giustizia civile alla prova della mediazione (a proposito del d.leg. 4 marzo 2010 n. 28)*, con contributi di CAPONI, ARMONE, PORRECA, DALFINO, PROTO PISANI, SCARSELLI, in *Foro it.*, 2010, V, p. 89; (a cura di) SASSANI-SANTAGATA, *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile*, Roma, 2010, *passim*; TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011, *passim*; BOVE, *La conciliazione nel sistema dei mezzi di risoluzione delle controversie civili*, in *judicium.it*, 2011; AA.VV., *La mediazione civile un anno dopo: questioni vecchie e nuove*, con i contributi di DALFINO, CAPONI, PAGNI, ARMONE, PORRECA, LUCARELLI, in *Foro it.*, 2011, V, 189 e ss.; CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione*, Bologna, 2013, *passim*.

⁴⁷⁴ L'art. 5-*quater* del D. lgs. 28/2010 prevede che «Il giudice, anche in sede di giudizio di appello, fino al momento della precisazione delle conclusioni, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione, il comportamento delle parti e ogni altra circostanza, può disporre, con ordinanza motivata, l'esperimento di un procedimento di mediazione. Con la stessa ordinanza fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. 2. La mediazione demandata dal giudice è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Si applica l'articolo 5, commi 4, 5 e 6. 3. All'udienza di cui al comma 1, quando la mediazione non risulta esperita, il giudice dichiara l'improcedibilità della domanda giudiziale». Questa versione dell'articolo riporta le modifiche implementate dalla Riforma del 2022 (D. lsg. 10 ottobre 2022, n. 149, art. 7, sesto comma, lett. e)), la quale ha previsto che la mediazione ordinata dal tribunale possa essere ordinata dal giudice senza limitazioni (come avveniva in precedenza) ma in qualsiasi circostanza, anche durante i procedimenti in Corte d'Appello.

⁴⁷⁵ L'art. 5-*sexies* del D. lgs. 28/2010 prevede che «Quando il contratto, lo statuto o l'atto costitutivo dell'ente pubblico o privato prevedono una clausola di mediazione, l'esperimento della mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Se il tentativo di conciliazione non risulta esperito,

obbligatoria, essendo imposta, per talune controversie come condizione di procedibilità della domanda giudiziale⁴⁷⁶. Il profilo di rilevanza pratica che ha destato più interesse attiene proprio alla possibilità che l'esperimento della procedura di mediazione sia previsto come condizione di procedibilità della domanda giudiziale. La norma si pone nel solco di un legislatore che – come nel caso del tentativo di conciliazione obbligatorio – pone a tal punto la soluzione conciliativa al centro del processo, da obbligare le parti a percorrerne quantomeno il tentativo. Orbene, per la mediazione questa previsione ha dato vita ad un acceso dibattito, al punto da giungere financo a una pronuncia di illegittimità costituzionale dell'art. 5, primo comma del d. Lgs. 28/2010⁴⁷⁷, poi di fatto reintrodotta con il D.L. 69/2013⁴⁷⁸.

Per quanto concerne poi il procedimento di mediazione e, soprattutto, l'opera del mediatore, diversamente dalle norme sulla conciliazione giudiziale, il d.lgs. 28/2010 è molto dettagliato nello stabilire in particolare: (i) che la procedura deve svolgersi entro determinati tempi in quanto il primo incontro deve tenersi non prima di venti e non oltre quaranta giorni dal deposito della domanda (art. 8, primo comma) e deve avere una durata

il giudice o l'arbitro, su eccezione di parte entro la prima udienza, provvede ai sensi dell'articolo 5, comma 2. Si applica l'articolo 5, commi 4, 5 e 6. 2. La domanda di mediazione è presentata all'organismo indicato dalla clausola se iscritto nel registro ovvero, in mancanza, all'organismo individuato ai sensi dell'articolo 4, comma 1». V. BOVE, *La mediazione delegata*, in *Riv. arb.*, 2018, p. 468. Si sottolinea che la Riforma del 2022 (D. lsg. 10 ottobre 2022, n. 149, art. 7, primo comma, lett. d)), ha esteso la possibilità – come si legge nella disposizione citata - che sia prevista nei contratti o agli statuti degli enti pubblici.

⁴⁷⁶ Il procedimento di mediazione va esperito obbligatoriamente, a pena di improcedibilità della domanda giudiziale, prima di esercitare in giudizio «un'azione relativa ad una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, associazione in partecipazione, consorzio, franchising, opera, rete, somministrazione, società di persone e subfornitura» (art. 5, primo comma del d. lgs. 28/2010). Si v. BALENA, *Mediazione obbligatoria e processo*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 333. Si sottolinea che la Riforma del 2022 (D. lsg. 10 ottobre 2022, n. 149, art. 7, primo comma, lett. d)), ha aggiunto – come si legge nella disposizione citata – nel novero delle materie i c.d. rapporti di durata (contratti di associazione in partecipazione, consorzio, franchising, opera, rete, somministrazione, società di persone e subfornitura). Ciò in quanto l'importanza della mediazione si rinviene maggiormente nelle ipotesi in cui la relazione tra le parti abbia una certa estensione temporale.

⁴⁷⁷ La Corte Costituzionale, con la pronuncia del 6 dicembre 2012 n. 272 ha dichiarato l'art. 5, primo comma, del d. lgs. 28/2010 incostituzionale per «eccesso di delega» e, dunque, per contrasto con l'art. 76 Cost (Corte Costituzionale, 6 dicembre 2012 n. 272, in *Giur. it.*, 2013, p. 606, con nota di BESSO e in *Giusto proc. civ.* 2013, p. 193, con nota di MINELLI). L'eccezione di illegittimità costituzionale era stata sollevata dal T.a.r. Lezio, con l'ord. 12 aprile 2011 n. 3202, (in *Foro it.*, 2011, III, p. 274, con nota di DALFINO, il quale aveva sottolineato anche il possibile contrasto con l'art. 24 Cost., nel corso del giudizio di impugnazione del D.M. n. 180 del 2010).

⁴⁷⁸ FARINA, *Le modifiche più recenti del c.p.c. e la reintroduzione della mediazione "forzata"*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, p. 261.

non superiore a tre mesi (art. 6); (ii) il procedimento si svolge senza formalità (art. 8, terzo comma); (iii) le parti partecipano personalmente alla procedura di mediazione ma in presenza di giustificati motivi, possono delegare un rappresentante a conoscenza dei fatti e munito dei poteri necessari per la composizione della controversia (art. 8, quarto comma); (iv) l'attività del mediatore – ed è questa una delle disposizioni più rilevanti ai nostri fini - «si adopera» affinché le parti raggiungano un accordo di conciliazione, stabilendo quindi un ruolo non di mero facilitatore della mediazione ma di intervento attivo (art. 6, quarto comma); (v) se è raggiunto l'accordo si forma processo verbale che, salvo diverso accordo delle parti, non può contenere alcun riferimento alle dichiarazioni rese o alle informazioni acquisite nel corso del procedimento (art. 10, secondo comma); deve essere sottoscritto dalle parti, dai loro avvocati e dagli altri partecipanti alla procedura nonché dal mediatore, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione (art. 10, quarto comma); se tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite dagli avvocati, l'accordo costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione per consegna e rilascio, l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, nonché per l'iscrizione di ipoteca giudiziale e, in tal caso, gli avvocati attestano e certificano la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico (art. 12, primo comma); in tutti gli altri casi l'accordo allegato al verbale è omologato, su istanza di parte, con decreto del presidente del tribunale, previo accertamento della regolarità formale e del rispetto delle norme imperative e dell'ordine pubblico (art. 12, comma I-bis); (vi) da ultimo, il giudice, nel successivo giudizio può desumere argomenti di prova *ex art.* 116, secondo comma, del c.p.c. dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al primo incontro del procedimento di mediazione (art. 12 bis, primo comma); se 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 (art. 12 bis, secondo comma); inoltre, se il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al

contributo unificato dovuto (art. 13, primo comma); se il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice può comunque se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, può nondimeno escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto (art. 13, secondo comma).

3.2. *L'introduzione della negoziazione assistita*

Per completezza occorre altresì menzionare che, sempre nella direzione di rafforzare le ADR ma conferendo un ruolo rilevante all'Avvocatura, è stato introdotto un altro strumento a carattere generale, con il D.L. 132/2014, convertito dalla L. 162/2014, i.e. la «negoziazione assistita da uno o più avvocati»⁴⁷⁹. Come si evince già dal titolo scelto dal legislatore, la procedura vede protagonisti gli avvocati delle parti senza il coinvolgimento di un soggetto terzo. Più specificatamente essa si sostanzia in un procedimento finalizzato ad un accordo, a mezzo del quale le parti convengono di cooperare in buona fede e lealtà, per risolvere in via bonaria una controversia, tramite l'assistenza di avvocati (art. 2 del D.L. 132/2014). La negoziazione assistita può basarsi su una libera scelta delle parti ma, in alcune ipotesi, l'esperimento della procedura – come per il caso della mediazione – costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale (art. 3)⁴⁸⁰.

Anche nel caso della negoziazione, come per la mediazione, il legislatore ha previsto che l'oggetto della controversia non dovesse riguardare diritti indisponibili⁴⁸¹; il che a

⁴⁷⁹ Sull'argomento, CARRATTA-D'ASCOLA, *Nuove riforme per il processo civile: il d.l. 132/2014*, in *treccani.it*; CONSOLO, *Un d.l. processuale in bianco e nerofumo sullo equivoco della "degiurisdizionalizzazione"*, in *Corr. Giur.*, 2014, p. 1173; CHIARLONI, *Sempre aperto il cantiere delle riforme del processo civile*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1257; DALFINO, *La negoziazione assistita da uno o più avvocati*, in in (cura di) ID., *Misure urgenti per la funzionalità e l'efficienza della giustizia civile*, Torino, 2015, p. 27; SCARSELLI, *Note per la degiurisdizionalizzazione (una proposta di modifica dell'art. 102, 2° comma, Cost. per deflazionare il contenzioso civile)*, in *Foro it.*, 2015, V, p. 445.

⁴⁸⁰ Più precisamente, ai sensi dell'art. 3 del D.L. 132/2014 «chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti deve, tramite il suo avvocato, invitare l'altra parte a stipulare una convenzione di negoziazione assistita. Allo stesso modo deve procedere, fuori dei casi previsti dal periodo precedente e dall'articolo 5, comma 1-bis, del decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28, chi intende proporre in giudizio una domanda di pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti cinquantamila euro. L'esperimento del procedimento di negoziazione assistita è condizione di procedibilità della domanda giudiziale». A queste la L. 190/2014 ha aggiunto quelle in materia di trasporto o *sub* trasporto.

⁴⁸¹ La riforma del 2022 ha però esteso la possibilità di ricorrere alla procedura di negoziazione. In particolare, è stata espressamente estesa anche per le controversie di lavoro, prima espressamente escluse.

contrario, come si dirà meglio nel prossimo capitolo supporta la possibilità che, non essendo disciplinato nulla sul punto per la conciliazione giudiziale, il legislatore abbia evidentemente ritenuto di evitare – per l’ipotesi della conciliazione *apud iudicem* – questa limitazione, anche alla luce del fatto che fosse coinvolto un organo pubblico con poteri giurisdizionali.

Anche in questo caso, il comportamento delle parti – come per la mediazione – in sede di conciliazione potrebbe rilevare nel successivo giudizio di merito, sempre incidendo sulle spese processuali: a seguito dell’invito alla negoziazione, la mancata risposta all’invito entro trenta giorni dalla ricezione o il suo rifiuto può essere valutato dal giudice ai fini delle spese del giudizio e di quanto previsto dagli articoli 96 e 642, primo comma, del c.p.c. (art. 4).

Infine, anche l’accordo che compone la controversia emerso a seguito della negoziazione, sottoscritto dalle parti e dagli avvocati che le assistono, costituisce titolo esecutivo e titolo per l’iscrizione di ipoteca giudiziale (art. 5, primo comma). In particolare, sul tema dell’ipoteca giudiziale, il fatto che sia l’accordo che compone la controversia in esito al procedimento di negoziazione assistita e quello in esito al procedimento di mediazione siano titolo per l’iscrizione di ipoteca giudiziale ha fatto giungere a ritenere che debba ammettersi la stessa efficacia anche al verbale di conciliazione giudiziale⁴⁸².

4. LA CONCILIAZIONE GIUDIZIALE DOPO LA RIFORMA DEL PROCESSO DEL 2022

4.1. L’iter legislativo della riforma del 2022

La riforma ha poi disciplinato che in caso di scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio o di scioglimento dell’unione civile, le parti possono stabilire, nell’accordo di negoziazione, la corresponsione di un assegno in unica soluzione; e ciò anche al fine di raggiungere una soluzione consensuale tra i genitori per la disciplina delle modalità di affidamento e mantenimento dei figli minori nati fuori del matrimonio, nonché per la disciplina delle modalità di 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 (art. 9 del D. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149).

⁴⁸² Sul punto, FABIANI, *Iscrizione di ipoteca giudiziale e conciliazione della controversia*, in *Foro it.*, 2015, V, c. 39.

L'ultima riforma del processo civile ci ha consegnato un apparato di nuove disposizioni che risultano molto stimolanti per lo studio della conciliazione giudiziale (e non solo), ai cui principi fondanti può dirsi ispirata, in generale, tutta la nuova direzione del processo civile.

La riforma del 2022 si inserisce, in generale, in un quadro più ampio di riforme le cui spinte propulsive provengono, soprattutto, dall'Unione Europea. Quest'ultima aveva infatti deciso di concedere agli Stati finanziamenti e prestiti, chiedendo in cambio l'attuazione di riforme per il rilancio dell'economia (programma c.d. *Next Generation EU-NGEU*); riforme da implementare a mezzo di appositi strumenti normativi, ossia i c.d. Piani nazionali di ripresa e resilienza. Nella primavera del 2021, infatti, l'Italia presenta così alla Commissione europea il proprio Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (c.d. PNRR), il quale aveva previsto investimenti e un pacchetto di riforme, con un'allocatione di risorse pari a 191,5 miliardi di euro⁴⁸³. Tra le riforme previste dal PNRR, si ritrova anche quella della giustizia, con un piano strutturale volto a intervenire su diversi settori (il processo civile, la disciplina dell'insolvenza, la giustizia tributaria, il processo penale e il sistema sanzionatorio penale) e l'obiettivo di accelerare lo svolgimento dei processi, di rafforzare la digitalizzazione dei procedimenti giudiziari, di migliorare la gestione del carico pregresso di cause civili e penali e rendere più efficienti gli edifici giudiziari⁴⁸⁴. L'obiettivo di rendere il processo civile più efficiente è ormai baluardo di tutte le riforme sulla giustizia che si sono avvicinate negli ultimi anni; interessante è che l'obiettivo del PNRR sotto questo aspetto è stato tradotto in termini quantitativi, prevedendo che la riforma dovesse avere lo scopo di «abbattere la durata media dei processi civili di più del 40 per cento» entro il 2025⁴⁸⁵.

⁴⁸³ Informazioni più dettagliate sul PNRR e, in generale, sul NGEU possono leggersi in <https://www.mef.gov.it/focus/Il-Piano-Nazionale-di-Ripresa-e-Resilienza-PNRR/>

⁴⁸⁴ Si precisa che alle porte di questo ambizioso programma europeo, la riforma del processo civile era invero già “in cantiere” in quanto il 5 dicembre 2019, il Governo allora in carica aveva presentato un disegno di legge delega di riforma, il cui *iter* parlamentare fu bloccato dallo scoppio della crisi pandemica. Nell'ottica di proseguire il cammino interrotto, l'Italia ha stabilito poi che uno dei punti nevralgici del PNRR fosse proprio quello della riforma del sistema giustizia.

⁴⁸⁵ Si legga Piano Nazione di Ripresa e Resilienza, p. 99 consultabile sul sito <https://www.italiadomani.gov.it/it/home.html>

La riforma è arrivata tramite un percorso articolato che aveva visto avvicinarsi diverse proposte e partiva, in verità, dalla precedente legislatura. Il punto di partenza di questo percorso era stato il cosiddetto «Progetto Bonafede»; una proposta di riforma che vedeva il suo nucleo essenziale nell'estensione generalizzata del procedimento sommario di cognizione che nell'intenzione dei proponenti doveva sostituire il processo ordinario di cognizione disciplinato dal libro II del c.p.c.⁴⁸⁶. Questa proposta non aveva riscosso successo in dottrina e non sembrava invero avviata a un agevole percorso parlamentare⁴⁸⁷. Successivamente all'insediamento del Governo Draghi, il nuovo Ministro della giustizia, nomina una Commissione Ministeriale di studio per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumenti alternativi di risoluzione dei conflitti, incaricata di procedere alla formulazione di puntuali proposte emendative del d.d.l. 1662⁴⁸⁸. Sulla base dei lavori della Commissione, il Governo modulò una serie di emendamenti al testo originario (complessivamente definiti nelle cronache giornalistiche «il maxi-emendamento»)⁴⁸⁹. Il Governo ha poi presentato al Senato il progetto emergente dal maxi-emendamento, ponendo sull'approvazione dello stesso la questione di fiducia (e, allo stesso modo, alla Camera). Il testo fu approvato e trovò sede nella Legge del 26 novembre 2021, n. 206, prevedendo dunque, da un lato, una delega al Governo per l'attuazione della riforma del processo civile (dettando a tal fine specifici principi e criteri direttivi)⁴⁹⁰ e, dall'altro lato, prospettando la modifica diretta di alcune disposizioni di carattere sia sostanziale sia processuale, concernenti in particolare i procedimenti in

⁴⁸⁶ Si tratta del d.d.l. n. 1662 approvato nel corso della XVIII Legislatura dal Consiglio dei Ministri del 5 dicembre 2019 e presentato alla Presidenza del Consiglio il 9 gennaio 2020, recante «Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie».

⁴⁸⁷ Per alcune valutazioni critiche sul cosiddetto «Progetto Bonafede» si v. PROTO PISANI, *Che fare per affrontare la crisi del processo civile? (note a margine di un intervento che sa di acqua fresca)*, in *Foro it.* 2020, V, 33 ss., 33; BOVE, *DDL delega del processo civile: è vera riforma?*, in *judicium.it*; SCARSELLI, *Note critiche sul disegno di legge delega di riforma del processo civile approvato dal Consiglio dei Ministri in data 5 dicembre 2019*, in *judicium.it*; BOCCAGNA - CONSOLO, *Quale delega per la ulteriore riforma (specie, ma non solo) del tanto smagliato Libro II del codice di rito?*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 1305.; COSTANTINO, *Sulle proposte di riforma del processo civile. Contro la pubblicità ingannevole, in questionegiustizia.it*.

⁴⁸⁸ La «Commissione per l'elaborazione di proposte di intervento in materia di processo civile» è stata istituita con Decreto Ministeriale del Ministero della Giustizia del 12 marzo 2021.

⁴⁸⁹ Per un approfondimento si v. *Proposte normative e note illustrative*, elaborato dalla Commissione per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumenti alternativi, presieduta dal Professor Francesco Paolo Luiso (il relativo testo risulta disponibile su www.giustizia.it).

⁴⁹⁰ V'è chi non mancò di far notare che il Governo, elaborando il testo della legge di delega prima e poi ponendo la questione di fiducia, ha di fatto finito per delegare sé stesso (così SCARSELLI, *La giustizia civile al tempo della pandemia (Sulla approvazione da parte del Senato del ddl 21 settembre 2021)*, in *giustiziainsieme.it*).

materia di stato e famiglia. Detto progetto, costituì inoltre l'implementazione per il comparto giustizia delle riforme richieste dall'Europa in funzione del *Recovery Fund*.

Le misure alla base del disegno riformatore, delineate nella Legge del 26 novembre 2021, n. 206, contenente «*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*», hanno riguardato, con varia ampiezza, sia la disciplina puramente codicistica e, in altre parole, le disposizioni riguardanti alcuni mutamenti in punto di rito e il potenziamento di misure di risoluzione delle liti extraprocessuali; sia la disciplina organizzativa, con misure volte a incidere direttamente sull'organizzazione del sistema giustizia⁴⁹¹. Fanno parte del primo gruppo le novità riguardanti gli strumenti di risoluzione delle controversie complementari alla giurisdizione e, in particolare, il potenziamento della mediazione, della negoziazione assistita e dell'arbitrato; la struttura del processo di cognizione di primo grado, delle impugnazioni e del procedimento di correzione delle sentenze e delle ordinanze; il nuovo procedimento sommario di cognizione (ora, procedimento “semplificato” di cognizione);

⁴⁹¹ Sulla legge delega n. 206/2021, cfr., *ex multis*, CAVALLINI, *La durata ragionevole del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, p. 825; ID., *Verso il nuovo modello del procedimento ordinario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.* 2022, p. 161; BIAVATI, *L'architettura della riforma del processo civile*, Bologna, 2021; ID., *La riforma del processo civile: motivazioni e limiti*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, p. 45; ANSANELLI, *Filosofie di riforma della fase preparatoria nel processo civile*, Genova, 2021, *passim*; Il fascicolo n. 3 del 2021 di *Questione Giustizia*, interamente dedicato alla legge delega n. 206/2021, con i contributi di GILARDI, COSTANTINO, MERCADANTE, GATTUSO, MONTANARO, PROTO PISANI, TEDOLDI, CAPONI, CECHELLA ET AL.; CONSOLO, *Pro futuro. Considerazioni sui problemi della riforma del processo civile (titolava Franz Klein, 1891). Un mero flash qui ed ora ad instar sulla tormentata fase introduttiva*, in *Pol. dir.*, 2021, p. 547; PAGNI, *Gli obiettivi del disegno di legge delega tra efficienza del processo, effettività della tutela e ragionevole durata*, in *Pol. dir.*, 2021, p. 574; BOCCAGNA, *Le norme sul giudizio di primo grado nella delega per la riforma del processo civile: note a prima lettura*, in *DPCIEC*, 2022, p. 253; DONDI, *Obiettivi e risultati della recente riforma del processo civile. La disciplina della cognizione a una prima lettura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, p. 927; TISCINI, *Impressioni a caldo sulla sommarietà nel progetto di riforma luiso... in attesa che il caldo estivo ne chiarisca gli esiti*, in *judicium.it*; VELLANI, *Brevi note alle norme in materia di processo semplificato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, p. 1027; PASSANANTE, *La riforma delle impugnazioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, p. 993; FABIANI, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione: una soluzione che non alimenta davvero il dibattito scientifico*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 197; TRISORIO LUZZI, *La riforma della giustizia civile: il nuovo istituto del rinvio pregiudiziale*, in *judicium.it*; VACCARELLA, *Violazioni del diritto europeo e «motivi inerenti alla giurisdizione»: novità in vista*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 207; C. IRTI, *L'assegnazione della casa familiare nel processo di riforma del diritto di famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, p. 1203; BRUNELLI, *Il processo civile telematico che verrà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, p. 957; GAMBA, *La mediazione nel progetto di riforma della commissione Luiso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, p. 957; GHIRGA, *L'ufficio del processo: una sfida*, in *Riv. dir. proc.* 2022, p. 177.

la razionalizzazione e ridefinizione del perimetro di intervento della volontaria giurisdizione; il rafforzamento del processo telematico; la semplificazione dell'accesso alla tutela esecutiva; l'unificazione del rito relativamente all'impugnativa del licenziamento; la riforma dei procedimenti in materia di diritti delle persone e della famiglia, anche a mezzo della definizione del nuovo tribunale per le persone, i minorenni e la famiglia. Appartiene, invece, al secondo gruppo tutta la nuova disciplina sul c.d. Ufficio per il processo, una nuova struttura organizzativa, coordinata da un magistrato, composta da personale amministrativo (di diverse formazioni), con il compito di assistere il giudice in diverse attività e di rafforzare la digitalizzazione del processo.

La legge delega n. 206 del 2021 ha poi trovato attuazione a mezzo di due decreti legislativi e, più precisamente, il D. lgs. n. 149 del 10 ottobre 2022, per quanto concerne le norme riguardanti il procedimento e il D. lgs. n. 151 del 10 ottobre 2022, per quanto concerne le norme sull'ufficio per il processo.

4.2. Le linee programmatiche dell'intervento riformatore e il componimento-scopo

La riforma del 2022 riveste importanza cruciale ai fini di questo scritto per due ragioni. Essa rappresenta, innanzi tutto, una modifica in punto di diritto positivo nel quale esaminare la conciliazione giudiziale, incidendo quindi sul componimento-istituto, avendo conferito allo stesso una nuova dignità e forma all'interno dell'*iter* processuale. Il tentativo di conciliazione, come vedremo, insieme all'ancillare interrogatorio libero tornano a essere (obbligatori) protagonisti della prima udienza di comparizione. La riforma, poi, nelle linee programmatiche, ha attribuito al processo civile quell'obiettivo di componimento-scopo di cui si è detto nel precedente capitolo e che rappresenta in sé – più di ogni altra cosa – quella fonte capace di giustificare non tanto (e solo) il componimento-istituto ma la sua forma più estrema, i.e. quella obbligatoria, che ritorna a vivere proprio grazie alla riforma. E allora, prima di esaminare il componimento-istituto, è opportuno spendere qualche parola proprio su queste linee programmatiche, partendo dal componimento-scopo.

Il primo momento in cui vennero esposte le linee programmatiche della riforma sulla giustizia, prima dell'emanazione della Legge-delega n. 206/2021, fu il discorso che il Ministro Marta Cartabia tenne, appena dopo il suo insediamento, nel corso dell'audizione alla Camera il 15 marzo 2021 sul Recovery Fund⁴⁹². Quanto agli obiettivi, il Guardasigilli sottolineava la necessità di una riduzione concreta dei tempi della giustizia, nell'ottica di un recupero dell'efficienza e della competitività, per consentire una rinnovata fiducia dei cittadini nell'amministrazione della giustizia e una ripresa degli investimenti, alla luce della stretta connessione che sussiste tra relazioni commerciali, produttività economica e funzionamento della giustizia⁴⁹³. Per raggiungere tale obiettivo, venivano indicate tre linee di intervento: sul piano organizzativo, sulla dimensione extraprocessuale e su quella endoprocessuale⁴⁹⁴.

Sul piano delle riforme legislative, il discorso del Ministro sottolineava la necessità di intervenire da un lato, sugli strumenti di mediazione dei conflitti, quali la conciliazione, la mediazione, la negoziazione e in generale tutte le forme di ADR e dall'altro lato, sul processo civile in sé. Sul primo aspetto, ossia quello degli strumenti volti alla conciliazione della controversia, la relazione evidenziava come, per quanto gli stessi siano chiaramente riconosciuti, anche in una prospettiva comparata, come strumenti altamente virtuosi per l'alleggerimento del carico della macchina della giustizia, il loro valore supera i meri risultati efficientistici. Gli stessi infatti rappresentano più che strumenti «alternativi» al processo civile, strumenti ad esso «complementari», i.e. di coesistenza alla giurisdizione⁴⁹⁵. L'esigenza di introdurre ed esaltare le forme conciliative, considerandole coesistenziali di giustizia, una tendenza tipica dei paesi di «capitalismo avanzato» o «maturo»⁴⁹⁶, è fortemente legata, secondo l'insegnamento di Mauro Cappelletti, a momenti di crisi della legge e dei parlamenti moderni⁴⁹⁷. Gli eccessi di uno «Stato amministrativo» o, in altre parole di uno «Stato burocratico», intendendosi

⁴⁹² L'audizione della Ministra Cartabia sul Recovery Fund del 15 marzo 2021 è disponibile sul sito ufficiale della Camera dei deputati al seguente indirizzo <https://webtv.camera.it/evento/17725>; mentre il testo delle LINEE PROGRAMMATICHE può leggersi in <https://dpei.it/wp-content/uploads/2021/03/CARTABIA-LINEE-PROGRAMMATICHE-SULLA-GIUSTIZIA-15-MARZO-2021.pdf>

⁴⁹³ LINEE PROGRAMMATICHE, *ibidem.*, p. 4

⁴⁹⁴ *Ibidem.*, p. 4

⁴⁹⁵ *Ibidem.*, p. 7.

⁴⁹⁶ Per usare le parole di DENTI, *I procedimenti non giudiziali*, cit., p. 419.

⁴⁹⁷ CAPPELLETTI, *Appunti su conciliatore*, cit., pp. 55 e ss.

uno Stato che è intervenuto con innumerevoli leggi nei più disparati settori della vita economico-sociale, con il nobile obiettivo di una maggiore giustizia sociale (e di tensione verso i *welfare rights*), è finito per trasformarsi in un gigantesco apparato amministrativo-burocratico teso all'attuazione di dette leggi, inevitabilmente inefficiente e inefficace. Questo ha stimolato negli anni la tendenza a una giustizia delegalizzata, conciliativa e spesso anche deprofessionalizzata e decentralizzata, considerata financo «indigena» al diritto⁴⁹⁸. L'idea di fondo è che in questo ipertrofico apparato legislativo, la giustizia contenziosa e, ancor prima, il carattere contenzioso del conflitto, che sfocia poi in una giustizia inefficace e inefficiente, deve essere evitato, soprattutto quando si ha a che fare con rapporti durevoli, complessi, e meritevoli di essere conservati⁴⁹⁹. Così la decisione giudiziaria, che tende a «dividere» e «definire» chi ha torto e chi ha ragione, trova un alleato – soprattutto in un momento di forte crisi dell'apparato burocratico classico – in una giustizia mediativa e coesistenziale, tesa a «rammendare», preservando la pacifica convivenza di soggetti che fanno parte di un gruppo o di una relazione complessa. In un mondo moderno di *total insitutions*, ossia di comunità politiche, sociali, economiche, culturali in cui ogni cittadino è chiamato a svolgere una parte della propria vita, pena l'isolamento, l'ideale ottocentesco della «lotta per il diritto» si rivela inadatto. Tutte queste istituzioni portano con sé situazioni complesse, permanenti, anche obbligate, di coesistenza di individui nell'ambito della comunità. Queste situazioni di coesistenza, quando sfociano nel conflitto, trovano dunque nella giurisdizione conciliativa o mediativa, una forma più adatta a preservarle e curarle, risultando così più idonea sul piano qualitativo⁵⁰⁰. Si aggiunge poi che, in generale, la possibilità di preservare i *welfare rights* non va di pari passo con l'assolutezza tipica del processo decisionale giudiziario. In un'ottica di necessario bilanciamento che è evidentemente immane all'esplosione di innumerevoli diritti spesso in contrasto, la «giustizia coesistenziale» e «conciliativa» si impone come fondamentale⁵⁰¹.

⁴⁹⁸ Marc Galanter, con questa espressione, vuole fare riferimento a un diritto che trova la sua origine non nello Stato e nella sua legislazione ma in formazioni spontanee e decentrate: cfr. GALANTER, *Justice in Many Rooms*, in CAPPELLETTI, *Access to justice and the Welfare State*, cit., pp. 147-181.

⁴⁹⁹ CAPPELLETTI, *Appunti su conciliatore*, cit., p. 57

⁵⁰⁰ *Ibidem*, p. 58.

⁵⁰¹ *Ibidem*, p. 63

Non può sorprendere, quindi, che il governo in carica nel 2021, nel pieno della crisi pandemica, la quale portava con sé proprio un altro ipertrofico apparato di norme, unito a profondi contrasti sociali (si pensi solo, per fare un esempio tra i molti, a quelli dettati dalla necessità di rinegoziare i contratti di durata a causa dell'eccessiva onerosità sopravvenuta dopo il covid-19), oltre che alla necessità di preservare quei *welfare rights* che forse proprio la pandemia aveva in un certo quel modo palesato come inattuabili per tutti, che giustifica – e forse diviene indispensabile – il richiamo a una giustizia coesistenziale e conciliativa. Riprendendo le parole di Cappelletti negli anni '80, oggi più che mai attuali, «discutere di conciliazione e di giustizia conciliativa può essere la risposta più ragionevole e più realistica che noi possiamo dare ai problemi del nostro tempo»⁵⁰².

4.3. *La riscrittura della fase preparatoria del processo ordinario di cognizione*

La trattazione delle novità sulla conciliazione–istituto in punto disciplina positiva portate dalla riforma del 2022, non può iniziare direttamente con l'esegesi delle disposizioni riguardanti la conciliazione in sé e, quindi gli artt. 183, 185 e 185 *bis* c.p.c. Sarebbe metodologicamente errato riflettere sui modi in cui è oggi disciplinata la conciliazione giudiziale, tralasciando il fatto che essa si inserisce in una nuova struttura del processo ordinario di cognizione e, in particolare, in una mutata fase preparatoria e in un mutato ruolo della prima udienza.

Una delle novità cruciali della riforma del 2022 in punto di rito ordinario di cognizione ha riguardato, infatti, l'intera riscrittura della disciplina sulla fase preparatoria con l'obiettivo di anticipare la definizione del *thema decidendum et probandum* allo svolgimento della prima udienza⁵⁰³. Più precisamente, l'idea alla base delle modifiche

⁵⁰² *Ibidem*, p. 65.

⁵⁰³ Si precisa che questa fu una soluzione di compromesso. I lavori della Commissione Luiso, con il compito di elaborare delle proposte di modifica al D.D.L. 1662/S (il disegno di legge in cantiere prima dello scoppio della pandemia) che sarebbero state la base della L. 206/2021, avevano fatto emergere due diverse proposte con riferimento alla nuova fase preparatoria. La prima proposta non mutava la disciplina previgente, sollecitando un intervento minimo solo sui termini della c.d. appendice scritta alla prima udienza (art. 183, sesto comma c.p.c.); mentre la seconda prospettava l'estensione al rito ordinario delle preclusioni istruttorie previste per il rito lavoro (ossia già al momento degli atti introduttivi). Tra queste due proposte lontanissime, la Commissione ministeriale scelse la seconda che divenne quindi oggetto degli emendamenti del D.D.L. 1662/S. In sede di lavori parlamentari però questa proposta venne abbandonata e ne emerse una terza che poi venne trasfusa poi nella legge delega (art. 1, quinto comma, L. n. 206/2021): si puntò comunque ad un'udienza dove fossero già maturate le decadenze per la definizione del *thema decidendum et probandum*

della fase preparatoria è quella di «perseguire una maggiore concentrazione», rendendo la prima udienza di comparizione e trattazione un momento dedicato esclusivamente a una prima discussione della controversia e consentendo al giudice «un più esteso *case management* volto, tra le altre possibilità, anche a favorire il passaggio dal rito ordinario a quello semplificato»⁵⁰⁴. A tal fine quindi, la riforma da un lato, con il nuovo art. 171 *bis* c.p.c., individua le verifiche preliminari che il giudice deve compiere ancor prima che la materia del contendere sia definita e, quindi, ancor prima della prima udienza di comparizione e trattazione. Dall'altro lato, con il nuovo art. 171 *ter* c.p.c., anticipa la definizione della materia del contendere prevedendo lo scambio di tre memorie a ciò dirette prima dello svolgimento della prima udienza⁵⁰⁵. Il giudice, quindi, alla prima udienza – dopo l'eliminazione o la sanatoria di eventuali vizi processuali e la delimitazione tendenzialmente definitiva della materia del contendere – dovrebbe avere già tutti gli elementi per decidere come procedere: avanzare una proposta conciliativa, procedere all'assunzione delle prove ammissibili e rilevanti, rimettere la causa direttamente in decisione senza bisogno di assumere prove⁵⁰⁶.

4.4. *La nuova prima udienza di comparizione ex art. 183 c.p.c.: l'onere di comparizione, l'interrogatorio libero e il tentativo obbligatorio di conciliazione*

La prima udienza del rito ordinario di cognizione, quindi, appare decisamente diversa rispetto a quella anteriforma sia perché giunge in un momento strutturalmente diverso

ma non si rinunciò alle tre memorie scritte il cui scambio è ora previsto subito dopo il deposito degli atti introduttivi e prima della prima udienza. Cfr. sul punto CARRATTA, *Riforma Cartabia: il nuovo processo civile (II parte)*, in *Giur. it.*, 2023, p. 698; la Relazione sui lavori della Commissione, in *Proposte normative e note illustrative*, consultabile su www.giustizia.it.

⁵⁰⁴ Relazione illustrativa al D. Lgs. n. 149/2022, pp. 7-8.

⁵⁰⁵ Ai sensi dell'art. 171-*ter*: a) con memoria da presentare a pena di decadenza almeno 40 giorni prima dell'udienza l'attore può proporre le domande e le eccezioni che sono conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni proposte dal convenuto o dal terzo e chiedere di essere autorizzato a chiamare in causa un terzo, se l'esigenza è sorta a seguito delle difese svolte dal convenuto nella comparsa di risposta; entrambe le parti possono precisare o modificare le domande, eccezioni e conclusioni già proposte; b) con una seconda memoria da presentare a pena di decadenza almeno 20 giorni prima dell'udienza, le parti possono replicare alle domande e alle eccezioni nuove o modificate dalle altre parti, proporre eccezioni che sono conseguenza delle domande nuove da queste formulate nella prima memoria, nonché indicare i mezzi di prova ed effettuare le produzioni documentali; c) con una terza memoria da presentare a pena di decadenza almeno 10 giorni prima dell'udienza, ciascuna parte può replicare alle eccezioni nuove che dovessero essere avanzate dalla controparte con la memoria di cui al n. 2 dell'art. 171-*ter* e indicare le prove e i documenti probatori contrari rispetto alle prove e ai documenti probatori che le altre parti hanno indicato o prodotto nella memoria di cui al n. 2.

⁵⁰⁶ CARRATTA, *Riforma Cartabia (II parte)*, cit., p. 698.

rispetto a quello antecedente, alla luce della nuova fase preparatoria e sia perché presenta dei mutamenti in punto di attività da compiersi durante la stessa.

La nuova formulazione dell'art. 183 c.p.c. prevede, al primo comma, l'obbligo di comparizione delle parti e che la mancata comparizione delle stesse senza giustificato motivo costituisce comportamento valutabile ai sensi dell'articolo 116, secondo comma c.p.c.; disposizione che, come vedremo nel prossimo capitolo, ha fatto riemergere i dubbi, già sollevati prima dell'abrogazione della stessa disposizione dalla novella del 2009, sulla effettiva possibilità che la mera assenza della parte possa fornire la base per qualsiasi ragionamento presuntivo del giudice⁵⁰⁷.

L'obbligatoria comparizione delle parti è finalizzata ad altre due attività – anch'esse quindi obbligatorie – che il giudice dovrà compiere nella stessa sede, ossia l'interrogatorio libero delle stesse e il tentativo di conciliazione. L'art. 183 c.p.c. prevede, infatti, al terzo comma che «il giudice interroga liberamente le parti, richiedendo, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e tenta la conciliazione a norma dell'articolo 185». Le poche righe in cui ritorna in vita l'istituto ci consentono subito di operare alcune riflessioni e parallelismi con l'*iter* legislativo travagliato della conciliazione giudiziale, dall'emanazione del codice del '40 in poi.

La riforma del 2022 rappresenta un *unicum* per quanto concerne la disciplina del tentativo di conciliazione (obbligatorio) con riguardo al rito a cognizione piena. Ciò in quanto essa, di fatto, pur rinunciando a predisporre la propria struttura circa le preclusioni assertive e istruttorie sul modello del rito del lavoro, vi ispira – nondimeno – proprio la struttura della conciliazione. In altre parole, con un modello chiaramente molto simile a quello dettato, dagli anni '70 in poi, nell'art. 420, primo comma c.p.c., rinvigorisce, nuovamente, il legame tra la comparizione delle parti, l'interrogatorio libero e il tentativo di conciliazione: le parti, per essere indotte conciliare, vengono prima interrogate liberamente dal giudice; quest'ultimo, dopo aver ottenuto i chiarimenti necessari, deve

⁵⁰⁷ TARANTINO, *La conciliazione giudiziale*, in (a cura di) DALFINO, *La riforma del processo civile*, L. 26 novembre 2021 n. 206 e D.leg. 10 ottobre 2022 n. 149 e 151, Piacenza, 2023, p. 141; POLI, *Gli «argomenti di prova» ex art. 116, comma 2°, c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 460 ss.; BALENA, in BALENA – BOVE, *Le riforme più recenti*, cit., p. 75.

tentare la conciliazione. Nell'assetto della trattazione scelto dalla riforma l'interrogatorio libero assume una funzione ancillare al tentativo di conciliazione, seppur non coincidente con la stessa, attenuando quella autonoma. Se, infatti, nel sistema originario del 1990, l'interrogatorio libero poteva favorire anche l'emersione di nuovi fatti (principali o secondari), di fonti materiali di prova, ovvero palesare fattispecie di non contestazione, nel nuovo modello, tutte queste attività sono inesorabilmente precluse alla prima udienza⁵⁰⁸. La *ratio* dell'istituto dell'interrogatorio libero va quindi identificata nella volontà di consentire al giudice di acquisire ogni elemento utile al fine di conseguire la definizione della lite in via transattiva o conciliativa, con un dialogo diretto con le parti e comunque per programmare la successiva fase istruttoria (per acquisire le prove costituenti)⁵⁰⁹. Si sottolinea, inoltre, che il richiamo all'art. 185 c.p.c., poi, secondo quanto indicato nella Relazione illustrativa al D. lgs. 149/2022, è finalizzato a consentire alle parti di farsi rappresentare dai procuratori per detto adempimento⁵¹⁰.

Emerge, inoltre, non solo una razionalizzazione di questi tre istituti ma anche la volontà di rafforzare il ruolo del giudice rispetto alla possibile composizione amichevole⁵¹¹. Le parti devono comparire e, in un'ottica di collaborazione con il giudice, valutare con lo stesso una possibile conciliazione. Il modello realizza poi una prima udienza centrale, sulla base della *Haupttermin* del sistema tedesco o del *Day-in-Court* dei sistemi anglosassoni, in cui il giudice, che ha studiato il caso, è pronto a governare il processo⁵¹². È interessante, proprio riprendendo le parole di un magistrato, il ruolo decisivo del contatto diretto del giudice con le parti per la buona riuscita del tentativo di conciliazione, soprattutto nel caso in cui il giudice si spinge ad avere un ruolo molto attivo

⁵⁰⁸ IANNICELLI – ANGELONE, *La fase introduttiva e di trattazione nella cognizione di rito ordinario in primo grado dinanzi al tribunale*, in (a cura di) DIDONE-DE SANTIS, *Il processo civile dopo la riforma Cartabia*, Milano, 2023, p. 166; BOCCAGNA, *Le norme sul giudizio di primo grado*, cit., p. 262, spec nt. 26.

⁵⁰⁹ Così IANNICELLI – ANGELONE, *ibidem*, p. 166.

⁵¹⁰ Relazione illustrativa al D. lgs. 149/2022, p. 24.

⁵¹¹ TARANTINO, *ibidem*, p. 141.

⁵¹² Così BIAVATI, *Argomenti*, cit., p. 333. Si v. altresì ANSANELLI, *Filosofie di riforma*, cit., p. 355 il quale sottolinea come «l'anticipazione delle attività intese alla definizione del *thema decidendum* e del *thema probandum* in un momento antecedente lo svolgimento della prima udienza (omissis) dovrebbe consentire una sorta di rivitalizzazione funzionale dell'udienza di Prima Comparizione e Trattazione della causa (omissis). Si tratterebbe pertanto di una «rivitalizzazione funzionale» che nelle intenzioni del legislatore delegato dovrebbe essere in qualche misura ulteriormente favorita dalla reintroduzione degli istituti della comparizione personale delle parti e dell'interrogatorio libero delle stesse»; per un approfondimento di questo rinnovato ruolo della prima udienza, in un'ottica di raffronto sul piano internazionale si v. CAVALLINI, *Verso il nuovo modello*, cit., p. 161.

di promozione dell'accordo, formulando egli stesso la proposta: «nella mia esperienza, nel formulare la proposta, ho sempre preferito disporre la comparizione personale delle parti privilegiando un loro contatto diretto con il giudice che evita quel possibile travisamento delle sfumature della proposta – da parte dei difensori e dei loro sostituti di udienza – fondata su delicati equilibri, ma anche per sollecitare, attraverso il loro libero interrogatorio, l'emersione delle ragioni profonde del contrasto attraverso un dibattito diretto nel quale fondamentale appare la comunicazione tra giudice e parti, scevra da eccessivi tecnicismi»⁵¹³. Si consideri che le parole del magistrato si riferivano all'opportunità di un contatto diretto con le parti per il caso di formulazione della proposta ai sensi dell'art. 185 *bis* c.p.c. di cui si dirà a breve.

Non può evidenziarsi, poi, che – sempre come accade nel rito del lavoro – un altro elemento essenziale per la buona riuscita della nuova conciliazione giudiziale si rinviene nel fatto che il relativo tentativo a cui il giudice è obbligato interviene un momento in cui la materia del contendere è già fissata. Ciò consente – si ripete – alle parti e al giudice di avere una chiara cognizione delle c.d. “carte sul tavolo” e, quindi, la chiarezza delle questioni su cui verte la controversia incentiva la possibilità di giungere a una conciliazione. In altre parole, una parte è più incentivata a conciliarsi se conosce bene i contorni delle domande e/o delle eccezioni, così come dei fatti sui quali si baserà la controversia perché più in grado di rendersi conto della posizione di controparte rispetto alla propria, più può valutare l'utilità di una soluzione transattiva. Allo stesso modo, il giudice può più facilmente incentivare o consigliare un modello di accordo, più è alta la completezza dei contorni fattuali e giuridici su cui dovrà esprimersi. Vi è però chi ha fatto notare che proprio l'esaurimento dello scambio delle tre memorie potrebbe in verità disincentivare la conciliazione. Ciò in quanto il processo, dopo le preclusioni assertive e istruttorie si è già incanalato in una determinata direzione e le parti, quindi, avendo già svolto molta attività processuale sono più protese verso la sentenza e le rispettive posizioni possono essere quindi molto più rigide verso un'ipotesi conciliativa⁵¹⁴. Si rammenta, tuttavia, che a seguito dell'udienza 183 c.p.c. vi è ancora un percorso molto lungo per giungere alla conclusione del processo che passa dalla (eventuale) fase di

⁵¹³ RAZETE, *Giudice e conciliatore. L'esperienza del nuovo articolo 185-bis cpc*, in *Questione Giustizia*, 2015, p. 143.

⁵¹⁴ Così, TARANTINO, *op. cit.*, p. 145.

acquisizione delle prove costituente a tutta la fase decisoria che vede comunque lo scambio di altri scritti difensivi. Ciò significa, quindi, che la parte potrebbe essere ancora più che incentivata a chiudere comunque il processo in una fase che – seppur più completa rispetto al passato – non rappresenta affatto la fase conclusiva del processo.

Un altro elemento di diversità rispetto alla disciplina che ha regolato da sempre il tentativo di conciliazione, è che la riforma non solo stabilisce l'obbligatorietà del tentativo di conciliare alla prima udienza ma non lo subordina alla natura della decisione. In altre parole, in qualsiasi tipologia di controversia, il giudice – con completezza piena dei fatti di causa – deve cercare di stimolare una soluzione conciliativa. Questo è inevitabilmente un approccio che, in linea con il processo del lavoro, rafforza la conciliazione giudice e la assurge a paradigma conclusivo della causa di ogni tipologia di processo.

Appare, infine, forse poco giustificabile che il legislatore non abbia regolato l'ipotesi conciliativa in prima udienza per il rito semplificato di cognizione. Tutta la fase introduttiva di questo rito è dettata indubbiamente da una maggiore semplicità rispetto al rito ordinario: l'introduzione avviene con ricorso; i termini minimi a difesa del convenuto sono ridotti; non sono previste le verifiche preliminari del giudice di cui all'art. 171-*bis* c.p.c., né lo scambio delle memorie integrative di cui all'art. 173-*ter* c.p.c.; la definizione della materia avviene all'esito della prima udienza o dell'eventuale “appendice scritta” che il giudice può concedere solo se sussiste un giustificato motivo⁵¹⁵. In questa semplificazione, il legislatore decide di omettere, per la prima udienza, qualsiasi richiamo al tentativo di conciliazione e all'onere di comparizione personale delle parti; il che appare ingiustificabile poiché se lo scopo di un rito speciale di questo genere è quello di consentire a determinate controversie che lo consentono per le loro caratteristiche, una chiusura anticipata della controversia con un *iter* più snello, non si comprende perché non incentivare che proprio questa tipologia di causa possa, ancora più facilmente, giungere a definizione con una conciliazione.

4.5. *L'art. 185 c.p.c. e l'art. 185 bis c.p.c.*

⁵¹⁵ CARRATTA, *Riforma Cartabia (II parte)*, cit., p. 703.

La riforma lascia intatto l'art. 185 c.p.c., il quale consente, ancora, al giudice, su richiesta di tutte le parti, di esperire nuovamente il tentativo di conciliazione, fissando la comparizione delle medesime al fine di interrogarle liberamente e di provocarne la conciliazione (art. 185, primo comma, primo capoverso c.p.c.). La norma conferma inoltre la regola secondo cui giudice può, quindi, rinnovare il tentativo conciliazione in qualsiasi momento dell'istruzione ma con una piccola integrazione: egli, in tal caso, dovrà svolgere questa attività «nel rispetto del calendario del processo» (art. 185, secondo comma c.p.c.). La disposizione, quindi, sottolinea che la possibilità di reiterare il tentativo di conciliazione dopo aver fissato il calendario delle udienze, ai sensi del nuovo articolo 183 c.p.c., non deve comunque comportare un allungamento ingiustificato dei tempi del processo come stabiliti nel programma originario⁵¹⁶. Si consideri, inoltre, che il tentativo di conciliazione potrebbe anche essere disposto in sede di appello ai sensi dell'art. 350, quarto comma c.p.c.: «quando non provvede ai sensi del terzo comma (NdR: *discussione orale per discutere della manifesta fondatezza o infondatezza, inammissibilità dell'appello*), nella stessa udienza il giudice procede al tentativo di conciliazione ordinando, quando occorre, la comparizione personale delle parti».

L'art. 185 c.p.c. richiama, poi, alla possibilità che il giudice possa fissare d'ufficio l'udienza di comparizione delle parti a norma dell'articolo 117 c.p.c. (art. 185, primo comma, secondo capoverso c.p.c.). In quest'ultimo caso, chiaramente, il ruolo dell'interrogatorio è solo quello di avere un incontro informale con le parti per agevolare il giudice nella migliore conoscenza della causa, senza lo schermo delle difese tecniche previamente definite, potendo apportare solo argomenti di prova.

La conciliazione giudiziale prevista dall'art. 185 c.p.c. sembrerebbe presentare delle peculiarità rispetto a quella regolata dall'art. 183 c.p.c. non solo in quanto necessita di una richiesta congiunta delle parti e può avvenire in un momento successivo alla prima udienza ma anche per i poteri, più pregnanti, del giudice. Leggendo attentamente l'art. 185, primo comma c.p.c. e confrontandolo con l'art. 183, terzo comma c.p.c. si può notare che ai sensi del primo, il giudice convoca le parti per «provocarne» la conciliazione; il secondo prevede che il giudice «tenta» la conciliazione. Quando l'art. 185 c.p.c. fu

⁵¹⁶ TARANTINO, *op. cit.*, p. 141.

introdotto nel 2005 già una parte della dottrina evidenziava che la scelta del legislatore di sostituire il potere di *tentare* la conciliazione con quello di *provocarla* avesse un significato ben preciso. Il potere di provocare la conciliazione può infatti essere interpretato come un'attività del giudice non limitata meramente a facilitare la conciliazione (come si desume dal mero tentativo a conciliazione) ma come un'attività propulsiva in vista del raggiungimento di un accordo⁵¹⁷. Non va trascurato, però, il richiamo dell'art. 183 c.p.c. all'art. 185 c.p.c. potrebbe essere letto in due modi. Secondo un argomento che fa perno sull'intenzione del legislatore, il significato delle due disposizioni potrebbe continuare a risultare differente. E infatti nella Relazione Illustrativa si legge in maniera che il richiamo all'art. 185 c.p.c. è finalizzato «a consentire alle parti, ove lo ritengano, di farsi rappresentare per tale adempimento»⁵¹⁸. Il rinvio, dunque, sarebbe meramente funzionale alla possibilità per le parti di farsi rappresentare per essere interrogate e a null'altro. Diversamente, secondo un'argomentazione letterale il rinvio dell'art. 183 c.p.c., *in toto*, all'art. 185 c.p.c. attribuirebbe al giudice gli stessi poteri sia in sede di prima udienza, quando è obbligato a tentare la conciliazione *ex art.* 183 c.p.c., sia nel corso del giudizio, se deve tentarla su richiesta delle parti *ex art.* 185 c.p.c. Secondo l'art. 183 c.p.c. il giudice «tenta la conciliazione a norma dell'articolo 185» e quindi parrebbe che il legislatore non abbia inteso attribuire alle due espressioni significati differenti⁵¹⁹. Quest'ultima impostazione è avvalorata dalla rubrica dell'art. 185 c.p.c. che fa genericamente riferimento al «tentativo di conciliazione», confermando dunque il significato analogo dei poteri del giudice in entrambe le disposizioni⁵²⁰. Attenendoci a questa seconda impostazione occorre però compiere un passo avanti e, come si vedrà meglio nel prossimo capitolo, ragionare allora sull'estensione dei poteri del giudice: se le due disposizioni hanno lo stesso significato significa che il giudice potendo «provocare» la conciliazione e non dovendo limitarsi solo a «tentarla» dovrebbe

⁵¹⁷ CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., p. 218.

⁵¹⁸ Relazione illustrativa al D. lgs. 149/2022, p. 24.

⁵¹⁹ DALFINO, *Mediazione, processo, ruolo dei giudici*, *op. cit.*, p. 92, il quale sottolinea, riferendosi genericamente alla conciliazione senza distinzioni tra i due articoli che da un lato, «la valutazione se procedere al tentativo di conciliazione giudiziale è rimessa, in prima battuta, alla valutazione congiunta delle parti» e, dall'altro lato che «il giudice non deve limitarsi a «tentare» la conciliazione, ma è anche chiamato a «provocarla», cioè a compiere un'attività non meramente facilitativa, ma anche propulsiva in vista del raggiungimento di un accordo».

⁵²⁰ TARANTINO, *op. cit.*, p. 142, spec. nt 8.

sempre avere un ruolo propulsivo pregnante nella trattativa, fino a incidere sui termini dell'accordo; e non solo nell'ipotesi di cui si dirà a breve *ex art. 185 bis c.p.c.*.

La norma, rimasta quasi intatta, conferma poi la possibilità di farsi rappresentare: essa si applica, oltre ovviamente al caso di tentativo disciplinato dall'art. 185 c.p.c. stesso, anche al tentativo *ex art. 183 c.p.c.*, proprio per il richiamo esplicito all'art. 185 c.p.c., anche all'art. 185 *bis c.p.c.*, di cui si dirà a breve e, infine, alla comparizione ordinata *ex art. 117 c.p.c.* Quando, in linea generale, è disposta la comparizione personale, le parti hanno facoltà di farsi rappresentare da un procuratore generale o speciale il quale deve essere a conoscenza dei fatti della causa. La mancata conoscenza, senza giustificato motivo, dei fatti della causa da parte del procuratore è valutata ai sensi del secondo comma dell'articolo 116 (art. 185, primo comma, terzo capoverso c.p.c.).

L'art. 185 *bis c.p.c.*, come detto, prevede invece che il giudice, ove possibile, tenuto conto della natura della causa, del valore della controversia e dell'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto, formula alle parti una proposta transattiva o conciliativa. Questa possibilità, che già era presente prima della riforma, assume ora una connotazione senz'altro più pregnante: la riforma ha stabilito che questa facoltà può essere esercitata lungo tutto il corso del processo, fino al momento in cui la causa non viene rimessa in decisione. Ebbene da un lato, questa nuova formulazione ha avuto il merito di conferire certezza alla norma: la precedente formulazione sul momento finale in cui il giudice poteva formulare la proposta, *i.e.* «sino a quando è esaurita l'istruttoria» aveva generato diverse incertezze⁵²¹; mentre quella attuale («fino al momento in cui fissa

⁵²¹ Si v. a riguardo GATTUSO, *La riforma governativa del primo grado: il rischio di un suo fallimento e alcune proposte alternative*, in *Questione Giustizia*, 2021, p. 6 secondo cui la vecchia formulazione «per cui la proposta *ex art. 185 bis c.p.c.* può essere avanzata «sino a quando si è esaurita l'istruttoria» significasse «a rigore, non dopo l'istruttoria orale o il deposito della c.t.u.»; secondo invece, BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*⁵, II, Bari. 2019, p. 75 la proposta sarebbe consentita «secondo l'interpretazione che appare più ragionevole, fino al momento in cui la causa sia stata ritenuta matura per la decisione»; secondo la giurisprudenza la norma andava letta nel senso che quando la causa fosse stata matura per la decisione senza attività istruttoria o ulteriore attività e resti all'ufficio solo stabilire in quale forma *ex art. 281-quinquies* o *sexies* essa debba essere decisa, non sussisteva più per il giudice il potere/dovere di formulare una ipotesi conciliativa o transattiva ai sensi e con gli effetti di cui all'art. 185-*bis c.p.c.* Questo significato della norma era imposto dalla sua interpretazione letterale, in quanto l'espressione «sino a quando è esaurita l'istruzione» indica esplicitamente come limite dell'attività del giudice di formulare i termini della transazione o della conciliazione quello della fase istruttoria; dall'interpretazione logico sistematica, in quanto stabilire il potere dovere del giudice di formulare, non potendo ciò avvenire se non in termini sufficientemente specifici e dettagliati, alle parti una ipotesi

l'udienza di rimessione della causa in decisione») risulta decisamente più chiara⁵²². Dall'altro lato, si deve considerare che questa proposta che già in prima udienza avviene con una materia del contendere già fissata e che, dopo la riforma, può avvenire fino al momento prima in cui la causa venga rimessa in decisione, a istruttoria conclusa, potrebbe importare una forte influenza per le parti, da parte del giudice, alla conciliazione. La sua proposta potrebbe facilmente orientarsi su quello che potrebbe essere l'esito prospettico della causa, facendo sorgere, ancor più che prima, dubbi sull'apprezzabilità di detto istituto: esso potrebbe finire per rappresentare una spinta piuttosto coercitiva da parte del giudice verso la composizione della lite in spregio al diritto di difesa delle parti e all'imparzialità dello stesso, financo al ruolo di tutela del diritto dell'attività giurisdizionale⁵²³. Si consideri per altro che l'influenza coercitiva sulla decisione delle parti di accettare la proposta o meno va valutata anche in relazione alla previsione di cui

conciliativa o transattiva della controversia, in una fase in cui è già chiusa l'attività istruttoria e non resta che rimettere le parti alla decisione, significherebbe imporre al giudice di anticipare esplicitando il contenuto della ipotesi transattiva/conciliativa la sua probabile decisione finale, senza che agli atti possa sopravvenire alcun nuovo elemento istruttorio utilizzabile per la decisione (così Tribunale di Milano 4 luglio 2013, in *Foro it.*, 2013, voce *Conciliazione in genere, mediazione, negoziazione assistita* n. 107; negli stessi termini Corte di Appello di Roma, 26 ottobre 2018, in *lanuovaproceduracivile.com*).

⁵²² Considerando i modelli decisionali emergenti dalla riforma il giudice può esperire la proposta *ex art.* 185 bis c.p.c. 1) fino al momento in cui viene fissata l'udienza di discussione della causa, ai sensi degli artt. 275 (decisione del tribunale in composizione collegiale) e 281 *quinquies*, secondo comma c.p.c. (decisione del tribunale in composizione monocratica); 2) prima della precisazione delle conclusioni e della discussione orale della causa, ai sensi dell'art. 281 *sexies* c.p.c.

⁵²³ Così BIAVATI, *Argomenti*, cit., p. 334; Così anche IANNICELLI – ANGELONE, *op. cit.*, p. 166 secondo i quali la *disclosure* anticipata imposta alle parti rappresenterebbe un potenziamento per il potere del giudice di richiedere ai difensori i chiarimenti necessari sulla base dei fatti allegati; ciò aumenterebbe, di conseguenza, la possibilità che il giudice indirizzi le parti "in chiave valutativa" verso opzioni transattive, financo con una proposta *ex art.* 185 bis c.p.c. Dello stesso avviso RAZETE, *op. cit.*, p. 140 che nel vigore della precedente disciplina, interpretando come possibile formulare una proposta solo durante l'istruttoria e non a istruttoria conclusa e, quindi, non appena prima di rimettere la causa in decisione spiegava che «stabilire il potere dovere del giudice di formulare (non potendo ciò avvenire se non in termini sufficientemente specifici e dettagliati) alle parti una ipotesi conciliativa o transattiva della controversia, in una fase in cui è già chiusa l'attività istruttoria e non resta che rimettere le parti alla decisione, significherebbe imporre al giudice di anticipare – esplicitando il contenuto della ipotesi transattiva/conciliativa – la sua probabile decisione finale, senza che possa sopravvenire alcun nuovo elemento istruttorio utilizzabile per la decisione. » Vi è chi esprime senza troppe remore che «la proposta conciliativa presuppone che il giudice possa, pur sommariamente, valutare «chi ha ragione e chi ha torto»», si v. POLISENO, *La "Giustizia Alternativa" tra mediazione ordinata ex officio e conciliazione giudiziale della controversia*, in *Scritti in memoria di Franco Cipriani*, I, Bari, 2020, p. 661; LUISO, *Diritto processuale civile*¹⁰, II, cit., p. 51; In senso ancora diverso DE SANTIS, *Declinazioni e chiaroscuri della riforma Cartabia*, in (a cura di) DIDONE-DE SANTIS, *Il processo civile dopo la riforma Cartabia*, cit., p. 38 che invece sottolinea come i magistrati, soprattutto i più giovani, nella paura di andare incontro a sanzioni disciplinari, si spingano a tentare l'inconciliabile, formulando proposte prognostiche sulla base di un prospettico esito della lite, anche quando la complessità fattuale della causa imporrebbero una *discovery* processuale completa. Vista sotto questo punto di vista, la possibilità che la proposta conciliativa possa avvenire fino al momento in cui la causa viene rimessa in decisione, in un momento in cui la materia del contendere è definita e l'istruttoria è completata, appare regola assai opportuna.

all'art. 91, primo comma c.p.c. in tema di spese secondo la quale il giudice, se accoglie la domanda in misura non superiore all'eventuale proposta conciliativa, condanna la parte che ha rifiutato senza giustificato motivo la proposta al pagamento delle spese del processo maturate dopo la formulazione della proposta, salvo vi sia soccombenza reciproca⁵²⁴; oltre che della possibilità di applicare i *punitive damages* previsti dall'art. 96, terzo comma c.p.c. in caso di rifiuto ingiustificato della proposta⁵²⁵. Anche su queste disposizioni si tornerà più precipuamente nel prossimo capitolo. Merita però sin da ora di considerarsi che mentre la sentenza si basa su una valutazione dei fatti, la proposta conciliativa ha il suo perno intorno interessi (economici) delle parti⁵²⁶. In altre parole, il giudice, stimolando la conciliazione o proponendone i termini, non anticipa la decisione poiché le due attività sono basate su presupposti differenti: un conto è valutare tutti i fatti per decidere «chi ha torto» e «chi ha ragione», un conto è comprendere intimamente gli interessi sottesi alla controversia e cercare di trovare una soluzione di compromesso⁵²⁷.

Nell'ottica di coordinamento tra il tentativo di conciliazione *ex artt.* 183 e 185 c.p.c. e la proposta di conciliazione *ex art.* 185 *bis* c.p.c. si sottolinea, inoltre, che quest'ultima disposizione non prescrive che la proposta conciliativa si collochi all'interno di un tentativo di conciliazione. Ciò significa che il giudice potrebbe formalizzare una proposta anche al di fuori dell'udienza, ad esempio a mezzo dello scioglimento di una riserva. Ma è chiaro che questa opzione potrebbe più facilmente realizzarsi in un momento in cui le

⁵²⁴ In senso critico sulla disposizione *de qua* DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*², cit., p. 328. L'Autore sottolinea come questa disposizione denoti un eccessivo *favor conciliationis* in quanto «sebbene sia apprezzabile l'imposizione di un onere di ponderata valutazione delle proposte per una soluzione «bonaria» della lite, provenienti dal giudice o dalla parte, non si comprende per quale ragione colui il quale abbia insistito, del tutto legittimamente, nella propria richiesta (se si chiede il pagamento di euro 100 è perché voglio ottenere euro 100, non meno), debba essere condannato, magari soltanto per questo motivo, al pagamento delle spese processuali. Paradossalmente il «giustificato motivo» per rifiutare la proposta potrebbe proprio consistere in questa legittima aspettativa». Egli tuttavia aggiunge che, per quest'ultima ragione «molto se non tutto dipende dal momento in cui la proposta è formulata, se prima o dopo l'espletamento della fase istruttoria, quando cioè è possibile valutare adeguatamente le ragioni del rifiuto».

⁵²⁵ V. approfondimento in nota 444.

⁵²⁶ DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*², cit., p. 328 secondo cui il giudice, nell'esercizio della proposta conciliativa, non valuta i fatti di causa e quindi non anticipa la decisione; v. anche BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*⁵, cit., p. 75, secondo cui con l'assetto conciliativo, il giudice valuta la situazione nel suo complesso e non solo quella oggetto del processo; in questi termini anche RAZETE, *op. cit.*, p. 140., Trib. Milano, 14 novembre 2013, in *ilcaso.it*; Tribunale Roma, 23 settembre 2013, in *Osservatorio Mediazione civile* n. 74/2013.

⁵²⁷ Per un significativo approfondimento sul tema dell'imparzialità del giudice nella sua attività conciliativa, di cui si dirà *funditus* nel prossimo capitolo, si richiama alle riflessioni di TEDOLDI, *Iudex statutor et iudex mediator*, cit., p. 983.

parti sono presenti e stanno tentando appunto la conciliazione o perché si trovano nel tentativo obbligatorio di conciliazione *ex art. 183 c.p.c.*, o perché hanno loro stesse chiesto al giudice di tentare di conciliarle *ex art. 185, primo c.p.c.* oppure perché il giudice le ha convocate per rinnovare il tentativo in qualche momento dell'istruzione *ex art. 185, secondo c.p.c.*; in uno di questi momenti, il giudice, tenuto a tentare la conciliazione con la presenza delle parti, fatte le opportune valutazioni sulla natura del giudizio, al valore della controversia e l'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto, potrà formulare una proposta conciliativa⁵²⁸.

In ogni caso, se le parti si conciliano, si forma un processo verbale della convenzione conclusa che costituisce, se contiene obblighi di dare o di fare, titolo esecutivo. Se invece la conciliazione non riesce, si prosegue con la trattazione.

4.6. La mediazione demandata dal giudice e i rapporti con la conciliazione giudiziale

La Riforma ha inciso, in linea generale, su tutti gli strumenti ADR, potenziandoli, in conformità alle linee direttrici di cui si è detto nel § 4.2. di questo capitolo⁵²⁹. Su questa scia il legislatore, in sintesi, ha (i) riorganizzato dal punto di vista sistematico la disciplina, (ii) esteso il novero delle materie per le quali è prevista la mediazione quale condizione di procedibilità, (iii) rafforzato la mediazione da clausola contrattuale o statutaria, prevedendo la possibilità che la stessa venga contemplata anche in seno a contratti o statuti/atti costitutivi di enti pubblici; (iv) disciplinato e generalizzato la possibilità di avviare il procedimento telematico, prima ammissibile solo se previsto nel regolamento dell'organismo di mediazione, (v) rafforzato le misure premiali e comunque gli incentivi

⁵²⁸ In questi termini si v. RAZETE, *op. cit.*, p. 140.

⁵²⁹ Si v., TEDOLDI, *Le ADR nella riforma della giustizia civile*, cit., *passim*; MICCOLIS, *Le nuove norme in tema di mediazione e negoziazione assistita*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 1058; LUPANO, *Riforma Cartabia: il nuovo processo civile (II parte) – La riforma della mediazione civile*, in *Giur. it.*, 2023, p. 731; DALMOTTO, *Riforma Cartabia: il nuovo processo civile (II parte) – La negoziazione assistita nell'ultima riforma della giustizia civile*, in *Giur. it.*, 2023, p. 739. Si sottolinea che la Riforma ha delineato una dicotomia tra le adr negoziali, quali la mediazione e negoziazione, in funzione della deflazione del contenzioso giudiziale e via realmente alternativa ma complementare alla giurisdizione ordinaria e l'arbitrato, sempre più visto come strumento di risoluzione delle controversie alternativo e concorrente rispetto alla giurisdizione ordinaria. Sul punto, *funditus*, LOCATELLI, *Complementarità tra mediazione e processo nel D. Lgs 149/2022: "l'occasione è difficile che si offra ed è facile che si perda"*, in *judicium.it*.

alla mediazione, (vi) rafforzato – e a ciò è specificatamente dedicato questo paragrafo – la mediazione demandata dal giudice⁵³⁰ (vii) elevato gli standard qualitativi e gli obblighi di formazione dei mediatori, degli organismi di mediazione, degli enti di formazione e finanche dei giudici per favorire la mediazione demandata; (vi) esteso il novero delle materie in cui è possibile esperire la negoziazione assistita; (ix) previsto l'importante meccanismo dell'istruttoria preventiva durante la negoziazione; (x) previsto e disciplinato la modalità telematica del procedimento di negoziazione.

È opportuno soffermarsi sulle novità in tema di mediazione delegata o mediazione demandata dal giudice, sia per il ruolo che riveste il giudice nella scelta di demandare il procedimento a un terzo soggetto e sia per i rapporti dell'istituto con la conciliazione giudiziale. La mediazione demandata dal giudice era già disciplinata, prima della riforma, nell'art. 5, secondo comma del d. lgs. 28/2010: il giudice, anche in grado di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti⁵³¹, poteva disporre l'esperimento del procedimento di mediazione⁵³². Questa forma di mediazione rientra nel novero di quelle c.d. obbligatorie, con la caratteristica che l'obbligatorietà della stessa non è sancita *ex ante* dal legislatore ma è lasciata a una scelta discrezionale del giudice, anche nei casi in cui la controversia non verta su una delle materie per le quali è prevista come obbligatoria⁵³³. In altre parole, quando il giudice ordina la mediazione, le parti devono procedere – a pena di improcedibilità – ad esperirla.

⁵³⁰ Sulla denominazione di questo tipo di mediazione, mediazione «demandata», «delegata» o «sollecitata» dal giudice non vi è univocità. Sul punto DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*², p. 319.

⁵³¹ Per un approfondimento circa il significato da attribuire alle espressioni «natura della causa», «stato dell'istruzione», «comportamento delle parti», cfr. POLISENO, *op. cit.*, p. 652.; così come DALFINO, *ibidem*, pp. 339 e ss.

⁵³² Si consideri, inoltre, che questa non è l'unica forma di conciliazione delegata a un terzo che esiste nel nostro ordinamento. Vengono, in particolare, in rilievo altre due ipotesi, *i.e.* la consulenza tecnica a fini conciliativi *ex art.* 696 *bis* c.p.c. e la consulenza tecnica contabile *ex art.* 198 c.p.c. In questi casi, il giudice, delega un altro soggetto, con particolari competenze in una determinata materia, a stimolare la conciliazione. Il ruolo del giudice, in queste forme di conciliazione demandata è comunque preponderante se si considera da un lato, il momento in cui esamina l'istanza e dall'altro lato, il conferimento dell'efficacia esecutiva al verbale di conciliazione. Si v. su questi istituti NARDO, *La nuova funzione conciliativa dell'accertamento tecnico preventivo alla luce del d.l. 35/05*, in *judicium.it*; PISANU, *Tentativo di conciliazione e sanzioni processuali correlate, nel quadro dell'art. 696 bis c.p.c.*, in *Giur. merito*, 2011, p. 104; ROMANO, *Il nuovo art. 696 bis c.p.c., tra mediation e anticipazione della prova*, in *Corr. Giur.*, 2006, p. 409; SCALAMOGNA, *Alcune questioni controverse in tema di consulenza tecnica preventiva con funzione conciliativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 959; BESSO, *Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, in (diretto da) CHIARLONI, *Le recenti riforme del processo civile*, II, Bologna, 2007, p. 1329.

⁵³³ La previsione dell'obbligatorietà è stata prevista con la l. 9 agosto 2013, n. 98 (di conversione del d.l. 21 giugno 2013, n. 69), che ha sostituito il potere originario del giudice di «invitare le parti a esperire il

La riforma estende l'utilizzo della mediazione demandata dal giudice, disciplinata ora autonomamente all'art. 5 *quater* del d. lgs. 28/2010, prevedendo che la stessa possa essere ordinata valutando, oltre alla natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, «ogni circostanza», senza alcuna limitazione⁵³⁴. In aggiunta a questo aspetto, la mediazione delegata viene incentivata anche in punto di formazione e valutazione dei giudici⁵³⁵.

Se effettivamente la riforma mira a un concetto di complementarità tra il giudizio ordinario e le forme di soluzione della lite diverse dallo stesso, la mediazione demandata ne rappresenta un aspetto cruciale. Il giudice, con una valutazione *ex post*, sulla base dello studio della controversia e le relative caratteristiche, sceglie di incentivare le parti a tentare una conciliazione davanti a un organo a ciò preposto, realizzando di fatto una vera e propria sinergia tra due procedimenti (quello processuale e la mediazione)⁵³⁶. Il giudice assume così un ruolo di vero protagonista nel processo di trasformazione di un modello giustizia da «verticale» a «orizzontale», nel quale egli supera il suo carattere tradizionale di decisore «law-oriented» e acquisisce la funzione di promotore della cooperazione tra le parti nella controversia⁵³⁷.

procedimento di mediazione» con quello di «disporre il procedimento di mediazione», a pena di improcedibilità della domanda. Cfr. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*², p. 343 e ss.

⁵³⁴ Sul punto si v. POLISENO, *op. cit.*, pp. 652-653, la quale considerava come, anche nel vigore della precedente disciplina, era comunque consentito al giudice prendere in considerazione tutte le circostanze del caso al fine di giustificare la scelta della mediazione demandata e, in particolare, la tipologia del rapporto che lega le parti, l'incertezza circa l'esito del giudizio, la natura fiduciaria del pregresso rapporto negoziale intercorso tra attore e convenuto, il modesto valore economico della controversia; dello stesso avviso DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*², p. 343.

⁵³⁵ L'art. 5- quinquies del D. lgs. 149/2022 ha imposto al primo comma, al magistrato di curare la propria formazione e il proprio aggiornamento in materia di mediazione con la frequentazione di seminari e corsi, organizzati dalla Scuola superiore della magistratura, anche attraverso le strutture didattiche di formazione decentrata e con la collaborazione con le università. Ha stabilito, poi, al secondo comma, che a fini valutativi (secondo i criteri previsti dall'art. 11 del d.gs. n. 160/2006), la frequentazione di seminari e corsi al primo comma, il numero e la qualità degli affari definiti con ordinanza di mediazione o mediante accordi conciliativi costituiscono, rispettivamente, indicatori di impegno, capacità e laboriosità del magistrato. Inoltre, secondo il terzo comma, le ordinanze con cui il magistrato demanda le parti in mediazione, le controversie definite a seguito della loro adozione sono oggetto di specifica rilevazione statistica. Infine, all'ufficio per il processo è stato attribuito, tra i vari compiti, proprio quello di coadiuvare il magistrato nella selezione dei presupposti di mediabilità della lite (Dlgs n. 151/2022, art. 5, primo comma, lett. a). v. *funditus* TARANTINO, *op. cit.*, pp. 149-150.

⁵³⁶ LOCATELLI, *Complementarità tra mediazione e processo*, cit., p. 7.

⁵³⁷ DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*², p. 321.

La mediazione demandata dal giudice, in pendenza di processo, è coesistente allo strumento di cui all'art. 185 *bis* c.p.c. In altre parole, il giudice adito, in possesso di ogni elemento utile a ritenere matura la causa non per essere decisa ma per una risoluzione amichevole ha un doppio binario: può deferire le parti in mediazione, scegliendo la via di un soggetto terzo e in teoria più esperto nella gestione di una procedura negoziale oppure proporre egli stesso una soluzione transattiva o conciliativa della controversia, consentendo alle parti di restare nella sfera giurisdizionale. Da un punto di vista strutturale, entrambi gli strumenti si presentano come forme "autonome" di composizione della lite⁵³⁸. Dal punto di vista funzionale, le due misure sono sovrapponibili in parte: e infatti mentre la proposta transattiva o conciliativa potrebbe avere un contenuto latamente aggiudicativo, provenendo comunque da un giudice che conosce le pretese delle parti e, inevitabilmente, ha un'idea sulla fondatezza o meno delle stesse; la mediazione prescinde completamente da chi ha ragione e chi ha torto perché vede protagonista un soggetto che andrà direttamente a esaminare più che le pretese, i bisogni e gli interessi delle parti.⁵³⁹ Le diversità sono più evidenti da un punto di vista procedimentale. Sul punto risultano diversi gli elementi che il giudice deve valutare: la «natura della causa», lo «stato dell'istruzione», il «comportamento delle parti», se deciderà di demandare le parti a un mediatore; mentre la «natura del giudizio», il «valore della controversia», l'«esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto», se deciderà di procedere con la conciliazione *ex officio*. È chiaro che comunque, oltre alla stretta consonanza della natura del giudizio e della causa, in generale gli stessi si possono sovrapporre o che l'uno sia il contenuto dell'altro (es. modesto valore della causa/stato dell'istruzione) e che il giudice, quindi, si trovi di fatto di fronte – il più delle volte – a una scelta puramente discrezionale⁵⁴⁰. Anzi vi è chi propone che al netto dei parametri tracciati dal legislatore che servono a fare in modo che la scelta non sia completamente arbitraria, il criterio guida per il giudice dovrà trovarsi, piuttosto, nella ricerca della soluzione migliore possibile per le parti, dato un certo stato di avanzamento della lite e certe sue caratteristiche. Per far questo il giudice necessita di un dialogo con le parti, nel quale offrigli spunti di riflessione sui quali possono essere le loro convenienze, capire il substrato umano ed economico, la possibilità di preservare una relazione di durata e, solo sulla base di una seria indagine di

⁵³⁸ LUISSO, *Diritto processuale civile*¹⁰, V, cit., p. 15 e ss.

⁵³⁹ *Ibidem*, p. 51.

⁵⁴⁰ POLISENO, *op. cit.*, p. 660.

questo tipo, potrà scegliere con consapevolezza e ragionevolezza se tentare da sé la via dell'accordo o rinviare le parti per una mediazione esterna oppure continuare il cammino verso la sentenza⁵⁴¹.

È anche vero che a riguardo potrebbe imporsi una riflessione su un aspetto facilmente ingannevole. La consonanza circa «natura della causa» e «natura del giudizio» potrebbe facilmente essere interpretato come l'elemento che più di ogni altro segna la vicinanza degli elementi e, quindi, il fatto che la scelta tra uno e l'altro strumento sia di fatto da assegnare alla discrezionalità del giudice. Ho già esaminato e sarà oggetto di specifica trattazione nel prossimo Cap. 3, Sez. II, § 1 come, in materia di conciliazione giudiziale, il riferimento alla «natura del giudizio» potrebbe essere letto o come un riferimento alla disponibilità del diritto fatto valere oppure come ad un'analisi rimessa al giudice in relazione a una serie di circostanze da tenere in considerazione per esperire una procedura conciliativa. Questa locuzione era presente, infatti, nella regolamentazione del tentativo obbligatorio in prima udienza emergente dalla riforma del 1990 e non ha trovato sede nell'attuale 183 c.p.c. che, come abbiamo detto, disciplina un generale dovere di tentare la soluzione bonaria, senza alcun parametro da riferire alla specificità della controversia; diversamente però il parametro della natura della causa rimane nella formulazione dell'art. 185 *bis* c.p.c. che, quindi, riapre il dibattito sul significato della locuzione. Diversamente, la «natura della causa», a cui fa riferimento la mediazione delegata, si riferisce alla disponibilità del diritto fatto valere e non può essere differentemente se si considera che l'art. 2 del D. lgs. 28/2010 dispone limpidamente che «chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili».

Orbene, se allora per «natura del giudizio» in sede di conciliazione *ex art. 185 bis* c.p.c. si intende altro rispetto alla disponibilità del diritto fatto valere, implicitamente ammettendo che il giudice può provocare la conciliazione anche quando la causa verte in materia di diritti indisponibili, si può concludere che il *discrimen* principale nella scelta del giudice tra la possibilità di ricorrere allo strumento della conciliazione giudiziale *ex art. 185 bis* c.p.c. o alla mediazione delegata *ex art. 5 quater* del D. lgs. 28/2010 sia proprio la disponibilità o meno del diritto fatto valere.

⁵⁴¹ In questi termini BOVE, *La mediazione delegata*, cit., p. 469.

È altresì opportuno sottolineare come possano verificarsi delle vere e proprie intersezioni tra i procedimenti, che potrebbero risultare anche disarmanti per le parti, tanto da apparire una sorta di “accanimento conciliativo” non giustificabile, quale ad esempio la possibilità che dopo il rifiuto della proposta del giudice, quest’ultimo decida di demandare le parti in mediazione⁵⁴²; in altri casi, potrebbe accadere che il giudice indichi al mediatore i punti della controversia sulle quali stimolare il dialogo tra le parti⁵⁴³. È chiaro che queste intersezioni possono ingenerare confusione nell’applicazione degli istituti, oltre che il rischio che il giudice utilizzi questi istituti a proprio uso e consumo. Sul punto, il legislatore avrebbe potuto essere certamente più chiaro e, anzi, aggiungendo la previsione della mediazione delegata in «ogni circostanza», non ha fatto altro che allargare le maglie dell’incertezza⁵⁴⁴. Secondo un’autorevole dottrina, in uno scritto *ante* riforma, il giudice può procedere con la proposta *ex art.* 185 bis c.p.c., qualora sia in grado di valutare, pur sommariamente, chi ha torto e chi ha ragione; quando invece non è in grado di fare una proposta perché la posizione delle parti è fortemente incerta, è più conveniente che egli proceda con la mediazione delegata⁵⁴⁵. Per delineare la differenza tra i due modelli si sarebbero potuti inoltre valorizzare le specifiche caratteristiche di ciascuna figura: ad esempio, la conciliazione giudiziale appare uno strumento più opportuno quando il giudice può utilizzare proficuamente le risposte date in sede di interrogatorio libero per orientare le parti verso una soluzione ragionata della controversia, potendo lui stesso così ipotizzare la proposta; mentre appare meno funzionale rispetto alla mediazione se si tratta di una causa in cui sono più pregnanti aspetti di riservatezza dell’accordo⁵⁴⁶.

Con la reintroduzione del tentativo di conciliazione obbligatorio il legislatore ha mostrato comunque una preferenza per la conciliazione giudiziale, dal momento che impone non solo alle parti, ma già al giudice di porsi di fronte alla possibilità che la

⁵⁴² Questa possibilità ha trovato avvallo in Trib. Milano, 21 marzo 2014, in *Giur. it.*, 2015, p. 641, con nota di BENIGNI. Per altri casi si v. POLISENO, *op. cit.*, p. 660-661.

⁵⁴³ MORICONI, *Mediazione e proposta del giudice: le problematiche relative all’acquisizione, rilevazione e valutazione dei dati relativi, in judicium.it*; in senso fortemente critico sulla possibilità di prevedere una mediazione «guidata e valutativa» per la pericolosità in punto di imparzialità del giudice e il rischio di eccessiva commistione di ruoli e funzioni che essa comporta si v. DALFINO, *Mediazione, processo, ruolo dei giudici*, cit., pp. 93-94; così anche BOVE, *La mediazione delegata*, cit., p. 471.

⁵⁴⁴ In questo senso anche TARANTINO, *op. cit.*, p. 146.

⁵⁴⁵ LUISSO, *Diritto processuale civile*¹⁰, II, cit., p. 51.

⁵⁴⁶ TARANTINO, *op. cit.*, pp. 146-147.

controversia si concluda bonariamente e, quindi, implicitamente, di immaginare egli stesso un ipotetico accordo⁵⁴⁷.

È opportuna, infine, un'altra notazione pratica con riguardo al verbale che raccoglie l'accordo: nel caso di conciliazione giudiziale, il verbale è soggetto all'imposta di registro, mentre l'accordo raggiunto al termine della mediazione ne è esente⁵⁴⁸; il che potrebbe essere un incentivo per le parti a preferire la seconda delle soluzioni qualora dovessero essere protese verso la conciliazione della lite.

⁵⁴⁷ *Ibidem*, p. 147.

⁵⁴⁸ Art. 17, secondo comma del. D lgs. 28/2010.

CAPITOLO TERZO

I RIFLESSI DEL COMPONENTO BONARIO DELLA LITE SUL PROCEDIMENTO ORDINARIO DI COGNIZIONE

«Processo e giuoco, carte bollate e carte da giuoco... Bisogna, avvocati e giudici, far di tutto perché questo non sia: e perché veramente il processo serva alla giustizia. Ma non bisogna ignorare che ben altra è la realtà psicologica, così mesta anche quando par sorridente, che riempie di mutevole e torbida inquietudine umana le quadrate caselle del diritto processuale: lo studio del quale è sterile astrazione, se non è anche studio dell'uomo vivo».

(PIERO CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Riv. dir. proc. civ.*, Vol. I, 1950, p. 562).

— ooOoo —

SOMMARIO:

SEZIONE PRIMA: I RIFLESSI DELLA CONCILIAZIONE GIUDIZIALE SULLA FASE INTRODUTTIVA DEL PROCESSO. – 1. La rappresentanza nel tentativo di conciliazione – 1.1. *I rapporti fra componimento e patrocinio* – 1.2. *La ratifica della conciliazione fatta dal procuratore non autorizzato* – 2. Gli effetti dell'(in)competenza del giudice sulla conciliazione – 3. L'equiparazione dell'*exceptio rei iudicatae* all'*exceptio rei transactae*.

SEZIONE SECONDA: I RIFLESSI DELLA CONCILIAZIONE GIUDIZIALE SULLA FASE DI TRATTAZIONE DEL PROCESSO – 1. Il significato dell'eliminazione della locuzione «se la natura della causa lo consente» – 1.1 *Un tentativo (per davvero) obbligatorio* – 1.2. *L'ampiamiento dell'oggetto della conciliazione giudiziale.* 2. Gli effetti della definizione anticipata del *thema decidendum et probandum* sulla conciliazione – 2.1. *Il funzionamento dei processi a struttura bifasica* 2.2. *La regola dello «show the cards on the table» e gli incentivi a conciliare* – 2.3. *La stretta interrelazione tra la struttura del processo e l'atto (evidentemente processuale) conciliativo* – 3. I confini della giurisdizione conciliativa e i riflessi sull'imparzialità e terzietà del giudice – 3.1. *Giudice-mediatore come mero facilitatore o attivo promotore dell'accordo?* – 3.2. *Il modello interest-based e il modello rights-based: complementari e non alternativi* – 3.3. *Il pregiudizio di un pre-giudizio?: i rischi della precognizione sull'imparzialità del giudice.*

SEZIONE TERZA: I RIFLESSI DELLA CONCILIAZIONE GIUDIZIALE SULLA FASE DECISORIA DEL PROCESSO – 1. Il componimento bonario raggiunto – *1.1 La conciliazione-risultato come atto conclusivo del processo* – *1.2 Il regime impugnatorio della conciliazione-risultato affetta da vizi* – 2. Il mancato raggiungimento del componimento bonario della lite – *1.1 Le sanzioni processuali collegate alla conciliazione: la mancata comparizione della parte e la mancata conoscenza dei fatti dal procuratore* – *1.2 (segue): il regime delle spese processuali* – *1.3 L'efficacia delle risposte date in sede di interrogatorio libero.*

— ooOoo —

SEZIONE PRIMA

I RIFLESSI DELLA CONCILIAZIONE GIUDIZIALE SULLA FASE INTRODUTTIVA DEL PROCESSO

1. LA RAPPRESENTANZA NEL TENTATIVO DI CONCILIAZIONE

La previsione circa la possibilità per le parti di farsi rappresentare in sede di comparizione per l'interrogatorio libero e il tentativo di conciliazione fu introdotta nel 1990, quale contropartita al generalizzato onere di comparazione personale⁵⁴⁹. Si ritenne, a riguardo, che la presenza personale in udienza potesse apparire molto gravosa, soprattutto quando la parte è una persona giuridica per la quale dovrebbe sempre

⁵⁴⁹ SANTAGADA, *op. cit.*, p. 248; In particolare, questa possibilità è stata importata dal processo del lavoro, dove era già prevista all'art. 420 c.p.c. regolante la comparizione delle parti per l'interrogatorio libero e il tentativo obbligatorio di conciliazione. Nelle intenzioni del legislatore del 1973, che aveva previsto questa disciplina per il rito del lavoro, questa possibilità doveva essere funzionale al migliore svolgimento della conciliazione e dell'interrogatorio libero, in particolar modo quando una parte fosse una persona giuridica. E infatti poteva ben accadere che il rappresentante legale della società non fosse, al momento dell'udienza, il soggetto più indicato (o disponibile) per partecipare al tentativo di conciliazione o che non fosse la persona che meglio conosceva i fatti di causa ai fini dell'interrogatorio libero. Di qui la scelta di conferire la procura anche ad un soggetto privo di poteri di rappresentanza sostanziale e ai soli fini del tentativo di conciliazione e dell'interrogatorio libero. Nei primi progetti di riforma del rito del lavoro si voleva garantire la possibilità di farsi rappresentare solo al datore di lavoro, in considerazione del fatto che solo l'impresa poteva avere la necessità di individuare un soggetto, diverso dal rappresentante legale, che fosse a conoscenza dei fatti di causa e così idoneo a valutare la possibilità di una conciliazione. Nel testo definitivo si preferì, per ragioni di parità di trattamento, generalizzare questa facoltà, estendendola così anche al lavoratore. È chiaro però che un abuso di questa facoltà rischia di svuotare il senso della comparizione personale delle parti se si considera che detta comparizione è proprio finalizzata a stimolare un dialogo tra le parti (effettive) della controversia e il giudice, nell'ottica di far emergere i reali interessi sottesi alla controversia e stimolare proficuamente una conciliazione. Così anche CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., p. 229.

intervenire il legale rappresentante⁵⁵⁰. Oggi la rappresentanza in sede di conciliazione assume un ruolo ancora più pregnante perché è possibile sia per il tentativo di conciliazione su richiesta delle parti, di cui all'art. 185 c.p.c., sia per quello obbligatorio di cui l'art. 183 c.p.c.⁵⁵¹. L'articolo 185 c.p.c. regola precipuamente questa facoltà in capo alle parti prevedendo che (i) il procuratore, generale o speciale, deve essere a conoscenza dei fatti della causa, (ii) la procura deve essere conferita con atto pubblico o scrittura privata autenticata e deve attribuire al procuratore il potere di conciliare o transigere la controversia; se la procura è conferita con scrittura privata, questa può essere autenticata anche dal difensore della parte; (iii) la mancata conoscenza, senza giustificato motivo, dei fatti della causa da parte del procuratore è valutata ai sensi dell'art. 116, secondo comma c.p.c. (argomenti di prova). Questa disposizione deve essere letta in combinato disposto con l'art. 88 delle disp. att. al c.p.c., il quale, disciplinando il verbale di conciliazione, si occupa di regolare l'ipotesi in cui la stessa sia avvenuta tra procuratori non autorizzati a conciliare. La norma, al quarto e quinto comma, in chiara tendenza al *favor conciliationis* e altresì al principio di conservazione dei contratti, ma anche nell'ottica del mancato spreco delle risorse processuali, regola la possibilità di ratifica di un siffatto accordo. In particolare, al quarto comma, dispone che se la conciliazione avviene tra i procuratori non autorizzati a conciliare, il giudice deve prenderne atto nel processo verbale d'udienza e, successivamente, fissare un'udienza per la comparizione delle parti e per la formazione del processo verbale. Questa attività è dunque finalizzata alla ratifica di quanto compiuto dai procuratori non autorizzati. Il quinto comma dispone, inoltre, che se le parti non risiedono nella circoscrizione del giudice, questi può autorizzarle a ratificare la convenzione conclusa dai procuratori con dichiarazione ricevuta dal cancelliere della pretura della loro residenza o, se il luogo di residenza non è sede di pretura, da notaio, fissando all'uopo un termine. In ambedue i casi la dichiarazione di ratifica è unita al processo verbale d'udienza contenente la convenzione.

Occorre subito chiarire che l'ipotesi prevista dall'art. 185 c.p.c. è una rappresentanza *sui generis* in ambito processuale non essendo riconducibile alla rappresentanza

⁵⁵⁰ NEGRI, *Art. 185 c.p.c.*, in (diretto da) COMOGLIO-CONSOLO-SASSANI-VACCARELLA, *Commentario del codice di procedura civile*, III, Torino, 2012, p. 363.

⁵⁵¹ La Relazione illustrativa al D. lgs. 149/2022, p. 24 dispone espressamente che il richiamo dell'art. 183 c.p.c. all'art. 185 c.p.c. è finalizzato «a consentire alle parti, ove lo ritengano, di farsi rappresentare per tale adempimento».

processuale volontaria di cui all'art. 77 c.p.c.; e ciò per due ordini di ragioni. Innanzi tutto, la rappresentanza *ex art.* 185 c.p.c. non si estende ad altri tipi di atti processuali, essendo invece circoscritta al tentativo di conciliazione e all'interrogatorio libero⁵⁵². La parte potrà quindi "stare in giudizio" per mezzo di un rappresentante, necessario o volontario, diverso dal procuratore nominato per la comparizione personale. In secondo luogo, chiunque può assumere il ruolo di rappresentante ai fini dell'interrogatorio libero e del tentativo di conciliazione, anche se sprovvisto di poteri rappresentativi ad altri fini sul piano sostanziale⁵⁵³. Questa disposizione, oltre che nell'ottica di semplificazione della gestione dell'interrogatorio e del tentativo di conciliazione per la parte che non può o non vuole comparire, va anche letta nella possibilità di consentire alla parte, soprattutto se è una persona giuridica, una scelta di politica processuale. Un litigante-persona giuridica potrebbe infatti decidere se destinare agli interrogatori o ai tentativi di conciliazione, in tutte le cause che la interessano, uno o più soggetti predeterminati che verranno così muniti di procura generale a conciliare (ad esempio, il capo dell'ufficio legale, capo reparto, direttore filiale, ecc.), oppure potrebbe decidere di indicare, caso per caso, la persona più adatta in relazione alle specificità della lite, munendola di procura speciale⁵⁵⁴. La scelta è delicata se si considera il procuratore per evitare gli effetti sfavorevoli deve essere ben informato sui fatti di causa.

Un quesito significativo è se tra i soggetti che possono assumere il ruolo di rappresentante agli effetti dell'art. 185 c.p.c. possa includersi anche il difensore tecnico. Il c.p.c. del 1940, alla sua entrata in vigore, prevedeva un onere di comparizione delle parti (a discrezione del giudice) al fine tentare la conciliazione della lite (cfr. cap. 2, § 2.3.) ma senza alcun riferimento alla possibilità di farsi rappresentare. L'unico riferimento in tal senso poteva rinvenirsi nell'art. 88 disp. att. c.p.c., disposizione rimasta intatta sin dalla sua originaria formulazione. La dottrina era pertanto orientata sull'impossibilità di riconoscere *sic et simpliciter* al difensore la facoltà di conciliare, anche se fornito di

⁵⁵² NEGRI, *op. cit.*, p. 363.

⁵⁵³ In questo senso REALI, *op. cit.*, p. 274; negli stessi termini TARZIA, *Lineamenti del processo civile di cognizione*⁴, cit., p. 165. Si consideri che a riguardo si discute se il soggetto che ha assunto la rappresentanza nell'interrogatorio libero possa poi essere sentito come testimone nello stesso processo. Ad escludere categoricamente questa possibilità è Tarzia., *op. loc. ult. cit.*; è stato invece ammesso nel processo del lavoro cfr. Cass. 13.3.1996 n. 2058.

⁵⁵⁴ TARZIA, *Lineamenti del processo civile di cognizione*⁴, cit., p. 166.

procura alle liti. In altre parole, le parti erano considerate sempre obbligate a comparire se il giudice lo avesse ritenuto opportuno, senza possibilità di farsi rappresentare dal difensore tecnico⁵⁵⁵. Questa impostazione non si considerava scalfita dall'88 disp. att. c.p.c.: si riteneva che, col chiedere la possibilità di una ratifica delle parti perché la conciliazione abbia efficacia, questa disposizione negasse, implicitamente, ai procuratori (e, *a fortiori*, ai difensori sforniti di procura) la facoltà di conciliare⁵⁵⁶. La formulazione attuale dell'art. 185 c.p.c. prevede, come detto, espressamente la facoltà di farsi rappresentare e, pertanto, aggiunge un nuovo elemento di diritto positivo a supporto della possibilità di una rappresentanza da parte del difensore tecnico. Secondo alcuni la sostituzione del difensore alla parte in sede di interrogatorio sarebbe senz'altro possibile ma inopportuna⁵⁵⁷; altri la considerano incongrua con lo scopo dell'istituto, incentrato sul contatto diretto e non mediato tra giudice e litiganti⁵⁵⁸. La giurisprudenza e la dottrina tendono invece ad ammetterla, senza ravvisare gli stessi rischi⁵⁵⁹, considerando questa possibilità confermata anche indirettamente dall'introduzione del potere di "autentica" della procura da parte del difensore⁵⁶⁰. È chiaro che una visione che protende verso la possibilità della rappresentanza del difensore ancora l'istituto a una visione strettamente processuale⁵⁶¹. Se, infatti, la conciliazione giudiziale è un atto processuale, non vi è

⁵⁵⁵ Vedi ANDRIOLI, *185. Tentativo di conciliazione*, cit., p. 86.

⁵⁵⁶ *Ibidem*, p. 86. Diversamente, invece, D'ONOFRIO, *op. cit.*, p. 352, il quale sostiene che la disposizione di cui all'art. 88 disp. att. c.p.c. rappresenta un invito rivolto ai soli procuratori a munirsi di un mandato speciale che contenga la facoltà di conciliare.

⁵⁵⁷ TARZIA, *Lineamenti del processo civile di cognizione*⁴, cit., p. 166; CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., p. 231, la quale sottolinea che questa delega rischia di ridurre le potenzialità dell'istituto in termini di immediatezza; così come anche per il fatto che il difensore, in qualità di rappresentante a transigere e conciliare, non smetterà comunque di comportarsi come difensore tecnico e così, difficilmente sarà indotto a fornire al giudice argomenti ulteriori rispetto a quelli già forniti in sede di atti introduttivi; così come avrà meno interesse a chiudere bonariamente la controversia.

⁵⁵⁸ Così MONTESANO-ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, Padova, 2001, I, 2, p. 1109; TARUFFO, *Interrogatorio*, in *Digesto civ.*, X, Torino, 1993, pp. 66, 69; si v., anche, le osservazioni di VACCARELLA, *Interrogatorio delle parti*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1972, p. 389.

⁵⁵⁹ REALI, *op. cit.*, p. 276; CHIARLONI, *Le riforme*, cit., p. 174; DELLA PIETRA, *L'interrogatorio della parte: interrogatorio libero e interrogatorio formale*, in *Giurisprudenza di merito*, 2002, p. 1107; BALENA, in BALENA-COSTANTINO, *La riforma (della riforma) del processo civile. Note a prima lettura sulla l. 28 dicembre 2005 n. 263*, in *Foro it.*, 2006, V, p. 75; DE STEFANO, *Contributo*, cit., p. 89, afferma che «il difensore è sempre ammesso, anche nella constata mancanza del potere di conciliare, a trattare e concludere, con riserva di ratifica, il componimento processuale». Con riferimento al processo del lavoro, in giurisprudenza, Cass. 25.3.1982 n. 2096;

⁵⁶⁰ NEGRI, *op. cit.*, p. 363.

⁵⁶¹ Se, infatti, si leggono le pagine di ANDRIOLI, *185. Tentativo di conciliazione*, cit., p. 86, che nega recisamente questa possibilità, su questo così come su altri aspetti del componimento bonario giudiziale, si può apprezzare, in maniera più profonda, l'influenza di una determinata tesi, tra quelle che abbiamo esaminato nel capitolo precedente, sul componimento. E così Andrioli che tendeva a riconoscere all'istituto sia aspetti sostanziali che processuali, potrebbe ricondursi a quelle teorie appartenenti al *genus* della

ragione per la quale la stessa si distacchi dalle norme che regolano la possibilità di essere rappresentati dal difensore tecnico. E così, infatti, la possibilità di conferire il potere di rappresentanza al difensore dovrebbe considerarsi ammissibile in linea generale, in forza dell'art. 82, secondo comma c.p.c. (che consente di attribuire al difensore tecnico il potere di disporre del diritto in contesa) e dell'art. 86 c.p.c. (che ammette il cumulo tra la posizione di parte, o di un suo rappresentante e quella del difensore)⁵⁶².

È stato, inoltre, sottolineato come la procura a farsi rappresentare in sede di conciliazione dovesse però avere uno specifico contenuto, con riguardo all'indicazione dei termini dell'accordo⁵⁶³. Questa impostazione è supportata dall'accento posto dall'art. 185 c.p.c. sulla necessaria conoscenza dei fatti causa da parte del rappresentante, sanzionato con la possibilità che il giudice possa trarre argomenti di prova dalla mancata conoscenza dei fatti di causa. Anche questo aspetto milita a favore della tesi processuale della conciliazione, la quale riveste allora delle caratteristiche peculiari, quali il contenuto di una rappresentanza sul piano sostanziale proprio in virtù degli effetti processuali che l'istituto impone, ad esempio la sanzione circa la mancata conoscenza dei fatti di causa dal procuratore *ex art. 185 c.p.c.*

1.1. I rapporti fra componimento e patrocinio

Bisogna distinguere, chiaramente, la rappresentanza del soggetto chiamato a comparire, di cui all'art. 185 c.p.c. e 88 disp. att. al c.p.c. dove il rappresentante potrebbe essere qualsiasi soggetto o il difensore tecnico stesso, dall'assistenza tecnica durante l'interrogatorio libero e il tentativo di conciliazione. Con riguardo alla conciliazione

«Trennungstheorie», secondo i quali le due fattispecie, quella sostanziale e quella processuale, sono interamente dissociabili.

⁵⁶² TARZIA, *Lineamenti del processo civile di cognizione*⁴, cit., p. 166.

⁵⁶³ Così D'ONOFRIO, *op. cit.*, p. 353; Così anche DE STEFANO, *Contributo*, cit., p. 91 che però riferisce questo tema alla procura alle liti, come detto senza adeguata distinzione tra la rappresentanza a transigere/conciliare e la difesa tecnica nell'atto di transigere e conciliare, trovando anzi proprio in questo aspetto la giustificazione dell'imposizione della assistenza legale nella fase di composizione. Più precisamente secondo l'Autore, «che la procura attributiva del potere di conciliare non debba essere specifica fino a contenere gli estremi del componimento, è evidente: altrimenti, riducendo l'attività del difensore a quella di semplice nuncio, mancherebbe ogni giustificazione pratica per l'imposizione dell'assistenza legale anche nella fase di composizione, e resterebbe, ancora, paralizzata la partecipazione attiva del giudice, e, in definitiva, la funzionalità stessa dell'istituto»; *id.*, p. 121, con riferimento poi alla al rappresentante volontario lo stesso autore considera che la procura non debba contenere uno schema negoziale ben definito.

processuale, trattandosi di un istituto che ha rilevanza sia sostanziale che processuale, la necessità o meno di assistenza legale potrebbe variamente configurarsi, anche in questo caso, a seconda del predominio che l'uno o l'altro aspetto assuma nelle varie configurazioni dottrinali. Prima di entrare nel vivo della questione, si ritiene opportuna una precisazione: quando, nella prassi, la procura *ad litem* contiene il riferimento di transigere o conciliare⁵⁶⁴, essa fa riferimento al potere di rappresentanza appunto nell'atto di conciliare e transigere di cui all'art. 185 c.p.c. e non alla difesa tecnica nell'atto di conciliare e transigere. I poteri riferibili alla difesa tecnica – considerando la conciliazione come un atto, ora per altro obbligatorio, del procedimento – appartengono, se si ritiene la necessità che il componimento avvenga col suo ministero, al difensore come “*dominus litis*”⁵⁶⁵ in forza della procura alle liti *ex art. 83 c.p.c.*⁵⁶⁶, senza la necessità di alcuna specificazione.

Orbene, il punto è comprendere, come detto, dato che le parti sono obbligate a comparire, in persona o per mezzo di un rappresentante, se l'interrogatorio libero della parte e il tentativo di conciliazione siano attività che devono avvenire alla necessaria presenza del difensore. L'unico riferimento, a riguardo, può essere rinvenuto nell'art. 117 c.p.c. laddove è chiaro nel disciplinare che le parti «possono» farsi assistere dai difensori⁵⁶⁷. Nonostante il chiaro dettato della norma, è stato sostenuto che, in ogni caso, data la rilevanza dell'istituto per la precisazione della causa, nel suo oggetto e nelle sue questioni e ragioni, la garanzia costituzionale del diritto di difesa *ex art. 24 Cost.*

⁵⁶⁴ CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., p. 232, la quale sottolinea come contrariamente a quanto avviene in altri sistemi, nel sistema italiano la rappresentanza tecnica non comprende necessariamente il potere di disporre del diritto. Tuttavia, nella prassi, il potere di transigere e conciliare è sempre incluso nella procura alle liti.

⁵⁶⁵ PAVANINI, *Note sulla figura giuridica del difensore*, in *Riv. trim di diritto e proc. civile*, 1957, p. 246; BIANCHI D'ESPINOSA, *Il difensore come soggetto autonomo di rapporti processuali*, *ivi*, 1957, p. 277.

⁵⁶⁶ Ci si distacca quindi dal riferimento DE STEFANO, *Contributo*, cit., p. 89 che, nel ragionare sui rapporti tra conciliazione e patrocinio, considera che la configurazione del difensore come *dominus litis* riceve nel componimento una conferma nel fatto che il mandato a rappresentare contiene spesso quello di transigere e di conciliare. A mio avviso, per la difesa tecnica nell'atto del tentativo di conciliazione non serve uno specifico riferimento a questo potere; riferimento che è invece necessario qualora il procuratore rappresenti la parte, che quindi non compare, al momento dell'interrogatorio libero e/o del tentativo di conciliazione sia disposto ai sensi dell'art. 183 c.p.c. (quindi obbligatorio) che del 185 c.p.c. (e quindi facoltativo).

⁵⁶⁷ Si v., però, REALI, *op. cit.*, p. 265, la quale sottolinea che la lettera della norma potrebbe anche far militare in senso opposto. E infatti la lettera dell'art. 117 c.p.c. discorre di «assistenza» e non di «presenza» e, quindi, non solo richiede la presenza del difensore ma anche un ruolo attivo.

imporrebbe la necessità che le parti siano sempre assistite dai difensori durante l'interrogatorio⁵⁶⁸.

Non mancarono, tuttavia, voci molto autorevoli, soprattutto in passato, a favore della possibilità che le parti potessero stare in giudizio da sole nel compimento del tentativo di conciliazione. Vi è chi sostenne, anzi, che la funzione della comparizione personale delle parti è proprio quella di consentire al giudice di togliere «il diaframma del difensore» tutte le volte in cui si fosse accorto che quel diaframma «nuoce, anziché giovare alla giustizia»⁵⁶⁹. L'opinione maggioritaria, oggi, milita per la posizione opposta, sostenendo che quando le parti compaiono personalmente o se rappresentate da soggetto diverso dal difensore, devono essere sempre assistite dai rispettivi difensori⁵⁷⁰. E si potrebbe anche ammettere che l'assistenza del difensore nel corso dell'interrogatorio libero comporti la possibilità della parte di conferire con il proprio avvocato prima di rispondere alle

⁵⁶⁸ MONTESANO-ARIETA, *Trattato*, cit., II, 1, p. 204; nello stesso senso CIVININI, *L'interrogatorio libero delle parti e dei loro difensori*, in *Quaderni del CSM*, Roma, 1997, II, p. 117 secondo cui «in un sistema caratterizzato dalla obbligatorietà dello *ius postulandi* non sembra ammissibile l'utilizzo dell'interrogatorio libero per scardinare la linea difensiva prescelta dal difensore, magari facendo leva sull'inesperienza, le passioni, l'ignoranza della parte comparsa personalmente, trasformano così l'istituto in mezzo inquisitorio»; v. anche LA CHINA, *Diritto processuale civile*, Milano, 2003, p. 646 per il quale in un sistema che è incardinato sul diritto di difesa, l'interpretazione dell'interrogatorio libero come uno strumento per isolare la parte risulta assurdo, scavalcando il difensore per raggiungere la «verità che costui callidamente occulterebbe», frutto di un atteggiamento di alcuni giudici come «molto presi dal ruolo di insonni ricercatori della verità».

⁵⁶⁹ CARNELUTTI, *Lineamenti*, cit., p. 43.

⁵⁷⁰ BRIGUGLIO, *Conciliazione*, cit., p. 232 secondo cui «il ministero del difensore è essenziale, solo in sede contenziosa, anche riguardo all'attività conciliativa, né è possibile rinunziarvi»; REALI, *op. cit.*, p. 265 che considera le tesi a sostegno della non necessità della difesa tecnica sono frutto del clima di sfiducia che circonda la figura del difensore e, al contrario, «in un processo nel quale si prevede la difesa tecnica obbligatoria, appare del tutto normale che il difensore intervenga per impedire al suo assistito di danneggiarsi»; CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., p. 234 che definisce il difensore nella conciliazione come un «camaleonte» in grado di interpretare una molteplicità di ruoli che vanno da assistente della parte, suo rappresentante e procuratore speciale, intermediario senza poteri capace di facilitare una soluzione conciliativa (si dirà a breve della possibilità di ratifica); SANTAGADA, *op. cit.*, p. 268; MONTELEONE, *Diritto processuale civile*³, cit., p. 384. In senso contrario, invece, la giurisprudenza che sottolinea «il richiamo all'art. 82 c.p.c. è inconfidente, posto che tale norma afferma il principio che, tranne in casi eccezionali, le parti non possano stare in giudizio senza il ministero di un procuratore che le rappresenti cui viene conferito lo «*jus postulandi*», mentre nella specie ricorre un atto che, incidendo in modo diretto sul diritto controverso, esula dai poteri del difensore (salvo espresso conferimento di tale potere a quest'ultimo), per la cui validità l'art. 185 c.p.c. richiede soltanto la presenza delle parti e la sottoscrizione da parte loro del verbale di conciliazione» (Corte di Cassazione, Sez. II, 18/09/2009, n. 20236). Sia concesso di evidenziare, tuttavia, che con il riferimento al «salvo espresso conferimento», la Corte sembra in verità fare confusione tra l'attribuzione al difensore tecnico della rappresentanza a conciliare e transigere che, secondo la dizione dell'art. 185 c.p.c., richiede espresso conferimento della parte e la difesa tecnica in sede di interrogatorio libero e tentativo di conciliazione il cui potere, se si ritiene detta difesa obbligatoria, è implicito nella procura alle liti.

domande⁵⁷¹ e per l'avvocato quella di intervenire ove ciò sia necessario per chiarire e integrare le dichiarazioni del proprio assistito⁵⁷².

La garanzia di difesa tecnica, come corollario del diritto di difesa *ex art. 24 Cost.*, dovrebbe valere sia per l'interrogatorio libero *ex art. 117* ma anche *a fortiori* in sede di tentativo di conciliazione, attività capace non solo di incidere sul processo perché il giudice può trarre dall'interrogatorio finalizzato al tentativo degli argomenti di prova, ma anche idonea a concludere potenzialmente tutto l'*iter* processuale. La riforma del 2022 milita ancor di più in questa direzione se si considera che ai sensi dell'art. 183 c.p.c. l'interrogatorio delle parti finalizzato al tentativo è attività necessaria. A ciò si aggiunga che mentre nel vigore della precedente disciplina, l'impostazione opposta e, quindi, la possibilità di stare in giudizio per questa attività senza il ministero del difensore, poteva essere giustificata dal fatto che il tentativo di conciliazione avveniva solo su richiesta delle parti *ex art. 185 c.p.c.*, adesso apparrebbe del tutto fuori luogo che un'attività (necessaria) del processo sia consentita senza la garanzia massima del diritto di difesa ai sensi dell'art. 24 Cost.⁵⁷³. Ed è chiaro che l'attribuzione alle attività riguardanti la conciliazione delle garanzie processuali spettanti agli altri atti del processo milita senz'altro a favore della configurazione della stessa come un atto processuale.

1.2. La ratifica della conciliazione fatta dal procuratore non autorizzato

Qualora il rappresentante non sia autorizzato a conciliare, l'art. 88 delle disp. att. al c.p.c. disciplina, come detto, la possibilità di una ratifica delle parti della conciliazione non avvenuta: il giudice prende atto nel processo verbale d'udienza che il rappresentante non è autorizzato a conciliare, fissando un'udienza per la comparizione delle parti e per la formazione del processo verbale. La ratifica della parte non è sottoposta a particolari formalità bastando, ad esempio, che la parte si limiti a sottoscrivere il processo verbale⁵⁷⁴.

⁵⁷¹ Così AULETTA, *L'interrogatorio delle parti*, cit., p. 164.

⁵⁷² CAPPONI, *sub. 117 c.p.c.*, in VACCARELLA-VERDE, *Codice di procedura civile commentato*, Torino, 1997, p. 822.

⁵⁷³ Come affermato più volte dalla Corte Costituzionale, il diritto della parte di "stare in giudizio" per mezzo di un difensore rappresenta una componente essenziale del più generale diritto di difesa, dichiarato inviolabile dall'art. 24, secondo comma della Cost. E così Corte Cost. 46/1957, 59/1959, 29/1962.

⁵⁷⁴ DE STEFANO, *Contributo*, cit., p. 91.

La ratifica si pone come ultimo atto del momento conciliativo, da allegare al verbale di udienza e il titolo esecutivo implicherà questa e quella⁵⁷⁵. Inquadrati gli accorgimenti dell'art. 88 dip. att. c.p.c. nello schema della ratifica, si applicheranno alla stessa le regole proprie del relativo istituto di diritto sostanziale: essa ha effetti retroattivi, ma sono fatti salvi i diritti di terzi; la facoltà di ratifica si trasmette agli eredi (art. 1399 c.c.)⁵⁷⁶. La mancanza di comparizione di una delle parti all'udienza fissata per la redazione del processo verbale di conciliazione, come la mancata ratifica in genere, fa sì che la conciliazione fra i procuratori non autorizzati sia *tamquam non esset*⁵⁷⁷; se non ha già provveduto, il giudice fisserà poi altra udienza per la prosecuzione del giudizio. È stato per altro evidenziato come quando i procuratori non siano autorizzati a conciliare, spetterà al giudice di valutare, in base alle circostanze, se vale la pena di convocare le parti e, quindi stimolare direttamente tra loro l'attività conciliativa o, al contrario, se questa possa proficuamente essere svolta tra i procuratori, con successiva ratifica⁵⁷⁸. Altrimenti, dette norme dovrebbero reputarsi operative solo per l'ipotesi (improbabile) in cui il giudice non si avveda della mancanza di autorizzazione o in quella in cui l'accordo sopravvenga tra i procuratori indipendentemente dall'iniziativa giudiziale.

Il procuratore non autorizzato non incorre, invece, nella responsabilità comminata dall'art. 1398 c.c. sia perché, il più delle volte, la conciliazione avviene tra procuratori non autorizzati e sia perché è proprio l'art. 88 a legittimare l'operato dei procuratori di conciliare, seppur non autorizzati, con riserva di ratifica⁵⁷⁹. In altre parole, la portata della ratifica non può essere intesa in senso tecnico, per ciò che concerne la responsabilità per danni: essa non corrisponde alla ratifica di cui all'art. 1399 c.c., intendendosi quest'ultima come atto autonomo di appropriazione da parte del rappresentato dell'atto nullo compiuto dal *falsus procurator*⁵⁸⁰ o come negozio di legittimazione di un atto perfetto e solo inefficace⁵⁸¹, diretta comunque a sanare il difetto di rappresentanza senza potere e induttiva, però, di per sé, di responsabilità per danni. Alla ratifica di cui all'art. 1399 c.c.

⁵⁷⁵ NICOLETTI, *op. cit.*, p. 194.

⁵⁷⁶ ANDRIOLI, *185. Tentativo di conciliazione*, cit., p. 86.

⁵⁷⁷ *Ibidem*, p. 87; D'ONOFRIO, *op. cit.*, p. 352.

⁵⁷⁸ BRIGUGLIO, *Conciliazione*, cit., p. 230.

⁵⁷⁹ ANDRIOLI, *185. Tentativo di conciliazione*, cit., p. 86; SANTAGADA, *op. cit.*, p. 270; DE STEFANO, *Contributo*, cit., p. 90; BRIGUGLIO, *Conciliazione*, cit., p. 230.

⁵⁸⁰ MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario al codice civile*, Torino, p. 308 e ss.

⁵⁸¹ BIANCA, *Il contratto*³, Milano, 2019, p. 96.

si contrappone quella della gestione di affari (art. 2032 c.c.) – assimilabile a quella dell’art. 88 disp. att. c.p.c. – che legittima un comportamento che al momento in cui fu commesso era illecito e non è fonte di responsabilità per danni⁵⁸². Il difensore, per altro, qualora sia il rappresentante senza potere, agirà nell’ambito di una funzione che, lungi dal configurarsi come un illecito esercizio del potere di rappresentanza, né una violazione dell’art. 84 c.p.c., è finalizzata al raggiungimento della conciliazione, a mezzo di un meccanismo a formazione progressiva dell’accordo in cui il difensore è al contempo garante e promotore⁵⁸³. Ove per altro la parte non intenda ratificare l’accordo, nessuna conseguenza è prevista né per la parte stessa e né per il difensore⁵⁸⁴, restando semmai dubbia la possibilità che il giudice possa valutare questo comportamento ai fini dell’art. 116 c.p.c.⁵⁸⁵.

La disciplina della ratifica risulta un’ulteriore conferma delle tesi processuali con effetti sostanziali perché dimostra che per quanto la conciliazione abbia una sua autonomia rispetto al processo contenzioso nel quale si inserisce, è allo stesso indissolubilmente legata⁵⁸⁶. Potrebbe sembrare, a prima vista, che – secondo questa disciplina – la validità della conciliazione non sia condizionata in modo assoluto all’esistenza attuale della procura contenente l’autorizzazione a conciliare. Questo dato normativo, trattando di “ratifica”, un istituto del diritto sostanziale, farebbe allora militare per una qualificazione negoziale della conciliazione. Esso, in verità, offre argomenti per la tesi opposta. Se la conciliazione si riducesse a un accordo privato, non si comprenderebbe la necessità dell’autorizzazione del giudice a ratificare la convenzione conclusa con la dichiarazione ricevuta dal cancelliere o dal notaio⁵⁸⁷. E se l’intervento del giudice fosse di pura forma, il legislatore avrebbe peccato di impraticità, considerando

⁵⁸² NICOLETTI, *op. cit.*, p. 193 e ss. L’autore sottolinea, inoltre, che la corrispondenza con l’art 1399 c.c. va negata anche ove si considerasse la ratifica di cui all’art. 1399 c.p.c. come negozio integrativo di un atto – quello compiuto dal *falsus procurator* – perfezionabile, dal momento che nella fattispecie prevista dall’art. 88 disp. att. c.p.c. non c’è, prima della ratifica, alcun negozio ma una mera attività materiale di apprestamento di uno schema di convenzione che solo le parti potranno trasformare in un accordo vincolante.

⁵⁸³ CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., p. 234.

⁵⁸⁴ DE STEFANO, *Contributo*, cit., p. 90.

⁵⁸⁵ CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., p. 234.

⁵⁸⁶ SATTA, *Commentario*, cit., p. 88.

⁵⁸⁷ NICOLETTI, *op. cit.*, p. 192; si consideri che Trib. Genova, 24 giugno 1950, riportata da Nicoletti fa proprio riferimento all’autorizzazione come un «requisito essenziale dell’atto».

che è un'attività che poteva essere lasciata al cancelliere o al notaio stessi⁵⁸⁸. Il punto è proprio questo: la conciliazione è un *momento* del procedimento e, come tale, non conclusiva dello stesso se avviene tra procuratori non autorizzati. Al tempo stesso, il legislatore evita, con la ratifica, lo spreco di un'attività compiuta in seno allo stesso. Questa sanatoria (di un'attività del processo) necessita non solo dell'accordo delle parti (a ratificare) ma anche del controllo del giudice, recuperando sia la fase del consenso (tipico di un atto dispositivo con effetti sostanziali) sia la trilateralità con il giudice (tipica di un atto processuale). E così per quanto la ratifica lasci la parola finale sull'esito della conciliazione alle parti, è attività sempre strumentale a quella del giudice che ne giustifica e, al tempo stesso, ne consente la sanatoria dell'accordo⁵⁸⁹. La conciliazione si conferma *actus trium personarum*, rappresentando l'art. 88 delle disp. att al c.p.c. un dato positivo essenziale circa la compenetrazione del giudizio (e, quindi, del giudice) nella volontà delle parti⁵⁹⁰.

2. GLI EFFETTI DELL'(IN)COMPETENZA DEL GIUDICE SULLA CONCILIAZIONE

Tra le questioni che più inducono a riflettere sulla natura e gli effetti della conciliazione vi è quella dell'(in)competenza del giudice, la quale si pone all'interno del macro-tema circa la possibilità che i c.d. presupposti processuali siano presupposti anche della conciliazione giudiziale⁵⁹¹. La competenza, per altro è il presupposto processuale che per eccellenza denota la misura della giurisdizione e, di conseguenza, studiandone gli effetti sulla conciliazione, il problema della giurisdizionalità della stessa ne viene immediatamente coinvolto⁵⁹². Più specificatamente, si cercherà in questo paragrafo di

⁵⁸⁸ NICOLETTI, *ibidem*, p. 192

⁵⁸⁹ *Ibidem*, p. 192

⁵⁹⁰ SATTA, *Commentario*, cit., p. 88. Ed è proprio questa osservazione che porta Satta a dire che c'è distinzione tra transazione e conciliazione.

⁵⁹¹ Sul fatto che affinché sia possibile la conciliazione non è in linea di principio necessario che il processo sia idoneo a raggiungere una decisione di merito si v. LUISO, *La conciliazione giudiziale*, in *Trattato*, cit., p. 331, secondo cui «l'eventuale carenza di un presupposto processuale positivo, o la presenza di un presupposto processuale negativo, non ostacolano la conciliazione». Così anche SATTA, *Commentario*, cit., p. 87 il quale tuttavia, come si vedrà *funditus* proprio in questo paragrafo, esclude solo l'ipotesi in cui la conciliazione sia richiesta a un giudice dichiaratamente incompetente; nello stesso senso DE STEFANO, *Contributo*, cit., p. 95; 37, ROSSI A., voce *Conciliazione*, i (dir. proc. civ.), *Enc. Giur. Treccani*, vol. VII, Roma, 1988, p. 3, 14., il quale aggiunge all'ipotesi dell'incompetenza quella della carenza della giurisdizione; PAJARDI, *Della trattazione della causa*, in (diretto da) ALLORIO, *Commentario al Codice di procedura civile*, II, 1, Torino, 1980, p. 580.

⁵⁹² NICOLETTI, *op. cit.*, p. 161; così anche SATTA, *Commentario*, cit., p. 87; si precisa che gli autori facevano riferimento alla norma quando regolava la conciliazione in sede non contenziosa di fronte al conciliatore.

esaminare quali siano gli effetti della proposizione di una domanda a un giudice incompetente sulla conciliazione giudiziale e, altresì, comprendere se l'incompetenza del giudice di fronte al quale è stata raggiunta la conciliazione sia un'eccezione valida per bloccare l'efficacia della stessa.

Anche in questo caso è d'ausilio esaminare, innanzi tutto, il trattamento legislativo della conciliazione. Un chiaro riferimento al rapporto tra la competenza del giudice e la conciliazione si rinviene nell'art. 322 c.p.c., norma regolante la conciliazione in sede non contenziosa⁵⁹³. Questa norma sancisce la stretta relazione sussistente tra la conciliazione (in sede non contenziosa) e la competenza: da un lato, stabilisce che la domanda di conciliazione deve proporsi, anche verbalmente, «al giudice di pace competente»; dall'altro lato, regola gli effetti dell'incompetenza del giudice sulla conciliazione, stabilendo che l'efficacia esecutiva dell'accordo è subordinata alla competenza. In altre parole, una conciliazione di fronte a un giudice (di pace) incompetente è valida ma priva degli effetti esecutivi. È interessante evidenziare come questa disposizione si apra sancendo una stretta relazione tra la competenza del giudice di pace e la conciliazione e si conclude, a prima vista, attenuando l'indissolubilità di tale legame. Essa, infatti, si chiude regolando – *a contrario* – come una conciliazione di fronte a un giudice (di pace) incompetente non sia priva di effetto *in toto* ma solamente sprovvista dell'efficacia esecutiva del titolo⁵⁹⁴. Tuttavia, anche la seconda parte della disposizione conferisce argomenti a favore della stretta relazione sussistente tra conciliazione e competenza.

Prima di scendere nel dettaglio di detta relazione si consideri che nei casi in cui il componimento processuale avviene di fronte a un giudice di pace incompetente, il processo verbale di conciliazione avrà valore di scrittura privata riconosciuta in

Si sottolinea, tuttavia, che le riflessioni degli stessi appaiono nondimeno attuali e utili agli scopi di questo studio in quanto la norma, pur mutando la figura dell'organo dal conciliatore al giudice di pace, ha mantenuto intatta la sua formulazione.

⁵⁹³ Sulla centralità dell'art. 322 c.p.c. per esaminare il problema del legame tra competenza e conciliazione, si v. NICOLETTI, *op. cit.*, p. 161

⁵⁹⁴ NICOLETTI, *op. cit.*, p. 161 sottolinea come la dizione dell'articolo, su questo secondo punto, appare per lo meno curiosa in quanto, in sostanza, è legittimativa di una competenza del conciliatore fuori dalla sua competenza. In altre parole, essa conferisce effetti alla conciliazione anche se raggiunta di fronte a un giudice di pace incompetente.

giudizio⁵⁹⁵. Bisogna allora ridimensionare l'importanza pratica dell'art. 322 c.p.c. a seguito delle modifiche in materia di esecuzione forzata realizzate nel 2005⁵⁹⁶. Dopo la novella del 2005 che ha introdotto l'art. 474, secondo comma n. 2 c.p.c., il verbale sottoscritto di fronte a un giudice di pace incompetente costituisce comunque titolo esecutivo, non ai sensi del n.1 ma del n. 2 della norma, in forza del quale costituiscono titolo esecutivo le scritture private autenticate, relativamente alle obbligazioni di somme di denaro in esse contenute. A quest'ultime la dottrina ha equiparato le scritture private riconosciute in giudizio⁵⁹⁷. Se allora la scrittura privata riconosciuta in giudizio ha comunque valore di titolo esecutivo, la limitazione dell'art. 322 c.p.c. viene automaticamente meno. Tuttavia, il tema si ripresenta, nel suo pieno valore pratico, nel caso di scritture private aventi un oggetto diverso dalle obbligazioni di somme di denaro oppure con riguardo ad altre forme di esecuzione, quale quelle per consegna o rilascio che per espresso richiamo dell'art. 474, comma c.p.c. non possono aver luogo in forza di una scrittura privata autenticata.

Nonostante queste considerazioni, l'art. 322 c.p.c. risulta, sia da un punto di vista diacronico che sincronico, un dato positivo molto interessante per riflettere sul rapporto in generale tra i presupposti processuali e il componimento, al fine di trarre delle conclusioni utili per il tema della natura giuridica del componimento (sostanziale o processuale) e dell'attività del giudice.

Partendo da questo dato positivo, si può trasferire il problema del rilievo della competenza sul caso del tentativo di conciliazione obbligatorio, dove una risoluzione testuale della competenza manca del tutto. Applicando analogicamente la disciplina

⁵⁹⁵ SATTA, *Commentario*, cit., II, p. 464; sul valore di scrittura privata riconosciuta in giudizio dell'accordo raggiunto in sede non contenziosa di fronte a un giudice incompetente si v. *funditus* DENTI, *Dall'azione al giudicato*, cit., pp. 41 e ss. il quale conclude che «a differenza di quanto accade nell'ipotesi di «conversione» prevista dall'art. 2701, l'incompetenza del conciliatore dà luogo, *ab origine*, non ad una pubblica documentazione, bensì alla formazione di un documento privato eterografo, rispetto al quale l'intervento del pubblico ufficiale ha il solo effetto di produrre, nell'atto stesso della documentazione, quella «autenticità» che è propria delle scritture private legalmente considerate come riconosciute»; dello stesso avviso DE STEFANO, *Contributo*, cit., p. 94.

⁵⁹⁶ Cfr. CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., p. 205.

⁵⁹⁷ La dottrina si è espressa nel senso di ritenere che l'efficacia esecutiva può essere stesa anche alle altre scritture che sono dotate dello stesso valore probatorio delle scritture private autenticate, quali, per l'appunto quelle riconosciute in giudizio. Così BARLETTA, *Questioni sul nuovo titolo esecutivo*, in *Judicium.it*; ORIANI, *Titolo esecutivo, opposizioni, sospensione dell'esecuzione*, in *Foro it.*, 2005, V, c. 105). Dubita, invece, di questa soluzione PASSANANTE, *Modelli di tutela*, cit., p. 280, nota 205.

dell'art. 322 c.p.c.⁵⁹⁸ si potrebbe ammettere che quando vi è una semplice contestazione sulla competenza in un giudizio, ad esempio, vertente sulla validità della convenzione conclusa o comunque in un giudizio che ne presuppone la validità (ad esempio, la richiesta di adempimento del contratto), la conciliazione travolge l'eccezione. L'incompetenza – invece – reagisce sulla conciliazione ai soli fini di escluderne l'efficacia esecutiva e, quindi, potrebbe essere validamente sollevata come motivo di opposizione all'esecuzione.

Secondo altra impostazione bisognerebbe, sia per la conciliazione *ex art.* 322 c.p.c. che per il tentativo di conciliazione in sede contenziosa, distinguere due ipotesi. Una prima

⁵⁹⁸ In questo senso DE STEFANO, *Contributo*, cit., p. 95 secondo cui «non vi è, a nostro avviso, alcuna ragione per non estendere il principio in essa espresso ad ogni altro componimento giudiziale, compreso quello concluso in sede contenziosa ordinaria. Se l'effetto processuale dell'esecutività viene negato, in difetto della corrispondente competenza, alla conciliazione avvenuto in procedimento predisposto «ad hoc», e cioè quando l'opera del giudice forma il tema specifico della sua partecipazione alla conclusione del negozio fra le parti, lo stesso deve, a maggior ragione, affermarsi quando quella partecipazione sia occasionalmente determinata da insorte prospettive di regolamento amichevole della materia controversa, nel corso di un procedimento contenzioso». Diversamente, DENTI, *Dall'azione al giudicato*, cit., p. 38 e ss. è recisamente contrario a una siffatta applicazione analogica, motivandolo anche in base alla propria concezione per cui l'intervento del giudice nella conciliazione rappresenta l'esercizio di un potere giurisdizionale volontario che si concretizza in una funzione di omologazione. Egli esclude che la disciplina dell'incompetenza per la conciliazione in sede non contenziosa, intendendo la regola sulla competenza come requisito per gli effetti ultranegoziali della conciliazione, possa esprimere un principio da applicare anche alla conciliazione in sede contenziosa. Secondo questa prospettiva, la conciliazione in sede contenziosa, come negozio sostanziale, presuppone l'accordo per l'estinzione del rapporto processuale, onde i requisiti di questo rapporto (e quindi la sua valida costituzione) non hanno nulla a che vedere con i requisiti, e quindi con l'efficacia, del componimento sul piano ultranegoziale. In altre parole, la conciliazione in sede contenziosa ha come effetto l'estinzione del processo e affinché ciò si verifichi è necessario la partecipazione all'accordo estintivo di coloro che hanno la qualità di parti in senso processuale, nonché la valida manifestazione della volontà; non si pone, invece, alcuna questione inerente alla costituzione del processo; né tantomeno una questione circa la costituzione potrebbe sopravvivere al perfezionarsi dell'accordo e riflettersi quindi sugli effetti, come quello esecutivo, della conciliazione. Di conseguenza, anche il potere omologativo del giudice nel tentativo di conciliazione, non può considerarsi vincolato a quei requisiti, come la competenza dell'organo, che sono espressi in funzioni del processo contenzioso ormai estinto e che hanno un significato solo in relazioni agli effetti di questo processo. La competenza dell'organo, come requisito specifico della validità dell'intervento omologativo del giudice, può essere tale solo se una norma specifica demanda l'omologazione a un giudice determinato e ciò solitamente accade quando il componimento processuale è condizionato alla pronuncia di un provvedimento omologativo; in altre parole, i casi in cui il componimento non può avvenire, fuori dal processo, senza la presenza del giudice come nel caso della separazione consensuale dei coniugi. Nella conciliazione prevista come istituto del diritto processuale civile produce i suoi effetti, negoziali e ultranegoziali, a prescindere dalla competenza del giudice; e la disposizione dell'art. 322 c.p.c. appare *lex specialis* in tal senso. Anche Così anche CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., p. 206, la quale fa riferimento al fatto che tra la conciliazione in sede non contenziosa e quella in sede contenziosa, il riferimento al legame tra la competenza e il titolo esecutivo dell'art. 322 c.p.c. genera un'ingiustificata disparità di trattamento. Luiso, invece, esclude categoricamente e in linea generale che anche qualora il giudice di fronte a cui sia tentata la conciliazione sia carente di giurisdizione o incompetente, questo possa avere un qualsiasi impatto sulla validità o sugli effetti della conciliazione. Così LUISO, *La conciliazione giudiziale*, in *Trattato*, cit., p. 331.

ipotesi in cui, nonostante la riconosciuta incompetenza del giudice, gli sia stato affidato il compito di tentare la conciliazione. Orbene, in tal caso, il giudice può validamente esperire il tentativo di conciliazione ma l'accordo risulterebbe privo di efficacia esecutiva. Una seconda ipotesi in cui vi sia semplicemente una contestazione sulla competenza del giudice, a conciliazione conclusa. In quest'ultimo caso, la conciliazione travolge l'eccezione che non può più essere sollevata per infirmare l'efficacia piena della conciliazione, anche sotto il profilo esecutivo. E, quindi, la conciliazione travolge l'eccezione di competenza, esattamente come la travolge la sentenza passata in giudicato *ex art. 38 c.p.c.*⁵⁹⁹.

Dalla lettura dell'art. 322 c.p.c. e dall'estensione della disciplina al tentativo di conciliazione possono operarsi alcune riflessioni sulla natura della conciliazione. L'aver definito che la conciliazione debba essere proposta a un giudice di pace competente milita inevitabilmente a favore della tesi circa la natura processuale dell'istituto e la giurisdizionalità dell'attività dell'organo: e, infatti, proprio alla luce del ruolo che il giudice ha nella definizione dell'accordo, *functus est munero suo*, che si giustifica la necessità che la controversia rientri nella misura della sua giurisdizione, conferendo un non lieve argomento sulla natura processuale dell'istituto⁶⁰⁰.

⁵⁹⁹ Questa impostazione delle due ipotesi è stata elaborata SATTÀ, *Commentario*, cit., II, p. 87. Secondo Satta, quindi, il mancato prodursi dell'esecutorietà di un componimento perfezionato di fronte a un giudice competente si ha solo nel caso in cui il processo si svolge davanti a un giudice dichiaratamente incompetente; un'altra impostazione prevede invece che un componimento privo del requisito dell'esecutorietà si ha solo nei casi di competenza inderogabile; e così DE STEFANO, *Contributo*, cit., pp. 95-96. Entrambi gli autori concordano sulla seconda ipotesi e cioè che il componimento prevale sull'incompetenza qualora la parte sia decaduta dal potere di proporre la relativa eccezione.

⁶⁰⁰ NICOLETTI, *op. cit.*, p. 162, in linea con tutta l'impostazione della propria tesi, ravvede in questa parte della disposizione un argomento a favore della vera e propria equipollenza tra conciliazione e sentenza; considerando che la competenza sia presupposto della validità formale della sentenza. Per una tesi radicalmente diversa invece DENTI, *Dall'azione al giudicato*, cit., pp. 34 e ss. La tesi dell'Autore muove dal presupposto per cui l'intervento del giudice nella conciliazione rappresenta l'esercizio di un potere giurisdizionale volontario che si concretizza in una funzione di omologazione: questo potere sfocia, infatti, in un provvedimento (omologazione), integrativo dell'accordo negoziale e produttivo di effetti giuridici di varia intensità e natura. E proprio l'essenza del fenomeno, secondo l'impostazione dell'illustre studioso, si coglie ancor di più in sede non contenziosa dove l'intervento del giudice è collegato a un'istanza di parte ma il prodursi di effetto caratteristico è collegato a competenza del giudice di pace. Il requisito della competenza sta dunque a significare l'esercizio di un potere omologativo speciale che non può certo risolversi nella mera creazione di un documento pubblico, perché questo documento produce effetti maggiori di quelli che normalmente sono ricollegati alla pubblica documentazione. Esso, tuttavia, non può nemmeno equipararsi alla sentenza: la normatività della conciliazione e della sentenza ha fonte diversa; la struttura della conciliazione, sol perché avviene nel processo, non ne altera la struttura negoziale. In altre parole, la conciliazione è una fattispecie negoziale con un elemento in più, i.e. il provvedimento omologativo che ha i suoi effetti autonomo. Secondo l'Autore, quindi, il requisito della competenza

Per quanto riguarda il tema della efficacia esecutiva si possono fare ulteriori considerazioni. L'interpretazione dell'art. 322 c.p.c. sul punto porta a sostenere che qualora la conciliazione avvenga di fronte a un giudice che si dichiara incompetente, quest'ultimo può procedere al tentativo, in un'ottica di massimo *favor conciliationis*, ma l'accordo non avrà efficacia esecutiva. Orbene, questa impostazione, ai nostri fini, ci consente di apprezzare il forte legame sussistente tra conciliazione e titolo, legame che, seguendo tale impostazione, non è meramente formale ed esteriore, ma indicativo della partecipazione del giudice, come tale, alla conciliazione⁶⁰¹. Qualora invece si tratta di stabilire il regime dell'eccezione di incompetenza si aprono, con riguardo al tema della natura, due strade in relazione alle diverse possibili interpretazioni che si sono prospettate sul punto. Così se si ammette che l'eccezione di incompetenza viene travolta in tutti i suoi effetti da una conciliazione conclusa, allora il regime della conciliazione si assimila completamente a quello della sentenza. In altre parole, la competenza ha i limiti della stessa funzione, donde la incompetenza – anche assoluta – trova il proprio limite nel giudicato⁶⁰². In altre parole, i criteri di competenza sono posti a garanzia del funzionamento del giudizio ma una volta raggiunto il fine ultimo di questo funzionamento, e quindi, raggiunta la funzione del processo – noi diremmo, a questo punto, “composto il conflitto” – il legislatore ne consente la pretermissione⁶⁰³. Si

consente di cogliere, semplicemente, con maggior chiarezza l'esistenza di tale provvedimento omologativo della cui validità la competenza del giudice è presupposto; esattamente come la competenza del giudice è presupposto per i provvedimenti di volontaria giurisdizione, i quali accedono, con funzione autorizzativa o omologativa, a negozi privati. Il mancato prodursi di un effetto della conciliazione, quello esecutivo, deve quindi essere ricondotto, secondo questa impostazione, all'invalidità dell'intervento omologativo del giudice e rappresenta il presupposto specifico degli effetti ultranegoziali della conciliazione. Per queste ragioni, opporre l'incompetenza del conciliatore per paralizzare l'efficacia del titolo significa far valere un vizio dell'omologazione in cui si risolve l'intervento del giudice, come vizio del provvedimento volontario. I rilievi dell'Autore pongono tuttavia il problema del richiamo alla competenza nella giurisdizione volontaria, soprattutto con riferimento ai casi della presenza o meno di una *causae cognitio* da parte del giudice e, quindi, anche sulla unilateralità o bilateralità del procedimento. Sul punto DIANA, *La giurisdizione volontaria*, I, Città di castello, 1904, p. 54. Secondo Denti, comunque nell'ipotesi del 322 c.p.c., l'espressa previsione del mancato prodursi dell'effetto tipico, i.e. della costituzione del titolo esecutivo, consente di prospettare la competenza come un requisito specifico per la validità dell'intervento omologativo del giudice, senza che possa invocarsi la problematica dei provvedimenti volontari *cum causae cognitione* ovvero che possa addursi alla bilateralità del provvedimento (DENTI, op. cit., p. 37).

⁶⁰¹ SATTA, *Commentario*, cit., II, p. 87

⁶⁰² ANDRIOLI, *Commento*, cit., II, p. 365 il quale ha osservato che l'art. 322 c.p.c. «somministra un non lieve argomento a favore della equipollenza tra conciliazione e sentenza, in quanto ricollega l'efficacia esecutiva alla competenza, che è presupposto della validità formale della sentenza»; dello stesso avviso NICOLETTI, *op. cit.*, p. 162; DE STEFANO, *Contributo*, cit., p. 94.

⁶⁰³ ANDRIOLI, *Lezioni*, cit., I, p. 95 e ss.

conclude, in tal caso, che esattamente come è valida una sentenza pronunciata da un giudice incompetente se la parte, incorsa nella stringente preclusione dell'art. 38 c.p.c., ha mancato di rilevarla, allo stesso modo è valida (e produttiva di effetti) la conciliazione di fronte a un giudice incompetente.

Se, invece, si ammette che l'eccezione di incompetenza su una conciliazione conclusa possa essere validamente esperita con riguardo all'efficacia esecutiva del titolo, *prima facie*, la formulazione della disposizione, di fatto indebolendo un effetto, quello esecutivo, militerebbe per la teoria secondo cui la conciliazione ha una sua autonomia rispetto alla sentenza. Questa considerazione potrebbe allora attenuare l'impostazione processuale. Ma a vedere più a fondo, la rafforza, di fatto evidenziando come la regolamentazione della conciliazione supera financo quella della sentenza. Se la sentenza pronunciata di fronte a un giudice incompetente è valida a tutto tondo, mentre la conciliazione di fronte a un giudice incompetente non ha proprio tutti i suoi naturali effetti, incidendo la incompetenza sull'efficacia esecutiva del titolo, la conciliazione ha una natura processuale financo maggiore della cosa giudicata. Un presupposto processuale come la competenza, in tal caso, inciderebbe in maniera molto preponderante sulla funzione dell'istituto, tanto da inficiarne l'effetto esecutivo, effetto che più di ogni altro ne sancisce l'utilità. La mancanza di un presupposto processuale potremmo dire, supera in tal caso la stessa funzione, alla stregua di quanto avviene per la sentenza in caso di vizi talmente gravi tali da travolgere il giudicato e che danno vita alle impugnazioni di natura straordinaria.

3. L'EQUIPARAZIONE DELL' *EXCEPTIO REI IUDICATAE* ALL' *EXCEPTIO REI TRANSACTAE*

La natura processuale della conciliazione giudiziale trova il proprio apogeo dogmatico nella possibilità di considerare l'accordo da essa risultante come surrogato della sentenza. Questa possibilità giustifica l'equiparazione della *exceptio rei iudicatae* alla *exceptio rei transactae*, conferendo alla seconda l'efficacia preclusiva della prima. L'equiparazione tra l'eccezione di giudicato e transazione deve essere interpretata, ai fini di questo scritto, in chiave analogica. In altre parole, pur rimanendo ferma la distinzione tra transazione e

conciliazione giudiziale, le quali rappresentano due figure autonome⁶⁰⁴, così come la più spiccata valenza processuale della seconda, non può tralasciarsi che la necessità di insistere sulla distinzione tra le stesse sia giustificata dalle sinonimie tra i due istituti, anche dal punto di vista assiologico⁶⁰⁵. Queste sinonimie possono tuttavia motivare l'assimilazione dei due istituti per certi effetti e, per questa ragione, si ritiene che le riflessioni che sono state svolte intorno al regime giuridico dell'eccezione di transazione possano essere estese al regime dell'eccezione che potrebbe verificarsi nel caso di un accordo conciliativo. Il regime dell'eccezione di transazione mostra infatti il ruolo che ha nel processo l'accordo, financo se transattivo e, quindi, raggiunto senza l'intervento dell'organo giurisdizionale, in virtù della sua efficacia sul piano materiale; efficacia sul piano materiale che ha anche l'accordo conciliativo contenuto nel verbale di conciliazione.

La transazione, così come l'accordo racchiuso nel verbale di conciliazione giudiziale, in punto di effetti denotano una regolamentazione, come fonte di diritti e obbligazioni, che si sostituisce, con efficacia modificativa o innovativa, agli atti o fatti precedenti, da cui sorgevano pretese contrastanti⁶⁰⁶. Non può tacersi, inoltre, che sia la transazione che il componimento processuale – puntando alla risoluzione della controversia – hanno lo scopo di impedire le azioni (e allora anche le eccezioni) della controparte sulla questione transatta; un effetto impeditivo tipico del giudicato. Ed era chiaro l'art. 1772 del codice di procedura civile del 1865 quando affermava che le transazioni «hanno fra le parti autorità di una sentenza irrevocabile»⁶⁰⁷. Questa disposizione aveva infatti animato per molto tempo il dibattito circa la natura della transazione — per lo più assimilata a quella immutabile della sentenza— e all'essenza dell'effetto transattivo, se meramente

⁶⁰⁴ V. *funditus* Cap. 1, §1.1.

⁶⁰⁵ Si veda in questi termini RUGGERI, *La transazione*, in RUGGERI-MINERVINI, *Contratti transattivi e negozi di accertamento*, in (diretto da) PERLINGERI, *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, Napoli. 2016, p. 113.

⁶⁰⁶ Così REDENTI, *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano, 1938, p. 198.

⁶⁰⁷ La norma risentiva ancora dell'influsso della normativa francese e, in particolare, dell'art. 2052, primo comma, Code Napoléon, secondo cui: «les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort». Si consideri che l'attuale art. 2052 si limita invece a disporre che: « la transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet », definendo ancora un regime chiaro circa gli effetti dell'eccezione di transazione ma eliminando la previgente equiparazione della transazione alla cosa giudicata. Per la dottrina ai tempi del codice napoleonico si v. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre nature*, l. I, t, XIII, Parigi, 1723, p. 122 ss., il quale riteneva che la transazione avesse una forza equiparabile all'autorità della cosa giudicata, in quanto sostitutiva di una sentenza.

dichiarativo⁶⁰⁸ oppure costitutivo⁶⁰⁹. L' «autorità» di cui all'art. 1772 c.c., sia se si intendeva in termini di «effetti dichiarativi del negozio» o di «effetti costitutivi del negozio», veniva nella prassi paragonata a quella di una sentenza irrevocabile. Il risultato di questa assimilazione si riverberava, poi, nell'equipollenza degli effetti delle relative eccezioni. Il codice del 1942, eliminando ogni riferimento all'irrevocabilità della sentenza, rappresenta un arretramento nell'equiparazione dei due effetti. Tuttavia, se si considerano da un lato, le spinte verso l'autogestione dei conflitti da parte del legislatore, dal codice del 1942 ad oggi, esaltate dall'ultima riforma del processo civile e dall'altro lato, gli arresti giurisprudenziali improntati ad un *favor* verso l'equiparazione delle due eccezioni, di cui si dirà a breve, ad avviso di chi scrive detta equiparazione di effetti trova ancora oggi conferma.

Si consideri che la possibilità di un'equiparazione nel regime dell'eccezione di transazione a quello dell'eccezione di cosa giudicata trova conforto in quelle teorie, di cui si è detto nel Cap. 1, § 3.3., che sono arrivate ad ammettere un'equivalenza funzionale tra la sentenza e il contratto. Si deve, anzitutto, richiamare alla possibilità di ammettere la categoria del c.d. negozio di accertamento⁶¹⁰, emersa nel teso dibattito riguardante i rapporti tra il negozio e il processo e, più precisamente, tra accertamento negoziale e accertamento giurisdizionale. Con il negozio di accertamento, si intende infatti la possibilità, per i privati, di operare l'accertamento di situazioni giuridiche sostanziali, il quale costituisce tipicamente la funzione primaria dell'attività giurisdizionale. In altre parole, chi ammette questa categoria riconosce ad alcuni atti fra privati l'attitudine di incidere su un rapporto giuridico controverso, con la capacità definitoria tipica della sentenza e, altresì, con la stessa efficacia esecutiva.

⁶⁰⁸ Per la tesi della dichiaratività POLACCO, *Delle obbligazioni: parte generale; del contratto di transazione*, Roma, 1921, *passim*, STOLFI, *op. cit.*, p. 60 ss; dopo il codice del 1942 CARRESI, *op. cit.*, p. 98, VALSECCHI, *Transazione e negozio di accertamento*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, p. 181 ss.

⁶⁰⁹ Per la tesi dell'efficacia costitutiva, BAUDRY LACANTINERIE-WAHL, *Dei contratti aleatori, del mandato, della fideiussione e della transazione*, in *Trattato teorico-pratico di diritto civile*, Milano, 1911, p. 713 ss., REDENTI, *Profili pratici*, *op. cit.*, p. 199; dopo il codice del 1942 anche NICOLÒ, *op. cit.*, p. 438; SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 67, 137; SEGNI, *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 256;

⁶¹⁰ Per un approfondimento delle teorie che hanno portato storicamente alla costruzione del c.d. negozio di accertamento, oltre che della relativa bibliografia sia concesso di rinviare al Cap. 1, § 3.3 e alle relative note 192 e 193.

L'eventualità di porre sentenza e componimento sullo stesso piano, oltre che dalla possibilità di ammettere l'esistenza del negozio di accertamento, muove per parte processuale, dalla teoria c.d. sostanziale del giudicato, la quale ha soppiantato la concezione processuale⁶¹¹. La teoria processuale o formale del giudicato coglie gli effetti della sentenza solo nel campo processuale e compendia l'effetto principe del giudicato nel divieto rivolto al giudice di valutare e decidere questioni già decise con sentenza irrevocabile⁶¹². Detta teoria vede nel giudicato semplicemente la fonte di un vincolo per il giudice di ogni futuro processo. La teoria sostanziale⁶¹³ sembra già essere riflessa nella concezione del legislatore del '40, il quale pone anzitutto la regolamentazione dell'autorità della cosa giudicata nell'art. 2909 c.c., ubicandolo nel codice civile e non in quello processuale e lo definisce – emblematicamente ai nostri fini – come l'«accertamento» contenuto nella sentenza passata in giudicato⁶¹⁴. Detta teoria prevede che gli effetti della sentenza si riverberano, in virtù della sua imperatività, soprattutto sul piano materiale. La dottrina italiana, con riferimento all'efficacia materiale del giudicato si è poi stanziata su due posizioni. La prima, vedendo nel giudicato una funzione prevalentemente di accertamento, argomenta che la sentenza passata in giudicato

⁶¹¹ Per un'ampia disamina della dottrina sulle due posizioni si v. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto a terzi*, Milano, 1935, pp. 3 e ss (ult. vers. 1992); VELLANI, *Appunti sulla natura della cosa giudicata (Quaderni della associazione fra gli studiosi del processi civile, vol. XV)*, Milano, 1958, *passim* si v. a riguardo il Tribunale di Padova, 6 dicembre 2004, in *Mass. Giur. civ. patavina*, 2009, il quale fonda la rilevanza d'ufficio dell'eccezione di intervenuta transazione sulla circostanza che la transazione produrrebbe gli stessi effetti della cosa giudicata materiale.

⁶¹² La teoria processuale ha trovato (e trova) una sicura prevalenza in Germania dove l'autonomia del diritto processuale ha avuto il pregio, anche ideologicamente, di conferire dignità propria al diritto processuale civile, non più mera procedura civile, che risultava nella versione più estrema praticamente impenetrabile dal diritto sostanziale. Tra i fautori della teoria processuale SEGNI, *Della tutela giurisdizionale in generale*, in (a cura di) SCIALOJA-BRANCA, *Commentario del codice civile*, Libro Sesto-Tutela dei diritti, Bologna-Roma, 1953, p. 286 e ss.;

⁶¹³ Le origini della configurazione sostanziale del giudicato si ritrovano nel diritto romano e, in particolare, già nel sistema delle *legis actiones*. Secondo la legge decemvirale la cosa giudicata coincideva di fatto con la sentenza; corollario di questa impostazione era l'impossibilità di contestare la sentenza. La sentenza, che di per sé «facit ius» e quindi, secondo la moderna impostazione, il giudicato ha, secondo la legge romana, effetti costitutivi.

⁶¹⁴ Cfr. la Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942, n. 1186 che definisce come «accogliendo anche i risultati dell'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale dell'istituto, chiarisce l'articolo come questa autorità non si riconosca a tutto ciò che il giudice possa avere affermato o esposto nelle argomentazioni di una qualsiasi sentenza, ma soltanto all'accertamento di fatti, di situazioni o di rapporti, che abbia formato oggetto di deliberazione o di pronuncia da parte del giudice stesso in una sentenza finale di merito». Per i fautori della teoria processuale, senza alcuna pretesa di esaustività, ALLORIO, *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, p. 281 dove riporta la tesi già sostenuta in ID., *La cosa giudicata*, cit., *passim*, REDENTI, *Il giudicato sul punto di diritto*, in *Scritti in onore di Carnelutti*, II, Padova, 1950, p. 696 e ss. Tra i civilisti GIORGIANNI, *Negoziato di accertamento*, cit., p. 15 e ss.

concorre con il regolamento sostanziale, se recante un accertamento conforme a quello previsto dalla legge sostanziale o lo sostituisce, se prevede un accertamento difforme a quello previsto dalla legge sostanziale⁶¹⁵. La seconda, invece, vede nella sentenza passata in giudicato, una forza ed un'efficacia innovativa. In altre parole, secondo questa seconda teoria, la sentenza spiega i suoi effetti immediatamente sulla situazione giuridica e l'obbligato è tenuto a rispettare l'accertamento contenuto nella sentenza sia in virtù dell'obbligo originario che gli imponeva di tenere un determinato comportamento e sia in virtù di un obbligo complementare che deriva dalla pronuncia del giudice⁶¹⁶. Si consideri che il diverso modo di intendere il giudicato è stato per altro ricondotto alla divergenza circa il modo di prospettare le finalità del processo: se lo scopo del processo è solamente l'attuazione della volontà della legge, si tenderà a riconoscere al giudicato il valore di vincolo processuale; se si ravvisa nel processo lo scopo di composizione della lite, si scorgerà nel contenuto del giudicato un comando sostanziale destinato a esplicare i propri effetti fuori dal processo⁶¹⁷.

Si può intuire come la possibilità di equiparare le due figure (accordo conciliativo/transazione e sentenza), partendo dalla teoria del negozio di accertamento o dalla teoria sostanziale del giudicato, si verifica per una comune funzione di accertamento, giurisdizionale o negoziale, (indipendentemente se a questa si attribuisca o meno un'efficacia innovativa) ma sempre uguale a sé medesima: la conseguenza è infatti che la relativa dichiarazione sarà sempre idonea, nel caso di divergenza, a fondare l'effetto dichiarato e, quindi, a sottrarlo a eventuali impugnazioni. L'equiparazione degli

⁶¹⁵ ALLORIO, *eiusdem*, p. 281.

⁶¹⁶ SATTA, *Diritto processuale civile*¹⁰, cit., p. 216 e ss.; LIEBMAN, *Efficacia e autorità della sentenza*, Milano, 1935, pp. 12. Si consideri che spesso un argomento a favore della teoria sostanziale si ravvede nell'art. 2953 c.c., norma che in virtù dell'efficacia innovativa del giudicato, prevede che per i diritti per i quali è stabilita una prescrizione più breve di dieci anni, con l'intervento di una sentenza di condanna passata in giudicato, si prescrivono in dieci anni. In altre parole, la circostanza per cui la cosa giudicata abbia una propria efficacia temporale, distinta da quella dei rapporti che formano l'oggetto, si giustifica solamente se si considera che la stessa sprigiona un nuovo comando. Così Carresi, *op. cit.*, p. 24.

⁶¹⁷ ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto a terzi*, cit., p. 13 e ss. Si consideri comunque che altri obiettano che questa correlazione non è affatto esauriente poiché le formulazioni avanzate circa lo scopo o gli scopi del processo hanno comunque un valore relativo e non è possibile fondarsi sulle stesse per fondare la teoria della cosa giudicata; cfr. in questi termini MICHELI, *Considerazioni sull'interpretazione evolutiva delle norme processuali*, in *Arch. Giur.*, CXXVIII, 1942, p. 13 e ss; allo stesso modo CARRESI, *op. cit.*, p. 21, il quale sottolinea che per quanto lo scopo del processo sia quello di attuare la legge, e ciò si denota prevalentemente dall'esistenza di processi senza lite, è anche vero che quando il processo ha per oggetto una pretesa contestata, la legge si attua col comporre la lite, cioè con lo stabilire quale degli interessi in contrasto è prevalente e quale è subordinato.

effetti delle due figure giustifica così, sul piano dogmatico, l'equiparazione delle relative eccezioni. Bisogna a questo punto riepilogare, brevemente, quali sono le funzioni dell'eccezione di cosa giudicata e, successivamente, comprendere gli effetti dell'equiparazione di dette funzioni a quelle dell'eccezione di transazione.

L'eccezione di cosa giudicata si caratterizza per due funzioni. La prima, di stampo negativo, impedisce una nuova decisione su ciò che ha formato giudicato (efficacia preclusiva)⁶¹⁸; la seconda, di stampo positivo, impone al giudice di riconoscere la esistenza del giudicato in tutte le sue pronunce sopra domande che presuppongono il giudicato (efficacia conformativa)⁶¹⁹. È stato discusso se l'eccezione di cosa giudicata sia un'eccezione in senso proprio (cosa giudicata relativa) o se il giudice debba d'ufficio rilevare il precedente giudicato (cosa giudicata assoluta). La dottrina maggioritaria pretende per ritenere che la cosa giudicata abbia carattere assoluto: le parti potrebbero rinunciare agli effetti del giudicato, non pretendere, anche se concordi, una nuova decisione sopra un rapporto già deciso⁶²⁰. Altra caratteristica dell'eccezione di cosa giudicata è che essa, diversamente dall'azione di cosa giudicata⁶²¹, spetta ad entrambe le parti, sia a quella cui è stato riconosciuto il diritto che al soccombente⁶²². Così, ad esempio, se l'attore vince in un primo processo e sulla stessa questione si fonda una domanda pregiudiziale in un secondo processo, l'attore, a cui è stato riconosciuto il diritto, potrà eccepire la cosa giudicata. Allo stesso modo, se l'attore, vincitore in un

⁶¹⁸ La preclusione per il giudice di ritornare sulla questione decisa con efficacia di giudicato è la conseguenza del giudicato in senso negativo, la quale trova espressione nella corrispondente funzione o effetto negativo dell'*exceptio rei iudicatae*. In argomento, PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig)*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, Giuffrè, 1969, p. 787, ove alla nota 1 richiama all'effetto negativo («negative Wirkung») individuato da WINDSCHEID, *Die actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf, 1856, pp. 72 e ss.

⁶¹⁹ CHIOVENDA, *Principii*, op. cit., p. 767.

⁶²⁰ CHIOVENDA, *Principii*, op. cit., p. 768. Conforme anche la giurisprudenza, secondo la quale il vincolo di giudicato corrisponde ad un preciso interesse pubblico ad eliminare l'incertezza delle situazioni giuridiche attraverso la stabilità della decisione. Ed è proprio la ricorrenza di tale rilevante interesse pubblicistico a fondare la rilevanza d'ufficio dell'*exceptio rei iudicatae*. Così Corte di Cassazione, 7 aprile 2009, n. 8379, in *Pluris Online*; Corte di Cassazione, Sez. Unite, 17 ottobre 2002, n. 14750, in *Dejure*; Corte di Cassazione, 25 maggio 2001, n. 226, in *Dejure*.

⁶²¹ Su questo punto si consideri che dalla sentenza originano un'azione e una eccezione di cosa giudicata. La prima sorge a favore del soggetto cui la sentenza ha riconosciuto un determinato bene della vita. L'eccezione di cosa giudicata spetta sia alla parte cui la sentenza ha riconosciuto il diritto, sia al soccombente. CHIOVENDA, *Principii*, op. cit., p. 714 e p. 768

⁶²² CHIOVENDA, *Principii*, op. cit., p. 768.

primo processo ripropone la domanda con modificazioni per lui vantaggiose, il convenuto-soccombente potrà eccepire la cosa giudicata.

Si devono a questo punto esaminare gli effetti dell'eccezione di transazione. Il primo effetto che viene in luogo, partendo dalla causa della transazione di componimento del conflitto, la quale importa l'estinzione dell'azione e delle eccezioni della lite su cui verte, è il c.d. effetto preclusivo. E così quando una parte vuole proporre o riproporre in giudizio una questione che è stata oggetto di transazione delle parti, le si potrebbe opporre un'eccezione, propriamente una *exceptio rei per transactionem finitae*, che preclude la possibilità che il giudice conosca il merito, comportando una pronuncia di rigetto per intervenuta transazione; questa eccezione, in questi termini, si qualifica come eccezione di estinzione (preclusiva) per effetto della transazione⁶²³, effetto che è pacifico in giurisprudenza⁶²⁴. In altre parole, la transazione rappresenta un fatto sopravvenuto al fatto costitutivo che agisce sul piano sostanziale, determinando l'estinzione del diritto⁶²⁵; agendo quindi esattamente come eccezione estintiva, quale la prescrizione o, appunto, la cosa giudicata⁶²⁶. In tal senso si potrebbe parlare di *ne bis in idem transactum*⁶²⁷.

Oltre all'efficacia preclusiva, si è anche ammessa la possibilità di conferire alla transazione un'efficacia conformativa: il giudice deve adeguarsi a quanto stabilito dalle parti in tutte le sue pronunce sopra domande che presuppongono l'intervenuta

⁶²³ REDENTI, *Profili pratici*, op. cit., p. 199; CARRESI, op. cit., pp. 173 e ss.; SANTORO-PASSARELLI, op. cit., p. 278;

⁶²⁴ V. Tribunale di Roma, 22 ottobre 2020, n. 14621, in *Dejure*; Corte di Cassazione, 17 settembre 2013, n. 21255, in *Foro. it.*, 2013, I, c. 3121, con nota di COSTANTINO; in *Foro. it.*, 2015, I, c. 2909, con nota di SASSANI, secondo cui l'effetto transattivo determina una vera e propria preclusione alla formazione del giudicato; negli stessi termini, Cassazione civile sez. III, 26 gennaio 2006, n. 1690, in *Il civilista* 2011, 11, con nota PULICE.

⁶²⁵ Sul punto, DE STEFANO, *La cessazione della materia del contendere*, Milano, 1972, pp. 21 ss.; SASSANI, voce *Cessazione della materia del contendere*, I, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, pp. 2-3. Gli autori considerano la pronuncia di cessazione della materia del contendere per sopravvenuta transazione come una pronuncia sostitutiva della sentenza di rigetto della domanda nel merito; ciò giustifica l'effetto preclusivo in un secondo processo. Questo garantisce quindi l'inassoggettabilità a futuri giudizi fondati sulla medesima domanda.

⁶²⁶ Sul punto si potrebbe anche operare una più precisa distinzione tra la configurazione dell'eccezione di transazione come un fatto estintivo, nel caso di transazione novativa, ovvero di un fatto modificativo, nel caso di transazione semplice o «mista». Cfr MANCUSO, *Il rilievo della transazione nel processo: il punto della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, 2, p. 485. Ciò comunque non modifica il tema d'indagine e le relative conclusioni.

⁶²⁷ L'espressione è di GITTI, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999, pp. 337 e 346.

transazione⁶²⁸. E ciò insistendo sulla possibilità che l'eccezione di transazione valga ad opporre un generale avvenuto superamento della situazione preesistente, cui la perdurante pretesa richiama⁶²⁹. E infatti, come per la cosa giudicata, l'azione di transazione spetta alla parte cui è stato riconosciuto il diritto che vanta in giudizio, così ad esempio il diritto all'adempimento della transazione, mentre l'*exceptio rei per transactionem finitae*, spetta sia alla parte cui è stato riconosciuto il diritto che al soccombente⁶³⁰. Così, ad esempio, se le parti concludono un primo processo a mezzo di un accordo che riconosce un diritto all'attore e sulla stessa questione si fonda una domanda pregiudiziale in un secondo processo, l'attore, cui è stato riconosciuto il diritto, potrà eccepire l'eccezione di transazione. Allo stesso modo, se la parte, cui con accordo conciliativo o transattivo è stato riconosciuto un diritto, riproponga la sua istanza con modificazioni per essa vantaggiose, l'altra parte può opporre l'eccezione di transazione.

Un altro aspetto affrontato dalla giurisprudenza riguarda la rilevabilità officiosa dell'intervenuta transazione⁶³¹. La giurisprudenza maggioritaria protende per considerare

⁶²⁸ SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, p. 278 nel punto in cui sottolinea che l'*exceptio rei per transactionem finitae* è atta a respingere la riproposizione della pretesa originaria ma anche di qualsivoglia pretesa che si richiami alla situazione preesistente. Secondo l'Autore inoltre sarebbe sbagliato dire che dalla transazione sorge una pura e semplice preclusione all'accertamento di una situazione preesistente, come invece sostiene Carresi. Secondo l'Autore, intervenuto il regolamento transattivo, non può la situazione preesistente essere più utile oggetto di accertamento, ove da essa si voglia desumere la regolamentazione dei rapporti *inter partes*. Per questa ragione, il rapporto è regolato da un nuovo assetto di interessi e un nuovo accertamento è impedito per difetto di interesse. Sembra molto ampio anche LIEBMAN, *Risoluzione convenzionale*, *cit.*, p. 262 che ammette che «né i contraenti né il giudice stesso potrebbero ritornare sulle questioni risolte dalla transazione». Si sottolinea che sul punto ci si distacca dall'opinione espressa in un recente saggio sul tema (MANCUSO, *cit.*, 465). L'Autrice, infatti, espone come «Il problema (*NdR: dell'efficacia della transazione sul processo*), come già evidenziato nel paragrafo precedente, si pone quando l'oggetto della transazione coincide interamente con l'oggetto del processo, quando cioè la situazione sostanziale controversa sottesa all'accordo transattivo coincide con quella dedotta in giudizio». La possibilità di assegnare all'eccezione di transazione un effetto conformativo significa che il tema della sua efficacia nel processo si pone anche quando l'oggetto della transazione coincide parzialmente con l'oggetto del processo.

⁶²⁹ A favore del superamento della situazione preesistente milita l'art. 1965 c.c., il quale afferma che «con le reciproche concessioni si possono creare, modificare o estinguere anche rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesa e della contestazione delle parti»; allo stesso modo l'art. all'art. 1976 c.c., secondo cui «la risoluzione della transazione per inadempimento non può essere richiesta se il rapporto preesistente è stato estinto per novazione salvo che il diritto alla risoluzione sia stato espressamente stipulato», con ciò insistendo sull'efficacia innovativa della regolamentazione delle parti, seppur riferita alla transazione novativa.

⁶³⁰ CARRESI, *op. cit.*, p. 173.

⁶³¹ Sul punto si v. MANCUSO, *op. cit.*, *passim*, secondo cui sarebbe più opportuno distinguere il caso della transazione conclusa prima del deposito della domanda e la transazione conclusa successivamente al deposito della domanda. Nel primo caso, si può fare correttamente riferimento all'eccezione di transazione; nel secondo caso, l'eccezione avrebbe ad oggetto più che la transazione, la pronuncia di cessazione della materia del contendere.

la transazione come un'eccezione rilevabile anche dal giudice, purché l'accordo transattivo risulti allegato dalle parti e ai sensi dell'art. 101, secondo comma c.p.c. sia sottoposto al contraddittorio tra le parti⁶³². Questa impostazione si inserisce nel solco di quella giurisprudenza diffusasi a partire dagli anni '90, secondo cui in mancanza di un'espressa previsione normativa che qualifichi l'eccezione come rilevabile solo dalla parte, tutti i fatti estintivi, modificativi e impeditivi possono essere sempre rilevati anche d'ufficio⁶³³. Alla base di tale approccio vi è l'interesse a uniformare il regime dell'onere di eccezione, anche al fine di evitare che le sentenze possano essere avvertite come ingiuste per una regolamentazione poco chiara⁶³⁴. Vi è inoltre chi ravvisa questa soluzione nell'art. 112 c.p.c. e, in particolare nel punto in cui prevede che il giudice «non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti». Questa disposizione sembrerebbe ammettere, *a contrario*, che il giudice può pronunciarsi d'ufficio su tutte le eccezioni, tranne quelle che per espressa disposizione del legislatore

⁶³² Si v. a riguardo, Cassazione civile, 27 settembre 2021, n. 26118, la quale sottolinea come la questione è sempre rilevabile d'ufficio e non debba più distinguersi tra transazione modificativa rilevabile *ex officio*, e transazione novativa, rilevabile solo dalla parte, come in passato. Sul punto la giurisprudenza, pur essendo concorde sulla rilevanza dell'eccezione d'ufficio, richiama poi alla distinzione tra allegazione (della transazione) e rilevazione (dell'eccezione) operata da Cassazione civile, 3 febbraio 1998, n. 1099, in *Foro. it.*, 1998, c. 764, secondo cui è necessario che: «i fatti modificativi, impeditivi o estintivi risultino legittimamente acquisiti al processo e provati alla stregua della specifica disciplina processuale in concreto applicabile». Con riguardo all'allegazione, per una parte minoritaria della giurisprudenza, tra cui Cass., 18 ottobre 2012, n. 17896, in *Dejure*; Cass., 12 gennaio 2006, n. 421, in *Dejure*; Trib. Padova, 6 dicembre 2004, in *Dejure*; Cass., 12 febbraio 2008, n. 3322, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, p. 212, precisa che «il fatto estintivo costituito dall'esistenza di una conciliazione tra le parti integra una eccezione in senso lato, ma la relativa circostanza, per essere presa in esame dal giudice, deve essere tempestivamente dedotta dalla parte nel rispetto dei tempi processuali fissati dalla legge e, quindi, nella prima difesa utile rispetto al momento in cui la conciliazione è venuta ad esistenza». Secondo l'orientamento maggioritario, invece: «il rilievo d'ufficio delle eccezioni in senso lato non è subordinato alla specifica e tempestiva allegazione della parte ed è ammissibile anche in appello, dovendosi ritenere sufficiente che i fatti risultino documentati *ex actis* in quanto il regime delle eccezioni si pone in funzione del valore primario del processo, costituito dalla giustizia della decisione [...]»: così Cass., 5 luglio 2013, n. 10531, in *Mass. Giust. civ.*, 2013 e, con specifico riferimento alla transazione Cass., 3 maggio 2017, n. 10728, in *Dejure*; Cassazione civile sez. I, 07 marzo 2006 n.4883, in *Dejure*. Al riguardo, per MERLIN, *Eccezioni rilevabili d'ufficio e sistema delle preclusioni in appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 336, la proposizione in appello di nuove eccezioni, anche se fondate su nuove allegazioni, non sembra ampliare il regime dei *nova* in appello, in quanto l'ampiezza delle attività di replica della controparte può rendersi necessaria indipendentemente dall'eventuale allegazione del fatto nel grado precedente; sul punto v. anche BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino, 2001, p. 231.

⁶³³ Una prima espressione del principio la si rinviene in Corte di Cassazione, sez. un., 3 febbraio 1998, n. 1099, *Foro. it.*, 1998, c. 764; hanno poi confermato tale posizione Corte di Cassazione, sez. un., 27 luglio 2005, n. 15661, in *Dejure*, relativa all'interruzione della prescrizione; Cass., 13 gennaio 2012, n. 409, in *Dejure*; Cass., 4 marzo 2011, n. 5333, in *Giust. civ.*, 2012, p. 228; in tal senso anche Cass., sez. un., 7 maggio 2013, n. 10531, in *Foro. it.*, 2013, c. 3500 ss., con nota di ORIANI, *Eccezione in senso lato e onere di tempestiva allegazione: un discorso chiuso?*, in tema di eccezione di accettazione dell'eredità con beneficio di inventario, ritenuta un'eccezione in senso lato in mancanza di una norma in senso contrario.

⁶³⁴ MERLIN, *Eccezioni rilevabili d'ufficio*, cit., pp. 301 ss.

sono riservate alla parte⁶³⁵. Il dato testuale trova poi conforto in quello sistematico se si considera che la funzione dell'eccezione in senso stretto è di lasciare alla parte se avvalersi dell'effetto prodotto dell'eccezione, esprimendo così un potere dispositivo della stessa. Ed è naturale che tale potere dispositivo vi sia quando lo prevede il legislatore⁶³⁶. In mancanza di una norma che ammetta la sola rilevabilità di parte dell'eccezione, l'interpretazione maggioritaria milita per una rilevabilità officiosa dell'eccezione di transazione, non ritenendo dunque necessaria la tempestiva allegazione di parte.

Non può essere condivisa l'opinione di chi ritiene che la rilevabilità in senso stretto dell'eccezione di transazione possa fondarsi sul fatto che le parti potrebbero sottoporre al giudice una controversia transatta qualora lo decidano entrambi, non avvalendosi dell'eccezione di transazione⁶³⁷. In verità, le parti potrebbero altresì decidere di iniziare *ex novo* una causa identica a una su cui un altro giudice si è pronunciato con efficacia di giudicato: se nessuna delle parti solleva l'*exceptio rei iudicatae*, è verosimile che il giudice adito non conoscerà mai il primo giudicato. Ma proprio contro una tale eventualità di incertezza è prevista la revocazione di cui all'art. 395, n. 5 c.p.c. In altre parole, la possibilità per le parti di usare l'ordine processuale «a proprio uso e consumo» non può giustificare il fondamento dell'eccezione. E anzi proprio al fine di garantire la certezza massima del diritto che si protende per un regime di rilevabilità in senso ampio.

Non può nemmeno essere condivisa la posizione di chi fonda la rilevabilità di parte dell'eccezione di avvenuta transazione sulla base dei poteri di massima autonomia e disposizione dei propri interessi che le parti hanno sul lato sostanziale per la stipulazione (o meno) dell'accordo; massima autonomia che, secondo questa tesi, dovrebbe trasmigrare, in maniera identica, sul lato processuale, fondando il regime di rilevabilità (in senso stretto) della relativa eccezione. Secondo questa impostazione, quindi, l'eccezione di avvenuta transazione è un'espressione del potere dispositivo massimo che quando è in gioco il superamento della lite vede attribuire alle parti un ruolo e un potere davvero ampi⁶³⁸. Questa impostazione risulta innanzitutto inconferente con l'art. 1966 c.c. che espressamente limita il potere transattivo delle parti ai diritti disponibili, che non

⁶³⁵ LUIISO, *Diritto processuale civile*¹⁰, I, cit., p. 269.

⁶³⁶ *Ibidem*, p. 269.

⁶³⁷ RUGGERI, *op cit.*, p. 117.

⁶³⁸ RUGGERI, *op cit.*, p. 119.

è dunque così ampio; dall'altro lato non pare che dalla disponibilità dal lato sostanziale sia giustificabile la disciplina lato processuale: si arriverebbe al paradosso per cui qualsiasi eccezione di merito, involgendo il potere dispositivo dal lato sostanziale, sarebbe preclusa al giudice.

Si consideri, da ultimo, che stessa equivalenza sussistente nel regime dell'eccezione a quella del giudicato si potrebbe porre con riguardo alla rinuncia al diritto, la quale estingue l'azione o l'eccezione rinunciata. Pertanto, dà anch'essa luogo a una eccezione o a una replica del tutto analoga a quella nascente dalla transazione⁶³⁹.

Queste riflessioni giungono a una conclusione: il regime dell'eccezione di giudicato e di transazione si equivalgono. Ed è chiaro che una siffatta impostazione assicura la valorizzazione dell'accordo transattivo e la stabilizzazione delle modifiche al rapporto sostanziale operate con la transazione, le quali, altrimenti, finirebbero per essere sostituite dalla sentenza del giudice⁶⁴⁰, potenziando quindi la tesi dell'equipollenza tra conciliazione e sentenza.

⁶³⁹ REDENTI, *Profli pratici*, op. cit., p. 200.

⁶⁴⁰ MANCUSO, *op. cit.*, p. 485.

SEZIONE SECONDA

I RIFLESSI DELLA CONCILIAZIONE GIUDIZIALE SULLA FASE DI TRATTAZIONE DEL PROCESSO

1. IL SIGNIFICATO DELL'ELIMINAZIONE DELLA LOCUZIONE «SE LA NATURA DELLA CAUSA LO CONSENTE».

La (vaga) locuzione circa «natura della causa» ha da sempre accompagnato l'istituto della conciliazione giudiziale, suscitando talune perplessità sia con riguardo alla (vera) obbligatorietà del tentativo che all'estensione dell'oggetto della conciliazione. La prima formulazione dell'art. 185 c.p.c. prevedeva che fin dalla prima udienza, il giudice dovesse procedere all'esperimento della conciliazione, «se la natura della causa» lo avesse consentito⁶⁴¹. Il modello stabilito dalla l. n. 353/1990, ridefinendo notevolmente il sistema delle preclusioni e rendendo nuovamente centrale l'udienza di trattazione, cercò di rafforzare il tentativo obbligatorio di conciliazione sull'esempio del rito del lavoro e lo disciplinò nella stessa norma che regolava la prima udienza, *i.e.* l'art. 183 c.p.c. Tuttavia, il novellato art. 183 c.p.c. non rinunciò alla dibattuta locuzione: in sede di udienza di trattazione, il giudice, dopo aver effettuato le verifiche preliminari, avrebbe dovuto interrogare le parti e, quando la «natura della causa» lo avesse consentito, tentare la conciliazione⁶⁴². Diversamente dalle ambizioni, la normativa si distaccò notevolmente dalla disciplina giuslavoristica, il cui omologo art. 420 c.p.c. non richiama(va) alla natura della causa. L'abolizione della (supposta) obbligatorietà del tentativo di conciliazione, con la riforma del 2005, finì per assoggettare il tentativo di conciliazione alla sola richiesta congiunta delle parti secondo una nuova disciplina dettata dall'art. 185 c.p.c., eliminando ogni riferimento alla «natura della causa»⁶⁴³. Qualche anno dopo, con la l. 98/2013, si introdusse la possibilità di conciliazione da parte del giudice ai sensi dell'art.

⁶⁴¹ V. *funditus* Cap. 2, § 2.3.

⁶⁴² V. *funditus* Cap. 2, § 2.5.

⁶⁴³ V. *funditus* Cap. 2, § 2.7.

185 *bis* c.p.c. Detta norma riprese nuovamente l'oscura locuzione, accompagnandola con altri parametri più chiari: il giudice, poteva formulare una proposta conciliativa alle parti, tenendo in considerazione la «natura del giudizio», il «valore della controversia» e l'«esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto»⁶⁴⁴. Alla luce del quadro appena tracciato appare evidente che non è privo di significato l'approccio del legislatore dell'ultima riforma del processo (D.lgs. 149/2022) che, in totale controtendenza, reintroduce un tentativo obbligatorio di conciliazione in prima udienza all'art. 183 c.p.c. ma elimina ogni riferimento «alla natura della causa». Il nuovo articolo 183 c.p.c. stabilisce che il giudice «tenta la conciliazione a norma dell'articolo 185», precisando, nella relazione di accompagnamento, che il richiamo all'art. 185 c.p.c. è finalizzato a consentire alle parti di farsi rappresentare dai procuratori per detto adempimento⁶⁴⁵. L'art. 185 c.p.c. si riferisce, poi, alla possibilità di una conciliazione su domanda congiunta delle parti. Quanto all'art. 185 *bis* c.p.c., la formulazione resta inalterata rispetto a quello precedente alla riforma del 2022, con riguardo ai parametri di riferimento, tra cui la «natura del giudizio»⁶⁴⁶. Ecco che la locuzione rimane, quindi, solamente nella forma potremmo dire “più estrema” di conciliazione giudiziale, *i.e.* quella in cui è il giudice a formulare una proposta di conciliazione, di sua totale iniziativa. L'eliminazione del riferimento a una qualche qualità intrinseca della controversia (la «natura della causa») si riflette sul ruolo della conciliazione sia con riferimento all'obbligatorietà del tentativo, sia con riguardo all'estensione dell'oggetto della conciliazione. Questi effetti non sono fini a sé stessi ma hanno un impatto sull'inquadramento sistematico della conciliazione giudiziale, conferendo delle argomentazioni atte a convalidare la tesi circa la natura processuale della conciliazione e la possibilità di identificare una speciale giurisdizione, *i.e.* la giurisdizione conciliativa.

1.1. Un tentativo (per davvero) obbligatorio

Secondo una prima impostazione che già emergeva con la nascita del codice del 1942, la «natura della causa» poteva essere semplicemente riferita a un aspetto di opportunità: il giudice doveva valutare l'opportunità di procedere con un tentativo di conciliazione

⁶⁴⁴ V. *funditus* Cap. 2, § 2.8.

⁶⁴⁵ V. *funditus* Cap. 2, § 4.4.

⁶⁴⁶ V. *funditus* Cap. 2, § 4.4.

bonaria, considerando l'oggetto della controversia, le relazioni intercorrenti fra le parti, i fatti descritti negli atti introduttivi⁶⁴⁷. La generica valutazione sulla natura della controversia che il giudice doveva effettuare, prima di procedere a tentare di conciliare le parti, induceva quindi ad attenuare notevolmente l'obbligatorietà del tentativo, sottoponendo di fatto la possibilità di tentare la conciliazione alla discrezionalità del giudice. E vi era chi giustificava questa interpretazione proprio in virtù della circostanza per cui la conciliazione avveniva di fronte a un giudice al quale è rimesso, quale organo di Stato, l'apprezzamento dell'opportunità, nel caso concreto, di procedere, o meno, a tentare la conciliazione⁶⁴⁸. La formula usata dal legislatore esprimeva, in sostanza, la necessità di un controllo di utilità da parte dell'organo, in ordine al passaggio dalla giurisdizione-giudizio alla giurisdizione-conciliazione.

Questa interpretazione trova conferma nell'art. 185 *bis* c.p.c. La norma, regolante la proposta conciliativa da parte del giudice, impone all'organo giudicante di avere riguardo ad alcuni parametri (natura del giudizio, valore della controversia e esistenza di questioni di facile e pronta soluzione): se mettiamo a confronto i parametri che il giudice deve tenere in considerazione, ci rendiamo conto che non sono questioni intrinseche al diritto fatto valere, come la sua indisponibilità (o meno) ma relative alla specificità della controversia, quale appunto il suo valore, la possibilità che essa giunga facilmente a definizione ed evidentemente anche le relazioni delle parti o i loro interessi (intese, quindi, come «natura del giudizio»). E, infatti, vi è chi fa notare come la giurisprudenza di merito sottolinea che il potere del giudice di rivolgere alle parti proposte conciliative può tenere conto anche di «questioni di lite esistenti tra le parti, che non siano oggetto dello specifico processo pendente, anche se siano connesse con lo stesso, di modo che

⁶⁴⁷ In questo senso, D'ONOFRIO, *op. cit.* DE STEFANO, *Contributo*, cit., p. 19, secondo cui la natura della lite va limitata all'aspetto dell'opportunità; chiarissimo NICOLETTI, *op. cit.*, p. 187 il quale sottolinea che «a noi pare che, con quella lata formula, il legislatore abbia voluto dire qualcosa di più, e di sostanzialmente diverso: consacrare l'intervento dell'organo giurisdizionale e la sua rilevanza; indicare che è rimessa all'organo giurisdizionale, proprio come tale, la considerazione del caso concreto, in ordine non solo alla natura dei diritti, ma, di conserva, al modo della loro adduzione in giudizio». In ogni caso, anche ANDRIOLI, *ibidem*, p. 86, pur ritenendo la locuzione riferita solo alla possibilità di sottoporre a conciliazione i diritti disponibili, non escludeva di tenere comunque in considerazione una ragione di opportunità. E così anche se la controversia verteva su diritti disponibili, il giudice doveva comunque considerare se la natura della causa, avuto riguardo alle relazioni fra le parti e alle questioni discusse, potesse indurlo a evitare di tentare la conciliazione.

⁶⁴⁸ NICOLETTI, *op. cit.*, p. 188. Per proprio l'oggetto della controversia concorre così a determinare la specialità della giurisdizione conciliativa, divenendo un controllo di utilità-idoneità.

l'assetto conciliativo vada a comporre il conflitto nel suo complesso non limitandosi a definire la singola controversia», ritrovando in questo aspetto uno dei punti di differenziazione con l'ipotesi transattiva⁶⁴⁹. Questa interpretazione è supportata altresì dal fatto che il testo originario dell'art. 185 *bis* c.p.c. contenuto nel Decreto del fare⁶⁵⁰ prevedeva l'obbligo per il giudice, in prima udienza, di formulare una proposta transattiva, senza riferimento ad alcun parametro. In sede di conversione della norma, operata dalla legge 9 agosto 2013 n. 9810, il testo ha subito significative modifiche e ha assunto la veste attuale. Tra queste modifiche, la più significativa fu proprio la previsione che tale tentativo fosse soggetto alla discrezionalità del giudice, eliminando dunque l'obbligo di una proposta di conciliazione in ogni causa e che detta discrezionalità dovesse ancorarsi alle specificità del giudizio, tra cui la «natura del giudizio»⁶⁵¹.

Mentre i parametri quale «la questione di facile e pronta soluzione» e il «valore della causa» sono più immediati, il concetto di «natura del giudizio» necessita di un migliore approfondimento. Il tribunale di Milano, ha redatto un *Vademecum*, indicando ai giudici le caratteristiche delle controversie “non mediabili” e più precisamente «quelle in cui prevalgono questioni di principio, quelle in cui una delle parti è sorretta da mala fede, quelle nelle quali si vuole ottenere un precedente, quelle nelle quali le parti non vogliono mantenere rapporti; quanto la storia delle parti è caratterizzata da alcolismo, tossicodipendenza, episodi di violenza, malattia mentale; se le parti non vogliono incontrarsi e cercare una soluzione ma vogliono delegarla ad altri; se le parti chiedono

⁶⁴⁹ BONETTI, *op. cit.*, p. 1060, spec. nota 50. Si veda Trib. Milano, sez. IX, 14 novembre 2013, (Pres. rel. Dell'Arciprete), ha formulato alle parti la seguente proposta conciliativa: «la ex moglie potrebbe acquistare la quota di casa del marito (avendone fatto proposta): euro 160.000,00 (valore della quota da liquidare) da cui detrarre la quota del TFR che le spetta (euro 30.000,00= con residuo da versare di euro 130.000,00. Per l'effetto, l'assegno divorzile verrebbe ridotto ad euro 550,00 mensili)». La proposta è stata accolta dalle parti con delle modifiche apportate dalle stesse. Ed «effettivamente è da ritenere possibile la formulazione da parte del giudice di una proposta conciliativa che comprenda anche pretese delle parti relative a liti diverse da quella oggetto di causa o addirittura ancora da instaurare. Invero, se il mediatore non è limitato nella sua attività conciliativa alle richieste formulate in giudizio dalle parti, anche il giudice, nel congegnare una proposta conciliativa, può fare riferimento a pretese estranee al contenzioso davanti a lui pendente» (si v. RUVOLO, *La mediazione ex officio e la proposta conciliativa ex art. 185-bis c.p.c.*, in *Corr. Giur.*, 7, 2014, 1001 ss.).

⁶⁵⁰ Si tratta dell'art. 77, comma 1, lett. a) del decreto-legge 15 giugno 2013 n. 69 (c.d. decreto del fare), il quale aveva previsto per l'art. 185-bis il testo seguente: «(Proposta di conciliazione del giudice): “Il giudice, alla prima udienza, ovvero sino a quando è esaurita l'istruzione, deve formulare alle parti una proposta transattiva o conciliativa. Il rifiuto della proposta transattiva o conciliativa del giudice, senza giustificato motivo, costituisce comportamento valutabile dal giudice ai fini del giudizio».

⁶⁵¹ Si v. l'approfondimento sul punto di VACCARI, *L'art. 185-bis c.p.c.: un nuovo impulso alla conciliazione giudiziale?*, reperibile sulla rivista online *Il caso.it*, sez. articoli, pubblicato in data 12 giugno 2014, p. 4.

giustizia rivolgendosi direttamente e unicamente al giudice»⁶⁵². Si comprende, quindi, come la natura del giudizio vada ben oltre la disponibilità del diritto. Le indicazioni contenute nell'art. 185 *bis* c.p.c. vanno intese, infatti, non come limiti all'impiego della proposta ma come criteri, né vincolanti e né esclusivi, ai quali il giudice può ispirarsi nell'esercizio della sua discrezionalità⁶⁵³. E infatti, sul presupposto che l'istituto abbia portata generale, è stata ammessa la formulazione di proposte conciliative anche nella fase presidenziale di un giudizio di separazione, con riguardo a misure riguardanti l'affidamento del figlio o l'assegnazione della casa familiare⁶⁵⁴. Si consideri, poi, un altro elemento legislativo dal quale si può trarre l'erroneità della identificazione della «natura della causa», con la disponibilità del diritto in contesa: *i.e.* l'art. 5 *quater* del d. lgs. 28/2010, disciplinante la possibilità per il giudice di ordinare l'esperimento di un procedimento di mediazione, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione, il comportamento delle parti e ogni altra circostanza⁶⁵⁵. In tal caso i riferimenti al «comportamento delle parti» e ad «ogni altra circostanza» non possono essere inclusi nella natura della causa, come accade nell'art. 185 *bis* c.p.c. dove questi due riferimenti più specifici sono assenti. Si consideri poi che, in materia di mediazione, l'art. 2 del D. lgs. 28/2010 consente la mediazione per una controversia civile e commerciale solo se «vertente su diritti disponibili». Questo mi ha indotto a ritenere (*v. funditus* cap. 2 § 4.6.) che è proprio questo aspetto il vero e reale *discrimen* per il giudice circa la valutazione, di fronte a una controversia conciliabile, della scelta tra la conciliazione *ex art. 185 bis* c.p.c. e la mediazione *ope iudicis*. In altre parole, se per natura della causa, nella disciplina della mediazione, si intende la disponibilità del diritto⁶⁵⁶, proprio perché si tratta di un procedimento che non coinvolgendo un organo giudicante non può avere a che fare con i diritti indisponibili, nella conciliazione *ex art. 185 bis* che tale limite non conosce, significa una valutazione più complessiva delle caratteristiche del giudizio.

⁶⁵² Si tratta del II *Vademecum* sulla mediazione elaborato dal Tribunale di Milano (pag. 23), in corteappello.milano.it.

⁶⁵³ VACCARI, *op. cit.*, p. 10

⁶⁵⁴ Tribunale di Milano, sez. IX, con decreto del 26 giugno 2013, in *Il caso.it*; vedi anche su questa pronuncia RUVOLO, *op. cit.*, p. 1008.

⁶⁵⁵ *V. funditus* cap. 2 § 4.6.

⁶⁵⁶ DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*², *cit.*, p. 314.

Se per «natura della causa» non si intende un mero riferimento alla (in)disponibilità del diritto è chiaro che l'eliminazione di qualsiasi riferimento alla formula circa la «natura della causa» da parte della riforma del 2022 ha un significato ben preciso: l'attività del giudice di tentare la conciliazione è ormai attività davvero obbligatoria in ogni tipo di controversia e non è soggetta ad alcun parametro discrezionale⁶⁵⁷. In altre parole, il giudice non dovrà previamente compiere una valutazione delle caratteristiche del giudizio, come nella precedente formulazione del tentativo obbligatorio di conciliazione e come invece nel caso dovrà ancora fare nella proposta *ex art. 185 bis c.p.c.* (valutando la natura del giudizio, se la questione è di facile e pronta soluzione, il valore della controversia) ma dovrà – sempre – tentare di conciliare le parti in prima udienza.

Rappresentando uno snodo essenziale del procedimento, la conciliazione è, quindi, più di prima un atto processuale, ossia uno di quegli atti giuridici che per legge sono destinati ad avere un effetto sul processo⁶⁵⁸, essendo capace di influire sui successivi svolgimenti, in caso di mancato accordo, alla luce dell'impatto che può avere la mancata partecipazione all'udienza per l'interrogatorio formale *ex art. 116 c.p.c.*, oltre che la mancata definizione dell'accordo in tema di spese e via dicendo, o sulla fine del processo, in caso di raggiungimento accordo. Essa si svolge come un *sub* procedimento nel procedimento che si qualifica di tre momenti: il momento del tentativo, il momento della convergenza (o meno) delle parti, il momento (eventuale) di definizione dell'accordo⁶⁵⁹. La conciliazione diviene così un tassello necessario di un processo che tende a giustizia, rafforzando la giustizia procedurale del giudizio. Essa la rafforza non solo perché eguaglia tutte le procedure di fronte al metodo conciliativo ma anche perché consente alla parte, in ogni procedura, di poter imprimere un controllo sulla definizione della soluzione finale, che potrebbe essere determinato proprio con il suo ausilio e senza un'imposizione dall'alto⁶⁶⁰, come accade per la sentenza, aumentando la percezione di giustizia del procedimento. Questo atto avviene poi di fronte a un soggetto, terzo, imparziale che vigila il corretto svolgimento della stessa, sollecita le parti e mette allo scoperto la loro volontà

⁶⁵⁷ In questi termini, CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale*¹³, II, cit., p. 221; così anche IANNICELLI – ANGELONE, *op. cit.*, p. 165.

⁶⁵⁸ BETTI, *Per una classificazione*, cit., p. 106.

⁶⁵⁹ NICOLETTI, *op. cit.*, p. 182, spec. nota 119; a pag. 183 l'Autore parla di «procedimento del procedimento (processo)».

⁶⁶⁰ V. cap. 1, § 3.3.

nascosta, potendo financo proporre i termini dell'accordo *ex art. 185 bis c.p.c.*, secondo un'attività (ora necessaria) che si identifica nella giurisdizione conciliativa.

1.2. *L'ampiamiento dell'oggetto della conciliazione giudiziale*

Il riferimento alla «natura della causa», più che come accenno alla discrezionalità del giudice, è stato, secondo un altro orientamento, interpretato come un modo per ritenere che la conciliazione potesse avvenire solo su diritti disponibili⁶⁶¹. Il giudice – anche nel vigore dei precedenti tentativi obbligatori di conciliazione doveva sempre tentare di conciliare le parti, salvo che la causa non riguardasse diritti indisponibili. Questa

⁶⁶¹ Si legga MARTINO, *op. cit.*, pp. 150 e ss che con riferimento alla regola che esclude il giudizio di equità per i diritti indisponibili, compie una panoramica delle possibili fattispecie di diritti indisponibili. Sono normalmente ricondotti alla categoria dei diritti indisponibili le controversie sulla capacità delle persone e sullo stato civile in generale; quelle in materia di famiglia (relative, ad esempio, alle vicende del matrimonio, alla filiazione, alla potestà dei genitori), con l'esclusione delle questioni patrimoniale derivanti dai rapporti di famiglia e se scindibili dalla questione di stato e di famiglia (ad esempio, se si discute solamente del *quantum* o del *quomodo* dell'obbligazione); il diritto agli alimenti; tutte quelle in cui è necessario l'intervento del P.M. (art. 70 c.p.c.); tendenzialmente gli interessi legittimi (sul punto v. però CARRATTA, in CARRATTA-TARUFFO, *Dei poteri del giudice*, *op. cit.*, p. 429, secondo cui, nel caso di controversie per il risarcimento del danno derivante dalla lesione di interessi legittimi, si potrebbero aprire spazi per l'applicabilità dell'art. 114 c.p.c. in quanto diritti conseguenti (e disponibili), sul presupposto dell'accertata illegittimità dell'atto amministrativo). È dibattuta invece la possibilità di considerare come indisponibili i diritti che originano da rapporti regolati da norme imperative o inderogabili. L'orientamento prevalente ritiene che i diritti regolati da norme imperative o inderogabili si comportino come diritti indisponibili, con l'esigenza di una maggiore tutela da attribuire a interessi di rilevanza generale o posizioni sostanziali deboli di determinate categorie di soggetti (come il lavoratore o il consumatore), maggiore tutela che sul piano processuale li sottrae a quegli strumenti ai quali sono sottratti i diritti indisponibili (CARRATTA, in CARRATTA-TARUFFO, *Dei poteri del giudice*, *op. cit.*, p. 429; *contra*, MONTESANO-VACCARELLA, *Manuale di diritto processuale del lavoro*³, *cit.*, p. 289). Tuttavia, si fa notare che l'inderogabilità della disciplina non implica necessariamente indisponibilità dei diritti: un conto è affermare che le parti non possano regolamentare autonomamente determinati aspetti di un rapporto contrattuale, un conto è, una volta che detti diritti regolati da norme inderogabili sono sorti, poterne disporre; e a supporto di ciò milita la considerazione per cui l'arbitrato trova spazio in materie, come le controversie di lavoro o le controversie agrarie, che sono permeate da una disciplina imperativa o inderogabile. Chiaro è che il giudice con poteri equitativi o l'arbitro o il mediatore nelle controversie civili e commerciali (lato processuale), e le parti che portano avanti un accordo transattivo (lato sostanziale), dovranno comunque rispettare quelle norme inderogabili che la disciplina della materia impone (v. MARTINO, *op. cit.*, pp. 152; così anche LUISO, *L'impugnazione del lodo equitativo per violazione di norme inderogabili*, in *Riv. arb.*, 1994, p. 500, in questi termini Corte di Cassazione, 27 febbraio 2004, n. 3975, in *dejure*). Si consideri il carattere disponibilità o del diritto viene comunemente tradotto con due significati: il primo, in una prospettiva soggettiva, che presuppone l'esistenza di un potere o di una facoltà di disposizione del diritto in capo al titolare (così, fra i molti, BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², Torino, 1952 p. 51 e ss., 101 e ss, 214, 221, e ss.); il secondo, in una prospettiva oggettiva, secondo cui la disponibilità consiste in un'intrinseca attitudine del diritto a subire atti dispositivi (e, di conseguenza, sono indisponibili tutti i diritti che non possono essere trasferiti (così, CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale*, II, *cit.*, p. 459 e ss.). Per una bibliografia completa delle due posizioni si v. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*², *cit.*, pp. 109-110, spec. note 15,16,17,18, 19, 20, 21; sempre sul tema del rapporto tra diritti indisponibili e norme imperative, con riguardo alla materia del diritto del lavoro, si v. CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, *cit.*, pp. 467 e ss.

interpretazione della locuzione veniva giustificata, oltre che dalla pretesa natura negoziale dell'accordo conciliativo che impone un limite all'autonomia e alla libertà per le parti, anche sulla base della regola che già il codice sostanziale conosceva con riferimento alla transazione: l'art. 1966 c.c. rende infatti nulla una transazione vertente su diritti indisponibili⁶⁶². Le riflessioni che si stanno per compiere partono dal presupposto che, già prima dell'eliminazione della locuzione *de qua*, esistevano delle argomentazioni atte a sostenere che la conciliazione processuale potesse vertere anche su diritti indisponibili, protendendo quindi per un'interpretazione della tesi tesa a significare una maggiore discrezionalità del giudice (di cui si è detto nel paragrafo che precede). Oggi, tuttavia, la possibilità di addivenire a una conciliazione giudiziale anche su diritti indisponibili è ancora più confermata dall'eliminazione del riferimento alla «natura della causa», dato normativo su cui molti ancoravano appunto la tesi dell'indisponibilità della materia oggetto del conciliare processuale.

La distinzione tra la figura (negoziale) della transazione e quella (processuale) del componimento aveva, come preannunciato, indotto a escludere la identificazione dei presupposti obiettivi della prima con quelli della seconda e, di conseguenza, l'identificazione della «natura della causa» con la disponibilità del diritto di cui all'art. 1966 c.c.⁶⁶³. A supporto della possibilità di una conciliazione sui diritti indisponibili vi è un dato positivo cruciale che effettivamente sancisce una netta distinzione tra la transazione e la conciliazione, con riferimento a una materia che per eccellenza ha a che fare con i diritti indisponibili o, comunque, con norme inderogabili, quale quella

⁶⁶² In questo senso ANDRIOLI, *185. Tentativo di conciliazione*, cit., p. 85, il quale giustifica questa interpretazione richiamandosi all'art. 1966 c.c. sulla nullità della transazione che ha oggetto diritti indisponibili; SATTA, *Art. 185-Tentativo di conciliazione*, in *Commentario al codice di procedura civile*, II, Milano, 1950, p. 86; REDENTI, *Profili pratici*, cit., p. 203; LIEBMAN, *Risoluzione convenzionale*, cit., p. 265, pur non facendo specifico riferimento alla locuzione «natura della causa», specifica che «naturalmente il componimento processuale è, come la transazione, escluso nelle materie in cui le parti non hanno la capacità di disporre. Perciò esso non può trovare luogo nel processo civile a tipo inquisitorio, né in quello penale. Ciò non esclude per altro che le parti possano comporre in giudizio l'azione civile di risarcimento dei danni proposta nel processo penale e la questione sulle spese nel caso, ad esempio, di remissione della querela di parte».

⁶⁶³ NICOLETTI, *op. cit.*, p. 182 il quale sosteneva «tale formula, per influsso dell'art. 2 c.p.c. '65, che fissava un parallelo tra conciliazione e transazione, si è tralattivamente versata in quella che la conciliazione debba vertere su diritti disponibili»; dello stesso avviso SANTAGADA, *op. cit.*, p. 118; LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 1206; BRIGUGLIO, *Conciliazione*, cit., p. 226; CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., pp. 463 e ss.

giuslavorista⁶⁶⁴. Più precisamente, l'art. 2113 c.c. statuisce al che «le rinunzie e le transazioni, che hanno per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti o accordi collettivi concernenti i rapporti di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile, non sono valide» (primo comma), tuttavia «le disposizioni del presente articolo non si applicano alla conciliazione intervenuta ai sensi degli articoli 185, 410, 411, 412 ter e 412 *quater* del codice di procedura civile». Questa disposizione è di sicuro un dato decisivo per definire una vera e propria autonomia funzionale tra la transazione e la conciliazione giudiziale, le quali – pur presentando tratti di evidente autonomia – rappresentano per il legislatore due istituti evidentemente ben distinti. Essa mostra, poi, come in una materia come il diritto del lavoro, dove la indisponibilità dei diritti è regina, al punto che si ritiene indispensabile una normativa specifica e ulteriore all'art. 1966 c.c. per sottrarre i diritti indisponibili alla transazione (art. 2113 c.c.), la conciliazione giudiziale rappresenta un genere a sé stante, che non rientra in questa sottrazione, in quanto considerata una sede «protetta»⁶⁶⁵. E il rilievo prende ancora più vigore se si considera che quella giuslavoristica è la materia dove la conciliazione giudiziale ha da sempre dato buona prova, essendo costellata da episodi conciliativi⁶⁶⁶. L'art. 2113 c.c. dovrebbe quindi indurre a pensare quanto flebile divenisse quel collegamento, per molti invece scontato, tra la «natura della causa» e la indisponibilità del diritto.

Si consideri, poi, che il legislatore tutte le volte che ha tenuto a sottrarre il diritto indisponibile a inquadramenti di stampo conciliativo delle parti l'ha fatto esplicitamente: ne sono un esempio chiave, oltre all'art. 1966 c.c. per la transazione, anche l'art. 806 c.c. per l'arbitrato, l'art. 114 c.p.c. con riferimento alla pronuncia d'equità⁶⁶⁷, così come l'art. 2 del D. lgs 28/2010 con riferimento alla mediazione in materia civile e commerciale e via dicendo. E in verità, anche per la conciliazione stessa, il codice del 1865, all'art. 2, sottraeva i diritti indisponibili⁶⁶⁸. Ciò significa che la mancata (ri)previsione per il caso

⁶⁶⁴ Per questa considerazione v. NICOLETTI, *op. cit.*, p. 185.

⁶⁶⁵ DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*², cit., p. 114; così anche CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., pp. 466 e ss.

⁶⁶⁶ NICOLETTI, *op. cit.*, p. 185

⁶⁶⁷ *Ibidem*, p. 186

⁶⁶⁸ V. *funditus*, cap. 2, § 1.3. È interessante come Mortara, nel vigore di questa disposizione, comunque sottolineava che la stessa era stata prevista più per poca fiducia (sentita anche se non avvertita) che per la incompatibilità dell'istituto in simili materie; o forse per cieca imitazione del codice francese (art. 48),

della disciplina regolante il tentativo di conciliazione, (per altro) in nessuna delle modifiche che l'hanno vista protagonista, ha un significato ben preciso. E questo significato non può che essere quello di consentire la conciliazione giudiziale anche per le materie indisponibili.

Questa impostazione è, in via generale, anche confermata da un'apertura a ipotesi di soluzioni conciliative, in campi in cui prima era precluso in virtù dei caratteri di stampo pubblicistico della controversia. Si fa riferimento, in particolare, alla possibilità di ritenere ormai negoziabile l'esercizio del potere amministrativo, grazie anche alla generalizzazione dello strumento degli accordi compiuto dall'art. 11 l. n. 241 del 1990⁶⁶⁹, per il quale è stato precisato come alla diffusione della consensualità sul piano del diritto sostanziale debba accompagnarsi la diffusione della consensualità sul piano giustiziale⁶⁷⁰.

Un'altra materia nella quale, nonostante sia tradizionalmente sede di diritti indisponibili e norme inderogabili, la conciliazione giudiziale risulta protagonista, è quella del diritto di famiglia⁶⁷¹. Da un lato, infatti, si fa riferimento alla disciplina della separazione e del divorzio, dove il tentativo di conciliazione è un momento essenziale della procedura⁶⁷². Dall'altro lato, si tratta delle controversie circa l'affidamento dei minori, dove ha assunto un ruolo determinante la mediazione familiare⁶⁷³. La riforma del 2022 ha confermato questo orientamento. Una delle novità più importanti della riforma

senza accorgersi che altro era dispensare dall'obbligo del tentativo preliminare di conciliazione ed altro vietare il tentativo volontario (MORTARA, *Commentario*, III, cit., p. 15).

⁶⁶⁹ NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in (a cura di) TRIMARCHI, *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Milano, 1990, 3 ss.

⁶⁷⁰ RAMAJOLI, *Per una giustizia amministrativa alternativa con particolare (anche se non esclusivo) riguardo alle transazioni pubblicistiche*, in *Giustizia consensuale*, I, 2021, p. 129; anche una digressione circa le disposizioni di legge che sottintendono l'applicabilità della transazione in ambito pubblicistico.

⁶⁷¹ Sul progressivo spostamento della gestione della crisi familiare verso l'autonomia privata si v. ZATTI, *La parabola della "privatizzazione" del diritto di famiglia*, in (diretto da) ZATTI, *Trattato di diritto di famiglia*, I, Milano, 2002, p. 19 e ss.

⁶⁷² Già prima della riforma il tentativo di conciliazione nel procedimento di separazione e divorzio rappresentava uno snodo essenziale v. MANDRIOLI-CARRATTA, *Diritto processuale civile*²⁷, III, cit., p. 93 (per la separazione) e pp.132,133 (per il divorzio).

⁶⁷³ Si v., senza pretesa di esaustività, ALLEGRI - DEFILIPPI, *Mediazione familiare: temi e ricerche*, Roma, 2004, *passim*; CAGNAZZO, *La mediazione familiare*, Torino, 2012, *passim*; CHIARAVALLI-SPADARO, *L'interesse del minore nella mediazione familiare*, in (a cura di) CENDON, *Il diritto privato oggi*, Milano, 2012, *passim*; BALLARANI, *La mediazione familiare alla luce dei valori della costituzione italiana e delle norme del diritto europeo*, Milano, 2012, *passim*; BUGETTI, *La risoluzione extragiudiziale del conflitto coniugale*, Milano, 2015, *passim*.

risiede proprio nel nuovo rito speciale per le controversie in materia di stato delle persone, minorenni e famiglie, inserito nel titolo IV-bis del libro II del c.p.c.⁶⁷⁴. Questo rito, anzitutto, rafforza la mediazione familiare con riferimento ad accordi finalizzati alla «tutela dell'interesse morale e materiale dei figli»⁶⁷⁵. Il nuovo rito familiare assegna poi come funzione principale alla prima udienza quello di tentare la conciliazione. A riguardo l'art. 473 bis.21, secondo e terzo comma c.p.c. prevede che le parti debbano comparire personalmente, per essere sentite, anche separatamente, alla presenza dei loro difensori ed essere sottoposte al tentativo di conciliazione; con la conseguenza che la mancata comparizione senza giustificato motivo costituisce comportamento valutabile ai sensi dell'art. 116, secondo comma e nella liquidazione delle spese. In tale sede, al fine di garantire al massimo il raggiungimento di un accordo, il giudice «può inoltre formulare una motivata proposta conciliativa della controversia». Se le parti si conciliano, «il giudice assume i provvedimenti temporanei e urgenti che si rendono necessari e rimette la causa in decisione»⁶⁷⁶. Si consideri, poi, che il nuovo rito dispone una speciale differenziazione in punto di preclusioni tra diritti indisponibili e disponibili, senza quindi differenziarli – invece – con riguardo alle ipotesi conciliative⁶⁷⁷. Il legislatore della novella ha poi previsto l'esclusione sia della mediazione familiare che del tentativo di conciliazione in prima udienza per le controversie in presenza di violenza domestica o di genere⁶⁷⁸, scegliendo dunque una via diversa per l'esclusione della conciliazione:

⁶⁷⁴ In generale, sul nuovo rito, SCARSELLI, *La riforma del processo di famiglia*, in *giustiziainsieme.it*; DANOVÌ, *Le ragioni per una riforma della giustizia familiare e minorile*, in *Fam. dir.*, 2022, p. 323 e ss; CARRATTA, *Un nuovo processo di cognizione per la giustizia familiare e minorile*, in *Fam e dir.*, 2022, p. 349, ID., *Rito unico per le controversie in materia di famiglia*, in *Enc dir.*, I tematici, *Famiglia*, Milano, 2022, p. 1219, CECHELLA, *La riforma del processo in materia di persone, minorenni e famiglie dopo il d.lgs n. 149/2022*, in *Questione Giustizia*, 2023, p. 169.

⁶⁷⁵ All'art. 473 bis.10, primo comma c.p.c. prevede che, come norma a carattere generale, che il giudice possa, «in ogni momento», informare le parti della possibilità di avvalersi della mediazione familiare e invitarle a rivolgersi a un mediatore, scelto fra le persone di cui all'art. 12 disp. att. c.p.c. al fine di «ricevere informazioni circa le finalità, i contenuti e le modalità del percorso e per valutare se intraprenderlo». In maniera innovativa la procedura non è rivolta solo a intraprendere il percorso di mediazione familiare ma anche solo a ricevere informazioni sulle sue modalità. La stessa disposizione, al secondo comma c.p.c. prevede, poi, che il giudice, ravvisandone l'opportunità, sentite le parti e ottenuto il loro consenso, possa rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'articolo 473 bis (cioè i provvedimenti temporanei e urgenti nell'interesse delle parti e dei figli) per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, «con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli». Per approfondimenti CARRATTA, *Le riforme del processo civile, D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, in attuazione della L. 26 novembre 2021, n. 206*, 2023, Torino, p. 144.

⁶⁷⁶ CARRATTA, *ibidem*, pp. 149-150

⁶⁷⁷ V. 473 bis.19 c.p.c. e approfondimento di CECHELLA, *op. cit.*, p. 171

⁶⁷⁸ CARRATTA, *Le riforme del processo civile*, cit., p. 159. In questi casi, il legislatore – al posto di dividere genericamente diritti indisponibili e non disponibili – ha indicato con sufficiente chiarezza, i casi in cui non ritiene opportuno la via della conciliazione (i.e. procedimenti in cui siano allegati abusi familiari o condotte

all'ipotesi di una chiusura netta verso i diritti indisponibili, ha preferito quella di precisare specificatamente i casi nei quali non ritiene opportuno l'intervento di ipotesi conciliative; casi dove senz'altro si è di fronte a diritti inderogabili e norme imperative. Il fatto che il legislatore abbia menzionato e incentivato la conciliazione in un ambito come il diritto di famiglia conferma, quindi, la piena legittimità e ammissibilità dello strumento conciliativo di composizione delle controversie anche con riferimento a rapporti in tutto o parte regolati da una disciplina di protezione, da norme inderogabili e afferenti a situazioni di indisponibilità del diritto⁶⁷⁹.

È pur vero che la conciliazione in materia di diritti indisponibili presenta una peculiarità: essendo per l'appunto diritti indisponibili, le parti non hanno per definizione il potere di auto-comporre la controversia. L'atto negoziale, stipulato senza la presenza del giudice, andrebbe incontro a una radicale sanzione di nullità (art. 1966, secondo comma c.c.). Se si ammette – in virtù della presenza di un giudice (o di un terzo organo pubblico) con funzioni conciliative – la possibilità di addivenire a un accordo anche su materie indisponibili e comunque nei casi in cui tale possibilità è garantita dalla legge (in materia familiare o nel diritto del lavoro), bisogna comunque evidenziare come la conciliazione assuma un ruolo diverso. In tal caso, l'accordo conciliativo non è finalizzato a porre una regola di condotta con gli stessi effetti di quelli di una sentenza, quanto quello di convincere le parti a tenere comportamenti che risultino conformi alle prescrizioni normative o comunque a meglio soddisfare gli interessi in gioco⁶⁸⁰. In altre parole, alla tipica funzione di composizione del conflitto, si sostituisce quella di prevenire comportamenti illeciti o inopportuni. Da un lato, questa funzione – per certi versi deflattiva – giustifica la peculiarità di una conciliazione su diritti indisponibili ma dall'altro lato, detta funzione è giustificabile solo se la conciliazione avviene di fronte a un organo in grado di saggiarne la giustizia, questa volta sostanziale e non processuale, della stessa; che è lo stesso in grado di saggiare la giustizia della decisione, *i.e.* il giudice, organo di Stato⁶⁸¹.

di violenza domestica o di genere poste in essere da una parte nei confronti dell'altra o di figli minori): si tratta di una disciplina specifica ora contenuta nel Libro II, titolo IV bis, capo III, art. 473 bis c.p.c.

⁶⁷⁹CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., p. 472.

⁶⁸⁰ In questi termini, LUISO, *La conciliazione nel quadro*, cit., p. 1206.

⁶⁸¹ Così NICOLETTI, *op. cit.*, p. 185 quando afferma che la possibilità che la conciliazione verta su diritti indisponibili «manifesta ancora una volta l'analogia, non tra la conciliazione e la transazione, ma tra la

Le ipotesi di conciliazione nei casi di discipline di protezione rafforzerebbe la possibilità di garantire la conformità degli accordi alla disciplina sostanziale del rapporto e di tutelare, così facendo, la parte più debole da possibili abusi in sede di definizione delle controversie⁶⁸², anche quelli dettati dalla possibilità di una miglior difesa nel processo teso a sentenza.

Così ragionando, si viene dunque alla conclusione di una specifica funzione del giudice nella conciliazione giudiziale che non è mera transazione, ma è un atto, con effetti processuali: da un lato, la giustizia di questo atto si manifesta nello svolgersi in un processo giusto, di fronte a un organo terzo, in grado di conferire per ciò solo (ossia per garantire il rispetto di un procedimento giusto) giustizia al risultato⁶⁸³; dall'altro lato, l'organo giudiziario è in grado altresì di valutarne la giustizia del risultato stesso, *i.e.* dell'oggetto dell'accordo e della conformità alla legge⁶⁸⁴.

2. GLI EFFETTI DELLA DEFINIZIONE ANTICIPATA DEL *THEMA DECIDENDUM ET PROBANDUM* SULLA CONCILIAZIONE

2.1. Il funzionamento dei processi a struttura bifasica

La struttura processuale nella quale un determinato modello di componimento è inserito incide considerevolmente sul *modus operandi* e sui risultati dell'istituto

conciliazione e la sentenza di merito, che appunto opera la composizione della lite tra i punti estremi dell'accoglimento o del rigetto della domanda».

⁶⁸² CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., p. 474.

⁶⁸³ NICOLETTI, *op. cit.*, p. 186; il quale specifica la conciliazione avviene sul piano giudiziale dove l'intervento imparziale dell'organo giurisdizionale giustifica sempre la possibilità di avere a che fare con diritti indisponibili; e al contrario la sottrazione degli stessi a un'attività che coinvolge detto organo può avvenire solo se espressamente regolata, come nel caso della pronuncia di equità *ex art.* 114 c.p.c.

⁶⁸⁴ Così anche CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., pp. 461-462 secondo cui «anche in quelle aeree del contenzioso rispetto alle quali possono emergere esigenze di tutela delle parti tipicamente deboli o di garanzia della piena attuazione delle norme di legge, la conciliazione potrà comunque trovare spazio, a condizione però che tale spazio rispetti determinate condizioni di contesto e realizzi determinate garanzie... (*omissis*)... il fatto che la conciliazione abbia luogo «all'ombra delle corti» - vuoi perché davanti al giudice, vuoi perché davanti a un conciliatore nominato dal giudice secondo il prototipo della conciliazione endoprocessuale – costituisce infatti un fattore che favorisce la realizzazione di mediazioni normative tanto più se si considera che, in questi casi, il riferimento al contesto giuridico è ulteriormente assicurato dalla presenza degli avvocati, se non nel corso, comunque prima dell'avvio della mediazione». L'Autrice, con mediazione normativa, intende un modello educativo o attuativo di conciliazione che garantisce, in misura più o meno intensa, la considerazione delle norme giuridiche, nella ricerca della soluzione mediata.

conciliativo. Nel 1990 si era assistito, con la l. n. 353/1990, a una revisione generale della disciplina della fase preparatoria, con la delineazione di un rigido sistema di preclusioni⁶⁸⁵. Al netto della novità nella strutturazione del processo di cognizione, intervenute nella breve vita del rito societario nel 2003⁶⁸⁶, la fase preparatoria del processo ordinario di cognizione, è rimasta, fino alla riforma del 2022, immutata. Detta riforma, si è detto, ha invece segnato un'inversione di rotta, anticipando la definizione della materia del contendere a un momento antecedente la prima udienza⁶⁸⁷ e mutando notevolmente la fase preparatoria di ogni processo ordinario. Il modello processuale emergente dopo la riforma appare, a guardar bene, orientato verso un sistema bifasico: vi è una fase iniziale, interamente scritta, in cui si fissa il *thema decidendum et probandum* della controversia e vi è una seconda fase, orale (quantomeno prevalentemente, con riguardo alla prima udienza e all'eventuale udienza per l'assunzione mezzi istruttori costituenti) che accompagna il processo verso l'esito finale, conciliativo *aut* decisorio.

È interessante notare come il modello bifasico processuale trova, diacronicamente, il proprio sviluppo sia in sistemi orientati verso il perseguimento della *Sozialfunktion* del processo e sia in sistemi che, sulle spinte *adversarial*, attribuiscono al processo una funzione liberale. È chiaro che questo paragone non deve apparire un accostamento approssimativo alla luce di una differenza senz'altro chiave tra i due tipi. I primi, che potremmo identificare (tendenzialmente) nei processi dei sistemi di *civil law*, sono basati su un sistema bifasico rientrante in uno schema di processo continuo: è un unico processo che procede continuativamente dalla fase introduttiva a quella di trattazione, seppur diviso in due macro-momenti, la cui divisione è tracciata proprio dalla definizione della materia del contendere. I secondi, invece, caratterizzanti (tendenzialmente) i sistemi di *common law*, rappresentano sistemi che definirei bifasico puro, ossia strutturati in due fasi autonome dove il processo vero e proprio (*trial*) è rappresentato solo dalla seconda fase, mentre la prima è meramente preparatoria. Quella preparatoria, tuttavia, ha sempre il compito di definire la materia del contendere che dunque rappresenta, anche questa volta, lo snodo cruciale per passare alla seconda fase. Dunque, le sinonimie tra i due sistemi appaiono chiare: una prima fase preparatoria e completa dove viene definito il

⁶⁸⁵ V. *funditus* Cap. 2, § 2.5.

⁶⁸⁶ V. *funditus* Cap. 2, § 2.6.

⁶⁸⁷ V. *funditus* Cap. 2, § 4.3.

thema decidendum et probandum e una seconda fase, di trattazione e orale. Appartiene al primo gruppo, ad esempio, il modello austriaco congeniato da Franz Klein che punta ad un processo efficiente e massimamente teso alla ricerca della verità sostanziale, fondato sui principi di immediatezza, oralità, pubblicità e libero convincimento del giudice⁶⁸⁸. A tal fine, lo studioso proponeva un modello di processo suddiviso in due fasi, una preparatoria scritta e una principale orale, da svolgersi il più possibile in un'unica udienza. La seconda fase, di trattazione, è quindi fortemente incentrata sul principio dell'oralità, il quale diviene il momento cruciale per la comparizione delle parti e il contatto fra le stesse e il giudice. Tuttavia, affinché la fase di trattazione orale si svolga proficuamente, è necessario che la prima fase, quella preparatoria e scritta, definisca precisamente la materia del contendere (il *quod decidendum* e il *quod probandum*)⁶⁸⁹. Nell'ottica, poi, del massimo raggiungimento della *Sozialfunktion*, Klein proponeva altresì un ampliamento dei poteri del giudice, sia di direzione del processo che istruttori, identificando l'organo statale come posto al servizio non solo «del diritto» e del «bene comune» ma anche – si badi bene – «della pace sociale»⁶⁹⁰. Passando al secondo gruppo si fa riferimento, dall'altro lato dell'Atlantico, al sistema congeniato da Charles E. Clark per le *Federal Rules of Civil Procedure*⁶⁹¹. Il sistema originario statunitense era infatti pensato e congeniato in una prima fase – definita *pretrial* – autonoma e centrale che era destinata all'effettiva chiarificazione dell'oggetto della controversia; una seconda fase – il processo vero e proprio (*trial*) – era invece destinata alla trattazione e, prevalentemente,

⁶⁸⁸ KLEIN, *Pro futuro. Betrachtungen über Probleme der Civilprozessreform*, Wien- Leipzig, 1891, *passim*. In proposito v. anche CALAMANDREI, *L'opera di Francesco Klein e il processo civile austriaco*, in *Riv. dir. proc.*, 1925, *passim*; v. anche CARRATTA, *Funzione sociale*, cit., pp. 100 e ss.

⁶⁸⁹ CARRATTA, *ibidem*, p. 101

⁶⁹⁰ KLEIN, *Zeit*, cit., pp. 18 e ss.

⁶⁹¹ In quegli anni un *Advisory Committee* – presieduto da Charles E. Clark – fu incaricato di redigere la nuova normativa processuale federale. Si trattava degli anni del *New Deal* e pertanto tutta la normativa processuale risente di una forte spinta liberale, democratica e semplificatoria, a partire dalla definizione dell'atto introduttivo (prima mero *notice of claim*, poi divenuto *pleading*) e a continuare con la strutturazione del processo dove impera la centralità del ruolo delle parti. Le *policies* di fondo delle *Federal Rules of Civil Procedure* del 1938 emergono chiaramente nelle indicazioni contenute nel *Rules Enabling Act* del 1934, mediante il quale viene istituita l'*Advisory Committee* presieduta da Charles Clark. A riguardo si v. REDISH - AMULURU, *The Supreme Court, the Rules Enabling Act, and the Politicization of the Federal Rules: Constitutional and Statutory Implications*, in *Minn. L. R.*, Vol. 90, 2006, *passim*; CARRINGTON, "Substance" and "Procedure" in the Rules Enabling Act, in *Duke L.J.*, Vol. 2, 1989, *passim*. Si v., altresì, l'opera di CLARK, *Handbook of the Law of Code Pleading*, St. Paul, 1928, *passim*; ID., *The Federal Rules of Civil Procedure: 1938-1958": Two Decades of the Federal Civil Rules*, in *Colum. L. Rev.*, Vol. 58, 1958), *passim*. Più di recente si vedano le considerazioni di JULIAN, *Charles E. Clark and Simple Pleading: Against A "Formalism of Generality"*, in *Nw. U. L. Rev.*, Vol. 104 2010, *passim*; ANSANELLI, *Filosofie di riforma*, cit., p. 95. CAVALLINI, *Determination of the U.S. pleading from the civil law perspective*, in *Wash. U. Global Stud. L. Rev.*, Vol. 28, 2022, *passim*.

all'assunzione dei mezzi istruttori orali⁶⁹². Il sistema, per altro, era pensato per un organo giudicante praticamente assente nella prima fase e interamente passivo nella seconda (si parlava di un giudice *umpire*)⁶⁹³, il quale – all'esito di un *trial* fortemente avversariale e improntato sul principio della libera battaglia tra i litiganti (*sporting theory of justice*)⁶⁹⁴ – avrebbe emesso la sentenza (se giudice) oppure il verdetto (se giuria). Si consideri, in ogni caso, quantomeno a partire dalla metà del Novecento, la modificazione delle caratteristiche delle controversie e il c.d. *abuse of discovery*⁶⁹⁵ hanno condotto, negli Stati Uniti, a progressive trasformazioni tecnico-strutturali della fase preparatoria⁶⁹⁶, sostanziatesi prevalentemente in due aspetti: (i) l'ampiamento dei poteri del giudice, soprattutto nel *pre-trial*, il quale ha assunto un ruolo fortemente interventista (al punto da essere definito un *managerial judge*)⁶⁹⁷ (ii) la trasformazione del *pretrial* in una fase progressivamente sempre più orientata a pervenire alla risoluzione della controversia, a

⁶⁹² Sul funzionamento della struttura bifasica del processo negli Stati Uniti si v. HAZARD-TARUFFO, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bologna, 1993, pp. 125 e ss., 151 e ss.

⁶⁹³ Tra gli innumerevoli riferimenti sulla cultura del giudice meramente passivo, si v., per tutti, le opere storiche di POUND, *The Spirit of the Common Law*, Francistown 1921, *passim*; FRANKEL, *The Search for Truth: An Umpireal Views*, in *U. Pa. L. Rev.*, Vol.123, 1975, pp. 1031 ss.; ID., *Partisan Justice*, New York, 1980, *passim*.

⁶⁹⁴ Si v., con particolare riguardo al metodo liberale per eccellenza circa l'assunzione probatoria TWINING, *op. cit.*, *passim*; WIGMORE, *op. cit.*, *passim*. In particolare, è sull'assunzione probatoria che lo stampo liberale si esprime massimamente in quanto nel sistema elaborato dalle *Federal Rules of civil procedure* statunitensi, gli avvocati interrogano le parti (e non il giudice) e svolgono il contraddittorio sulle prove a mezzo della c.d. *cross-examination*. Lo slogan in chiave critica della *sporting theory of justice* si deve invece a POUND, *op. cit.*, *passim*.

⁶⁹⁵ ROSENBERG - KING, *Curbing Discovery Abuse in Civil Litigation: Enough is Enough*, in *BYU L. Rev.* 1981, *passim*; MILLER, *The Adversary System: Dinosaur or Phoenix*, in *MINN. L. REV.*, Vol. 69, 1984) *passim*; OBERER, *Trial by Ambush of Avalanche? The Discovery Debacle*, in *J.D.R.*, 1987, *passim*; EASTERBROOK, "Discovery as Abuse," in *B.U. L. Rev.* 635, VOL. 69, 1989, *passim*; MULLENIX, *Discovery in Disarray: The Pervasive Myth of Pervasive Discovery Abuse and the Consequences for Unfounded Rulemaking*, in *STAN. L. REV.*, Vol. 46, 1993-1994, *passim*; MARCUS, *Discovery Containment Redux*, in *B.C.L.R.*, Vol. 39, 1998, *passim*;

⁶⁹⁶ Sia concesso il rinvio a CAVALLINI-CIRILLO, *Reducing Disparities in Civil Procedure Systems: Towards A Global Semi-Adversarial Model*, in *FLA. J. INT'L L.* (in corso di pubblicazione, 2024).

⁶⁹⁷ Sull'ampiamento dei poteri del giudice statunitense, v. *funditus*, cap. 2 §3. L'espressione si deve al pionieristico articolo di Judith Resnik, in cui Ella lo usava in maniera critica per indicare i difetti dell'attenuazione dei valori e dei principi di un sistema puramente *adversarial*. Cfr. RESNIK, *Managerial Judges*, cit., *passim*.; tra i moltissimi riferimenti all'ampiamento dei poteri manageriali dei giudici si v. GALANTER, *A Settlement Judge, not a Trial Judge*, cit., *passim*; ELLIOTT, *Managerial Judging, and the Evolution of Procedure*, in *U. CHI. L. REV.*, Vo. 53, 1986, *passim*; MARCUS, *Of Babies and Bathwater: The Prospects for Procedural Progress*, in *BROOK. L. REV.*, Vol. 59, 1993, *passim*; FLOYD, *Can the Judge Do That - The Need for a Clearer Judicial Role in Settlement*, in *ARIZ. ST. L.J.*, Vol. 26, 1994, *passim*; ROWE, *Authorized Managerialism Under Federal rules- And the extend of Convergence with Civil – Law Judging*, in *SW. U. L. REV.*, Vol. 36, 2007, *passim*.; GOLDSTEIN, *Giudici Manager e Giudici Conciliatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 983.

mezzo del *settlement* o del *summary judgement*⁶⁹⁸. La profonda trasformazione statunitense dove il *pre-trial* rappresenta il vero e unico processo⁶⁹⁹, pur attenuando in termini pratici la bifasicità della controversia (concludendosi circa il 99% dei casi nel *pretrial*)⁷⁰⁰, rimane comunque, da un punto di vista di diritto positivo, bifasico. Inoltre, un giudice fortemente interventista nella gestione del *pretrial* e una definizione massima della materia del contendere, mediante cooperazione tra parti e giudice,⁷⁰¹ risultano essenziali in un sistema fortemente tendente a forme di risoluzione anticipata della controversia, dove il *judicially-led settlement* (la nostra conciliazione giudiziale) appare il vero protagonista⁷⁰².

Tra gli ordinamenti di *civil law*, fino alla Riforma del 2022, l'ordinamento italiano rappresentava un *unicum* nella strutturazione del processo⁷⁰³: non vi era, infatti, un sistema di tipo bifasico; la fase di preparazione e di trattazione erano contrassegnate in una serie di attività tradizionalmente considerate come una prosecuzione degli atti

⁶⁹⁸ Questo *trend* viene ormai stato icasticamente riportato, nella letteratura americana al fenomeno del “*Vanished Trial*”, si v. GALANTER, *The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts*, in *J. Empirical Leg. Stud.*, Vol. 1, 2004, *passim*; ID., *The Hundred-Year Decline of Trials and the Thirty Years War*, in *Stan L. Rev.*, Vol. 54, 2005, *passim*; RESNIK, *Migrating, Morphing, and Vanishing: The Empirical and Normative Puzzles of Declining Trial Rates in Courts*, in *J. Empirical Leg. Stud.*, Vol. 1, 2004, *passim*; YEAZELL, *Getting What We Asked For, Getting What We Paid For, and Not Liking What We Got: The Vanishing Civil Trial*, in *J. Empirical Leg. Stud.*, Vol. 1, 2004, *passim*; BURNS, *THE DEATH OF THE AMERICAN TRIAL*, Chicago, 2011, *passim*; LANGBEIN, *The Disappearance of Civil Trial in the United States*, in *YALE L.J.*, Vol. 122, 2012, *passim*; ID., *The Demise of Trial in American Civil Procedure: How it Happened, is it Convergence with European Civil Procedure*, in CORNELIS H. VAN RHEE AND ALAN UZELAC, *TRUTH AND EFFICIENCY IN CIVIL LITIGATION*, 2012, p. 119; ENGSTROM, *The Diminished Trial*, in *FORDHAM L. REV.*, Vol. 86, 2018, *passim*; SHAPIRO, *Federal Rule 16: A Look at the Theory and Practice of Rulemaking*, in *U. PA. L. REV.*, in Vol. 137, 1969, 1973–74 (1989).

⁶⁹⁹ Per questa riflessione, MARCUS, *Slouching Toward Discretion*, in *Notre Dame L. Rev.*, Vol. 78, 2003, p. 1589; DEASON, *Beyond “Managerial” Judges: Appropriate Roles in Settlement*, in *Ohio St. L.J.*, Vol. 78, 2017, p. 79.

⁷⁰⁰ Questo dato si trova in *U.S. District Courts—Civil Cases Terminated, by Nature of Suit and Action Taken, During the 12-Month Period Ending September 30, 2018*, DIRECTOR OF THE ADMIN. OFFICE OF THE U.S. COURTS, https://www.uscourts.gov/sites/default/files/data_tables/jb_c4_0930.2018.pdf (nel 2018-19 solo 0.9% delle controversie civili iniziate a livello federale ha raggiunto la fase del *trial*); *U.S. District Courts—Civil Cases Terminated, by Nature of Suit and Action Taken, During the 12-Month Period Ending September 30, 2021*, DIRECTOR OF THE ADMIN. OFFICE OF THE U.S. COURTS, [HTTPS://WWW.USCOURTS.GOV/SITES/DEFAULT/FILES/DATA_TABLES/JB_C4_0930.2021.PDF](https://www.uscourts.gov/sites/default/files/data_tables/jb_c4_0930.2021.pdf) (nel 2020-21 solo 0.5% delle controversie civili iniziate a livello federale ha raggiunto la fase del *trial*).

⁷⁰¹ È anche il riflesso di un avvocato che da un ruolo *partisan* si sposta a un ruolo *ethical*, v. BURBANK - FARHANG, *Litigation Reform: An Institutional Approach*, in *U. Pa. L. Rev.*, Vol. 162, 2014, *passim*; CHASE, *American “Exceptionalism” and Comparative Procedure*, in *Am J. Comp. L.*, Vol. 50, 2002, *passim*; MARCUS, *Putting American Procedural Exceptionalism into a Globalized Context*, in *Am. J. Comp. L.*, Vol. 52, 2005, *passim*.

⁷⁰² ANSANELLI, *Filosofie di riforma*, cit., p. 99; sia concesso anche un rinvio a CAVALLINI-CIRILLO, *In Praise of Reconciliation*, cit., *passim*

⁷⁰³ ANSANELLI, *Filosofie di riforma*, cit., p. 91;

introduttivi e, inoltre, la prima udienza si svolgeva in un momento in cui la materia del contendere non era compiutamente definita. Con la riforma del 2022, invece, si assiste alla divisione bifasica anche del processo italiano. Più precisamente, il funzionamento del nuovo processo ordinario di cognizione prevede una prima fase di «raccolta e selezione delle informazioni», secondo il disposto degli articoli gli artt. 171 *bis* e *ter* c.p.c. e una seconda fase, che inizia simbolicamente in prima udienza, di trattazione della controversia con un *thema probandum e decidendum* già compiutamente definito, oltre che prevalentemente orale⁷⁰⁴.

2.2. La regola dello «show the cards on the table» e gli incentivi a conciliare

La nuova prima udienza rappresenta, secondo le ambizioni del legislatore del 2022, un momento di contatto tra le parti e il giudice che si svolge in via orale. Il contraddittorio tra le parti e tra le parti e l'organo giudicante, a «istruttoria chiusa»⁷⁰⁵, secondo la dizione dell'art. 183 c.p.c., consentirebbe di chiarire la posizione delle parti (eliminando il «superfluo»⁷⁰⁶ ma non aggiungendo nuove domande, nuovi fatti o nuove richieste probatorie⁷⁰⁷) e di giungere, con più alta probabilità, a una definizione conciliativa della controversia⁷⁰⁸. Il modello, come anticipato, ruota intorno a una prima udienza centrale, sulla base della *Haupttermin* del sistema tedesco o del *Day-in-Court* dei sistemi anglosassoni, in cui il giudice ha studiato il caso ed è pronto a governare il processo⁷⁰⁹.

Quali sono allora gli effetti sullo strumento conciliativo di una prima udienza in cui la materia del contendere è già fissata, è obbligatorio un confronto tra le parti, oltre che tra le parti e l'organo giudicante e che vede protagonista un giudice interventista?

⁷⁰⁴ V. *funditus* Cap. 2, § 4.3, anche per la letteratura processuale sulla nuova fase preparatoria della riforma del 2022.

⁷⁰⁵ L'espressione è di CIPRIANI, *Il processo civile in Italia dal codice napoleonico al 1942*, in (a cura di) ID., *Ideologie e modelli del processo civile*, Napoli, 1997, p. 10. Sarebbe più preciso, nel nostro caso, dire a richiesta di istruttoria chiusa, nel senso che sarebbe erroneo definire completamente chiusa l'istruttoria in prima udienza. Ciò che non è più possibile, in prima udienza, è la richiesta di ulteriori mezzi istruttori; l'istruttoria potrebbe poi continuare, nell'udienza di assunzione, qualora il giudice ammetta mezzi di prova costituendi.

⁷⁰⁶ Il quale, sia permesso di rilevare, potrebbe essere considerevole visto che a questa udienza si arriva con ben 4 atti depositati per parte.

⁷⁰⁷ E ciò in quanto la materia del contendere è già fissata

⁷⁰⁸ V. *funditus* Cap. 2, § 4.4.

⁷⁰⁹ Si v. per i riferimenti Cap. 2, § 4.4, spec. nota 503.

Vi è chi continua a vedere con negatività l'istituto sulla base dell'esperienza pregressa del tentativo obbligatorio. In particolare, la generalizzata previsione dell'obbligo di interpellato libero e del tentativo obbligatorio di conciliazione risulterebbe inconferente con i risultati pratici cui era giunta la precedente formulazione contenuta nella l. 353/1990: potrebbe dimostrarsi, nuovamente, un'inutile perdita di tempo, destinata in molti casi ad essere una mera formalità e a rimanere sulla carta, soprattutto nelle cause documentali⁷¹⁰.

Questa osservazione trascura completamente di considerare che il nuovo tentativo obbligatorio di conciliazione avviene in un processo completamente diverso, a struttura bifasica, in cui la materia del contendere è già puntualmente fissata in prima udienza. Sul punto giova richiamare l'esperienza statunitense, in cui *settlement* è un esito molto ricorrente nella definizione del giudizio. Molti autori hanno sottolineato come il funzionamento della misura conciliativa negli Stati Uniti è fortemente legata alla struttura del processo. Più precisamente, secondo i risultati raggiunti mediante il metodo dell'analisi economica del diritto, è stato dimostrato che la completa definizione della materia del contendere incide considerevolmente sugli incentivi a transigere⁷¹¹. Secondo dette analisi, un contenzioso si verifica quando l'offerta minima dell'attore è superiore all'offerta massima del convenuto⁷¹². Per questo motivo, qualsiasi misura che riduca l'offerta minima dell'attore o aumenti l'offerta massima del convenuto, influenzando una delle variabili citate, ridurrà la probabilità di una controversia. Al contrario, qualsiasi misura che aumenti l'offerta minima dell'attore o riduca l'offerta massima del convenuto, aumenterà la probabilità di una controversia. Ci si è chiesti quindi come la fase preliminare del contenzioso possa influire su queste variabili e, quindi, sul tasso di conciliazione⁷¹³. La causa principale della nascita del contenzioso è una sorta di

⁷¹⁰ BIAVATI, *L'Architettura*, cit., p. 30; BOCCAGNA, *Le norme sul giudizio di primo grado*, cit., p. 265.

⁷¹¹ FOURNIER ET ZUEHLKE, *Litigation and Settlement, an Empirical Approach*, in *Review of Economics and Statistics*, Vol. 71, 1989, *passim*; PRIEST - KLEIN, *The Selection of Disputes for Litigation*, in *J. LEGAL Stud.*, 1984, *passim*; SHAVELL, *Suit, Settlement, and Trial: A Theoretical Analysis Under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs*, in *J. LEGAL Stud.*, 1982, *passim*; POSNER, *An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration*, in *J. LEGAL Stud.*, Vol. 2, 1973, *passim*.

⁷¹² L'offerta minima dell'attore rappresenta il valore atteso della causa (il valore della sentenza in caso di vittoria), più i costi per un'ipotetica transazione, moltiplicato per la probabilità stimata di vittoria, meno il valore delle spese di causa. L'offerta massima dei convenuti rappresenta invece il valore atteso della causa (il costo delle spese di causa), più il costo di una sentenza avversa, moltiplicato per la probabilità stimata di vittoria dell'attore, meno i costi per un'ipotetica transazione (v., POSNER, *ibidem*, p. 417).

⁷¹³ *Ibidem*, 422-427.

ottimismo reciproco delle parti per la vittoria, che può derivare dalla mancanza di informazioni sulla posizione dell'altra parte. Durante le trattative di conciliazione stragiudiziale, ogni parte è ostile a mostrare informazioni alle altre parti perché, se le trattative di conciliazione falliscono, una parte perde il valore di sorprendere la controparte nella *discovery* delle informazioni (cioè dei fatti e delle prove) durante il processo. In tal senso, anche nell'approccio del tentativo di conciliazione obbligatorio, regolato in Italia dalla riforma del 1990, le parti erano incentivate a non mostrare le proprie informazioni alla luce di una fase preliminare senza definizione rigorosa dei confini della domanda e delle relative richieste di informazioni già in prima udienza. Ogni parte era infatti ostile a mostrare informazioni alle altre parti perché, se il tentativo di conciliazione fosse fallito, perdeva il valore di tenere nascoste dette informazioni che avrebbe mostrato nel corso dell'appendice scritte (le vecchie tre memorie *ex art.* 183, sesto comma c.p.c., come formulato prima della riforma del 2022). Secondo le regole della *pre-trial discovery* statunitense, ciascuna parte può ottenere informazioni rilevanti dalla controparte prima del processo, ponendo fine all'effetto sorpresa⁷¹⁴: le parti rivelano tutte informazioni e documenti che possono essere rilevanti per le richieste e le difese nella causa. Questa struttura consente a ciascuna parte di migliorare e affinare le proprie stime sull'esito della causa, riducendo l'incertezza e l'ottimismo sull'esito della stessa e aumentando – di conseguenza – la probabilità di conciliazione⁷¹⁵. Una regola che incide, dunque, sulla conciliazione in questa fase e in un processo così strutturato, quale può essere un rinnovato ruolo manageriale del giudice negli Stati Uniti o il tentativo di conciliazione obbligatorio in Italia, ha buone probabilità di successo. In altre parole, la chiara cognizione mediante la regola delle “*show the cards on the table*” e, quindi, la chiarezza delle questioni su cui verte la controversia incentiva la possibilità di giungere a una conciliazione. Non è un dato da poco che la conciliazione in Italia abbia dato i propri

⁷¹⁴ FRANK, *Pretrial Conferences and Discovery - Disclosure or Surprise*, in *Ins. L.J.*, 1965, p. 662 [«*There are two fundamental purposes for eliminating surprise at trial. The first is to improve the administration of justice by securing a fair, equitable, reasonable, and just result. The second is to speed trial so as to consume less time for counsel, for parties, and, more important, for the courts. The two objectives are closely interrelated*»].

⁷¹⁵ POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW*², Chicago, 1977, pp. 422–427. *See also* LANDSMAN, *READINGS ON ADVERSARIAL JUSTICE: THE AMERICAN APPROACH TO ADJUDICATION*, St. Paul, 1988, pp. 1-5. L'Autore ha sottolineato come un vantaggio degli avvocati che conducono le indagini è che entrambe le parti possono farsi un'idea reale del valore monetario del caso e dei potenziali rischi della causa. Ciò può aiutare l'avvocato a valutare la fondatezza della richiesta di risarcimento e le opzioni di composizione della controversia.

frutti migliori proprio nella disciplina giuslavorista dove il tentativo di conciliazione avviene, da sempre, in un momento in cui il *thema decidendum et probandum* è fissato⁷¹⁶.

Si consideri, inoltre, che la completa fissazione della materia del contendere dovrebbe avere un impatto non solo sugli incentivi delle parti alla conciliazione ma anche su quelli del giudice. In altre parole, egli – avendo tutto il quadro dei confini dell’oggetto della controversia chiari – dovrebbe avere più stimoli a chiedere ai difensori i chiarimenti necessari per stimolare la soluzione conciliativa, fino ad essere egli stesso, anche all’esito della prima udienza o nel periodo appena successivo, molto più capace di poter esprimere una sua proposta transattiva *ex art. 185 bis c.p.c.*⁷¹⁷

Secondo un’altra visione il fatto che la materia del contendere sia già fissata potrebbe, in senso opposto, disincentivare lo spirito conciliativo delle parti in quanto dopo l’esercizio delle attività assertive e probatorie, il processo appare incanalato in una determinata direzione. Gli sforzi profusi per la definizione della materia del contendere e lo stato avanzato della controversia potrebbero indurre le parti a volere fortemente una decisione del giudice e a preferirla rispetto alle ipotesi conciliative⁷¹⁸. Come già sottolineato, a questa osservazione sfugge una circostanza reale: a seguito dell’udienza 183 c.p.c. vi è ancora un percorso molto lungo per giungere alla conclusione del processo che passa dalla (eventuale) fase di acquisizione delle prove costituente a tutta la fase decisoria che vede comunque lo scambio di altri scritti conclusivi. Ciò significa, quindi,

⁷¹⁶ V. *funditus* Cap. 2, § 2.5.

⁷¹⁷ CAVALLINI, *Verso il nuovo modello*, cit., p. 162, il quale sottolinea come «una prima lettura dell’impianto normativo del nuovo procedimento di cognizione ordinaria, prima di ogni altra considerazione, evidenzia una chiara modifica del ruolo, o meglio del «posizionamento» del giudice nella fase di trattazione della causa»; negli stessi termini si v. anche IANNICELLI-ANGELONE, *op. cit.*, p. 166. Sul punto v. anche la *Relazione* dell’ufficio del Massimario di Cassazione n. 110 del 1° dicembre 2022, p. 58 secondo cui la nuova prima udienza «rende necessario un cambio di mentalità nel metodo di lavoro e nell’organizzazione del ruolo, perché sarà indispensabile che il giudice giunga alla prima udienza essendo a conoscenza del fascicolo e delle questioni dibattute tra le parti». Sul punto, anche la giurisprudenza, molto di prima della riforma, con riguardo all’art. 185 bis c.p.c. avvertiva che «la condizione postulata dall’art.185 bis (come introdotto dall’art.77 del d.l.21.6.2013 n.69 conv. nella l.9.8.2013 n.98) della esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto, trova il suo fondamento logico nell’evidente dato comune che è meno arduo pervenire ad un accordo conciliativo o transattivo se il quadro normativo dentro il quale si muovono le richieste, le pretese e le articolazioni argomentative delle parti sia fin dall’inizio sufficientemente stabile, chiaro e in quanto tale prevedibile nell’esito applicativo che il Giudice ne dovrà fare». (Trib. Roma, (ord.) 23 dicembre 2013, reperibile sul sito ilcaso.it).

⁷¹⁸ TARANTINO, *op. cit.*, p. 144; per una considerazione analoga, in relazione al processo societario si v. BREGGIA, *op. cit.*, spec. nota 20.

che la parte potrebbe essere ancora più incentivata a chiudere comunque il processo in una fase che – seppur più completa rispetto al passato – non rappresenta affatto la fase conclusiva del processo.

Alla critica di fondo, infine, secondo cui in alcune cause la conciliazione potrebbe non funzionare o comunque il tasso della conciliazione potrebbe essere ancora basso, per le peculiarità della specifica controversia, si può rispondere che anche un basso grado di conciliazioni potrebbe essere un risultato positivo per la macchina della giustizia, producendo di fatto la conciliazione diverse “esternalità positive”, come abbiamo richiamato nel Cap. 1 § 3.4⁷¹⁹. Un’impostazione del genere presuppone chiaramente una visione dell’intervento giurisdizionale in funzione contenziosa e non conciliativa come l’*extrema ratio* nella risoluzione dei conflitti: nella patologia del processo, la decisione potrebbe considerarsi un’operazione chirurgica, rispetto allo strumento di risoluzione consensuale delle controversie che rappresenta una terapia farmacologica.

2.3. La stretta interrelazione tra la struttura del processo e l’atto (evidentemente processuale) conciliativo

Le considerazioni effettuate nei due paragrafi che precedono confermano la stretta interrelazione che sussiste tra la struttura di un processo e il funzionamento dell’istituto conciliativo. Più precisamente, esse danno atto di un processo che al fine di essere orientato alla pace sociale deve essere organizzato secondo delle caratteristiche ben definite: una struttura bifasica; un tentativo di conciliazione o comunque degli incentivi alla conciliazione da verificarsi quando la materia del contendere è definita e in una fase segnata dall’oralità; un giudice attivo e promotore della conciliazione.

⁷¹⁹ Si richiama all’osservazione che il Prof. Luiso ha fatto di recente, in chiave ironica, per rispondere alla stessa considerazione con riguardo in materia di mediazione civile e commerciale, in un recente convegno: «Se ti fa male un dito e vai dal medico e il medico dice “caro Avvocato questo dito va tagliato però, sa, c’è la possibilità con una cura medica di salvarlo, ma la cura medica funziona solo nel 20% dei casi”. Tu cosa dici? “Dottore me lo tagli subito il dito” oppure “proviamo prima la cura medica?”». Si tratta del Convegno da titolo “*Mediation: A Sleeping Beauty - La promessa della giustizia consensuale alla luce della riforma della giustizia civile*” tenutosi presso l’Università degli Studi di Trento l’11 novembre 2022, riprodotto in <https://www.google.com/search?q=mediation+a+sleeping+beauty#fpstate=ive&vld=cid:69b5890c,vid:Dyt84pRsojA,st:0>

Si consideri, inoltre, che il momento del tentativo di conciliazione è momento obbligato del processo e prescinde dall'esito (positivo o meno della conciliazione). In altre parole, in un processo così strutturato, il momento conciliativo assume una propria configurazione che non può confondersi con l'esito positivo della stessa. L'atto-conciliazione, inteso come l'attività del conciliare e non come il risultato di una conciliazione ben riuscita, è quindi parte integrante del processo. Esso rappresenta un'attività necessaria della giurisdizione: il giudice non ha solo il potere-dovere di «decidere»; ha il potere-dovere di «conciliare». Ma qual è la materia del «conciliare»?

In tal senso si potrebbe notare come l'anticipazione della fissazione della materia del contendere ha un effetto peculiare sull'oggetto del processo e della conciliazione: la loro coincidenza. In altre parole, per effetto di questa modifica, si evidenzia come l'oggetto del processo e l'oggetto su cui la conciliazione si fonda coincideranno. Il potere giurisdizionale conciliativo avrà, quindi, confini ben definiti; esattamente come l'art. 112 c.p.c. segna il confine oggettivo della sua decisione. L'attività tesa a facilitare la conciliazione avrà, quindi, lo stesso oggetto della giurisdizione contenziosa. Nel prossimo paragrafo, si sottolineeranno i modi in cui il giudice può, in certi casi, travalicare i limiti oggettivi del processo nell'esercizio della speciale giurisdizione conciliativa. Tale possibilità è diretta conseguenza del fatto che nel momento conciliativo vengono presi in considerazione tutti gli interessi (economici) sottesi al rapporto tra le parti e non solo il diritto lamentato. Tuttavia, prima riforma del 2022 l'oggetto della conciliazione rappresentava un *quid minus* rispetto all'oggetto del processo; intervenendo in un momento in cui lo stesso non era puntualmente definito. Ciò chiaramente comportava, oltre ai minori incentivi a conciliare per le parti, elementi per estraniarlo in qualche modo del processo o comunque per considerarlo, di fatto, un atto stragiudiziale che aveva solo occasione di verificarsi nel processo.

3. I CONFINI DELLA GIURISDIZIONE CONCILIATIVA E I RIFLESSI SULL'IMPARZIALITÀ E TERZIETÀ DEL GIUDICE

L'esercizio della giurisdizione conciliativa pone, per eccellenza, degli interrogativi relativi all'estensione e all'oggetto dell'attività del giudice nel corso della

conciliazione⁷²⁰. In altre parole, ci si domanda se il giudice, nell'esercizio dei suoi poteri-doveri conciliativi, debba agire come un mero facilitatore della conciliazione o possa avere un ruolo più attivo e, in altre parole, proporre egli stesso un modello di accordo⁷²¹. Questo è ancora più pregnante se si ammette la possibilità di estendere l'ambito di applicazione della conciliazione giudiziale anche alla materia dei diritti indisponibili. La risposta a tale interrogativo risulta, poi, funzionale a esaminare l'annoso problema circa l'imparzialità e la terzietà dell'organo giudiziario nel caso di un tentativo di conciliazione negativo. In altre parole, ci si è chiesti se lo svolgimento dell'attività conciliativa, specialmente nei casi in cui non va a buon fine, possa inficiare la posizione del giudice come organo terzo alle parti, essendo la decisione a quel punto inficiata dall'idea che il giudice si è fatto della causa nello svolgimento del tentativo. La precognizione del giudice confliggerebbe infatti con il principio, di cui agli articoli 24, secondo comma, 25, primo comma, 111, primo comma., Cost. e dell'art. 6 CEDU, di terzietà e imparzialità del giudice.

3.1. Giudice-mediatore come mero facilitatore o attivo promotore dell'accordo?

⁷²⁰ È chiaro che il termine mediazione, nel corso di questo paragrafo, è teso a fare riferimento non all'istituto previsto dal D. lgs 28/2010 quanto all'attività del giudice di mediatore. In altre parole, si fa riferimento al percorso o ai percorsi – di tipo comunicativo e relazione – che possono essere seguiti dal giudice per giungere all'esito conciliativo. Per la relazione sussistente tra l'attività di conciliazione e mediazione si v. CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., p. 408. La letteratura con riguardo alle tecniche di mediazione è sconfinata negli Stati Uniti, dove di fatto la conciliazione svolge un ruolo cruciale nella risoluzione delle controversie. Si v., senza pretesa di esaustività, v. MENKEL-MEADOW, *For and Against Settlement: Uses and Abuses of the Mandatory Settlement Conference*, in *UCLA L. REV.*, Vol. 33, 1986, *passim*; WALL, RUDE, SCHILLER, *Judicial Participation in Settlement: Pattern, Practice, and Ethics*, in *J. ON DISP. RESOL.*, Vol. 4, (1988), *passim*; FISHER-URY-PATTON, *Getting to Yes*, New York, 1991 (traduzione it. *L'arte del negoziato*, Milano, 2005). LONGAN, *Bureaucratic Justice Meets ADR: The Emerging Role for Magistrates as Mediators*, in *NEB. L. REV.*, Vol. 73, 1994, *passim*; SANDER, *A Friendly Amendment*, in *Disp. Resol. Mag.* (1999), *passim*; MARCUS, *Slouching Toward Discretion*, *op. cit.*, *passim*; KOVACH, *Mediation Principles and Practice*³, St. Paul, 2008, *passim*; CRAVER, *Effective Legal Negotiation And Settlement*⁹, Durham, 2020, *passim*; GOLDBERG, SANDER, ROGERS, COLE, *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, Arbitration, and Other Processes*⁷, Houston, 2022, *passim*; nella letteratura australiana si v. SOURDIN-ZARISKY, *The Multi-Tasking Judge: Comparative Judicial Dispute Resolution*, Pymont, 2013, p. 231. Sia consentito un rinvio a CAVALLINI-CIRILLO, *In Praise of Reconciliation*, cit., p. 82. Per la letteratura italiana si v. NICOSIA, RUGGERO, *Manuale del conciliatore*, Milano, 2000, *passim*; DI ROCCO-SANTI, *op. cit.*, capitoli 4-10; DE PAOLO, D'URSO, GOLAN, *Manuale del conciliatore professionista*, Milano, 2004, *passim*; NELA, *Tecniche della mediazione delle liti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, *passim*.

⁷²¹ Si tratta della distinzione che nella letteratura anglosassone viene fatta tra la *facilitative mediation*, ossia il caso in cui il mediatore interviene al solo scopo di facilitare l'accordo, utilizzando una serie di tecniche volte a favorire la comunicazione tra le parti e l'*evaluative mediation*, ossia il caso in cui il mediatore fornisce alle parti una propria valutazione della controversia o comunque suggerisce possibili soluzioni per la formazione amichevole della lite. Si v., anche per i riferimenti bibliografici, si v. CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., p. 412; per la stessa distinzione, CAPONI, *La conciliazione stragiudiziale*, cit., p. 167.

L'approfondimento circa l'estensione dei poteri concernenti la giurisdizione conciliativa deve incominciare dal dato positivo. Le norme che governano la conciliazione conferiscono alcune indicazioni a riguardo se si considera che nell'articolo 183 c.p.c., regolante l'attività che il giudice deve compiere obbligatoriamente, specifica che il giudice «tenta» la conciliazione tra le parti; tentativo che deve essere preceduto da un'altra attività obbligatoria, *i.e.* l'interrogatorio libero mediante richiesta alle parti, sulla base dei fatti allegati, dei chiarimenti necessari. Già da queste norme si evince come queste due attività sono legate da un'endiadi, oltre che poste in una specifica consecuzione temporale: «Il giudice interroga liberamente le parti, richiedendo, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e tenta la conciliazione a norma dell'articolo 185»⁷²². Questa struttura induce a ritenere che il tentativo di conciliazione, pur indissolubilmente legato all'attività dell'interrogatorio libero⁷²³, non coincide con la stessa. Se la norma avesse stabilito che il giudice «tenta la conciliazione, interrogando le parti»⁷²⁴, le due attività avrebbero finito per coincidere. In altre parole, una disposizione regolante un tentativo che avveniva a mezzo dell'interrogatorio libero, avrebbe potuto

⁷²² Funziona allo stesso modo la regolamentazione del tentativo di conciliazione per la materia giuslavoristica. Secondo l'art. 420 c.p.c. «nell'udienza fissata per la discussione della causa il giudice interroga liberamente le parti presenti, tenta la conciliazione della lite e formula una proposta transattiva o conciliativa».

⁷²³ Il legame tra l'interrogatorio libero e il tentativo di conciliazione è costante dal codice del 1865. Tutti i progetti di riforma che si sono susseguiti fino al 1940, seppur con diverse formulazioni, hanno confermato la stretta interrelazione tra le due attività, ad eccezione della proposta Chiovenda del 1919. Detta proposta prevede un tentativo di conciliazione financo autonomo rispetto all'interrogatorio libero (Si v., *funditus*, cap. 2 § 1.4.). Il legame si ritrova di nuovo, poi, nella riforma del 1990, secondo la nuova formulazione dell'art. 183 c.p.c. (v. *funditus* cap. 2 § 2.5.)

⁷²⁴ Si v. ad esempio la proposta Chiovenda del 1919. Secondo detta proposta di riforma il giudice, il quale avrebbe potuto tentare il componimento in qualsiasi fase del dibattimento (art. 63), «può» a tale scopo ordinare d'ufficio la comparizione personale delle parti in udienza (art. 30). Allo stesso modo, il progetto Redenti del 1934 che propose di attribuire al giudice il potere di ordinare la comparizione delle parti ma al solo fine di conciliarle (art. 302). Anche la versione originaria dell'185 c.p.c., rubricato appunto «tentativo di conciliazione», prevedeva che fin dalla prima udienza, il giudice dovesse procedere all'esperimento della conciliazione, «se la natura della causa lo consente», disponendo, «quando occorre», la loro comparizione personale (primo comma). Allo stesso modo l'abrogato rito societario secondo cui il giudice designato come relatore, emetteva un decreto con il quale fissava la data dell'udienza collegiale, assolveva altri adempimenti e poteva invitare le parti, «ove appaia opportuno», a comparire personalmente all'udienza per l'interrogatorio libero e il tentativo di conciliazione (art. 12 del d. lgs. n. 5/2003). In questi casi, il legame tra le due attività è attenuato ma vi è un'identificazione tra le due attività. L'interrogatorio libero, in altre parole, se disposto (o sempre, nel progetto Redenti), rappresentava di fatto l'attività conciliativa. Per i riferimenti si v., *funditus*, cap. 2 § 1.4 e 2.3. Questa autonomia che si rivede ora solamente nell'art. 185 *bis* c.p.c. seppur, per effetto del tentativo obbligatorio di conciliazione che prevede sempre l'interrogatorio libero ex art. 183 c.p.c., in maniera meno preponderando rispetto al progetto Chiovenda: il giudice avrà, in un momento antecedente la proposta ex art. 185 *bis* c.p.c., comunque provato a interrogare le parti ai fini di conciliarle. Si v., *funditus*, cap. 2 § 1.4.

suffragare più facilmente le tesi di un giudice quale mero facilitatore della conciliazione e, più precisamente, un giudice con il compito di facilitare lo scambio comunicativo tra le parti. In altre parole, tramite l'abilità del giudice di far emergere determinate informazioni o interessi in causa (e, quindi, mero facilitatore dell'accordo), le parti sarebbero state spontaneamente portate a conciliare⁷²⁵. Diversamente, il codice attuale, delineando la distinzione della due attività, conferisce un ruolo più attivo al giudice-mediatore: egli dovrà appunto consentire alle parti di meglio chiarire le informazioni (fatti e prove) o interessi in causa e, successivamente, svolgere un'altra attività che è quella di tentare la conciliazione, consistente nell'esplicare alle parti come le posizioni emerse possano trovare un punto di incontro, discutendo quindi delle vere e proprie ipotesi conciliative con le stesse. La stessa distinzione tra le due attività si rinviene nella disciplina del tentativo del rito del lavoro. In tal caso il legislatore ha disciplinato più precipuamente l'attività del giudice prevedendo «nell'udienza fissata per la discussione della causa il giudice interroga liberamente le parti presenti, tenta la conciliazione della lite e formula una proposta transattiva o conciliativa» (art. 420, primo comma c.p.c.). Orbene è chiaro che detta norma potrebbe far protendere per una distinzione tra l'attività del tentativo di conciliazione e quella di promotore della proposta, distinguendo le due attività. È pur vero però che la norma autonomizza anche l'attività circa l'interrogatorio libero, rendendo quindi dubbio il contenuto della mera attività di “tentare la conciliazione” se la stessa non corrisponde né a quella circa l'interrogatorio o comunque il dialogo con le parti e né a quella circa la proposizione dell'accordo. Se l'attività di tentare la conciliazione non coincide con quella dell'interrogatorio è chiaro che è qualcosa in più di una mera facilitazione: essa rappresenta l'attività di giudice che è promotore dell'accordo e quindi, dopo aver interrogato le parte, discutendo con le stesse e di concerto con loro, formula una proposta.

⁷²⁵ Questa funzione, come detto, sembra svolta dall'originaria formulazione dell'art. 185 c.p.c. e confermata dalla Circolare (n. 2690 del 14 aprile del 1942) che l'allora il Ministero di Grazia e Giustizia emanò con lo scopo di fornire delle direttive alla magistratura sull'applicazione de nuovo codice, nel quale scrisse che l'«interrogatorio libero non è un mezzo per provocare da una parte confessioni aventi efficacia di prova piena contro di lei, ma è piuttosto un mezzo volto ad aiutare ambedue le parti a esprimere chiaramente la loro volontà, i loro reali interessi nella causa, i motivi veri del loro dissidio: è quindi, sopra tutto, uno strumento dato al giudice per facilitare il tentativo di conciliazione che egli ha il dovere di compiere in ogni processo , e, per dargli modo, anche se la conciliazione non riesce, di ridurre al minimo la distanza che passa tra le contrapposte tesi delle parti, semplificando così la causa e rendendo più agevole la decisione». In altre parole, la coincidenza dell'attività conciliativa e quella dell'interrogatorio libero conferma che l'attività compiuta dal giudice nel tentare la conciliazione è meramente facilitativa.

Vi è da sottolineare che l'anticipazione della materia del contendere conferma questa soluzione. Prima di questa modifica, l'interrogatorio libero in sede di tentativo, aveva un ruolo importante: con lo stesso potevano emergere nuovi contorni della causa che andavano di fatto a delineare più precipuamente la materia del contendere. E allora il tentativo di conciliazione poteva più facilmente coincidere con questa attività del giudice, consistente nello stimolare una più chiara attività assertiva e probatoria delle parti. Egli, mediante questa attività avrebbe agito come mero facilitatore alla conciliazione. Ora, invece, l'interrogatorio assume un ruolo diverso perché deve essere teso proprio a una discussione preliminare per tracciare con chiarezza maggiore le posizioni delle parti ma senza aggiunte, essendo già intervenute le relative preclusioni. L'interrogatorio libero sarà funzionale non più ad aggiungere alla materia del contendere degli elementi ma ad epurarla dal troppo e dal vano⁷²⁶. Successivamente, il giudice, a valle di una sorta di ricostruzione più fedele di quanto emerso dai quattro atti già depositati per parte (atto introduttivo e tre memorie), proverà a trovare il punto di bilanciamento delle posizioni contrapposte insieme alle stesse. In altre parole, la perdita di un ruolo autonomo da parte dell'interrogatorio formale circa la fissazione della materia del contendere conferma come lo stesso si ponga come un momento cruciale per la conciliazione. Ed allora esplicitata quest'attività di delineazione del contorno sulla quale poggerà il tentativo mediante l'interrogatorio, il tentativo non può che essere altro che, quindi, la promozione di una possibile soluzione.

L'art. 185 c.p.c., regolando poi il tentativo su richiesta delle parti, non rinuncia all'endiadi tra le due attività, ossia quella dell'interrogatorio libero e della conciliazione, usando però un altro verbo per configurare la seconda: il giudice, in tal caso «fissa la comparizione delle medesime al fine di interrogarle liberamente e di provocarne la conciliazione». In questo caso, il verbo «provocare» conferma la possibilità che il giudice non si limiti a facilitare la conciliazione ma svolga un ruolo più attivo, più decisivo nella formulazione - sempre di concerto con le parti – della proposta. Vi è chi ha letto una scelta precisa del legislatore di prevedere nell'art. 185 c.p.c il potere di *provocare* la

⁷²⁶ Ne parla chiaramente DALLA BONTÀ, *Fra mediazione e decisione. La riforma apre ad un nuovo paradigma di giudice?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, p. 32.

conciliazione e non quello di *tentarla*. Secondo questa impostazione, il potere di provocare la conciliazione può infatti essere interpretato come un'attività del giudice non limitata meramente a facilitare la conciliazione, come quella del mero tentativo di conciliazione ma come un'attività propulsiva in vista del raggiungimento di un accordo⁷²⁷. Si deve, tuttavia, sottolineare come l'art. 183 c.p.c. fa un espresso richiamo dell'art. 183 c.p.c. all'art. 185 c.p.c. Per quanto la Relazione Illustrativa specifichi che il richiamo dell'art. 183 c.p.c. all'art. 185 c.p.c. sia finalizzato «a consentire alle parti, ove lo ritengano, di farsi rappresentare per tale adempimento»⁷²⁸, si potrebbe anche immaginare un significato più ampio: il richiamo attribuirebbe al giudice gli stessi poteri sia in sede di prima udienza, quando è obbligato a tentare la conciliazione *ex art. 183 c.p.c.*, sia nel corso del giudizio, se deve tentarla su richiesta delle parti *ex art. 185 c.p.c.* Per questa ragione se secondo l'art. 183 c.p.c. il giudice «tenta la conciliazione a norma dell'articolo 185», le due espressioni (il giudice tenta la conciliazione e il giudice provoca la conciliazione) non avrebbero significati differenti⁷²⁹. Quest'ultima impostazione è avvalorata dalla rubrica dell'art. 185 c.p.c. che fa genericamente riferimento al «tentativo di conciliazione», confermando dunque il significato analogo dei poteri del giudice in entrambe le disposizioni⁷³⁰. Sarebbe paradossale attribuire al giudice il potere di proporre una proposta conciliativa solo nel caso in cui sono le stesse parti a chiedere il tentativo e, quindi, con ogni probabilità solo il caso con cui le stesse hanno già in mente una proposta di accordo da discutere con il giudice.

L'art. 185 *bis* c.p.c. regola invece una spontanea attività del giudice che, resosi conto della conciliabilità della controversia e in qualunque momento della causa (fino al momento di rimessione della causa in decisione), «formula alle parti (*omissis*) una proposta transattiva o conciliativa»⁷³¹. In tale circostanza, il ruolo del giudice è chiaro: egli deve stendere una bozza di accordo e presentarlo alle parti. La specificità di questa

⁷²⁷ CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., p. 218.

⁷²⁸ Relazione illustrativa al D. lgs. 149/2022, p. 24.

⁷²⁹ DALFINO, *Mediazione, processo, ruolo dei giudici*, *op. cit.*, p. 92, il quale sottolinea, riferendosi genericamente alla conciliazione senza distinzioni tra i due articoli che da un lato, «la valutazione se procedere al tentativo di conciliazione giudiziale è rimessa, in prima battuta, alla valutazione congiunta delle parti» e, dall'altro lato che «il giudice non deve limitarsi a «tentare» la conciliazione, ma è anche chiamato a «provocarla», cioè a compiere un'attività non meramente facilitativa, ma anche propulsiva in vista del raggiungimento di un accordo».

⁷³⁰ TARANTINO, *op. cit.*, p. 142, spec. nt 8.

⁷³¹ Si v., *funditus*, cap. 2 § 2.8.

attività potrebbe indurre allora a pensare che una cosa è il tentativo o il potere di provocare la conciliazione, un'altra la formulazione di una proposta. In altre parole, mettendo a paragone le norme si potrebbe essere tesi a pensare che il legislatore abbia dato al giudice un mero compito facilitativo nei primi due casi e, invece, un ruolo più attivo con l'art. 185 *bis* c.p.c. A parere di chi scrive, una siffatta interpretazione non può meritare accoglimento e, invero, a guardar bene, la vera distinzione tra le due macro-tipologie di conciliazione (tentativo/provocare la conciliazione e formulare una proposta) risiede nel ruolo delle parti. Mentre secondo la dizione degli articoli 183 e 185 c.p.c. le parti e il giudice trovano insieme un accordo conciliativo; la formulazione dell'art. 185 *bis* c.p.c. conferisce al giudice un potere più ampio: egli – nelle sue stanze – formula una proposta, esattamente come redige una decisione. Come per l'attività decisoria il giudice, quando formula la proposta *ex art.* 185 *bis* c.p.c., ha già avuto un confronto con le parti, le ha sentite in contraddittorio ma svolge la sua attività senza la presenza delle stesse. Le parti, infatti, dovranno esaminare una proposta che, come la decisione, seppur ha rispettato le garanzie stabilite per un giusto processo, scende dall'alto. Queste peculiarità hanno infatti indotto a ritenere come il giudice dovrebbe altresì motivare la proposta *ex art.* 185 *bis* c.p.c., elemento ritenuto ricavabile dalla forma di ordinanza che detta proposta deve rivestire⁷³². Non si tratta, chiaramente della motivazione della sentenza; l'ordinanza che propone l'accordo non deve infatti ricostruire l'*iter* logico-giuridico su cui si basa la decisione ma ricostruire in maniera sintetica i fattori che hanno indotto il giudice a ritenere che la soluzione prospettata potrebbe incontrare il consenso delle parti⁷³³. Non si esclude, inoltre, che il giudice possa, all'esito dei tentativi *ex artt.* 183 e 185 c.p.c., a valle dell'udienza o in un periodo appena successivo, esercitare i poteri conferitegli dall'art. 185 *bis* c.p.c. Nell'ottica di un massimo *favor conciliationis*, non vi sono ostacoli alla possibilità che il giudice, discusso attivamente un possibile tentativo di conciliazione con le parti, infruttuosamente, possa poi formulare una sua proposta di conciliazione, anche

⁷³² TARANTINO, *op. cit.*, p. 143 e spec. nota 11. Si v., inoltre, ORSOLO, *op. cit.*, p. 1775 che, nel riportare alcuni dati sulle proposte che i giudici formulano in sede di giudizio precisa come le stesse risultano sempre «ben motivate».

⁷³³ *Ibidem*, p. 143 e spec. nota 11. L'Autore precisa altresì che la motivazione dell'ordinanza potrebbe avere altresì due vantaggi: da un lato, essa costituisce un modo per consentire alle parti di valutare con maggiore consapevolezza se accogliere la proposta; dall'altro lato, in caso di esito negativo della conciliazione giudiziale, essa potrebbe fungere da base da cui partire per un accordo stragiudiziale. L'Autore richiama, sul punto, altresì Trib. Roma, 4 novembre 2013, in *Guida al diritto*, 2013, n. 49, 7, con nota di MARINARO; Tribunale Roma 23 settembre 2013, in *Foro it.*, Rep. 2013, voce *Procedimento civile*, n. 169.

parzialmente difforme a quella emersa nella discussione con le stesse; esercitando quindi un più penetrante e autonomo potere conciliativo.

3.2. *Il modello interest-based e il modello rights-based: complementari e non alternativi*

L'attività di conciliazione del giudice si potrà basare su diverse tecniche. È interessante evidenziare come egli, rispetto alla sua tipica attività di decisore, dovrà spesso avere a che fare con un oggetto del conciliare che può divenire anche più ampio di quello del contendere. Si è detto nel capitolo precedente che di sicuro l'oggetto del conciliare contiene la materia del contendere, essendo essa – quando la conciliazione interviene – già definitivamente fissata. Tuttavia, occorre pensare alla materia del contendere come un sottoinsieme di quella del conciliare; quest'ultima potrebbe infatti essere più ampia perché è composta dagli interessi (soprattutto economici) delle parti. Il ruolo dell'interrogatorio dovrà quindi essere quello di far emergere detti interessi, differenziandoli dalle posizioni giuridiche delle parti⁷³⁴.

Riferendoci agli interessi, è bene operare qualche riflessione sul rapporto che nel processo (e più in generale in un sistema giuridico) esiste tra la posizione giuridica e l'interesse. Il diritto, come strumento di gestione formalizzata di un conflitto, rappresenta di fatto una forma di riconoscimento e legittimazione di interessi⁷³⁵. La norma non è altro che l'individuazione di un interesse meritevole di tutela in forza della quale un interesse, confliggente con un altro, ha prevalso. Di conseguenza una posizione giuridicamente fondata è la formalizzazione o espressione di un interesse riconosciuto da una norma. Tuttavia, la posizione giuridicamente fondata rappresenta l'esito di un conflitto fra

⁷³⁴ Tra gli studi relativi alle tecniche di mediazione, è bene richiamare a quello di Fisher e Ury, i due fondatori dell'Harvard Negotiation project, nel 1981. Secondo questo studio, le strategie fondamentali affinché si compia proficuamente una mediazione secondo quattro: 1) mettere a fuoco gli interessi, più che le posizioni; 2) separare le persone dal problema; 3) moltiplicare le opzioni per un reciproco soddisfacimento e 4) insistere sui criteri oggettivi (FISHER-URY-PATTON, *op. cit.*, pp. 15 e ss.). Si noti che la prima versione del volume, del 1981, era stata redatta solo da Fisher e Ury. Per le critiche al testo WOLSKY, *The role and limitation of Fisher and Ury's Model of interest-based negotiation in mediation*, in *ADRJ*, Vol. 5, 1994, *passim*; (a cura di) KRIESBERG, NORTHRUP, THORSON, *Intractable conflicts and their transformation*, New York, 1989, *passim*. Si veda, inoltre, CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., p. 417, nel punto in cui sottolinea che le posizioni, indicate da Fisher e Ury, coincidono – per il linguaggio di un giurista di *civil law* – con le pretese o posizioni giuridiche di ciascuna parte.

⁷³⁵ CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., p. 417

interessi, dove uno dei due ha ceduto il passo all'altro e, pertanto, la sua formulazione non coglie appieno la totalità degli interessi in gioco⁷³⁶. Il giudice, secondo il modello decisionale tradizionale basato sulle norme, rigetta o accoglie una determinata pretesa sulla base di una decisione giuridicamente fondata. La decisione, allora, come la norma, e il processo teso a sentenza, come l'ordinamento giuridico, rappresentano una scelta fra interessi contrapposti. L'attività conciliativa e, quindi, la giurisdizione conciliativa funziona con un processo diverso che ne traccia le sue intrinseche peculiarità. Esse oltrepassano la pretesa giuridicamente fondata, l'interesse prevalente, facendo riemergere tutti gli interessi ad essa sottostanti⁷³⁷: «A parte ciò, lo sforzo del mediatore deve essere quello di superare il fronteggiarsi muro contro muro, se necessario andando anche a cogliere nelle crepe di quanto le parti affermano, dati che consentano di prescindere»⁷³⁸. È questa la ragione per la quale la conciliazione riveste anche un'attività di tipo creativo, aggiungendo una soluzione a quelle cui è giunto l'ordinamento a mezzo della norma giuridica: si parla, in tal senso, di atipicità dell'atto negoziale che risolve la controversia⁷³⁹.

⁷³⁶ CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., pp. 417 e ss. L'autrice si richiama al concetto di opacità delle norme elaborato da Shauer (SHAUER, *Le regole del gioco. Un'analisi filosofica delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana*, Bologna, 2000, p. 95, *passim*).

⁷³⁷ CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., pp. 419 e ss. È stato osservato che questo tipo di mediazione potrebbe trovare un ostacolo nel caso in cui gli interessi delle parti sono omogenei. In altre parole, in quei casi in cui entrambe le parti aspirano allo stesso interesse e quindi non si può trovare un punto di incontro senza sacrificare *in toto* l'interesse dell'altro (così LUISO, *La conciliazione nel quadro*, cit., p. 1218).

⁷³⁸ NELA, *op. cit.*, p. 1036. Si riportano, inoltre, le parole di un giudice che spiega molto efficacemente come, nello svolgimento di un'attività conciliativa risulta indispensabile «la capacità di ascolto che agevoli il confronto ed infonda alle parti maggior fiducia con domande aperte volte a far emergere le ragioni reali del conflitto, emozioni, risentimenti intensi, ostacoli emotivi ed i prodromi della controversia, le aspettative e finalità perseguite, i timori e quel che le parti ritengono effettivamente negoziabile, pregresse relazioni e rapporti economici che impongano di mantenere un rapporto di cooperazione per i vantaggi personali e squisitamente economici che ne derivano (ove le parti – nonostante la controversia – siano obbligate a mantenerne rapporti economici come ad esempio nel contratto di agenzia) ovvero il sopravvenuto disinteresse al mantenimento del rapporto che possa condurre ad una sua risoluzione consensuale con un'equa compensazione pecuniaria (o ad esempio con restituzione dei beni oggetto della transazione commerciale) o ancora l'interesse al pagamento pur con dilazioni e scansioni temporali nel caso il creditore sia in condizioni di temporanea difficoltà economica, reversibile nel breve periodo. Si impone quindi la concentrazione su interessi prioritari e sulle aspettative delle parti e sulle ragioni del conflitto reale, su interessi profondi, timori, ostacoli che hanno impedito di accordarsi autonomamente utilizzando la rappresentazione dei rischi di cui sopra come strategia per superare tali remore, analisi che impone la preliminare raccolta di informazioni specie sulla genesi concreta del conflitto, sulla sua storia ed anche su altri procedimenti pendenti e tentativi di conciliazione e cause di interruzione dei precedenti negoziati». RAZETE, *op. cit.*, p. 144.

⁷³⁹ Sul punto anche LUISO, *La conciliazione nel quadro*, cit., p. 1203; l'Autore sottolinea la distinzione nei contenuti che sussiste tra un atto di natura autonoma (come la conciliazione) e un atto di natura eteronoma (la sentenza) e, altresì fra quelli di natura autonoma tra la conciliazione e la transazione: «La risoluzione consensuale della controversia, infatti, proviene da soggetti che hanno il potere di disporre delle proprie situazioni sostanziali: e non solo essi possono disporre di quella interessata alla controversia, ma anche —

Questo approccio che potremmo definire *interest-based*⁷⁴⁰ o *problem solving*, cresciuto dietro le logiche utilitaristiche delle tipiche ricerche harvardiane, ha subito un'evoluzione, soprattutto per alcuni contesti quali quello familiare o del lavoro. Allo stesso è stato infatti contrapposto un altro approccio, definibile *rights-based* o *positional bargaining*⁷⁴¹. Nelle sedi protette, ossia quelle in cui sussiste tra le parti un'endemica condizione di disparità, tipicamente contrassegnate da norme inderogabili e diritti indisponibili, il giudice deve tentare la conciliazione con un altro intento. Egli deve abbandonare la tipica mediazione creativa e intervenire affinché la conciliazione rispetti il soddisfacimento degli interessi protetti dal diritto. Questi interessi protetti devono funzionare come una cornice di discussione e mediazione⁷⁴². Allo stesso modo si riduce considerevolmente lo spazio per gli interessi ulteriori alla posizione giuridicamente fondata. In tale contesto il ruolo del giudice-mediatore è quello di garantire e consentire una più facile e piena attuazione delle norme aventi carattere protettivo o inderogabile. Si parla infatti di mediazione normativa, attuativa o aggiudicativa, in cui il giudice spinge le parti ad un adeguamento spontaneo all'interesse scelto dall'ordinamento come prevalente; ed è chiaro che si tratta di un'attività molto vicina a quella che il giudice compie in sede decisoria. In tal caso, il ruolo del giudice è anche quello di compiere una valutazione sulla *fairness*, la ragionevolezza e l'adeguatezza dell'accordo⁷⁴³. Si potrebbe

confronta l'art. 1965, comma 2° c. - di altre situazioni sostanziali. Dunque, il contenuto dell'atto risolutivo della controversia, ove esso abbia natura autonoma, è essenzialmente atipico. Al contrario, l'atto risolutivo della controversia, ove esso abbia natura eteronoma, è essenzialmente tipico, in quanto non può avere un contenuto diverso da quello previsto dalla legge sostanziale, che regola il rapporto». Qualche atipicità nel contenuto della sentenza è possibile solo nel caso di poteri equitativi del giudice; in tal caso l'atipicità pertiene solo al diritto controverso e in nessun caso può invece riguardare diritti diversi da quello in contestazione, cosa che è invece possibile nella risoluzione autonoma. Per il confronto sull'(a)tipicità del risultato tra la soluzione conciliativa e quella transattiva v. anche DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*², cit., p. 330

⁷⁴⁰ NELA, *op. cit.*, p. 1035.

⁷⁴¹ NELA, *op. cit.*, p. 1035; Si consideri che oltre alla macro-distinzione tra *interest-based mediation* e *rights-based mediation*, ne sono state elaborate altre. Così Cuomo Ulloa distingue fra mediazione «norm generating» (quella che prescinde dalla valutazione in diritto dei rapporti fra le parti); mediazione «norm educating» (che invece esplora innanzitutto il quadro giuridico in cui le parti si muovono, ed all'interno di esso fa loro trovare l'accordo); e mediazione «norm advocating» (caratterizzata dalla necessità di regolare l'accordo in conformità a leggi ed a diritti indisponibili, ad esempio in materia ambientale). CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., pp. 1299 ss

⁷⁴² CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., pp. 449

⁷⁴³ Si pensi ad esempio alla regola dell'*approval* che il giudice statunitense deve dare in materia di accordo su una *class action* (Rule 23(a) delle FRCP); allo stesso modo l'art. 840-quaterdecies c.p.c. in materia di accordi transattivi e conciliativi nelle *class action* prevede, al comma quattro, la necessità di un'autorizzazione del giudice delegato, avuto riguardo agli interessi degli aderenti, della proposta

affermare che mentre nella mediazione *interest-based*, il mediatore è prevalentemente guidato da un criterio «convenienza», in quella *rights-based*, egli considera prevalentemente un criterio di «giustizia»⁷⁴⁴. Ciò determina anche un modo diverso di atteggiarsi delle parti in quanto ciascuna di esse porterà gli argomenti che ritiene utili a incidere sulle valutazioni del conciliatore in modo da stimolare una proposta a lei più favorevole⁷⁴⁵.

Ecco allora che la potenzialità della conciliazione giurisdizionale risiede non solo nell'adattabilità della soluzione al caso concreto ma anche nel *modus* in cui si arriva alla soluzione. Bisogna rifuggire da un modello unico di mediazione in quanto è chiaro che in una controversia basata su diritti disponibili, il modello *interests-based* sarà quello più efficace; mentre in una controversia in cui vengono in luogo situazioni di disparità tra le parti o diritti indisponibili, il giudice dovrà preferire e attuare un modello *rights-based*. Ed è allora questo uno dei tratti caratteristici del ruolo del giudice-organo nella conciliazione: esso dà atto dell'unicità del suo intervento sia rispetto a contesti in cui il terzo non è giudice, come la mediazione civile e commerciale o l'arbitrato, dove non a caso la legge esclude la mediabilità di diritti indisponibili, ma anche rispetto alla sede stragiudiziale, confermando la distinzione che sussiste tra soluzione transattiva e conciliativa.

3.3. Il pregiudizio di un pre-giudizio?: i rischi della precognizione sull'imparzialità del giudice.

Il ruolo del giudice nella conciliazione, specialmente nel caso di compiti promotori (e non meramente facilitativi) nel raggiungimento dell'accordo, ha da sempre sollevato l'interrogativo dei possibili rischi di una confusione di ruoli tra organo giudicante e conciliatore, soprattutto in caso di esito negativo del procedimento conciliativo. È stato efficacemente sottolineato come tali rischi derivino dall'essere «servo di due padroni», cioè da un lato, quale organo giudicante, della funzione giurisdizionale contenziosa e

presentata dal rappresentante comune; all'ultimo comma prevede poi che la stessa regola si applica quando la proposta proviene da un'associazione o un'organizzazione inserita nell'elenco di cui all'840 bis c.p.c.

⁷⁴⁴ LUIO, *La conciliazione nel quadro*, cit., p. 1218.

⁷⁴⁵ LUIO, *La conciliazione nel quadro*, cit., p. 1217.

dall'altro lato, quale organo conciliativo, della funzione di promuovere la composizione bonaria della lite⁷⁴⁶. Il rischio principale attiene al pericolo che egli si trovi a giudicare una causa, dopo averne già conosciuto in una fase precedente del processo e aver reso un provvedimento, quale ad esempio l'ordinanza *ex art.* 185 bis c.p.c., relativo al medesimo *thema decidendum*⁷⁴⁷. Egli, per queste ragioni, potrebbe essere influenzato dalle proprie valutazioni in questa prima fase nella decisione finale, alla quale quindi non arriverebbe con quella "verginità cognitiva" che la piena imparzialità imporrebbe⁷⁴⁸. Bisogna, poi, considerare che il legislatore non ha posto delle barriere tra le due attività, potendo effettivamente essere consentite e anzi "incoraggiate" delle intersezioni tra la fase conciliativa e quella decisoria. Si fa riferimento alle disposizioni che consentono al giudice di tenere in considerazione in sede decisoria il comportamento che le parti hanno assunto nel corso della conciliazione: da un lato, si tratta della possibilità di considerare come comportamenti valutabili *ex art.* 116, secondo comma c.p.c. la mancata comparizione delle parti in sede di prima udienza (art. 183, primo comma c.p.c.), così come la mancata conoscenza, senza giustificato motivo, dei fatti della causa da parte del procuratore (art. 185, ultimo comma c.p.c.); dall'altro lato, la possibilità per il giudice, se accoglie la domanda in misura non superiore all'eventuale proposta conciliativa, di condannare la parte che ha rifiutato senza giustificato motivo la proposta al pagamento delle spese del processo maturate dopo la formulazione della proposta (art. 91, primo comma c.p.c.), così come di condannare la parte che ha rifiutato ingiustificatamente la proposta ai danni di cui all'art. 96, terzo comma c.p.c.⁷⁴⁹. La percezione di questi rischi,

⁷⁴⁶ BRIGUGLIO, *Conciliazione giudiziale*, cit., p. 211.

⁷⁴⁷ Sul tema della precognizione del giudice v., per tutti, CONSOLO, *Ricusaione del giudice per precedente cognizione della causa*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, *passim*; DITTRICH, *La precognizione del giudice e le incompatibilità nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, *passim*; CAVALLONE, *Un "frivolo amor proprio" precognizione e imparzialità del giudice civile*, in (a cura di) SALETTI, *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Milano, 2005, *passim*.

⁷⁴⁸ Lo spiega CAVALLONE, *ibidem*, pp. 23-24 secondo cui dietro i rischi della precognizione vi è l'idea che la perdita dell'imparzialità consegua non tanto dalla presenza di interessi privati delle parti o del singolo magistrato, quanto dal condizionamento della "forza della prevenzione" operanti per effetto della precedente decisione sull'animo del giudice, il quale sarebbe molto poco disposto a contraddirsi, anche in presenza di valide ragioni per cambiare orientamento; considerando ingiustificata comunque una regola che poggia su una così frivola *ratio*, di fatto una mera sfiducia verso la coerenza dell'organo giudicante. Anzi, al contrario, continua l'Autore, si potrebbe ragionare che il giudice, temendo di apparire imparziale, potrebbe invece essere proteso a dare ragione alla parte a cui prima aveva dato torto.

⁷⁴⁹ Questa possibilità ha trovato l'avvallo della giurisprudenza. Per un approfondimento, BONETTI, *op. cit.*, p. 1047; Avverte, tuttavia, TEDOLDI, *Iudex statutor et iudex mediator*, cit., p. 986 che «Non pare, invece, possibile applicare alla parte che rifiuti la proposta del giudice una sanzione per abuso del processo *ex art.* 96, terzo comma, c.p.c., quand'essa esca anche solo parzialmente vittoriosa in esito alla pronuncia decisoria sul diritto azionato: una sanzione punitiva di tal fatta può immaginarsi soltanto a carico di quella parte che

che è maggiore al crescere del coinvolgimento attivo del giudice nella conciliazione, ha portato il legislatore, nell'art. 185 *bis* c.p.c., la norma che più di ogni altra sancisce questo ruolo interventista, a esplicitare come la proposta non potrà «costituire motivo di ricusazione o astensione del giudice», quasi a voler anticipare ogni possibile contestazione circa il doppio ruolo assegnato al giudicante⁷⁵⁰.

I rischi attengono da un lato, all'effetto in sé incostituzionale di una norma che consente un processo ingiusto, se per ipotesi le parti considerassero il giudice non più imparziale e terzo nel decidere la controversia⁷⁵¹. Dall'altro lato, si riferiscono alla buona riuscita della stessa conciliazione in quanto le parti ben potrebbero essere inibite a qualsiasi spirito o comportamento volto a conciliare se pensassero che esso possa inficiare la loro posizione giuridica⁷⁵².

Il tema dei rischi della precognizione del giudice è spesso collegato all'art. 51, quarto comma c.p.c. che, regolando i motivi di astensione e cognizione, rappresenta un indice per valutare e soppesare le situazioni, chiaramente diverse da quelle elencate, atte a minare l'imparzialità dell'organo giudicante, a tutto tondo; soprattutto con riguardo al numero 4. Si consideri, tuttavia, che lo scopo dell'elenco contenuto nell'art. 51, quarto comma c.p.c. è evidentemente quello di evitare il più possibile che *la intime conviction* del giudice si formi al di fuori del processo; pertanto – quando la conciliazione avviene di fronte a giudice che rispetta i principi supremi di parità delle armi, eguaglianza e soggezione alla legge, in un procedimento ancorato all'immediatezza, concentrazione e oralità – non opera quel rischio di pre-giudizio atto a viziare la posizione di terzietà e imparzialità del giudice⁷⁵³. E forse proprio la possibilità di una motivazione della proposta

pervicacemente insista ad agire o a resistere, nella consapevolezza o nell'ignoranza gravemente colpevole dell'infondatezza delle proprie ragioni, aggravate viepiù dalla via d'uscita che le era stata munificamente offerta dal giudice mediante proposta ex art. 185 *bis* c.p.c. Solo in tale assai marginale ipotesi potrà esserci spazio per l'applicazione dei *punitive damages* di cui all'art. 96, terzo comma, c.p.c.».

⁷⁵⁰ Lo sottolinea così DALLA BONTÀ, *Fra mediazione e decisione*, cit., p. 34.

⁷⁵¹ Si v. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*², cit., p. 328.

⁷⁵² In questo senso DALLA BONTÀ, *Fra mediazione e decisione*, cit., p. 34.

⁷⁵³ Diversamente, TEDOLDI, *Iudex statutor et iudex mediator*, cit., p. 990 secondo cui il *Leitmotiv* delle ipotesi di cui all'art. 51, quarto comma c.p.c., è la conoscenza specifica di fatti, non importa se nella loro storicità, più o meno asettica oppure passando attraverso un particolare tipo di valutazione (unilaterale o neutrale, giuridica o tecnico-specialistica) che per ciò solo influenzano la decisione. La *ratio* dietro tutte queste ipotesi potrebbe giustificare un rischio di precognizione del giudice a causa del momento conciliativo.

ex art. 185 *bis* c.p.c. dimostra più di ogni altra circostanza che il vantaggio della conciliazione giudiziale, rispetto ad altre forme di risoluzione anticipata del processo, è il rispetto delle garanzie processuali, che per ciò solo rendono il risultato giusto. Ed infatti non si dubita che la progressività della *cognitio iuris*, ad esempio a mezzo delle valutazioni che il giudice compie con provvedimenti intermedi al processo, risolvendo questioni di rito o di merito, possa in qualche modo violare il divieto di precognizione⁷⁵⁴. Si arriverebbe altrimenti al paradosso di dover disporre di tanti giudici diversi quanti sono gli atti che implicano una valutazione del giudicante da compiere nel processo. E quindi, il pre-giudizio (e la relativa pre-cognizione) che impedisce un secondo giudizio deve essersi formato altrove, fuori da quel singolo processo ed evidentemente in quelle sedi che sono individuate dall'art. 51, quarto comma c.p.c. La precognizione che nasce all'interno del processo rileva solo in quei casi in cui il giudice rimane tale in altro grado del processo di stampo impugnatorio ed è a questa circostanza cui si riferisce il n. 4 dell'art. 51, quarto comma c.p.c.⁷⁵⁵. Si consideri, inoltre, che alcuni dati dimostrano come le ordinanze contenenti le proposte, oltre a fornire elementi utili per comprendere le

⁷⁵⁴ MORTARA, *Commentario*, II, cit., p. 489; così anche CIPRIANI, *Come si istruisce senza conoscere e come si giudica senza istruire (l'istruttore, il collegio e le sezioni distaccate di tribunale)*, in *Foro it.*, 1999, I, p. 3376. Si v. CAVALLONE, *Un "frivolo amor proprio"*, cit., p. 25, il quale sottolinea che chiunque abbia esperienza pratica nel processo sa che il vero momento decisivo in cui il giudice istruttore si pronuncia è quello in cui giudica sulla rilevanza di una prova testimoniale o dispone una consulenza tecnica. Ragionare in maniera così rigorosa, specifica l'Autore, porterebbe al sovvertimento della struttura del nostro processo.

⁷⁵⁵ In questo senso si muove la Corte Costituzionale nelle pronunce con le quali ha chiarito che la duplicazione cognitiva si verifica nei casi in cui il processo si struttura in una seconda fase oppositiva, nella quale viene ripetuta la stessa cognizione della causa che si era svolta nella prima fase, di fatto rappresentando un vero e proprio processo di impugnazione, si v. Corte Costituzionale 15 ottobre n. 387, in *Foro it.*, 1999, I, p. 3441, con nota di SCARSELLI, *La Consulta detta le nuove regole sull'incompatibilità del giudice nel processo civile*; in *Corriere giur.* 2000, p. 40, con nota di CONSOLO, *Una bevenuta interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 51, n. 4 (in relazione all'art. 28 t.lav.) ed i suoi limiti per i casi futuri*; Corte Cost., 23 dicembre 2005, n. 460, in *Foro it.*, 2006, I, p. 639 con nota di FABIANI, *Terzietà del giudice fallimentare: sintonie e asimmetrie fra Consulta e legislatore*, in *Fall.*, 2006, p. 511. Si v. però TEDOLDI, *Iudex statutor et iudex mediator*, cit., pp. 996 e ss. nella parte in cui sottolinea come la possibilità di valutazioni nel corso processuale sono ammissibili solo in quanto revocabili. La precognizione è indebita, anche con riferimento alle valutazioni nel corso del processo, se inducono il giudice ad anticipare la decisione finale e irrevocabile sulle stesse, in un momento in cui le parti non hanno esplicitato interamente le loro difese. In altre parole, il divieto di precognizioni è teso a tutelare non solo una conoscenza che avviene all'interno dell'*iter* processuale ma anche il diritto di difesa nella sua piena esplicazione *quod tempus*. A modesto avviso di chi scrive, così ragionando, si dovrebbe però ammettere che ogni sentenza non definitiva su una questione preliminare o pregiudiziale violi di fatto il precetto della precognizione se idonea a concludere il processo; allo stesso modo il giudice non potrebbe essere autore in corso di causa di provvedimenti cautelari o anticipatorii. In altre parole, non mi pare che lo schema "la precognizione del giudice nel lede la parzialità" possa funzionare. L'Autore, comunque, specifica che alla luce di questi principi si deve considerare che se il giudice abbia fatto precedere la proposta transattiva o conciliativa ex art. 185 *bis* c.p.c. da una serie di penetranti considerazioni e argomenti sulla materia del contendere e sulle istanze istruttorie, la prosecuzione del processo diventerà un inutile orpello e, quindi, è opportuno una sua sostituzione.

tipologie di cause che è più opportuno conciliare e comunque le circostanze da valutare per giungere ad una soluzione bonaria, non rappresentano un'anticipazione della sentenza; e infatti laddove la proposta non era stata accettata, le stesse hanno poi avuto contenuti ben diversi⁷⁵⁶.

Si consideri, in ogni caso, anche se non si considera il rischio di una precognizione reale e, quindi, tale da rendere incostituzionali le norme che inducono a una formulazione della proposta, la percezione di un pregiudizio da parte di uno dei soggetti in contesa, anche se infondato, potrebbe per ciò solo minare alla buona riuscita del tentativo di conciliazione, per il quale la collaborazione delle parti è essenziale. In altre parole, la percezione della correttezza della procedura è essenziale per la buona riuscita dell'istituto. Per questa ragione, si può avanzare un discorso circa le possibili soluzioni o le tecniche che il giudice *mediator* dovrebbe usare o le cautele che il legislatore potrebbe prendere al fine di garantire il più possibile che il processo conciliativo venga percepito come giusto.

Tra queste, la prima soluzione potrebbe essere quella di distinguere adeguatamente il coinvolgimento del giudice per la mediazione *interest-based*, nel caso di diritti disponibili e per quella *rights-based*, nel caso di diritti indisponibili. La conciliazione *interest-based* impone, di per sé, al giudice «la concentrazione su interessi prioritari e sulle aspettative delle parti e sulle ragioni del conflitto reale, su interessi profondi, timori, ostacoli»⁷⁵⁷e,

⁷⁵⁶ V. lo studio di ORSOLO, *op. cit.*, p. 1175, spec. nt 24. In particolare, l'Autrice riporta i seguenti dati «Ad es.: il Presidente Canali e il Relatore Buffone, del Tribunale di Milano, con provvedimento del 26 giugno 2013; il dott. Levita, del Tribunale di Nocera Inferiore, con ordinanza del 27 agosto 2013; il dott. Moriconi, del Tribunale di Roma, con due ordinanze del 10 ottobre 2013; il dott. Marziali, del Tribunale di Fermo, con ordinanza del 17 ottobre 2013; il dott. Delia, del Tribunale di Bari, articolazione di Modugno, con ordinanza del 30 ottobre 2013; il dott. Dell'Arciprete, del Tribunale di Milano, con ordinanza del 14 novembre 2013; il dott. Delia, del Tribunale Bari, articolazione di Modugno, con ordinanza del 19 dicembre 2013; il dott. Moriconi, del Tribunale di Roma, con le ordinanze del 23 settembre 2013, del 30 settembre 2013, del 10 ottobre 2013, del 24 ottobre 2013 e del 23 dicembre 2013; il dott. Moriconi, del Tribunale di Roma, con le ordinanze n. 2 del 23 settembre 2013, del 3 ottobre 2013, del 4 novembre 2013, del 6 febbraio 2014; il dott. Marziali, del Tribunale di Fermo, con ordinanza del 21 novembre 2013». Alcuni di questi provvedimenti (il Presidente Canali e il Relatore Buffone, del Tribunale di Milano, con provvedimento del 26 giugno 2013; il dott. Marziali, del Tribunale di Fermo, con ordinanza del 17 ottobre 2013; il dott. Dell'Arciprete, del Tribunale di Milano, con ordinanza del 14 novembre 2013, il dott. Moriconi, del Tribunale di Roma, con le ordinanze del 23 settembre 2013) possono leggersi nello Studio della SCUOLA SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, (a cura di), BUFFONE, CATTANEO, GIORDANO, TRAPUZZANO, «Governance giudiziale» e gestione del processo, consultabile in ca.milano.giustizia.it. Si consideri, inoltre, che molte ordinanze possono reperirsi sul sito ufficiale dell'ICAF (istituto di conciliazione Alta Formazione, istitutoicaf.it)

⁷⁵⁷ RAZETE, *op. cit.*, p. 144.

quindi, di entrare più a fondo in uno spettro di fatti che travalicano la materia del contendere. Diversamente, quella *rights-based*, richiede all'organo giudicante una maggiore cautela. Nella via di un'attività di stampo più normativo e valutativo, egli dovrebbe imporsi di rispettare la regola dell'art. 112 c.p.c. e, quindi, muoversi adeguatamente nel perimetro della domanda giudiziale, tralasciando quelle soluzioni creative che rappresentano invece il punto di forza della mediazione *interest-based*⁷⁵⁸. Allo stesso modo, alla luce del fatto che tutta la disciplina delle procedure di mediazione si basano su alcune *skill*, anche a livello di empatia o percezione delle attitudini delle parti che dovrebbe avere il mediatore, si potrebbe anche immaginare di consentire al giudice, per i casi sottoponibili alla mediazione (fuori dal processo) *ope legis* ex art. 5, secondo comma del d. lgs. 28/2010, di preferire detta soluzione a quella di cui all'art. 185 *bis* c.p.c.⁷⁵⁹. In altre parole, in una causa afferente a diritti disponibili, il giudice – se si accorge che le parti siano tese a conciliare ma poco disponibili a farlo di fronte all'organo giudicante, per propensione o per alcune specificità intrinseche della controversia⁷⁶⁰– dovrà avere la sensibilità di preferire, senza indugi, la mediazione *iussu iudicis*, rinviando quindi le parti ad un organo esterno al processo⁷⁶¹. Allo stesso modo, nelle stesse ipotesi di percepita diffidenza delle parti all'attività conciliativa in seno al processo, il giudice dovrebbe cercare il più possibile di evitare le intersezioni tra i due procedimenti: evitare, ad esempio, dopo il rifiuto della proposta *ex art. 185 bis c.p.c.*, di demandare le parti in mediazione o di indicare al mediatore i punti della controversia sulle quali stimolare il dialogo tra le parti⁷⁶²; e ciò al fine di prevenire la percezione di un indebito “accanimento

⁷⁵⁸ Sulla necessità di rispettare il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, anche se in tutte le forme di conciliazione, non solo in quelle *rights based*, escludendo solamente quelle stragiudiziali, si v. TROCKER, *La Direttiva CE 2008/52 in materia di mediazione: una scelta per il rinnovamento della giustizia civile in Europa*, in (a cura di) TROCKER- DE LUCA, *La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52/CE*, Firenze, 2011, p. 159 ss., spec. p. 168; nonché GHIRGA, *Strumenti alternativi*, cit., in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 357 ss., spec. p. 363, DALLA BONTÀ, *Fra mediazione e decisione*, cit., p. 35.

⁷⁵⁹ Sul rapporto tra la mediazione *ope legis* di cui all'art. 5, secondo comma del d. lgs. 28/2010 e il potere di cui all'art. 185 *bis* c.p.c. si v., *funditus*, Cap. 2, § 4.6.

⁷⁶⁰ Si pensi a quei casi riguardanti storici malumori tra le parti, magari di natura strettamente personale o intima, che potrebbero indurre una parte (o entrambe) a non disvelare ragioni o fatti ritenuti effimeri o futuri ad un soggetto considerato molto autorevole come il giudice, temendo che proprio questa frivolezza possa sminuire la propria posizione di fronte all'organo giudicante statale. In generale su un'indagine appropriata delle specificità del caso per decidere lo strumento, fra i due, più opportuno si v. BOVE, *La mediazione delegata*, cit., p. 469.

⁷⁶¹ In generale, sull'incentivo ai giudici a preferire prevalentemente la mediazione *ope legis* di cui all'art. 5, secondo comma del d. lgs. 28/2010, creando quest'ultima meno interferenze con la funzione decisoria ed essendo qui più funzionale per le parti a trovare un accordo, si v. TEDOLDI, *Iudex statutor et iudex mediator*, cit., p. 1005; allo stesso modo DALLA BONTÀ, *Fra mediazione e decisione*, cit., p. 35.

⁷⁶² Si è detto in Cap. 2, § 4.6, spec. note 261 e 262.

conciliativo” che potrebbe indurre le parti a sentire di essere di fronte a un giudice parziale nella decisione finale⁷⁶³. Allo stesso modo, il giudice dovrebbe cercare il più possibile di minimizzare la proposta *ex art. 185 bis c.p.c.*, in una fase troppo vicina a quella decisoria⁷⁶⁴.

Veniamo, adesso, alle riflessioni de *iure condendo* sulle quali sarebbe auspicabile un intervento del legislatore sull’attuale disciplina della conciliazione giudiziale al fine di prevenire qualsiasi rischio di percezione di un processo di fronte a un giudice *mediator ac statutor*. Orbene, sul punto, si può anzitutto sottolineare che il legislatore avrebbe potuto sancire a chiare lettere, accanto all’impossibilità di chiedere la riconsuazione o l’astensione del giudice, anche l’obbligo del giudice di motivare adeguatamente la proposta. In altre parole, se la motivazione costituisce, fra gli altri, l’usbergo dell’imparzialità del giudice e del giusto processo, potrebbe auspicarsi che detta garanzia si ponga a sostegno e supporto di ogni provvedimento che dispone una proposta di conciliazione.

Da ultimo, occorre affrontare il tema dell’appropriatezza della “tipica” soluzione, spesso propugnata per fronteggiare il rischio di un giudice conciliatore, oramai inappropriato a decidere la controversia, nel caso di mancata accettazione della proposta *ex art. 185 bis c.p.c.*: la sua sostituzione. È chiaro che, in questo caso, si fa riferimento alla possibile sostituzione del giudice da prevedere *ex lege* del pari di quella regolata per i procedimenti considerati di stampo impugnatorio e non una sostituzione di natura “patologica” come quella all’esito di un procedimento di astensione o di una riconsuazione. In altre parole, per sostituzione si intende la possibilità di introduzione di una norma che garantisca un altro giudice per decidere la causa, diverso da quello che ha formulato la proposta *ex art. 185 bis c.p.c.* e non quella di abrogare l’art. 185 *bis c.p.c.* nel punto in cui vieta la richiesta di astensione e riconsuazione. Nella letteratura statunitense il tema è stato approfonditamente studiato⁷⁶⁵ e chi auspica una sostituzione del giudice, la motiva sulla

⁷⁶³ Auspica massima cautela contro le interferenze tra i due strumenti, DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*², cit., pp. 93-94

⁷⁶⁴ Si vedano le riflessioni sul punto già svolte in Cap. 2, § 4.5, spec. nota 514.

⁷⁶⁵ Sul tema, in generale, della necessità o meno di sostituzione del giudice si v. GOLDSTEIN, *Giudici Manager e Giudici Conciliatori*, cit., p. 991; CRAVER, *op. cit.*, p. 377; ALFINI, *op. cit.*, p. 119; FREY, *Does ADR Offer Second Class Justice?*, in *Tulsa L.J.*, Vol. 36, 2001, p. 760; KILLEFER, *Wrestling with the Judge*

base del rischio che un giudice c.d. *biased* dall'aver proposto i termini di un accordo, possa in qualche modo avere un impatto sulla libera disposizione delle parti a conciliarsi, nel senso di forzarle a giungere a un accordo, per il timore di ripercussioni sulla decisione⁷⁶⁶. Questo dibattito portò negli Stati Uniti ad elaborare alcuni codici di condotta dove si evidenziano i comportamenti dei giudici considerati come inappropriati in sede conciliativa, quale ad esempio le c.d. *ex parte communications*, ossia la possibilità del giudice di confrontarsi con una sola delle parti, senza il contraddittorio con la/e altra/e⁷⁶⁷. Sempre sul tema, una ricerca empirica condotta da Roselle Wissler⁷⁶⁸ ha dimostrato come gli avvocati continuano a nutrire profonde preoccupazioni circa la loro capacità di essere sinceri e di discutere pienamente di conciliazione con i giudici che vi prendono parte attivamente, indipendentemente dalla coincidenza del giudice che propone la conciliazione con quello che deciderà il caso. Più specificamente, questa ricerca ha dimostrato come i maggiori timori degli avvocati dipendono dal fatto che le discussioni sulla conciliazione possano pregiudicare il giudizio dei loro casi, anche in ipotesi di sostituzione, alla luce del fatto che anche il giudice sostituito potrebbe essere influenzato dal risultato riportatogli, in spregio alla confidenzialità delle informazioni, dal giudice che ha stimolato la conciliazione⁷⁶⁹. Lo studio è interessante perché dimostra che più che un tema di sostituzione del giudice, bisogna garantire un apparato di norme processuali

Who Wants You to Settle, in *Litigation*, 2009, p. 21; LONGAN, *op. cit.*, p. 738; MARCUS, *Slouching Toward Discretion*, *op. cit.*, p. 1593; MENKEL-MEADOW, *For and Against Settlement*, *cit.*, p. 511; RESNIK, *Managerial Judges*, *cit.*, p. 435; SANDER, *A Friendly Amendment*, *cit.*, p. 24; SCHUCK, *The Role of Judges in Settling Complex Cases: The Agent Orange Example*, in *U. Ct-I. L. Rev.*, Vol 54, 1986, p. 364; TORNQUIST, *The Active Judge in Pretrial Settlement: Inherent Authority Gone Awry*, in *Willamette L. Rev.*, Vol. 25, 1989, p. 760; WALL-RUDE-SCHILLER, *op. cit.*, pp. 91–92; DEASON, *Beyond “Managerial” Judges*, *cit.*, p. 79.

⁷⁶⁶ Si v. sul punto LEO LEVIN- GOLASH, *Alternative Dispute Resolution in Federal District Courts*, in *U. FLA. L. REV.*, VOL. 37, 1985, p. 41 («The judge who will preside over the trial of a case stands in a very special relationship to the litigants. The control he or she has over the lawsuit may cause any suggestion that the case should be settled to be perceived as a threat». «Litigants might also be unwilling to divulge their true positions to the judge who will preside at trial».).

⁷⁶⁷ Si v., ad esempio, il codice di Condotta redatto nel 1996 dall' American Judicature Society (AJS), consultabile in GOLDSCHMIDT-MILORD, *Judicial Settlement ethics: Judge's Guide*, Am. Judicature Soc., 1996, p. 7, 70; così come il *Code of Conduct for United States Judges*, U.S. Cts. 6 consultabile in uscourts.gov e, in particolare, il Canon 3.

⁷⁶⁸ WISSLER, *Court-Connected Settlement Procedures: Mediation and Judicial Settlement Conferences*, in *Ohio St. J. On Disp. Resol.*, Vol. 27, 2011, pp. 284–87.

⁷⁶⁹ *Ibidem*, p. 317 Più specificatamente la ricerca dimostra che le ragioni principali dell'esitazione degli avvocati dipendano da (1) il timore che le loro comunicazioni possano influenzare le decisioni dei giudici nella causa in corso; (2) il timore che le loro comunicazioni possano influenzare le decisioni dei giudici nelle cause future; e (3) il timore che i giudici del *settlement* non mantengano riservate le comunicazioni emerse nella conciliazione e le condividano intenzionalmente o meno informazioni o percezioni con i giudici sostituiti per decidere.

che conferiscano giustizia al risultato, applicando le stesse garanzie del giusto processo al procedimento conciliativo. In altre parole, la sfiducia verso l'organo giudicante nel momento conciliativo prescinde dall'identità dell'organo nel compimento di diverse attività e non si risolve con la mera sostituzione dello stesso. Le regole elaborate dall'ELI/Unidroit in materia di conciliazione confermano questo risultato in quanto non prevedono una sostituzione del giudice in caso di una conciliazione fallita, salvo nell'ipotesi in cui l'organo giudicante non abbia operato una *ex parte communications*⁷⁷⁰. Anche in questo caso, quindi, il divieto o il disincentivo alle *ex parte communications* dipende dalla percezione di ingiustizia delle parti nell'essere sottoposte a una procedura, quella conciliativa, che avviene senza il rispetto della garanzia principe del processo, *i.e.* il contraddittorio. Pertanto, più che un tema di un giudice *biased* e quindi a un rischio di pre-giudizio della decisione, vi è una percezione di un processo ingiusto. In altre parole, nella misura in cui si assicurano le garanzie di un giusto processo nel momento conciliativo, fra tutti il contraddittorio tra le parti, in condizione di parità, con la motivazione dell'ordinanza che propone i termini di un accordo, non si vede alcun rischio di un pre-giudizio o di una pre-cognizione del giudice. E anzi è stato lucidamente teorizzato come «anche l'imparzialità (*va*) intesa come strumento per la realizzazione del giusto processo e, come tale, (*deve*) essere ricostruita nel suo significato relazionale, ovvero coordinata con le altre garanzie»⁷⁷¹. Anzi il giudice imparziale è così connaturato al giusto processo e strettamente legato ad altre garanzie che i nostri padri costituenti non avevano financo sentito la necessità di positivizzarlo nel testo costituzionale⁷⁷². Ammettere, peraltro, una sostituzione del giudice significherebbe sposare l'idea di un processo veramente avversariale, rinnegato nella sua versione più pura persino nella sua patria d'origine, gli Stati Uniti. In altre parole, significherebbe – per altro in un sistema di *civil law* – pensare a un giudice passivo che sta a guardare l'integrale sviluppo del contraddittorio, impassibile e imperscrutabile, fino al momento di decidere⁷⁷³. E così si rinunciarebbe alla forza del nostro sistema che giustifica un giudice attivo proprio sulla distinzione tra l'imperscrutabilità e l'imparzialità.

⁷⁷⁰ Art. 10, quarto comma delle ELI-UNIDROIT MODEL RULES OF EUROPEAN PROCEDURE consultabili in europeanlawinstitute.eu

⁷⁷¹ MARUFFI, *L'art. 111 Cost. e l'incompatibilità del Giudice nel processo civile*, in *Riv. Dir. proc.*, 2003, p. 1164.

⁷⁷² CAVALLONE, *Un "frivolo amor proprio"*, cit., p. 29.

⁷⁷³ *Ibidem*, p. 42.

Si consideri, da ultimo, che la sostituzione del giudice potrebbe avere dei riflessi negativi anche in termini (in)efficienza del processo. Il giudice che ha presieduto l'udienza di conciliazione ha una conoscenza dei fatti, delle posizioni, delle parti che non ha un nuovo giudice che debba ricominciare a studiare il fascicolo dall'inizio, con un evidente spreco di risorse giudiziarie⁷⁷⁴. Inoltre, anche in termini di efficacia della procedura, la familiarità del giudice al caso lo potrebbe rendere, in veste di decisore, più accurato nel valutare i punti di forza e di debolezza del caso e, quindi, financo aumentare la possibilità di decidere il caso in modo giusto (a livello sostanziale)⁷⁷⁵.

⁷⁷⁴ POLSTER, *The Trial Judge as Mediator: A Rejoinder to Judge Cratsley*, in *Mayhew-Hite Rep. On Disp. Resol. & Cts.*, Vol. 5, 2006, p. 3; ZAMPANO, *From the Bench: Settlement Strategies for Trial Judges*, in *Litig.*, Vol. 22, 1995, p. 4.

⁷⁷⁵ DEASON, *op. cit.*, p. 108; BRUNET, *Judicial Mediation and Signaling*, in *Nev. L.J.*, Vol. 3, 2003, pp. 232, 234; si v. altresì CAVALLONE, *Un "frivolo amor proprio"*, cit., p. 21 secondo cui «nel processo civile l'identità fisica del giudice decidente e istruttore (omissis) è addirittura considerata un valore».

SEZIONE TERZA

I RIFLESSI DELLA CONCILIAZIONE GIUDIZIALE SULLA FASE DECISORIA DEL PROCESSO

1. IL COMPONENTO BONARIO RAGGIUNTO

1.1. La conciliazione-risultato come atto conclusivo del processo

La tesi processuale suggerisce di sussumere la conciliazione in un atto conclusivo (del processo) che sia coerente con gli effetti che la stessa genera sul lato sia sostanziale che processuale.

Quando la conciliazione giudiziale è stata raggiunta, l'art. 88 disp. att. c.p.c., rubricato «processo verbale di avvenuta conciliazione» dispone che la stessa venga formalizzata in un processo verbale, sottoscritto dalle parti stesse, dal giudice e dal cancelliere. Al secondo e al terzo comma, disciplina poi, la possibilità di una ratifica della conciliazione conclusa tra procuratori non autorizzati⁷⁷⁶. Il processo verbale di avvenuta conciliazione rimane custodito nella cancelleria dell'ufficio giudiziario (art. 35 disp. att. c.p.c.). Il dato positivo, a parte la formalizzazione dell'avvenuta conciliazione, non disciplina precipuamente gli effetti della conciliazione-risultato⁷⁷⁷. Questa laconicità a livello normativo ha dato spazio a diverse interpretazioni riguardanti la funzione della conciliazione come atto conclusivo del processo. Ed effettivamente un aspetto pacifico tra i fautori delle tesi sostanziali e processuali è proprio quello di attribuire alla conciliazione l'effetto di chiudere il processo in maniera per altro immediata e costitutiva⁷⁷⁸: la dichiarazione di essersi conciliati, avvenendo di fronte al giudice, produce una nuova situazione processuale, per l'appunto la chiusura del processo e in via immediata, cioè senza bisogno di una particolare attività di presentazione o allegazione⁷⁷⁹.

⁷⁷⁶ V., *funditus*, sul punto, Cap. 3, Sez. I, § 1.2.

⁷⁷⁷ V. sul punto LUISO, *La conciliazione giudiziale*, in *Trattato*, cit., p. 337 secondo cui il legislatore non ha mai espressamente disciplinato né la forma né il contenuto dell'atto processuale con il quale il processo si chiude a seguito di una conciliazione.

⁷⁷⁸ DE STEFANO, *Contributo*, cit., p. 24.

⁷⁷⁹ Così CHIOVENDA, *Principii*, cit., p. 882; Nello stesso senso DE STEFANO, *ibidem*, p. 24.

Tuttavia, lo scontro sull'essenza più sostanziale o processuale della conciliazione giudiziale emerge nuovamente quando si tratta di stabilire *come* la stessa conclude il processo. In tal senso l'effetto conclusivo potrebbe determinarsi a mezzo di un'ordinanza di cancellazione della causa dal ruolo, con successiva estinzione del processo; oppure a mezzo di una sentenza dichiarativa di cessazione della materia del contendere. È chiaro che la differenza tra le due soluzioni non è meramente nominale. Dietro la stessa si celano infatti due conseguenze molto diverse. Con la cancellazione della causa dal ruolo e la successiva estinzione del processo⁷⁸⁰, resterebbe salva l'azione. Questa tipologia di conclusione si porrebbe in contrasto con la possibilità che il componimento estingua l'azione⁷⁸¹, di cui si è detto. Quale sarebbe allora la valenza di un istituto, quale quello del componimento se si attribuisse allo stesso la stessa efficacia di una rinuncia agli atti? La conclusione del processo, quindi, non potrebbe determinarsi a mezzo di un provvedimento, quale appunto l'ordinanza di cancellazione della causa dal ruolo che sminuirebbe a tal punto una delle cifre essenziali della conciliazione e, cioè, quella di impedire di tornare sulla materia conciliata. Il *favor* per una tesi che fa leva sull'estinzione del procedimento osterebbe, poi, il sistema stesso del codice che prevede come eccezionali i casi e i modi di estinzione⁷⁸². Tuttavia, l'ordinanza di cancellazione della causa dal ruolo è stata individuata come la soluzione più corretta sulla base della possibilità di tenere conto che la conciliazione divenga inefficace, per un vizio originario (annullamento) oppure per una causa sopravvenuta (risoluzione). In siffatti casi, la sentenza che in virtù della conciliazione era divenuta superflua torna ad essere necessaria. L'assenza di una disciplina positiva sul punto impone di privilegiare una soluzione che, laddove la conciliazione sia divenuta inefficace, non impone di ricominciare tutto daccapo ma consente, al contrario, di riprendere il processo nel punto in cui si era interrotto⁷⁸³. La soluzione più idonea in questo senso sarebbe allora proprio la cancellazione della causa dal ruolo poiché qualora la conciliazione sia avvenuta in primo grado, potranno essere utilizzare le attività già svolte e laddove sia avvenuta in sede di impugnazione, si eviterebbe la inutile ripetizione del primo grado di giudizio⁷⁸⁴.

⁷⁸⁰ Cass. civ., 9 luglio 1984, n. 3985 in *Dejure*; così, anche Cassazione civile sez. lav., 04/12/1986, n.7193 in *Dejure*, oppure genericamente di estinzione Cass. civ., 24 aprile 2001, n. 6043 in *Dejure*.

⁷⁸¹ BRIGUGLIO, *Conciliazione giudiziale*, cit., p. 236.

⁷⁸² NICOLETTI, *op. cit.*, p. 155; BRIGUGLIO, *ibidem*, p. 236.

⁷⁸³ LUISO, *La conciliazione giudiziale*, in *Trattato*, cit., p. 338.

⁷⁸⁴ *Ibidem*, p. 338.

L'ordinanza di cancellazione della causa dal ruolo è idonea a chiudere il processo ma può essere sempre revocata se pronunciata in carenza di presupposti. Questa soluzione risulta effettivamente efficace nel caso in cui la conciliazione si prospetta in un contesto patologico. Tuttavia, diviene totalmente inutile in un esito fisiologico visto che, come detto, la cancellazione della causa dal ruolo e la successiva estinzione farebbero restare salva l'azione. In conclusione, la stessa risulta inadeguata: non può preferirsi uno strumento che si delinerebbe come efficace in ipotesi (rare) di patologia e risulta inefficace nella vita naturale dell'istituto.

Una seconda soluzione è quella che fa leva sulla cessazione della materia del contendere, istituto coniato dalla prassi giurisprudenziale e dai contorni enigmatici⁷⁸⁵. Con questa formula si vuole indicare una forma *sui generis* di conclusione del procedimento derivante da una sopravvenuta superfluità dell'accertamento della volontà concreta della legge, che si sostanzia in una sorta di «pronuncia dichiarativa che pone fine al processo»⁷⁸⁶. Il giudice, con questa pronuncia dichiarativa, prende atto dell'esaurimento della controversia e del venir meno dell'oggetto della lite. Gli eventi generatori della pronuncia di cessazione della materia del contendere sono stati individuati nella transazione⁷⁸⁷ e nella conciliazione giudiziale⁷⁸⁸, nell'integrale adempimento e, più in generale, nell'integrale soddisfazione della pretesa dell'attore⁷⁸⁹, nel riconoscimento della pretesa⁷⁹⁰, nella rinuncia all'azione⁷⁹¹, nella morte della parte

⁷⁸⁵ SASSANI, voce *Cessazione della materia del contendere*, cit., p. 1. L'Autore riporta come la prima pronuncia fu quella della Cassazione civ., 19 gennaio 1954, n. 92. Sul tema, GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, Milano, 1967, p. 228; DE STEFANO, *La cessazione*, cit., *passim*; GARBAGNATI, *Cessazione della materia del contendere e giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 601 ss.; ATTARDI, *Riconoscimento del diritto, cessazione della materia del contendere e legittimazione ad impugnare*, in *Giur. it.*, 1987, c. 481, secondo il quale, la cessazione della materia del contendere è «un istituto del quale non solo sono incerti i caratteri e la portata, ma anche [...] la stessa esistenza sulla base del diritto positivo», SCALA, *La cessazione della materia del contendere*, Torino, 2001, *passim*.

⁷⁸⁶ SATTA, *Commentario*, cit., II, 1 p. 426.

⁷⁸⁷ V., *ex multis*, Cassazione civ., 8 gennaio 2014, n.149, in *Dejure*; Cassazione civ., 31 agosto 2015, n. 17312, in *Dejure*; Cassazione civ., 17 febbraio 2017, n.4257 in *Dejure*; Cassazione civ., 03 maggio 2017, n. 10728 in *Dejure*; Cassazione civ., 23 maggio 2022, n.16527 in *Dejure*;

⁷⁸⁸ V., *ex multis*, Cassazione civ., 05 dicembre 2005, n.26351, in *Dejure*; Cassazione civ., 13 luglio 2009, n.16341, in in *Dejure*; Cassazione civ., 15 giugno 2010, n.14353, in *Dejure*; Cassazione civ., 25 gennaio 2019, n.2221, in *Dejure*; Cassazione civ., 29 settembre 2020, n. 20533, in *Dejure*.

⁷⁸⁹ Cassazione civ. 29 aprile 1974 n. 1218, in *Giust. civ.*, 1974, I, p. 994

⁷⁹⁰ Cassazione civ., 29 aprile 1974 n. 1216; Cassazione civ., 9 maggio 1975, n. 1805; Cassazione civ., 17 dicembre 1975, n. 4151; Cassazione civ., 31 gennaio 2019, n. 2991, in *Dejure*.

⁷⁹¹; Cassazione civ., 9 agosto 1973, n. 2280, in *Foro it.*, 1973, I, 2975; Cassazione civ., 4 agosto 1977, n. 3500, in *Foro it.*, 1978, I, 1133; Cassazione civ., 9 gennaio 1981, n. 190, in *Dejure*; Cassazione civ., 15 giugno 2017, n. 14879 in *Dejure*; Cassazione civ., 23 luglio 2019, n. 19845, in *Dejure*.

nel caso di azioni intrasmissibili⁷⁹², nella successione di leggi⁷⁹³. L'utilità di questo orientamento ai nostri fini si può apprezzare solo con riferimento a due correnti relative alla natura della pronuncia di cessazione della materia contendere, non essendo quest'ultima un istituto disciplinato positivamente. Secondo una prima corrente la cessazione della materia del contendere è stata inquadrata tra le vicende dell'interesse ad agire: tutti i casi che riguardano questa pronuncia avrebbero in comune una «sopravvenuta carenza di interesse»⁷⁹⁴. Il principio dell'interesse ad agire si poggia sul presunto venir meno della necessità di applicare la norma richiesta al caso. Questa impostazione non è pienamente soddisfacente, soprattutto con riguardo alla cessazione della materia del contendere successiva a una conciliazione, se si considera che non tutti i fatti considerati come fonte di cessazione della materia del contendere possono essere ricondotti al profilo dell'interesse. Alcuni di essi, infatti, più che rendere inutile l'attività di accertamento, ne modificano l'oggetto⁷⁹⁵, impedendo un giudizio di diritto conforme a quello richiesto dall'attore e imponendo di attuare la volontà della legge a mezzo di un rigetto della domanda⁷⁹⁶. Per questa ragione, seguendo una seconda impostazione, il provvedimento del giudice di cessazione della materia del contendere non è una pronuncia, in rito, di carenza di interesse, quanto una pronuncia, di merito, sostitutiva

⁷⁹² Cassazione civ., 13 gennaio 1978, n. 156, in *Foro it.*, 1978, I, 304; Cassazione civ., 4 aprile 1977, n. 1282, in *Arch. Civ.*, 1977, 788; Cassazione civ., 28 ottobre 1976, n. 3948, in *Foro it.*, 1976, I, 2567; Cassazione civ., 09 novembre 1982, n. 5884, in *Dejure*; Cassazione civ., 27 aprile 2006, n. 9689 in *Dejure*; Cassazione civ., 14 luglio 2021, n. 20065, in *Dejure*; Cassazione civ., 28 dicembre 2022, n. 37896, in *Dejure*;

⁷⁹³ Cassazione civ., 8 luglio 1960, n. 1813, in *Giust. civ.* 1961, I, 110.

⁷⁹⁴ In tal senso Cassazione civ., 10 aprile 1979, n. 2050, in *Giust. civ.*, 1979, I, 1418; Cassazione civ., 21 gennaio 1978, n. 276, in *Arch. Civ.*, 1978, 418; Cass. civ., 27 aprile 1994, n. 4017, in *Giust. civ.*, 1994, p. 2845, con nota di MORBINATI; Cass., 6 maggio 1998, n. 4583, in *Giur. it.*, 1999, p. 495; Cass., sez. un., 28 settembre 2000, n. 1048, in *Giust. civ.*, 2000, p. 2817, secondo cui: «la cessazione della materia del contendere del giudizio civile costituisce una ipotesi di estinzione del processo da pronunciare con sentenza d'ufficio o di istanza di parte, ogni qualvolta viene meno l'interesse delle parti alla naturale definizione del giudizio; la relativa declaratoria non ha dunque alcuna idoneità ad acquistare efficacia di giudicato sostanziale sulla pretesa fatta valere»; Cass., 10 luglio 2001, n. 9332, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, p. 1367; Cass. 3 marzo, 2003, n. 3122, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1851, con nota di SCALA; Cass. civ., 1 giugno 2004, n. 10478, in *Dejure*; Cass., 3 marzo 2006, n. 4714, in *Dejure*; Cass. civ., 8 novembre 2007, n. 23289, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, p. 11; Cass., 24 febbraio 2015, n. 3598, in *Dejure*; Cass., 28 gennaio 2018, n. 1695, in *Dejure*; Cassazione civ., 31 ottobre 2023, n. 30251, in *Dejure*. Così anche ANDRIOLI, *Commento*, cit., p. 88, che infatti sosteneva che, visto che la cessazione della materia del contendere si identificava con una carenza di interesse ad agire dell'attore e a contraddire del convenuto, non può sussumere, tra i propri fatti di cessazione, l'ipotesi della conciliazione giudiziale. Sarebbe infatti, per l'Autore, eccessivo in punto di effetti attribuire alla conciliazione giudiziale, quelli del venir meno dell'interesse ad agire o a contraddire.

⁷⁹⁵ SASSANI, voce *Cessazione della materia del contendere*, cit., p. 2.

⁷⁹⁶ CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., I, nn. 1 e 94.

della sentenza di rigetto della domanda⁷⁹⁷. Se, infatti, si inquadra il fatto che porta a spegnere la lite ci si rende conto come lo stesso, a seconda dei casi, potrebbe portare a una dichiarazione di infondatezza (poggiando allora sul rigetto della domanda) o a una dichiarazione di improcedibilità (poggiando allora su una carenza di interesse). Considerando il caso della transazione o della conciliazione giudiziale, la ricostruzione in termini di carenza di interesse ignora la bipolarità del negozio⁷⁹⁸, figura da valutare sia sotto l'aspetto prettamente normativo degli interessi in gioco⁷⁹⁹, ma anche come fatto estintivo (art. 2697 c.c.) del diritto azionato⁸⁰⁰. Per questa ragione più che una carenza di interesse alla lite, la conciliazione giudiziale e la transazione portano a un rigetto per infondatezza (sopravvenuta) della domanda. La sentenza, infatti, che accogliesse la domanda, considerando irrilevante l'accordo raggiunto tra le parti, non sarebbe *inutiliter data* per assenza di interesse, quanto *contra ius*, in quanto contraria alla violazione della norma di diritto (sostanziale) contemplata dall'art. 360, primo comma n. 3 c.p.c.⁸⁰¹. In altre parole, la modificazione del criterio di giudizio impone il rigetto nel merito della domanda. Questa impostazione è coerente, contrariamente con la tesi che fa leva sulla carenza sopravvenuta di interesse ad agire, con l'inassogettabilità a futuri giudizi di

⁷⁹⁷ SASSANI, voce *Cessazione della materia del contendere*, cit., p. 2; negli stessi termini GUARNIERI, *Rinuncia all'azione e cessazione della materia del contendere in cassazione*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 894 ss.; BESSO, *Giudizio di rendiconto, cessazione della materia del contendere e spese di causa*, in *Corr. giur.*, 1998, p. 825; sul punto anche SCALA, *op. cit.*, p. 302 ss

⁷⁹⁸ *Ibidem*, p. 2

⁷⁹⁹ Si consideri che a riguardo la Cassazione afferma – senza tuttavia trarne conseguenze in punto di giudicato – come il giudice debba accertare, nel caso di una transazione, l'effettiva conclusione del negozio tra le parti, nonché la sua validità ed efficacia. Cass., 12 luglio 1984, n. 4079, in *Dejure*, secondo cui: «qualora le parti abbiano concluso una transazione giudiziale, si ha cessazione della materia del contendere, nonostante eventuali, contrastanti conclusioni da quelle formulate, se il giudice, secondo il proprio apprezzamento, abbia accertata la conclusione del negozio e questo sia valido ed efficace»; sul tema v. anche Cass., sez. un., 26 luglio 2004, n. 13969, in *Dejure*. Siffatto controllo da parte del giudice è evidentemente giustificabile solo se si considera l'accordo come ultima fonte di regolamentazione dell'oggetto della lite che, quindi, rende non più necessaria una pronuncia sul rapporto originario controverso. Così SASSANI, *Sull'oggetto della rinuncia all'azione*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, p. 545. Diversamente, invece, MANCUSO, *op. cit.*, pp. 474 e ss secondo cui il controllo del giudice è meramente formale e non riguarda anche un accertamento del diritto conteso; altrimenti, secondo l'Autore, si rischierebbe di equiparare sotto ogni aspetto la pronuncia di cessazione della materia del contendere con quella di rigetto della domanda nel merito, con conseguente perdita di autonomia e di individualità della formula elaborata dalla giurisprudenza.

⁸⁰⁰ Con riferimento alla cessazione della materia del contendere, infatti, è stato sottolineato come il fatto sopravvenuto che determina la cessazione «agisce di norma sul piano sostanziale, estinguendo la situazione giuridica controversa, nel senso che rende praticamente irrilevante il problema giuridico che si agita nel processo», così DE STEFANO, *La cessazione*, cit., p. 21. Si consideri che tuttavia, l'Autore considera che detta estinzione vale solo a chiudere il procedimento, senza decisione di merito. Aggiungendo, tuttavia, in maniera forse contraddittoria, che essa gradua comunque nella sua intensità secondo la forza del genere del fatto estintivo cui appartiene.

⁸⁰¹ SASSANI, voce *Cessazione della materia del contendere*, cit., p. 2.

merito fondati sulla medesima domanda, effetto che è ascrivibile alla conciliazione giudiziale, al pari di una sentenza passata in giudicato⁸⁰². A ben riflettere, poi, essa è anche in linea con i limiti temporali del giudicato: e, infatti, il referente temporale della *quaestio iuris* sopravvenuta è la pubblicazione della sentenza. In altre parole, se l'ultimo momento utile per introdurre in giudizio un mutamento normativo è la pubblicazione della sentenza, vuol dire che il giudice può e deve applicare le novità normative fino al momento in cui si pronuncia⁸⁰³. E così allora la conciliazione giudiziale, al pari della transazione, si comporta come *ius superveniens* che impone al giudice di applicare la norma al caso, giungendo così a una sentenza di cessazione della materia del contendere che sostanzia nel rigetto della domanda. Si consideri poi che la presenza del giudice nell'attività conciliativa, come abbiamo visto, è inquadrabile in una specifica funzione, la quale si identifica in una speciale forma di giurisdizione (conciliativa). Ciò significa che il giudice, con la pronuncia di rigetto di cessazione della materia del contendere, compie – per via di un fatto estintivo che realizza il diritto dedotto in giudizio – un'indagine preliminare (implicita) sull'esistenza del diritto vantato⁸⁰⁴.

Infine, è bene menzionare che secondo la tesi processuale più estrema la conciliazione giudiziale non necessita di essere integrata con pronunce di estinzione o di cessazione della materia del contendere, poiché il verbale di conciliazione chiude automaticamente il processo⁸⁰⁵. Secondo questa tesi la chiusura automatica del processo a mezzo del verbale di conciliazione comporta che quest'ultimo rappresenta un tipo di provvedimento (oppure che al risultato del componimento accede un provvedimento) che si configura come sanzione giurisdizionale della convenzione conclusa, potendo pertanto essere assimilato alla sentenza⁸⁰⁶. Quest'ultima tesi, per quanto affascinante e persuasiva, mi pare eccessiva. Un conto è assimilare il componimento ad alcuni effetti della sentenza,

⁸⁰² V. Cap. 3, Sez. I, § 3.

⁸⁰³ Si v. LUISO, *Diritto processuale civile*¹⁰, I, cit., p. 190.

⁸⁰⁴ E infatti, secondo un orientamento dottrinale, la pronuncia di rigetto per via di un fatto modificativo o estintivo, impone al giudice un'indagine preliminare sull'esistenza originaria del diritto vantato. Così PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e i suoi limiti oggettivi*, in *Studi in Memoria di Corrado Vocino*, Napoli, 1996, p. 533 ss.; ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, p. 505; TAVORMINA, *In tema di condanna, accertamento ed efficacia esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, p. 26; diversamente, CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, Padova, 1985, p. 521 ss.; MERLIN, *Compensazione e processo, Il giudicato e l'oggetto del giudizio civile*, Milano, 1994, p. 113 ss.

⁸⁰⁵ NICOLETTI, *op. cit.*, p. 88; Così anche BRIGUGLIO, *Conciliazione giudiziale*, cit., pp. 235 e ss.

⁸⁰⁶ *Ibidem*, p. 155.

quale ad esempio quello di giudicato sostanziale, di cui si è detto⁸⁰⁷, così come il fatto che la conciliazione copre, come la sentenza, il dedotto e il deducibile⁸⁰⁸; altro è invece considerare i due strumenti come interamente analoghi. Si badi, inoltre, che la soluzione della cessazione della materia del contendere arriva a risultati comunque importanti lato processuale senza una confusione tra verbale di conciliazione e sentenza. In altre parole, sostenere che la conciliazione porti il giudice, dopo aver redatto il verbale di conciliazione, a pronunciare una sentenza di cessazione della materia del contendere, alla quale occorre attribuire gli effetti di un rigetto della domanda significa attribuire alla conciliazione-risultato effetti equivalenti a quelli di una sentenza. Dire che la conciliazione (e, quindi, il verbale di conciliazione) è invece interamente sostituibile a una sentenza, invece, porta a negare a quest'ultima i connotati suoi propri e, cioè di un provvedimento di natura decisoria, contenente un ragionamento di stampo sillogistico sottoposto ad un regime di impugnazioni; aspetti assenti nella conciliazione giudiziale. Il verbale di conciliazione si limita a raccogliere le dichiarazioni delle parti e al più la motivazione che il giudice esprime con l'ordinanza *ex art. 185 bis c.p.c.* e non è soggetto ad alcun regime impugnatorio.

1.2. Il regime impugnatorio della conciliazione-risultato affetta da vizi

Il peso della natura della conciliazione emerge, in maniera chiara, nel momento in cui si vuole comprendere quale sia l'effetto di una conciliazione viziata o inadempita, altro aspetto che non trova alcuna disciplina specifica per la conciliazione. In altre parole, ci si chiede quale sia l'effetto di un vizio genetico (i casi di annullabilità) o funzionale (la risoluzione per inadempimento) sulla conciliazione-risultato. Il codice, salvo il caso della disciplina della conciliazione fatta dal procuratore non autorizzato di cui all'art. 88 disp. att. c.p.c.⁸⁰⁹, tace sui mezzi di caducazione della conciliazione giudiziaria. La ricostruzione della disciplina applicabile deve tener conto da un lato, della incidenza del contenuto negoziale della conciliazione e, quindi, della disciplina sostanziale generale sulla disciplina dei vizi del contratto e di quella speciale, in relazione alla fattispecie contrattuale in cui l'accordo è inquadrabile; dall'altro lato, deve anche prendere in

⁸⁰⁷ V., *funditus*, sul punto, Cap. 3, Sez. I, § 3.

⁸⁰⁸ Cass. civ., 12 febbraio 1985, n. 1183, in *Mass. Giur. lav.*, 1985, p. 331.

⁸⁰⁹ V., *funditus*, Cap. 3, Sez. I, § 1.2.

considerazione come il procedimento per giungere a questo accordo sia un *actus trium personarum* e, quindi, il fatto che la presenza del giudice non è fine a sé stessa, potendo essere considerata proprio come attività di controllo sulla validità dell'atto. Va pure constatato che, caducata una conciliazione, comunque si definisca il ruolo del giudice, vi sarà sempre un'attività giurisdizionale sprecata⁸¹⁰; il che dovrebbe indurre a contenere l'estensione della portata delle fattispecie caducatorie.

L'impostazione maggioritaria segue un approccio di carattere sostanziale con riguardo alla disciplina dei vizi. In altre parole, se nella conciliazione giudiziale intesa come procedimento, l'aspetto processuale emerge in maniera molto definita, nella conciliazione giudiziale come risultato, soprattutto con riferimento alle alterazioni genetiche o funzionali dell'accordo conclusivo della lite, l'aspetto sostanziale continua ad essere predominante. Anche tra i fautori delle tesi processuali, si sostiene che le analogie tra transazione e componimento emergono preponderantemente nella disciplina della validità dell'accordo e delle impugnative negoziali, soprattutto con riguardo ai vizi della volontà⁸¹¹. E, così, seguendo questo orientamento, il componimento, pur qualificandosi come atto processuale, non può essere sottoposto sul punto ad una disciplina più formalistica, dove poco spazio è concesso all'errore e, in generale, ai vizi della volontà. Ciò in quanto esso si manifesta come un atto processuale tutto speciale che non può, al pari degli altri atti processuali, considerarsi preparatorio della sentenza e legato a quest'unità dello scopo, senza conservare per proprio conto una rilevanza autonoma e indipendente⁸¹². Al contrario, il componimento processuale chiude il processo e sostituisce la sentenza, con una rilevanza propria non solo processuale ma anche sostanziale, contenendo la sistemazione consensuale del rapporto controverso. Per questa ragione, diversamente che per altri atti processuali, per la conciliazione giudiziale-risultato si può fare una sicura eccezione alla necessità di trascurare ogni riguardo alla reale volontà del soggetto pur di assicurare il pronto e regolare svolgimento del processo⁸¹³. Così, l'atto, contenuto nella conciliazione, è sottoposto alla disciplina

⁸¹⁰ BRIGUGLIO, *Conciliazione giudiziale*, cit., p. 244.

⁸¹¹ MORTARA, *Commentario*, cit., III, p. 17; SATTA, *Commentario*, cit., II, p. 89; REDENTI, *Diritto processuale civile*, cit., I, p. 202, 230.

⁸¹² Così LIEBMAN, *Risoluzione convenzionale*, cit., pp. 270-271.

⁸¹³ *Ibidem*, p. 271.

sostanziale che gli è propria anche con riguardo agli aspetti dell'invalidità⁸¹⁴. Ad esempio, se vi è un vizio del consenso o un'incapacità di una delle parti, potrà essere richiesto l'annullamento; se vi è inadempimento, eccessiva onerosità sopravvenuta o impossibilità sopravvenuta della prestazione potrà essere richiesta la risoluzione; e via dicendo. Se, poi, si tratta di un atto inquadrabile in una o più fattispecie speciali, si applicherà altresì la disciplina speciale⁸¹⁵. E, così, se l'atto conciliazione presenta i tratti di una transazione, sarà sottoposto alla disciplina speciale dei vizi per la transazione. Ad esempio, alle condizioni previste dall'art. 1976 c.c., si potrà agire per chiedere la risoluzione per inadempimento.

Un approccio di questo tipo, a mio avviso, nega di fatto qualsiasi ruolo di controllo attivo del giudice nella fase anche procedimentale. In altre parole, se si ammette che la presenza del giudice non abbia una mera funzione omologativa dell'accordo, si deve altresì giungere alla conclusione che egli, essendo un organo di stato deputato a fornire giustizia, deve stimolare la conciliazione ma non una conciliazione qualsiasi. Il giudice deve stimolare una conciliazione «giusta». Per questa ragione come si può ammettere che una conciliazione che avvenga di fronte ad un organo stato possa essere inquinata da un vizio del consenso? Come si può ammettere che un organo di stato non debba esercitare alcun controllo? Si arriverebbe al paradosso per il quale il giudice, dopo aver interrogato le parti e provocato la conciliazione, anche di fronte a una conciliazione viziata da dolo di una delle parti, dovrebbe mettersi da parte, considerando ad egli aliena ogni

⁸¹⁴ LUIO, *La conciliazione giudiziale*, cit., pp. 335. Dello stesso avviso anche la giurisprudenza. Si v. a riguardo, Cass. civ., 30 settembre 2020, n. 20913, secondo la quale « la transazione contenuta nella conciliazione giudiziale che ha posto fine alla lite a suo tempo promossa dal ricorrente, è sottratta, in quanto perfezionatasi in giudizio, al regime della impugnabilità di cui all'art. 2113 c.c. (v. comma 4 art. cit.), mentre rimangono esperibili le normali azioni di nullità e di annullamento dei contratti, rispetto alle quali, pertanto, l'intervento del giudice (limitato al rispetto delle formalità di cui all'art. 88 disp. att. c.p.c.) non può esplicare alcuna efficacia sanante o impeditiva »; allo stesso modo Tribunale Napoli, 30 novembre 2022, n. 6262, in *Pluris*, secondo cui «in presenza di un vizio di nullità o una causa di annullabilità (per incapacità di intendere e di volere, ex art. 1425 c.c. o per vizio del consenso ai sensi degli artt. 1427 c.c. e ss), è irrilevante il fatto che la rinuncia o la transazione sia stata stipulata in una delle sedi protette previste dall'art. 2113, ultimo comma, c.c., nel senso che tale circostanza non sana la causa di invalidità e, pertanto, la parte interessata può sempre (naturalmente, nei limiti previsti dalla più generale disciplina civilistica) impugnare la rinuncia o la transazione(omissis) Le conciliazioni concluse in sede protetta in materia di diritti del lavoratore garantiti da disposizioni inderogabili di legge si sottraggono quindi all'impugnazione prevista dall'art. 2113 c.c., ma non ai mezzi ordinariamente concessi alle parti di un contratto per farne valere i vizi che possono inficiarlo, ivi compresi quelli incidenti sulla formazione del consenso» (negli stessi termini, Cassazione civ., del 3 dicembre 1991 n. 12929, in *Pluris*).

⁸¹⁵ *Ibidem*, p. 335.

considerazione relativa al regime della validità dell'atto. A supporto allora della considerazione opposta militano, quindi, tre aspetti. Anzitutto, ai sensi dell'art. 88 disp. att., primo comma del c.p.c. il giudice sottoscrive il verbale di conciliazione, esercitando un controllo non meramente formale o omologativo, al pari di quello che potrebbe essere il controllo notarile. Egli in quanto promotore dell'accordo, soprattutto se si tratta di un accordo vertente su diritti indisponibili, ha il potere-dovere di controllare che l'atto avvenga di fronte allo stesso immune da vizi del consenso⁸¹⁶. Si pensi ad un accordo tra un datore di lavoro e un lavoratore che chiude in via tombale una lite vertente sul licenziamento del lavoratore, a mezzo di un accordo che prevede la riassunzione del lavoratore. Detto accordo, pur se avvenuto in una sede protetta, stimolato da un organo giudiziario e con la sottoscrizione dello stesso, sarebbe sottoposto all'incertezza che – entro cinque anni – il datore possa rimettere tutto in discussione sostenendo un vizio del consenso. In secondo luogo, sempre secondo la stessa disposizione, il verbale ha valore di titolo esecutivo. Anche sotto questo aspetto, la partecipazione del giudice non esprime solo un aspetto formale dell'atto ma il presupposto di una particolare efficacia dello stesso⁸¹⁷. Infine, si consideri che l'art. 2113 c.c., nel delineare un regime di impugnazione diverso per il caso delle rinunce e delle transazioni che avvengono tra le parti in un regime assolutamente privatistico e quelle che avvengono nelle sedi protette, come il caso della conciliazione di fronte a un organo giudiziale, è ulteriore indice che la funzione del giudice imprime un controllo di validità alla conciliazione come risultato del processo⁸¹⁸.

All'estremo opposto delle tesi relativa alla completa soggezione della conciliazione-risultato alla disciplina delle invalidità dei contratti, è stato sostenuto che essa, in quanto atto processuale, debba seguire una disciplina differente. La disciplina dei rimedi consentiti per gli atti produttivi di effetti esclusivamente sostanziali, incontra se non altro ostacolo nella possibilità, non sempre realizzabile, della eliminazione degli effetti processuali della conciliazione⁸¹⁹. Se allora l'approccio più processuale si radicalizza, si deve ammettere la funzione del giudice sia idonea a garantire la regolarità dell'accordo

⁸¹⁶ Per il rilievo per cui la funzione di controllo del giudice debba essere considerata con riferimento ai poteri che lo stesso esercita nel processo contenzioso si v. DENTI, *Dall'azione*, cit., pp. 24 e ss. Si consideri che l'Autore attribuisce, proprio in virtù della sottoscrizione del verbale, un ruolo di controllo penetrante al giudice nella conciliazione, pur tuttavia considerandola funzione di volontaria giurisdizione.

⁸¹⁷ *Ibidem*, p. 32.

⁸¹⁸ Si muove in senso diverso, però, la giurisprudenza. v. nt 814.

⁸¹⁹ ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, p. 1018.

fra le parti⁸²⁰. Una volta stabilito questo controllo di regolarità da parte del giudice ci si deve chiedere se lo stesso incontri un limite in qualche forma di impugnativa, escludendo chiaramente la piena soggezione a tutto il ventaglio dei rimedi contro il negozio invalido. In altre parole, attesa la possibilità di pensare a una forma di controllo giudiziario sulla validità della conciliazione, la disciplina delle impugnative deve trovare chiaramente un assetto più specifico. E così la tesi processuale più estrema, sulla base del concetto di conciliazione come atto processuale, arriva a ritenere che il controllo del giudice possa incontrare un limite solamente nelle impugnative di stampo processuale. In questo ordine di idee, vi è chi considera ammissibile avverso alla conciliazione giudiziale, il ricorso per cassazione *ex art. 111 Cost.*, anche sulla base del tenore ampio ed elastico che la giurisprudenza tende a riconoscere a questa disposizione⁸²¹. In tal caso la violazione della legge potrebbe rinvenirsi in una conciliazione-risultato rappresentante una contrazione di un diritto che la norma di legge voleva affermato. Chi equipara la conciliazione-risultato alla sentenza ha rinvenuto un'opzione per contestare la conciliazione-risultato nelle impugnative straordinarie, le quali, rispondendo a un criterio generale di sostanziale giustizia, si prestano a un'interpretazione estensiva⁸²². Queste impostazioni, per quanto lineari con l'equiparazione piena tra sentenza e conciliazione giudiziali portano inevitabilmente ad alcune forzature della disciplina. Non si può infatti negare da un lato, che queste norme sono espressamente riferite all'atto-sentenza e dall'altro lato, che un'estensione così ampia delle maglie di queste impugnative urterebbe con il carattere di norme di ordine pubblico delle disposizioni processuali.

Mi pare ipotizzabile una terza via che consente comunque di assegnare un ruolo di controllo al giudice nella conciliazione ma, al tempo stesso, rinunciare ad astrazioni o analogie di rimedi strettamente processuali, troppo azzardati. A mio avviso, questa terza

⁸²⁰ BRIGUGLIO, *op. cit.*, p. 245.

⁸²¹ *Ibidem*, p. 245. Secondo l'Autore, con questa impugnazione potrebbero essere fatti valere il difetto di giurisdizione del giudice, la violazione delle norme sulla competenza, le nullità formali della conciliazione, un sindacato relativo al rispetto dell'ordine pubblico, del buon costume e della disponibilità dei diritti.

⁸²² NICOLETTI, *op. cit.*, pp. 236 e ss. In particolare, si sono considerati prospettabili avverso la conciliazione i casi di revocazione di cui all'art. 395 n. 1, 2, 3, 6 c.p.c., opportunamente notando le affinità tra il secondo e il terzo e i casi di annullamento della transazione *ex artt. 1973 e 1975 c.c.*; così come la circostanza che il primo motivo copra, parzialmente, l'area corrispondente alle impugnative negoziali di cui all'art. 1427 c.c. e che il sesto consente di avviare a quella peculiare ipotesi di alterazione della volontà della parte che può derivare dal dolo del giudice. Allo stesso modo si è considerata possibile l'ammissibilità della opposizione di terzo revocatoria.

via impone di operare una distinzione tra i vizi originari e quelli sopravvenuti della conciliazione-risultato. Nei vizi originari non può negarsi un controllo del giudice: egli, infatti, non poteva non conoscere, al momento del tentativo, tutti quei fatti che potevano portare al vizio originario, come l'errore nel consenso, la violenza o il dolo nella sottoscrizione, o l'incapacità delle parti; e allo stesso modo della nullità del contratto. Invece, in caso di vizi funzionali e, quindi, successivi, come ad esempio la risoluzione del contratto, l'aspetto sostanziale emerge appieno perché non può ammettersi un controllo del giudice (originario) sugli stessi, verificandosi nel corso dell'esecuzione della conciliazione-risultato. Una ricostruzione generale di questo tipo mi pare inoltre coerente con il regime della rilevabilità dell'eccezione *di ne bis in idem* per i diritti potestativi affermata dalla giurisprudenza. Il diritto potestativo, ad esempio il diritto a chiedere l'annullamento del contratto, vertendo su un vizio originario, non si identifica con i suoi fatti costitutivi (errore, violenza, dolo) e per questa ragione, se interviene una pronuncia relativa al diritto di chiedere l'annullamento, il relativo giudicato copre tutti i fatti costitutivi relativi a quel diritto⁸²³. Allo stesso modo, intervenuta una conciliazione, il controllo del giudice copre tutti quei vizi che egli avrebbe potuto rilevare per impedire la conclusione della conciliazione. Si potrebbe dire che la pronuncia di cessazione della materia del contendere, che ha importato un rigetto della domanda, avrà un effetto preclusivo su ogni possibile nuovo giudizio relativo a un effetto originario. Il giudice per dire che quell'accordo chiude il processo, implicando il rigetto della domanda, non può non aver controllato che in quell'accordo non sussistesse un vizio originario. Questa impostazione è per altro supportata da quegli arresti sul giudicato implicito che dimostrano come la funzione del giudice si estende oltre i limiti oggettivi della domanda: l'accertamento contenuto in una sentenza passata in giudicato, secondo questa linea, può estendere i suoi effetti non solo alla statuizione del bene della vita richiesto dall'attore ma a tutte quelle inerenti all'esistenza e alla validità del rapporto dedotto in giudizio, le quali si pongono come logicamente indispensabili per giungere a quella determinata pronuncia e che il giudice non poteva non conoscere⁸²⁴. Diversamente, un diritto potestativo, ad esempio il diritto a chiedere la risoluzione, può essere esercitato validamente in giudizio qualora si verificano dei fatti che sono successivi al sorgere dell'accordo, c.d. vizi

⁸²³ Si v. Cass. civ., sez. III, 24 ottobre 2007, n. 22329 su *Dejure*

⁸²⁴ Cass. civ., SSUU, 12 dicembre 2014, n. 26242; Cass. civ., SSUU, 12 dicembre 2014, n. 26243; entrambe su *Dejure*.

funzionali. Per questa ragione gli stessi identificano il diritto fatto valere. Detti vizi sfuggono al controllo del giudice, al punto che in caso di pronuncia di risoluzione, il giudicato non copre tutti i fatti costitutivi; una seconda domanda su un fatto costitutivo della risoluzione diverso da quello fatto valere in giudizio sarebbe sempre proponibile. Allo stesso modo, il risultato-conciliazione potrà essere sempre rimesso in discussione. In questo secondo caso, l'accordo conciliativo è impugnabile con i mezzi ordinari offerti dall'ordinamento di fronte ad un altro giudice; la cessazione della materia del contendere, pronunciata in virtù dell'accordo conciliativo, non estenderà i propri effetti. Il nuovo giudizio ha ad oggetto fatti che il giudice, quando ha pronunciato la cessazione, non poteva conoscere.

2. IL MANCATO RAGGIUNGIMENTO DEL COMPONIMENTO BONARIO DELLA LITE

Il carattere strettamente processuale della conciliazione emerge, infine, nei riflessi che la conciliazione potrebbe avere sul processo anche quando la conciliazione-risultato non è raggiunta. Alcuni di questi riflessi sono di stampo sanzionatorio e sono volti a penalizzare quella parte che ha impedito il raggiungimento dell'accordo in maniera ingiustificata. Altri riflessi, invece, riguardano la possibilità che le attività svolte in sede conciliativa possono avere sui fatti del processo, incidendo direttamente sulla sentenza. Oltre alla caratterizzazione di atto del processo, questi riflessi fanno emergere appieno i connotati della giurisdizione conciliativa: il giudice ha il potere-dovere di utilizzare, per scopi di cognizione, i fatti emersi nel corso dell'attività conciliativa e altresì di tenerli in considerazione nella decisione sulle spese.

2.1. Le sanzioni processuali collegate alla conciliazione: la mancata comparizione della parte e la mancata conoscenza dei fatti dal procuratore

Le ripercussioni di stampo sanzionatorio si possono dividere in due macro-gruppi. Il primo riguarda alcuni effetti che la mancata collaborazione delle parti potrebbe avere sul piano probatorio. Appartengono a questo gruppo di ipotesi quei comportamenti che il giudice può valutare (negativamente) ai sensi dell'art. 116, secondo comma c.p.c. come argomento di prova. Si tratta, in particolare della mancata comparizione di una delle parti

in prima udienza senza giustificato motivo (art. 183, primo comma c.p.c.)⁸²⁵ e altresì della mancata conoscenza, senza giustificato motivo⁸²⁶, dei fatti della causa da parte del procuratore deputato a rappresentare la parte in sede di conciliazione (art. 185 c.p.c.). La sanzione è chiaramente molto flebile, rimessa alla mera discrezionalità del giudice; per questa ragione, al fine di non svuotare del tutto la *ratio* sanzionatoria della disciplina, la nozione di «giustificato motivo» va intesa con rigore⁸²⁷. Si badi però che il processo si incanalerebbe su criteri di ingiustizia qualora il legislatore decidesse di assegnare il valore di prova piena a questi comportamenti e ciò in quanto è chiaro che gli stessi si fondano su ragionamenti spiccatamente antiespitemici⁸²⁸. Risulta, quindi, più congruo affidare la valutazione degli stessi al giudice, mediante un ragionamento presuntivo che impone il confronto degli stessi con altri fatti o comunque la loro valutazione nel quadro generale dei fatti allegati dalle parti. Questa soluzione rappresenta quindi un sicuro punto di equilibrio tra il diritto alla prova, le esigenze istruttorie e la libertà di autoderminazione della parte⁸²⁹. Si consideri, inoltre, che la disposizione ripropone i dubbi con riguardo all'omessa comparizione che erano sorti nel vigore della precedente disciplina, in merito soprattutto alla possibilità effettiva di poter ricollegare all'inerzia della parte qualche conseguenza relativa all'*iter* decisionale. In particolare, il dubbio pertiene al fatto che il giudice può attingere solo alle risposte delle parti per trarre argomenti di prova; in tali casi, non essendo determinabili *a priori* le risposte ai fatti oggetto dell'interrogatorio libero, sarebbe molto difficile per il giudice ricollegare un concreto ragionamento presuntivo alla mera circostanza dell'omessa comparizione⁸³⁰. Questa considerazione

⁸²⁵ È stato ritenuto che questa norma, seppur non espressamente richiamata, operi pure in caso di inottemperanza all'ordine di comparizione disposto dal giudice ai sensi del combinato disposto degli articoli 117 e 185 c.p.c. Così TARANTINO, *op. cit.*, p. 143.

⁸²⁶ Per analoghe disposizioni in materia di mediazione civile e commerciale si v. la riflessione di DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*², cit., p. 422 sul concetto di «giustificato motivo».

⁸²⁷ La riflessione è di NEGRI, *op. cit.*, p. 365.

⁸²⁸ Sul punto si v. AULETTA, *La prova scientifica: diritto, epistemologia, strumenti di acquisizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 461 e ss.; POLI, *op. cit.*, p. 463.

⁸²⁹ POLI, *ibidem*, p. 470. Si consideri, tuttavia, che secondo un orientamento giurisprudenziale gli argomenti di prova sono autonomamente idonei a fondare il convincimento del giudice. Si v., *ex multis*, Cassazione civ. 9 settembre 2020, n. 18687, in *Foro Plus*; Cassazione civ. 23 gennaio 2019 n. 1836, *ivi*; Cassazione civ., 19 giugno 2018 n. 16142, *ivi*; Cassazione civ., 26 giugno 2007, n. 14748 su *Dejure*. Questo orientamento rafforza ancor di più il valore della cooperazione ai fini della conciliazione della lite ma non merita di essere condiviso. L'esigenza di un componimento della lite bonario non può giustificare la compressione assoluta di criteri epistemici volti a una valutazione della prova il più possibile giusta. Sull'efficacia delle risposte all'interrogatorio libero siii v. REALI, *L'interrogatorio delle parti*, cit., pp. 311 e ss.

⁸³⁰ BALENA, *Le riforme più recenti del processo civile*, cit., p. 141.

tralascia tuttavia di esaminare che il ragionamento presuntivo che si connette alla mancata comparizione non è legato solamente alla mancata comparizione in quanto tale. La mancata comparizione, come argomento di prova, è uno strumento logico-critico atto a valutare (negativamente) altre prove emerse nel processo e, quindi, come elemento concorrente in un ragionamento presuntivo che si compone di altri elementi⁸³¹. La mancata comparizione per altro non dice qualcosa della verità di un enunciato fattuale ma – esattamente come il contegno delle parti richiamato all’art. 116, secondo comma c.p.c. – dice qualcosa della parte stessa direttamente; qualcosa che deve poi legarsi ad altri fatti nel processo e serve a leggere questi fatti della cui verità il giudice non è del tutto convinto⁸³². Allo stesso modo, nel caso di mancata conoscenza senza giustificato motivo dei fatti della causa da parte del procuratore, il collegamento con i fatti di causa è assente, non avendo quest’ultimo una conoscenza (o una conoscenza adeguata) degli stessi. La possibilità di trarre un argomento di prova non comporta la possibilità di considerare vero o accaduto un determinato fatto, quanto di utilizzare l’omessa conoscenza dei fatti per trarre alcune informazioni sulla parte stessa e utilizzare le stesse per valutare altri fatti emersi nel processo.

Il tenore della norma induce a supportare la tesi circa un ruolo pregnante del giudice della conciliazione. Egli non assiste passivamente alla formazione dell’accordo, comportandosi poi come mero organo atto a omologare la conciliazione raggiunta. Egli deve invece esercitare un potere ben definito, atto financo a sanzionare la parte che, senza giustificato motivo, si rifiuta di partecipare in udienza o si fa rappresentare da un procuratore che non ha debita conoscenza dei fatti, traendo argomenti di prova dalla mancata comparizione senza giustificato motivo di una parte o dalla mancata conoscenza, senza giustificato motivo, dei fatti dal procuratore. Il giudice, poi, dovrà indicare nella motivazione in modo razionale gli aspetti di questo comportamento delle parti in sede conciliativa, spiegando il motivo per cui lo hanno portato a definire un determinato convincimento su determinati fatti⁸³³.

⁸³¹ TARZIA, *Lineamenti*, cit., p. 141. Così anche SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, I, Milano, 2021, pp. 282 e 283, il quale ha osservato che «un argomento di prova non vale di per sé quale prova, ma funge da elemento di interpretazione e di integrazione di distinti risultati istruttori, cioè, di prove in senso proprio».

⁸³² POLI, *op. cit.*, p. 464.

⁸³³ *Ibidem*, p. 488.

2.2. (segue): il regime delle spese processuali

Il secondo gruppo afferisce invece ad alcune conseguenze che un atteggiamento immotivatamente ostile di una parte verso una soluzione conciliativa può avere sul piano economico e, in particolare sul regime delle spese processuali. Il giudice, infatti, che accoglie la domanda in misura non superiore all'eventuale proposta conciliativa, deve condannare la parte che ha rifiutato senza giustificato motivo la proposta al pagamento delle spese del processo maturate dopo la formulazione della proposta (art. 91 c.p.c.)⁸³⁴; sussistendone le condizioni, egli potrebbe inoltre condannare la stessa parte ai c.d. *punitive damages* (art. 96, terzo comma c.p.c.). La regola di cui all'art. 91, primo comma c.p.c. configura quindi un'ipotesi speciale (in quanto derogatoria al generale principio di soccombenza) di condanna alle spese per la parte vittoriosa qualora (i) la domanda sia accolta in misura non superiore alla proposta conciliativa (ii) il rifiuto non è sorretto da un giustificato motivo. Qualora sia, invece, la parte poi risultata soccombente ad aver rifiutato la proposta di composizione della lite, ella sarà obbligata al rimborso delle spese in ossequio al generale criterio della soccombenza. È chiaro che l'ipotesi più problematica è stata rinvenuta nei casi in cui sia il giudice, ai sensi dell'art. 185 *bis* c.p.c., a formulare la proposta; ciò in quanto la possibilità di una condanna alle spese potrebbe rappresentare un modo per coartare la parte ad accettare detta proposta⁸³⁵. Si consideri inoltre che la giurisprudenza ammette altresì la possibilità di considerare l'ingiustificato rifiuto della proposta conciliativa anche ai fini della responsabilità processuale, con l'applicazione dell'art. 96, terzo comma c.p.c. Ciò in quanto la parte che ha rifiutato la proposta ha di fatto causato il prolungamento dei tempi del giudizio con l'inutile protrazione della controversia e lo svolgimento di attività istruttoria che si sarebbe potuta evitare⁸³⁶. Ci si è chiesti quale possa essere concretamente la casistica dei comportamenti che rimangono inclusi nelle ampie maglie della lite temeraria di cui al comma terzo dell'art. 96 c.p.c., a

⁸³⁴ Questa deroga al principio della soccombenza è stata inserita con la L. 18.6.2009, n. 69 con il dichiarato intento di favorire lo spirito conciliativo e di rafforzare le sanzioni processuali nell'ottica di una più incisiva valutazione del comportamento delle parti

⁸³⁵ TARANTINO, *op. cit.*, p. 145; Si v. anche BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*⁵, cit., p. 315 il quale sottolinea che l'applicabilità dell'art. 91, primo comma, c.p.c. nel caso in cui la proposta sia formulata dal giudice presuppone che detta proposta sia stata accettata dall'altra parte.

⁸³⁶ Tribunale Pistoia, Sentenza, 30 gennaio 2018, n. 54 su Dejure; così anche Tribunale Milano, 4 luglio 2013 reperibile sul sito www.ilcaso.it consultato in data 29 dicembre 2023; Tribunale Roma, 30 settembre 2013, in Guida dir., 2013, 41, p. 20 ss. con nota di MARINARO.

seguito di una proposta giudiziale⁸³⁷. Per quanto la casistica sia complessa da immaginare, la giurisprudenza ha trovato, ad esempio, esperibile tale condanna da parte del giudice nei casi in cui una parte rifiuti di aderire alla proposta conciliativa formulata dal giudice, nonostante l'esistenza di una evidente circostanza di fatto non contestata, che rende la pretesa manifestamente infondata⁸³⁸. Sussisterebbe, in siffatti casi, la colpevole ignoranza della manifesta infondatezza della propria tesi. Sono state elaborate, inoltre, alcune figure sintomatiche della lite temerarie; una parte di queste potrebbero rinvenirsi anche nel caso di rifiuto ingiustificato ad accettare la proposta conciliativa⁸³⁹.

La possibilità di assegnare una sanzione in materia di spese nel caso di rifiuto ingiustificato della proposta conciliativa è stata fortemente criticata. Essa denoterebbe un eccessivo *favor conciliationis* in quanto «sebbene sia apprezzabile l'imposizione di un onere di ponderata valutazione delle proposte per una soluzione «bonaria» della lite, provenienti dal giudice o dalla parte, non si comprende per quale ragione colui il quale abbia insistito, del tutto legittimamente, nella propria richiesta (se si chiede il pagamento di euro 100 è perché voglio ottenere euro 100, non meno), debba essere condannato, magari soltanto per questo motivo, al pagamento delle spese processuali. Paradossalmente il «giustificato motivo» per rifiutare la proposta potrebbe proprio consistere in questa legittima aspettativa»⁸⁴⁰. Per questa ragione il *discrimen* che attutisca questo eccesso sanzionatorio potrebbe dipendere dal momento in cui la proposta è formulata, se prima o dopo l'espletamento della fase istruttoria, quando cioè è possibile valutare adeguatamente le ragioni del rifiuto⁸⁴¹. Il meccanismo, inoltre, di quantificazione delle spese ai sensi dell'art. 91, primo comma c.p.c. è stato considerato altresì molto farraginoso, dovendo il giudice svolgere una complessa attività di individuazione delle

⁸³⁷ BONETTI, *op. cit.*, p. 1063

⁸³⁸ Tribunale Milano, 4 luglio 2013, cit.; in questi termini anche TEDOLDI, *Iudex statutor et iudex mediator*, cit., p. 986

⁸³⁹ Si veda il protocollo elaborato dall'osservatorio «Valore-Prassi» del Tribunale di Verona, consultabile sul sito www.valoreprassi.it. Tra queste figure sintomatiche, sono prospettabili in sede conciliativa l'esposizione di assunti che trovano smentita nella documentazione o nelle consulenze di parte dimesse dalla stessa parte che li sostiene; le difese macroscopicamente infondate sotto il profilo giuridico, con riguardo ai presupposti di ammissibilità o di proponibilità delle domande; le prospettazioni equivocate o contraddittorie o generiche, su circostanze rilevanti della controversia, non chiarite nei termini di cui all'art. 183, comma 6o, c.p.c., nonostante il rilievo della controparte o del giudice; la mancanza o l'insufficienza grave delle richieste istruttorie su circostanze rilevanti, a fronte di un onere probatorio e così via (in questi termini, BONETTI, *op. cit.*, p. 1064)

⁸⁴⁰ DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*², cit., p. 328.

⁸⁴¹ *Ibidem*, p. 329.

spese da liquidare fino alla proposta conciliativa e dopo la stessa, per disporre poi a carico della parte vittoriosa solo quelle maturate dopo detta proposta⁸⁴².

Mi pare comunque che il regime delle spese, il quale deve essere attuato con cautela dal giudice per i motivi sopra detti, conferma, di nuovo, come il ruolo dell'organo giudicante nella conciliazione sia munito di una serie di poteri e di scelte, anche di tipo discrezionale e valutativo i cui effetti si esplicano ben oltre la conciliazione come risultato e, al contrario, appartengono al procedimento conciliativo in quanto tale. Questa considerazione supporta quindi la possibilità di considerare una forma di giurisdizione che si accompagna a quella contenziosa, come attività dello stato diretta alla composizione bonaria del conflitto.

2.3. L'efficacia delle risposte date in sede di interrogatorio libero

Vi è poi un altro riflesso della conciliazione come procedimento sul processo, il quale si concretizza sul piano strettamente probatorio ma senza alcuno scopo sanzionatorio. Si tratta della possibilità, per il giudice, di trarre argomenti di prova *ex art. 116*, secondo comma c.p.c. dall'interrogatorio libero delle parti in prima udienza che egli è, dopo la riforma del 2022, obbligato a compiere a fini conciliativi (art. 183, terzo comma c.p.c.) oppure può compiere quando la richiesta di conciliazione proviene dalle parti congiuntamente (art. 185, primo comma c.p.c.), qualora la conciliazione non dovesse raggiungersi. Si deve tener conto che dopo la riforma, questo interpellato libero avviene in un momento molto particolare, ossia dopo che le parti hanno fissato la materia del contendere⁸⁴³. Ciò significa che il giudice dispone di un quadro molto completo dei fatti di causa e delle prove presentate (o richieste) dalle parti e, per questa ragione, l'interrogatorio potrebbe assumere un ruolo molto pregnante. L'interrogatorio, infatti, non potrà più servire al giudice, come nel sistema originario della riforma del 1990, per favorire l'emersione di nuovi fatti (principali o secondari), di fonti materiali di prova, ovvero per palesare fattispecie di non contestazione, posto che queste attività risulteranno già precluse⁸⁴⁴. Come detto, la nuova utilità dell'interrogatorio libero va quindi

⁸⁴² *Ibidem*, p. 329

⁸⁴³ REALI, *La fase introduttiva e della trattazione*, in (a cura di) DALFINO, *La riforma*, cit., p. 119.

⁸⁴⁴ BOCCAGNA, *Le norme sul giudizio di primo grado*, cit., p. 262, spec nt. 26.

identificata nella volontà di consentire al giudice di acquisire ogni elemento utile al fine di conseguire la definizione della lite in via transattiva o conciliativa⁸⁴⁵. Questi elementi, tuttavia, non saranno “sprecati” qualora detto tentativo non dovesse andare a buon fine. Potranno, al contrario, essere utilizzati, con il valore di cui si è detto poc’anzi, come un elemento di prova sussidiaria e, quindi, come argomenti di prova. L’interrogatorio libero assume quindi un ruolo ancillare rispetto alla conciliazione-procedimento, fondando dunque non solo la caratterizzazione dei tratti tipici della conciliazione che, come altri istituti processuali, deve rispettare le garanzie processuali ma anche il *modus operandi* della giurisdizione conciliativa. Quest’ultima si sostanzia allora in un’attività di collaborazione con le parti, in via orale, nel rispetto contraddittorio e, anche nell’ottica di economia processuale, consente comunque di utilizzare quanto emerso nel corso del suo esercizio per il successivo esito (decisorio) della lite e, quindi per l’esercizio della giurisdizione contenziosa.

⁸⁴⁵ Così IANNICELLI – ANGELONE, *op. cit.*, p. 166.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *La giustizia civile alla prova della mediazione (a proposito del d.leg. 4 marzo 2010 n. 28)*, in *Foro it.*, 2010, V, p. 89.

AA.VV., *La mediazione civile un anno dopo: questioni vecchie e nuove*, in *Foro it.*, 2011, V, p. 189.

ACONE M., *Il giudice di pace (dal dibattito culturale alla legge istitutiva)*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, p. 1118.

ALLEGRI E., DEFILIPPI P.G., *Mediazione familiare: temi e ricerche*, Roma, 2004.

ALLORIO E., *Allarme per la giustizia civile*, in *Giur. it.*, 1946, IV, c. 56.

ALLORIO E., *La cosa giudicata rispetto a terzi*, Milano, 1935.

ALLORIO E., *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, p. 281.

AMIRANTE L., *Una storia giuridica di Roma. Primo quaderno di lezioni*, Napoli, 1982.

ANDRIOLI V., *185. Tentativo di conciliazione*, in *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, 1956, p. 85.

ANDRIOLI V., *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, p. 1018.

ANDRIOLI V., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1959, p. 52.

ANDRIOLI V., MICHELI G.A., *Riforma del codice di procedura civile (1944)*, in *Ann. dir. comp.*, 1946, p. 209.

ANSANELLI V., *Filosofie di riforma della fase preparatoria nel processo civile*, Genova, 2021.

ARCHI G.G., *Ait praetor: «pacta conventa servabo»*, in *Scritti di Diritto Privato Romano*, I, Milano, 1981, p. 443.

ARIETA G., DE SANTIS F., *Commentario dei processi societari*, I, Torino, 2003.

ARNESE A., *La ragionevole durata del processo: religio iurisiurandi e utilità comune*, in *Studia et documenta historiae et iuris*, LXXXII, 2016, p. 9.

ATTARDI A., *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, p. 505.

ATTARDI A., *Riconoscimento del diritto, cessazione della materia del contendere e legittimazione ad impugnare*, in *Giur. it.*, 1987, c. 481.

AULETTA F., *L'interrogatorio delle parti e il tentativo di conciliazione nel nuovo modello di trattazione*, in *Doc. Giustizia*, 1996, c. 617.

AULETTA F., *La prova scientifica: diritto, epistemologia, strumenti di acquisizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 461.

BÄHR O., *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, Cassel-Göttingen, 1867.

BALENA G., in BALENA – BOVE, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006.

BALENA G., in BALENA-COSTANTINO, *La riforma (della riforma) del processo civile. Note a prima lettura sulla l. 28 dicembre 2005 n. 263*, in *Foro it.*, 2006, V, p. 75.

BALENA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*⁵, Bari, I, 2019.

BALENA G., *Mediazione obbligatoria e processo*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 333.

BALENA G., *Prime impressioni sulla riforma dei procedimenti in materia societaria. La fase introduttiva del processo di cognizione*, in *Giur. it.*, 2003, p. 2203.

BALLARANI G., *La mediazione familiare alla luce dei valori della costituzione italiana e delle norme del diritto europeo*, Milano, 2012.

BARBERA A., *Art. 2*, in (a cura di) BRANCA, *Commentario della Costituzione, Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975, p. 122.

BARLETTA A., *Questioni sul nuovo titolo esecutivo*, in *judicium.it*.

BARTOLI R., *Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell'ambito della giustizia punitiva*, in *Sist. Pen.*, 29 novembre 2022.

BATTISTA M., *I procedimenti avanti ai conciliatori*, Milano, 1913.

BAUDRY LACANTINERIE G., WAHL A., *Dei contratti aleatori, del mandato, della fideiussione e della transazione*, in *Trattato teorico-pratico di diritto civile*, Milano, 1911.

BENTHAM J., *Principles of Judicial Procedure*, in BOWRING, THE WORKS OF JEREMY BENTHAM, vol. II, Edinburgh, 1843.

BERTOLINI C., *Della transazione nel Diritto Romano*, Torino, 1900.

BESSO C., *Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, in (diretto da) CHIARLONI, *Le recenti riforme del processo civile*, II, Bologna, 2007, p. 1329.

BESSO C., *Giudizio di rendiconto, cessazione della materia del contendere e spese di causa*, in *Corr. giur.*, 1998, p. 825.

BETTI E., *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936.

BETTI E., *Per una classificazione degli atti processuali di parte*, *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, VI, p. 106.

BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*², Torino. 1952.

BIANCA C.M., *Il contratto*³, Milano, 2019-

BIANCHI D'ESPINOSA L., *Il difensore come soggetto autonomo di rapporti processuali*, *Riv. trim di diritto e proc. civile*, 1957, p. 277.

BIAVATI P., *Argomenti di diritto processuale civile*, Bologna, 2023.

BIAVATI P., *L'architettura della riforma del processo civile*, Bologna, 2021.

BIAVATI P., *La riforma del processo civile: motivazioni e limiti*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, p. 45.

BOCCAGNA S., CONSOLO C., *Quale delega per la ulteriore riforma (specie, ma non solo, del tanto smagliato) Libro II del codice di rito?*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 1305.

BOCCAGNA S., *Le norme sul giudizio di primo grado nella delega per la riforma del processo civile: note a prima lettura*, in *DPCIEC*, 2022, p. 253.

BOCENNE M., *Theorie de la procédure civile*, I, 1845, Paris-Poitière, 1845.

BONETTI D., *Nuovi orizzonti applicativi dell'art. 96, comma 3°, c.p.c. dopo l'introduzione della conciliazione giudiziale ex art. 185-bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 1060.

BORSARI L., *Il codice italiano di procedura civile*³, I, Torino, 1872.

- BOVE M., *DDL delega del processo civile: è vera riforma?*, in *judicium.it*.
- BOVE M., *La conciliazione nel sistema dei mezzi di risoluzione delle controversie civili*, in *judicium.it*.
- BOVE M., *La mediazione delegata*, in *Riv. arb.*, 2018, p. 468.
- BOVE, *La riforma in materia di conciliazione tra legge delega e decreto legislativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 343.
- BREGGIA L., *Il tentativo di conciliazione e l'imparzialità del giudice*, in *Giur. merito*, 2008, p. 571.
- BRIGUGLIO F., *Conciliazione giudiziale*, in *D. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1987.
- BRUNELLI B., *Il processo civile telematico che verrà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, p. 957.
- BRUNET E.J., *Judicial Mediation and Signaling*, in *Nev. L.J.*, Vol. 3, 2003, p. 232.
- BRUNS C.G., *Fontes iuris romani antiqui*, Tübingen, 1871.
- BUCCI O., *Il principio di equità nella storia del diritto*, Napoli, 2000.
- BUGETTI M.N., *La risoluzione extragiudiziale del conflitto coniugale*, Milano, 2015.
- BÜLOW O., *Das Gestandnisrecht. Ein Beitrag zur allgemeinen Theorie der Rechtshandlungen*, Freiburg im Breisgau, 1899.
- BUONCRISTIANI D., *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino, 2001.
- BURBANK S.B., FARHANG S., *Litigation Reform: An Institutional Approach*, in *U. Pa. L. Rev.*, Vol. 162, 2014, p. 1543.
- BURNS R.P., *THE DEATH OF THE AMERICAN TRIAL*, Chicago, 2011.
- BUTERA A., *Delle Transazioni*, Torino, 1933.
- CAGNAZZO A., *La mediazione familiare*, Torino, 2012.
- CALAMANDREI P., *L'opera di Francesco Klein e il processo civile austriaco*, in *Riv. dir. proc.*, 1925.

- CALAMANDREI P., *Il concetto di "Lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti*, *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, V, p. 3.
- CALAMANDREI P., *Il processo come giuoco*, *Riv. dir. proc. civ.*, 1950, I, p. 540.
- CALAMANDREI P., *La sentenza soggettivamente complessa*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, I, p. 251.
- CALAMANDREI P., *Questioni fondamentali e riforma del processo civile (1914)*, in *Opere giuridiche*, X, Roma, 2019, p. 63.
- CALAMANDREI P., *Sul progetto preliminare Solmi*, 1937, in (a cura di) CAPPELLETTI, *Opere giuridiche*, I, p. 354.
- CALASSO F., *Equità (Premessa storica)*, in *Enc. dir.*, vol. XV, Milano, 1966, p. 65.
- CAMPBELL-HOLT C., *Lord Woolf, The Pursuit of Justice*, Oxford, 2008.
- CANNATA C. A., *Profilo istituzionale del processo privato romano. Le 'legis actiones'*, Torino, vol. I, 1982.
- CAPOGRASSI G., *Intorno al Processo*, in *Riv. int. fil dir.*, 1938, p. 271.
- CAPONI R., *Delega in materia di conciliazione delle controversie*, in *Foro it.*, 2009, V, p. 354.
- CAPONI R., *Giudice di pace e conciliazione in sede non contenziosa (art. 322 cod. proc. civ.)*, in *Foro it.*, 2005, V, p. 193.
- CAPONI R., *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, in *Civil Procedure Review*, 2010, I, p. 45.
- CAPPELLETTI M., *Access to justice and the Welfare State*, Alphen aan den Rijn-Bruxelles-Stuttgart-Firenze, 1981.
- CAPPELLETTI M., *Appunti per una fenomenologia della giustizia del XX secolo*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, pp. 1381 e ss.
- CAPPELLETTI M., *Appunti su conciliatore e conciliazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, p. 56.
- CAPPELLETTI M., *Giudici laici. Alcune ragioni attuali per una loro maggiore utilizzazione in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, p. 689.

- CAPPELLETTI M., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, Milano, 1962.
- CAPPELLETTI M., *The Florence access-to-justice project*, IV, Milano-Alphen aan den Rijn, 1978-1979.
- CAPPONI B., *sub. 117 c.p.c.*, in VACCARELLA-VERDE, *Codice di procedura civile commentato*, Torino, 1997, p. 822.
- CAPPONI B., *L'art. 183 dopo le «correzioni» della l. 28 dicembre 2005 n. 263*, in *Giur. it.*, 2006, p. 880.
- CARNELUTTI F., *Carattere del nuovo processo civile italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1941, I, p. 41.
- CARNELUTTI F., *Documento e negozio giuridico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, I, p.181.
- CARNELUTTI F., *La prova civile*, Roma, 1915.
- CARNELUTTI F., *Lezioni di diritto processuale*, IV, Padova, 1931.
- CARNELUTTI F., *Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, I, p. 32.
- CARNELUTTI F., *Note sull'accertamento negoziale*, *Riv. dir. proc.*, 1940, XVII, p. 4.
- CARNELUTTI F., *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, 1936.
- CARPI F., *Un cantiere sempre aperto: la riforma del processo civile di cognizione nel decreto sulla competitività*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 808.
- CARRATO A., *Le attività conciliative nel contenzioso civile*, Milano, 1993.
- CARRATTA A., CAVALLINI C., *Judicial settlement e modelli di tutela a confronto*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 2, p. 448.
- CARRATTA A., in MANDRIOLI-CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009, p. 217.
- CARRATTA A., *La «nuova» fase preparatoria del processo di cognizione: corsi e ricorsi di una storia «infinita»*, in *Giur. it.*, 2005, p. 2334.

CARRATTA A., *La funzione sociale e processo civile fra XX e XXI secolo*, in (a cura di) MACARIO, MILETTI, *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, Roma, 2017, p. 125.

CARRATTA A., *La via italiana alla conciliazione: luci ed ombre nel decreto legislativo sulla «mediazione finalizzata alla conciliazione nelle controversie civili e commerciali»*, in (a cura di) AULETTA ET AL., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 141.

CARRATTA A., *Le riforme del processo civile, D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, in attuazione della L. 26 novembre 2021, n. 206*, 2023, Torino.

CARRATTA A., *Riforma Cartabia: il nuovo processo civile (II parte)*, in *Giur. it.*, 2023, p. 698.

CARRATTA A., *Rito unico per le controversie in materia di famiglia*, in *Enc dir., I tematici, Famiglia*, Milano, 2022, p. 1219.

CARRATTA A., *Società (riforma delle: profili processuali)*, in *Enc. giur. Treccani, Aggiornamento, XXIX*, Roma, 2004.

CARRATTA A., TARUFFO M., *Dei poteri del giudice. Art. 112- 120*, in (a cura di) CHIARLONI, *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2011, p. 297.

CARRATTA A., *Un nuovo processo di cognizione per la giustizia familiare e minorile*, in *Fam e dir.*, 2022, p. 349.

CARRATTA- A., D'ASCOLA N., *Nuove riforme per il processo civile: il d.l. 132/2014*, in *treccani.it*.

CARRESI F., *La transazione*, Torino, 1966.

CARRINGTON P.D., "Substance" and "Procedure" in the Rules Enabling Act, in *Duke L.J.*, Vol. 2, 1989, p. 281.

CAVALLINI C., CIRILLO S., *Reducing Disparities in Civil Procedure Systems: Towards A Global Semi-Adversarial Model*, in *FLA. J. INT'L L.* (in corso di pubblicazione, 2024).

CAVALLINI C., CIRILLO S., *In Praise of Reconciliation: the In-Court Settlement as a Global Outreach for Appropriate Dispute Resolution*, in *J.D.R.* Vol. 2, 2023, p. 53.

CAVALLINI C., *Il nuovo art. 183 c.p.c e la riforma della trattazione della causa*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2006, p. 241.

CAVALLINI C., *Determination of the U.S. pleading from the civil law perspective*, in *Wash. U. Global Stud. L. Rev.*, Vol. 28, 2022, p. 155.

CAVALLINI C., *La durata ragionevole del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, p. 825.

CAVALLINI C., *Le nuove norme del procedimento di cognizione di primo grado*, in *Riv. dir. proc.* 2005, p. 731.

CAVALLINI C., *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Bologna, 2022.

CAVALLINI C., *Questioni rilevabili d'ufficio e processo societario*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2005, p. 647.

CAVALLINI C., *Verso il nuovo modello del procedimento ordinario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.* 2022, p. 161.

CAVALLINI, *Il procedimento sommario di cognizione nelle controversie societarie*, *Giust. Civ.*, 2003, p. 445.

CAVALLONE B., «*Preferisco il cattivo processo attuale*» (*Chiovenda, Mortara e il «progetto Orlando»*), in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 1048.

CAVALLONE B., *Un "frivolo amor proprio" precognizione e imparzialità del giudice civile*, in (a cura di) SALETTI, *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Milano, 2005.

CECHELLA C., *La riforma del processo in materia di persone, minorenni e famiglie dopo il d.lgs n. 149/2022*, in *Questione Giustizia*, 2023, p. 169.

CECCHI C., *Analisi statistica dei procedimenti civili di cognizione in Italia*, Bari, 1975.

CHASE O.G., *American "Exceptionalism" and Comparative Procedure*, in *Am J. Comp. L.*, Vol. 50, 2002, p. 277.

CHIARAVALLOTI S.-SPADARO G., *L'interesse del minore nella mediazione familiare*, in (a cura di) CENDON, *Il diritto privato oggi*, Milano, 2012.

CHIARLONI S. (a cura di), *Il nuovo processo societario*, Bologna, 2004.

CHIARLONI S., *Le riforme del processo civile*, Bologna, 1992.

CHIARLONI S., *Nuovi modelli processuali*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1993, p. 270.

CHIARLONI S., *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60 legge n. 69/2009*, in AULETTA ET AL. (a cura di), *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 195.

CHIARLONI S., *Sempre aperto il cantiere delle riforme del processo civile*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1257;

CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1993.

CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923.

CHIOVENDA G., *Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopo guerra (1920)*, in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, II, 1993, p. 86.

CIPRIANI F., *Come si istruisce senza conoscere e come si giudica senza istruire (l'istruttore, il collegio e le sezioni distaccate di tribunale)*, in *Foro it.*, 1999, I, p. 3376.

CIPRIANI F., *Il codice di procedura civile fra gerarchi e processualisti*, Napoli, 1992.

CIPRIANI F., *Il processo civile in Italia dal codice napoleonico al 1942*, in (a cura di) CIPRIANI, *Ideologie e modelli del processo civile*, Napoli, 1997.

CIPRIANI F., *Introduzione alle leggi di procedura nei giudizi civili del Regno delle due Sicilie*, in (a cura di) PICARDI, GIULIANI, *Testi e documenti per la storia del processo, I codici napoleonici, Codice di procedura civile del 1806*, Milano, 2000.

CIPRIANI F., *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel regno d'Italia*, Milano, 1991.

CIVININI M.L., *L'interrogatorio libero delle parti e dei loro difensori*, in *Quaderni del CSM*, Roma, 1997, II, p. 117.

CLARK C.E., *Handbook of the Law of Code Pleading*, St. Paul, 1928.

CLARK C.E., *The Federal Rules of Civil Procedure: 1938-1958: Two Decades of the Federal Civil Rules*, in *Colum. L. Rev.*, Vol. 58, 1958, p. 914.

CONIGLIO A., *La competenza dei giudici conciliatori nel nuovo processo civile*, in *Temi em.*, II, 1941, p. 93.

CONSO G., *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955.

CONSOLO C., *Competizione sì, ma più che altro fra riti e fra legislazioni processuali (sulla legge n. 80/2005)*, in *Corriere giur.*, 2005, p. 895.

CONSOLO C., *Il cumulo condizionale di domande*, Padova, 1985.

CONSOLO C., *La trattazione nella fase introduttiva del processo: un primo bilancio nel (semi-) decennale*, in *Giur. it.*, 2001, p. 1072.

CONSOLO C., *Le prefigurabili inattività di alcuni nuovi riti commerciali*, in *Corriere giur.*, 2003, p. 1505.

CONSOLO C., *Pro futuro. Considerazioni sui problemi della riforma del processo civile (titolava Franz Klein, 1891). Un mero flash qui ed ora ad instar sulla tormentata fase introduttiva*, in *Pol. dir.*, 2021, p. 547.

CONSOLO C., *Ricusaione del giudice per precedente cognizione della causa*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, p. 213.

CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2017.

CONSOLO C., *Un d.l. processuale in bianco e nerofumo sullo equivoco della “degiurisdizionalizzazione”*, in *Corr. Giur.*, 2014, p. 1173.

COSTA A., *Contributo alla teoria dei negozi giuridici processuali*, Bologna, 1921.

COSTANTINO G., *Il nuovo processo commerciale: la cognizione ordinaria in primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 641.

COSTANTINO G., *Modifica della fase introduttiva del processo ordinario di cognizione*, in *Foro it.*, 2005, V, c. 102.

COSTANTINO G., *Sulle proposte di riforma del processo civile. Contro la pubblicità ingannevole*, in *questionegiustizia.it*.

CRAVER C. B., *Effective Legal Negotiation and Settlement*⁹, Durham, 2020.

CUOMO ULLOA F., *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008.

CUOMO ULLOA F., *La nuova mediazione*, Bologna, 2013.

D’AGOSTINO F., *Epieikeia. Il tema dell’equità nell’antichità greca*, Milano, 1973.

D'ONOFRIO F., *Articolo 185. Tentativo di conciliazione*, in *Commento al codice di procedura civile*, I, Torino, 1957, p. 351.

DALFINO D., *Accesso alla giustizia, principio di effettività e «adeguatezza» della tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, p. 907.

DALFINO D., *La negoziazione assistita da uno o più avvocati*, in (cura di) DALFINO., *Misure urgenti per la funzionalità e l'efficienza della giustizia civile*, Torino, 2015, p. 27.

DALFINO D., *Mediazione civile e commerciale*², in (a cura di) CHIARLONI, *Commentario al codice di procedura civile*, Bologna, 2022.

DALFINO D., *Mediazione, processo, ruolo dei giudici: una questione di bilanciamento*, (a cura di) CANFORA, GENOVESE, *Risoluzione alternativa delle controversie tra accesso alla giustizia e regolazione del mercato*, Napoli, 2020.

DALLA BONTÀ S., *Fra mediazione e decisione. La riforma apre ad un nuovo paradigma di giudice?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, p. 32.

DALLA BONTÀ S., *Giustizia Consensuale*, in *Giustizia Consensuale* 2021, 1, p. 3.

DALMOTTO E., *Riforma Cartabia: il nuovo processo civile (II parte) – La negoziazione assistita nell'ultima riforma della giustizia civile*, in *Giur. it.*, 2023, p. 739.

DANOVI F., *Le ragioni per una riforma della giustizia familiare e minorile*, in *Fam. dir.*, 2022, p. 323.

DE MARINI C. M., *Il giudizio di equità nel processo civile. Premesse teoriche*, Padova, 1957.

DE MARINI C.M., *La successione nel diritto controverso*, Roma, 1953

DE PAOLO G., D'URSO L., GOLAN D., *Manuale del conciliatore professionista*, Milano, 2004.

DE SANTIS F., *Declinazioni e chiaroscuri della riforma Cartabia*, in (a cura di) DIDONE-DE SANTIS, *Il processo civile dopo la riforma Cartabia*, Milano, 2023, p. 38.

DE STEFANO G., *Contributo alla dottrina del componimento processuale*, Milano, 1959, p. 78.

DE STEFANO G., *La cessazione della materia del contendere*, Milano, 1972.

DEASON E.E., *Beyond “Managerial” Judges: Appropriate Roles in Settlement*, in *Ohio St. L.J.*, Vol. 78, 2017, p. 73.

DEASON E.E., *The Quest for Uniformity in Mediation Confidentiality: Foolish Consistency or Crucial Predictability?*, in *Marq. L. Rev.*, Vol. 85, 2001, p. 79.

DELLA PIETRA L., *L’interrogatorio della parte: interrogatorio libero e interrogatorio formale*, in *Giurisprudenza di merito*, 2002, p. 1107.

DELLE MONACHE S., *Profili civilistici della “negoziante assistita”*, in *Giust. civ.*, 2015, p. 105.

DENTI V., *Dall’azione al giudicato*, Padova, 1983.

DENTI V., *I procedimenti non giudiziali di conciliazione come istituzioni alternative*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 412.

DENTI V., *Negoziante processuale*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978, p. 138;

DENTI V., SIMONESCHI G., *Il nuovo processo del lavoro*, Milano, 1974.

DI ROCCO M., SANTI A., *La conciliazione. Profili teorici ed analisi degli aspetti normativi e procedurali del metodo conciliativo*, Milano, 2003.

DIANA A., *La giurisdizione volontaria*, I, Città di castello, 1904.

DITTRICH L.B., *La precognizione del giudice e le incompatibilità nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 1145.

DOMAT J., *Les loix civiles dans leur ordre nature*, l. I, t, XIII, Parigi, 1723.

DONDI A., *Obiettivi e risultati della recente riforma del processo civile. La disciplina della cognizione a una prima lettura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, p. 927.

DONZELLI R., *La riforma del processo per le persone, per i minorenni e per le famiglie*, in *giustiziavivile.com.*, Editoriale del 10 giugno 2022.

DOSSETTI G., *La Costituzione. Le radici i valori le riforme*, Roma, 1966.

EASTERBROOK F. H., *“Discovery as Abuse,”* in *B.U. L. Rev.* 635, Vol. 69, 1989, p. 635.

ELLIOTT E.D., *Managerial Judging, and the Evolution of Procedure*, in *U. CHI. L. REV.*, Vol. 53, 1986, p. 306.

- ENGSTROM N. F., *The Diminished Trial*, in *FORDHAM L. REV.*, Vol. 86, 2018, p. 2131.
- FABBRINI G., *Diritto processuale del lavoro*, Milano, 1975.
- FABIANI E., *Iscrizione di ipoteca giudiziale e conciliazione della controversia*, in *Foro it.*, 2015, V, c. 39.
- FABIANI M., *Rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione: una soluzione che non alimenta davvero il dibattito scientifico*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 197.
- FALZEA A., *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, p. 217.
- FARINA P., *Le modifiche più recenti del c.p.c. e la reintroduzione della mediazione "forzata"*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, p. 261.
- FAZZALARI E., *Appunti sul rito del lavoro*, in *Giur. it.* 1974, c. 4.
- FAZZALARI E., *La giurisdizione volontaria*, Padova, 1953.
- FAZZALARI E., *Ombre e luci del «pacchetto Rognoni»*, in *Riv. dir. proc.*, 1987, p. 636 ss.
- FISHER R., URY W., PATTON B., *Getting to Yes*, New York, 1991 (traduzione it. *L'arte del negoziato*, Milano, 2005).
- FLOYD D. H., *Can the Judge Do That - The Need for a Clearer Judicial Role in Settlement*, in *ARIZ. ST. L.J.*, Vol. 26, 1994, p. 45.
- FN'PIERE P., WORK L., *On the Growth and Development of Dispute Resolution*, in *Ky. L. J.*, vol. 81, 1992-1993, p. 959.
- FOURNIER G.M., ZUEHLKE T.H., *Litigation and Settlement, an Empirical Approach*, in *Review of Economics and Statistics*, Vol. 71, 1989, p. 189.
- FRANK J.P., *Pretrial Conferences and Discovery - Disclosure or Surprise*, in *Ins. L.J.*, 1965, p. 661.
- FRANKEL M.E., *Partisan Justice*, New York, 1980.
- FRANKEL M.E., *The Search for Truth: An Umpireal Views*, in *U. Pa. L. Rev.*, Vol.123, 1975, p. 1031.
- FREY M.A., *Does ADR Offer Second Class Justice?*, in *Tulsa L.J.*, Vol. 36, 2001, p. 727.
- FURNO C., *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Firenze, 1948.

GALANTER M., *A Settlement Judge, not a Trial Judge: Judicial Mediation in the United States*, J.L. & SOC'Y, VOL. 12, 1985 p. 1.

GALANTER M., *Justice in Many Rooms*, in CAPPELLETTI, *Access to justice and the Welfare State*, Alphen aan den Rijn-Bruxelles-Stuttgart-Firenze, 1981, p. 147.

GALANTER M., *The Hundred-Year Decline of Trials and the Thirty Years War*, in *Stan L. Rev.*, Vol. 54, 2005, p. 1255.

GALANTER M., *The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts*, in *J. Empirical Leg. Stud.*, Vol. 1, 2004, p. 459.

GAMBA C., *La mediazione nel progetto di riforma della commissione Luiso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, p. 957.

GARBAGNATI E., *Cessazione della materia del contendere e giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 601.

GARGIULO F. S., *Il sindaco e il conciliatore nel diritto italiano*, Napoli, 1890.

GATTUSO M., *La riforma governativa del primo grado: il rischio di un suo fallimento e alcune proposte alternative*, in *Questione Giustizia*, 2021, p. 6.

GHIRGA M. F., *L'ufficio del processo: una sfida*, in *Riv. dir. proc.* 2022, p. 177.

GHIRGA M. F., *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della direttiva 2008/52/Ce)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 357.

GIANZANA S. ET AL. (a cura di), *Codice di procedura civile del Regno d'Italia*, II, Torino, 1889.

GIOFFREDI C., *Rem ubi pacunt, XII Tab. I,6-9*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano "Vittorio Scialoja"*, 1973, p. 271.

GIORGIANNI M., *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939.

GIOVANNUCCI ORLANDI C., *Conciliazione non contenziosa*, in (a cura di) BUONFRATE, GIOVANNUCCI ORLANDI, *Codice degli arbitrati delle conciliazioni e di altre adr*, II, Torino, 2006.

GITTI G., *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999.

- GOLDBERG S.B., SANDER F. E., ROGERS N.H., COLE R., *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, Arbitration, and Other Processes*⁷, Houston, 2022.
- GOLDSCHMIDT J., MILORD L. L., *Judicial Settlement ethics: Judge's Guide*, Am. Judicature Soc., 1996.
- GOLDSTEIN, *Giudici Manager e Giudici Conciliatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 983.
- GRASSO E., *La collaborazione nel processo civile*, *Riv. dir. proc.*, 1966, p. 580.
- GRASSO E., *La pronuncia d'ufficio*, Milano, 1967.
- GRAZIOSI A., *Sul nuovo rito societario a cognizione piena*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, I bis, p.1.
- GUARINO A., *Diritto privato romano, Lezioni istituzionali di diritto romano*, Napoli, 1963.
- GUARNIERI G., *Rinuncia all'azione e cessazione della materia del contendere in cassazione*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 894.
- HAZARD G. C.-TARUFFO M., *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bologna, 1993.
- HEDEEN T., *The Evolution and Evaluation of Community Mediation: Limited Research Suggests Unlimited Progress*, in *Conf. Resol. Q.*, Vol. 22, 2004, p. 101.
- HELLIWING K., in *Lehrbuch d. deutschen Zivilprozessrechts*, II, Leipzig, 1907.
- HENSLER D.R., *Our Courts, Ourselves: How the Alternative Dispute Resolution Movement Is Re-shaping Our Legal System*, in *Penn St. L. Rev.*, Vol. 108, 2003, p. 171.
- HOLDSWORTH W. S., *A history of English Law*, London, 1966.
- IANNICELLI L., ANGELONE M., *La fase introduttiva e di trattazione nella cognizione di rito ordinario in primo grado dinanzi al tribunale*, in (a cura di) DIDONE-DE SANTIS, *Il processo civile dopo la riforma Cartabia*, Milano, 2023, p. 166.
- IRTI C., *L'assegnazione della casa familiare nel processo di riforma del diritto di famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, p. 1203.
- JULIAN P., *Charles E. Clark and Simple Pleading: Against A "Formalism of Generality"*, in *Nw. U. L. Rev.*, Vol. 104, 2010, p. 1179.

KILLEFER C., *Wrestling with the Judge Who Wants You to Settle*, in *Litigation*, 2009, p. 17.

KLEIN F.- ENGEL V. F., *Der Zivilprozess Österreichs*, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1927, rist., Aalen, 1970.

KLEIN F., *Pro futuro. Betrachtungen über Probleme der Civilprozessreform*, Wien-Leipzig, 1891.

KLEIN F., *Zeit-und Geistesströmungen im Prozesse. Vortrag gehalten in der Gehe-Stiftung zu Dresden am 9. November 1901*, Dresden, 1901, ristampa Frankfurt, 1958.

KOVACH K., *The Mediation Coma: Purposeful or Problematic*, in *Cardozo J. Conflict Resol.*, Vol. 16, 2014, p. 755.

KOVACH K.K., *Mediation Principles and Practice*³, St. Paul, 2008.

KRIESBERG L., NORTHROP T., THORSON S., *Intractable conflicts and their transformation*, New York, 1989.

LA CHINA S., *Diritto processuale civile*, Milano, 2003.

LANCELLOTTI F., *Conciliazione delle parti*, voce in *Enc. dir.*, Milano, 1961, p. 413.

LANDSMAN S., READINGS ON ADVERSARIAL JUSTICE: THE AMERICAN APPROACH TO ADJUDICATION, St. Paul, 1988.

LANGBEIN J.H., *The Demise of Trial in American Civil Procedure: How it Happened, is it Convergence with European Civil Procedure*, in CORNELIS H. VAN RHEE AND ALAN UZELAC, TRUTH AND EFFICIENCY IN CIVIL LITIGATION, 2012, p. 119.

LANGBEIN J.H., *The Disappearance of Civil Trial in the United States*, in YALE L.J., Vol. 122, 2012, p. 522.

LEHMANN H., *Der Prozessvergleich*, Munchen, 1911.

LEO LEVIN A., GOLASH D., *Alternative Dispute Resolution in Federal District Courts*, in *U. FLA. L. REV.*, vol. 37, 1985, p. 29.

LESSONA C., *I doveri sociali del diritto giudiziario*, Torino, 1897.

LESSONA C., *Trattato delle prove in materia civile*³, I, Torino, 1927.

- LEVIN L., WHEELER R., *The Pound Conference: Perspectives on justice in the future*, Eagan, 1979.
- LIEBMAN E. T., *Risoluzione convenzionale del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1932, I, p. 282.
- LIEBMAN E.T., *Efficacia e autorità della sentenza*, Milano, 1935.
- LIEBMAN E.T., *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, I, 1980, p. 189.
- LIEBMAN E.T., *Proposte per una riforma del processo civile di cognizione, Relazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, p. 452.
- LIEBMAN E.T., *Sul riconoscimento della domanda*, in *Studi di diritto processuale in onore di G. Chiovenda*, 1927, ripubblicato in *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962.
- LOCATELLI F., *Complementarità tra mediazione e processo nel D. Lgs 149/2022: "l'occasione è difficile che si offra ed è facile che si perda"*, in *judicium.it*.
- LOMBARDI G.M., *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967.
- LONGAN P.E., *Bureaucratic Justice Meets ADR: The Emerging Role for Magistrates as Mediators*, in *NEB. L. REV.*, Vol. 73, 1994, p. 712.
- LOVATO A., PULIATTI S., SOLIDORO L., *Diritto privato romano*, Torino, 2017, p. 39.
- LUISO F.P., *Diritto processuale civile*¹⁰, II, Milano, 2019.
- LUISO F.P., *L'impugnazione del lodo equitativo per violazione di norme inderogabili*, in *Riv. arb.*, 1994, p. 500.
- LUISO F.P., *La conciliazione giudiziale, La conciliazione stragiudiziale nelle controversie agrarie e di lavoro*, in (a cura di) GABRIELLI, LUISO, *Trattato dei Contratti*, Padova, vol. I, 2005, p. 332.
- LUISO F.P., *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 1206.
- LUISO F.P., *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1257.
- LUPANO M., *Riforma Cartabia: il nuovo processo civile (II parte) – La riforma della mediazione civile*, in *Giur. it.*, 2023, p. 731.

- MANCUSO C., *Il rilievo della transazione nel processo: il punto della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, 2, p. 485.
- MANDRIOLI C., CARRATTA A., *Diritto processuale civile*²⁸, I, Torino, 2022.
- MANDRIOLI C., *Le modifiche del processo civile*², Torino, 1993.
- MANENTI C., *Contributo critico alla teoria generale dei patti secondo il Diritto Romano, Pacta Conventa*, in *Studi Senesi*, VII, 1913, p. 2.
- MANFREDINI A., *Rem ubi pacunt*, in *Atti del Convegno sulla problematica attuale nel Diritto Romano*, Milano, 1988, p. 73.
- MARCUS R. L., *Of Babies and Bathwater: The Prospects for Procedural Progress*, in *BROOK. L. REV.*, Vol. 59, 1993, p. 761.
- MARCUS R.L., *Discovery Containment Redux*, in *B.C.L.R.*, Vol. 39, 1998, p. 747.
- MARCUS R.L., *Putting American Procedural Exceptionalism into a Globalized Context*, in *Am. J. Comp. L.*, Vol. 52, 2005, p. 709.
- MARCUS R.L., *Slouching Toward Discretion*, in *Notre Dame L. Rev.*, Vol. 78, 2003, p. 1561.
- MARTINO R., *Il giudice e l'equità. Tra etica, diritto positivo e Costituzione*, Bari, 2017.
- MARUFFI R., *L'art. 111 Cost. e l'incompatibilità del Giudice nel processo civile*, in *Riv. Dir. proc.*, 2003, p. 1164.
- MATTIROLO L., *Trattato di diritto giudiziale civile*, II, III, Torino, 1903.
- MELILLO G., *Contrahere, pacisci, transigere*, Napoli, 1994.
- MELILLO G., *Voce Patti (storia)*, in *Enc. del Dir.*, XXXII, p. 481.
- MENKEL MEADOW C., *For and Against Settlement: Uses and Abuses of the Mandatory Settlement Conference*, in *UCLA L. REV.*, Vol. 33, 1986, p. 485.
- MENKEL MEADOW C., *Pursuing Settlement in an Adversary Culture: A Tale of Innovation Co-opted or "the Law of ADR,"* in *Fla. St. U. L. Rev.*, Vol. 19, 1999, p. 6.
- MERLIN E., *Compensazione e processo, Il giudicato e l'oggetto del giudizio civile*, Milano, 1994.

- MERLIN E., *Eccezioni rilevabili d'ufficio e sistema delle preclusioni in appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 301.
- MERONE A., *La conciliazione non contenziosa*, in *Giur. mer.*, 2003, p. 52.
- MESSINA G., *Contributo alla dottrina della confessione*, in *Foro sardo*, 1902, p. 137, poi in *SCRITTI GIURIDICI*, Milano, 1948, vol. III, p. 1.
- MICCOLIS G., *Le nuove norme in tema di mediazione e negoziazione assistita*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 1058,
- MICHELI G. A., *Corso di diritto processuale civile*, I, Milano, 1959.
- MICHELI G. A., *Rinuncia alla pretesa e riconoscimento della pretesa nella dottrina italiana*, in *Riv. dir. proc.*, 1937, I, p. 354.
- MICHELI G.A., *Considerazioni sull'interpretazione evolutiva delle norme processuali*, in *Arch. Giur.*, CXXVIII, 1942, p. 13.
- MICHELI G.A., *Lezioni di diritto processuale civile*, II, Bari, 1947.
- MILLER A.R., *The Adversary System: Dinosaur or Phoenix*, in *Minn. L. Rev.*, Vol. 69, 1984, p. 1.
- MILLER A.R., *The pretrial rush to judgment: are the "litigation explosion," "liability crisis," and efficiency clichés eroding our day in court and jury trial commitments?*, in *NYU L. Rev.*, Vol. 78, 2003, p. 982.
- MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*, in *Commentario al codice civile*, Torino, p. 308.
- MOLINARI C., *Un'esperienza fallita (Il codice processuale civile del 1942)*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, I, p. 170.
- MONTELEONE G., *Diritto processuale civile*³, Padova, 2002.
- MONTELEONE G., *Introduzione al codice di procedura civile del Regno d'Italia*, in (a cura di) PICARDI, GIULIANI, *Testi e documenti per la storia del processo*, I codici napoleonici, Codice di procedura civile del 1806, Milano, 2000.
- MONTELEONE G., *La mediazione obbligatoria: conciliazione o giurisdizione surrogata? Brevi riflessioni critiche*, in *judicium.it*.
- MONTESANO L, ARIETA G., *Trattato di diritto processuale civile*, vol. I, Padova, 2001.

MONTESANO L.-VACCARELLA R., *Manuale di diritto processuale del lavoro*³, Napoli, 1996.

MONTESANO L., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in (diretto da) VASSALLI, *Trattato di diritto civile*, Padova, vol. XIV, 1985, p. 34.

MONTESANO L., *Luci e ombre in leggi e proposte di “tutela differenziata” nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, p. 592.

MORICONI M., *Mediazione e proposta del giudice: le problematiche relative all’acquisizione, rilevazione e valutazione dei dati relativi*, in *judicium.it*.

MORTARA L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, vol. III, s.d. anni ’20.

MORTARA L., *Istituzioni di procedura civile*, Firenze, 1922.

MORTARA L., *Per il nuovo codice di procedura civile, Riflessioni e proposte*, *Giur. it.*, 1923, IV, c. 145.

MORTARA L., *Principi di procedura civile*, Firenze, 1890.

MULLENIX L.S., *Discovery in Disarray: The Pervasive Myth of Pervasive Discovery Abuse and the Consequences for Unfounded Rulemaking*, in *STAN. L. REV.*, Vol. 46, 1993-1994, p. 1393.

NARDO G.N., *La nuova funzione conciliativa dell’accertamento tecnico preventivo alla luce del d.l. 35/05*, in *judicium.it*.

NEGRI M., *Art. 185 c.p.c.*, in (diretto da) COMOGLIO-CONSOLO-SASSANI-VACCARELLA, *Commentario del codice di procedura civile*, III, Torino, 2012, p. 363.

NELA P.L., *Tecniche della mediazione delle liti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 1017.

NEPPI MODONA L., *La transazione in Diritto Romano*, Bologna, 1889.

NICOLETTI C.A., *La conciliazione nel processo civile*, Milano, 1963.

NICOLÒ R., *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione della obbligazione*, in *Annali dell’Università di Messina*, 1932-33, ora in *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980, p. 400.

NICOSIA G., *Il processo privato romano*, II, Torino, 1986.

- NICOSIA P.S., RUGGERO A., *Manuale del conciliatore*, Milano, 2000.
- NIGRO M., *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in (a cura di) TRIMARCHI, *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Milano, 1990, p. 3.
- OBERER W.E., *Trial by Ambush of Avalanche? The Discovery Debacle*, in *J.D.R.*, 1987, p. 1.
- ORIANI R., *Titolo esecutivo, opposizioni, sospensione dell'esecuzione*, in *Foro it.*, 2005, V, c. 105.
- ORSOLO A., *Il ruolo del giudice nella composizione dei conflitti*, in *i Contratti*, 2014, p. 1172.
- PAGNI I., *Gli obiettivi del disegno di legge delega tra efficienza del processo, effettività della tutela e ragionevole durata*, in *Pol. dir.*, 2021, p. 574.
- PAJARDI P., *Della trattazione della causa*, in (diretto da) ALLORIO, *Commentario al Codice di procedura civile*, II, 1, Torino, 1980, p. 580.
- PALERMO A., *Contributo alla teoria degli atti processuali*, Napoli, 1938.
- PASCUCCI G., *L'ordinamento e le funzioni del conciliatore*, Roma, 1894.
- PASSANANTE L., *Modelli di tutela dei diritti. L'esperienza inglese e italiana*, Padova, 2007.
- PASSANANTE L., *La riforma delle impugnazioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, p. 993.
- PATERI G., *I conciliatori nella vigente legislazione italiana*, Torino, 1900.
- PATERI G., *Il giudice unico in Tribunale*, in *Appendice alle 2^a ed. degli Atti della procedura civile, commenti e formule*, Torino, 1914, p. 42.
- PAUL K., *Der vergleich im Zivilprozess*, 1898.
- PAVANINI G., *Conciliazione e limiti della procura alle liti nelle controversie di lavoro*, in *SCRITTI GIURIDICI IN MEMORIA DI PIERO CALAMANDREI*, Padova, vol. III, 1958, p. 548.
- PAVANINI G., *Note sulla figura giuridica del difensore*, in *Riv. trim di diritto e proc. civile*, 1957, p. 246.

PESCATORE M., *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale*, Torino, 1864.

PETERLONGO M.E., *La transazione nel Diritto Romano*, Milano, 1936.

PETRONIO U., *Il futuro ha un cuore antico: considerazioni sul codice di procedura civile del 1806*, in (a cura di) PICARDI, GIULIANI, *Testi e documenti per la storia del processo, I codici napoleonici, Codice di procedura civile del 1806*, Milano, 2000, p. 16.

PICARDI N., *Il conciliatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, vol. 1, 1984, p. 1070.

PICARDI N., *Manuale del processo civile*, Bologna, 2006.

PISANELLI G., *Relazione al libro I del codice di procedura civile del 1865*, in *Raccolta dei lavori preparatori del codice civile del Regno d'Italia*, Vol. VII, procedura civile, Palermo, 1868.

PISANU M., *Tentativo di conciliazione e sanzioni processuali correlate, nel quadro dell'art. 696 bis c.p.c.*, in *Giur. merito*, 2011, p. 104;

POLACCO V., *Del contratto di transazione*, Roma, 1921.

POLACCO V., *Delle obbligazioni: parte generale; del contratto di transazione*, Roma, 1921.

POLI R., *Gli «argomenti di prova» ex art. 116, comma 2°, c.p.c.*, *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 460.

POLISENO B., *La “Giustizia Alternativa” tra mediazione ordinata ex officio e conciliazione giudiziale della controversia*, in *Scritti in memoria di Franco Cipriani*, I, Bari, 2020, p. 661;

POLSTER D.A., *The Trial Judge as Mediator: A Rejoinder to Judge Cratsley*, in *Mayhew-Hite Rep. On Disp. Resol. & Cts.*, Vol. 5, 2006, p. 3.

POSNER R.A., *An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration*, in *J. Legal Stud.*, Vol. 2, 1973, p. 399.

POSNER R.A., *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW*², Chicago, 1977.

POSTEMA G. J., *Bentham and the common law world*, Oxford, 1986.

POUND R., *The causes of popular dissatisfaction with the administration of justice*, in *A.B.A. Rep.*, 1906, vol. 29, p. 404.

POUND R., *The Spirit of the Common Law*, Francistown, 1921.

PRIEST G.L., KLEIN B., *The Selection of Disputes for Litigation*, in *J. LEGAL Stud.*, 1984, p. 1.

PROTO PISANI A., *Ancora sulla c.d. tutela giurisdizionale differenziata*, in *Dir. giur.*, 1980, p. 751.

PROTO PISANI A., *Appunti su mediazione e conciliazione*, in *Foro it.*, 2010, V, c. 141.

PROTO PISANI A., *Appunti sul giudicato civile e i suoi limiti oggettivi*, in *Studi in Memoria di Corrado Vocino*, Napoli, 1996, p. 533.

PROTO PISANI A., *Che fare per affrontare la crisi del processo civile? (note a margine di un intervento che sa di acqua fresca)*, in *Foro it.* 2020, V, c. 33.

PROTO PISANI A., *Il codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato: una continuità nella cultura processualcivilistica rotta con cinquanta anni di ritardo*, in *Quaderni fiorentini* 28, 1999, I, p. 724.

PROTO PISANI A., *Il codice di procedura civile del 1940 tra pubblico e privato*, in *Foro it.*, 2000, V, c. 73 ss.

PROTO PISANI A., *La nuova disciplina del processo societario (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2003, V, c. 1.

PROTO PISANI A., *Le origini ed il contenuto in generale delle leggi di riforma del processo civile (L. 353/1990 e L. 374/1991)*, in *Quaderni e Pubblicazioni del CSM, Quaderno n. 65/1993*, p. 1.

PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*⁴, Napoli, 1994, p. 170.

PROTO PISANI A., *Note minime sulla c.d. tutela differenziata*, in *Dir. giur.*, 1978, p. 534.

PROTO PISANI A., *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, p. 592.

PROTO PISANI A., *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*, in *Foro it.*, 1973, V, c. 229.

- PUGLIATTI S., *Della transazione*, in (diretto da) D'AMELIO, FINZI, *Commentario al codice civile, Libro delle Obbligazioni*, II, Firenze, 1949, p. 453.
- PUGLIESE G., *Giudicato civile (dir. vig)*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, Giuffrè, 1969, p. 787
- PUGLIESE G., *Processo civile romano*, I, Roma, 1962.
- PUNZI C., *Il processo civile. Sistemi e problematiche*, II, Torino, 2008.
- PUNZI C., *Le riforme del processo civile e degli strumenti alternativi per la soluzione delle controversie*, *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1232.
- PUNZI C., *Lineamenti del nuovo processo in materia societaria. Il processo ordinario*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 109.
- RAMAJOLI M., *Per una giustizia amministrativa alternativa con particolare (anche se non esclusivo) riguardo alle transazioni pubblicistiche*, in *Giustizia consensuale*, I, 2021, p. 129.
- RAZETE L., *Giudice e conciliatore. L'esperienza del nuovo articolo 185-bis cpc*, in *Questione Giustizia*, 2015, p. 143.
- REALI G., *L'interrogatorio delle parti nel processo civile*, Bari, 2009.
- REDENTI E., *Atti processuali civili*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, p. 105.
- REDENTI E., *Diritto processuale civile*, I, II, Milano, 1947.
- REDENTI E., *Il giudicato sul punto di diritto*, in *Scritti in onore di Carnelutti*, II, Padova, 1950, p. 696.
- REDENTI E., *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano, 1938.
- REDENTI E., *Sul nuovo progetto di codice di procedura civile (1934)*, in *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, I, Milano, 1962, p. 731
- REDENTI E., *Sulla funzione delle magistrature industriali*, in *Introduzione al Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, Roma, 1906, ora in ID., *Scritti e discorsi di mezzo secolo*, Milano, vol. II, 1962, p. 618 e ss.

REDISH M.H., AMULURU U.M., *The Supreme Court, the Rules Enabling Act, and the Politicization of the Federal Rules: Constitutional and Statutory Implications*, in *Minn. L. R.*, Vol. 90, 2006, p. 1103.

RESNIK J., *Managerial Judges*, in *Harv. L. Rev.*, Vol. 96, 1982, p. 374.

RESNIK J., *Many Doors--Closing Doors--Alternative Dispute Resolution and Adjudication*, in *Ohio St. J. On Disp. Resol.*, Vol. 10, 1995, p. 211.

RESNIK J., *Migrating, Morphing, and Vanishing: The Empirical and Normative Puzzles of Declining Trial Rates in Courts*, in *J. Empirical Leg. Stud.*, Vol. 1, 2004, p. 783.

RESNIK J., *Risoluzione alternativa delle controversie e processo: uno sguardo alla situazione nordamericana*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1997, p. 715.

RICCI E. F., *Verso un nuovo processo civile?*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 211.

RICCI E. F., *Il progetto Rognoni di riforma urgente del processo civile*, *Riv. dir. proc.*, p. 626 ss.

ROMANO A., *Il nuovo art. 696 bis c.p.c., tra mediation e anticipazione della prova*, in *Corr. Giur.*, 2006, p. 409.

ROSENBERG M., KING W.R., *Curbing Discovery Abuse in Civil Litigation: Enough is Enough*, in *BYU L. Rev.* 1981, p. 579.

ROSSI A., voce *Conciliazione*, I (*dir. proc. civ.*), *Enc. giur. Treccani*, vol. VII, Roma, 1988, p. 3.

ROWE T.D., *Authorized Managerialism Under Federal rules- And the extend of Convergence with Civil – Law Judging*, in *SW. U. L. REV.*, Vol. 36, 2007, p. 191.

RUGGERI L., *La transazione*, in RUGGERI-MINERVINI, *Contratti transattivi e negozi di accertamento*, in (diretto da) PERLINGERI, *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, Napoli, 2016, p. 113.

RUPERTO S., *Gli atti con funzione transattiva*, Milano, 2002.

RUVOLO M., *La mediazione ex officio e la proposta conciliativa ex art. 185-bis c.p.c.*, in *Corr. Giur.*, 7, 2014, p. 1001.

SANDER F., *Varieties of Dispute Processing*, *F.R.D.*, vol. 70, 1976, p. 13.

SANDER F., *Varieties of Dispute Processing*, in (a cura di) LEVIN-WHEELER, *The Pound Conference: Perspectives on justice in the future*, Eagan, 1979, p. 65.

SANDER F.E., *A Friendly Amendment*, in *Disp. Resol. Mag.* (1999), p. 11.

SANTAGADA F., *La conciliazione delle controversie civili*, Bari, 2008.

SANTORO-PASSARELLI F., *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, p. 1.

SANTORO-PASSARELLI F., *La transazione*, Napoli, 1975.

SAREDO G., *Istituzioni di procedura civile precedute dalla esposizione dell'ordinamento giudiziario italiano*, I, Firenze, 1887.

SASSANI B., *Lineamenti del processo civile italiano*, I, Milano, 2021.

SASSANI B., SANTAGATA F. (a cura di), *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile*, Roma, 2010.

SASSANI B., *Sull'oggetto della rinuncia all'azione*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, p. 545.

SASSANI B., TISCINI R., *Il nuovo processo societario. Prima lettura del d. leg. n. 5 del 2003*, in *Giust. civ.*, 2003, II, p. 49.

SASSANI B., voce *Cessazione della materia del contendere*, I, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 2.

SATTA S., PUNZI C., *Diritto processuale civile*, Padova, 2000.

SATTA S., *Accordo*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958.

SATTA S., *Art. 185-Tentativo di conciliazione*, in *Commentario al codice di procedura civile*, II, Milano, 1950, p. 86.

SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, vol. II, 1939, p. 86.

SATTA S., *Dalla conciliazione alla giurisdizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, XVII.XVIII, p. 201.

SATTA S., *Diritto processuale civile*, Padova, 1959.

SCALA A., *La cessazione della materia del contendere*, Torino, 2001.

SCALAMOGNA M., *Alcune questioni controverse in tema di consulenza tecnica preventiva con funzione conciliativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 959.

SCAMUZZI L., *Studi sulla conciliazione e sui giudici conciliatori*, Milano, 1883-1990.

SCAMUZZI L., voce *Conciliatore e Conciliazione giudiziaria*, in *Digesto It.*, VII, Torino, 1896, p. 40.

SCARSELLI G., *Brevi note sulle modifiche al codice di procedura civile previste dalla l. n. 80 del 2005*, in *Foro it.*, 2005, V, c. 171.

SCARSELLI G., *La giustizia civile al tempo della pandemia (Sulla approvazione da parte del Senato del ddl 21 settembre 2021)*, in *giustiziainsieme.it*.

SCARSELLI G., *La riforma del processo di famiglia*, in *giustiziainsieme.it*;

SCARSELLI G., *Note critiche sul disegno di legge delega di riforma del processo civile approvato dal Consiglio dei Ministri in data 5 dicembre 2019*, in *judicium.it*;

SCARSELLI G., *Note per la degiurisdizionalizzazione (una proposta di modifica dell'art. 102, 2° comma, Cost. per deflazionare il contenzioso civile)*, in *Foro it.*, 2015, V, p. 445.

SCHIAVONE A., *Studi sulle logiche dei giuristi romani - Nova negotia et transactio da Labeone ad Ulpiano*, Napoli, 1971.

SCHUCK P.H., *The Role of Judges in Settling Complex Cases: The Agent Orange Example*, in *U. Ct-I. L. Rev.*, Vol 54, 1986, p. 337.

SCIALOJA A., *Commentario del codice di procedura civile per gli Stati Sardi*, I, parte II, Torino, 1857, p. 109;

SEGNI A., *Della tutela giurisdizionale in generale*, in (a cura di) SCIALOJA-BRANCA, *Commentario del codice civile*, Libro Sesto-Tutela dei diritti, Bologna-Roma, 1953, p. 286.

SEGNI A., *Procedimento civile*, in *Nuovo D. it.*, Torino, 1939, p. 539.

SEGNI M., *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 256.

SERRAO F., *Dalle XII Tavole all'editto del pretore*, in (a cura di) SARGENTI-LURASCHI, *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, *Atti del Convegno Pavia 26-27 aprile 1985*, Padova, 1987, p. 71.

SHAPIRO D.L., *Federal Rule 16: A Look at the Theory and Practice of Rulemaking*, in *U. PA. L. REV.*, in Vol. 137, 1989, p. 1969.

SHAUER F., *Le regole del gioco. Un'analisi filosofica delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana*, Bologna, 2000.

SHAVELL S., *Suit, Settlement, and Trial: A Theoretical Analysis Under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs*," in *J. LEGAL Stud.*, 1982, p. 55.

SICCHIERO G., *Rinuncia*, in *D. disc. priv., sez. civ.*, Padova, vol. XVII, 1998, p. 652.

SILLI P., *Equità (Storia del diritto)*, in *Digesto IV, disc. priv., sez. civ.*, vol. VII, Torino, 1991, p. 482.

SIMONCINI A., CREMONA E., *Mediazione e Costituzione*, Giustizia consensuale, 2022, 2, p. 19.

SINGER L.R., *Settling Disputes, Conflict resolution in Business, families, and the Legal System*, Londra, 1994, p. 13.

SINGER L.R., *The Quiet Revolution in Dispute Settlement*, in *Mediation Q.*, Vol. 7, 1989, p. 105.

SOLIDORO MARUOTTI L., *Tra morale e diritto*, 2013, Torino.

SORABJI J., *English civil justice after the Woolf and Jackson reforms*, London, 2014.

SOURDI T., ZARISKY A., *The Multi-Tasking Judge: Comparative Judicial Dispute Resolution*, Pyrmont, 2013.

STOLFI G., *La transazione*, Napoli, 1931.

TARANTINO R., *La conciliazione giudiziale*, in (a cura di) DALFINO, *La riforma del processo civile, L. 26 novembre 2021 n. 206 e D.leg. 10 ottobre 2022 n. 149 e 151*, Piacenza, 2023, p. 141.

TARELLO G., *Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. (Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile)*, in (a cura di) GUASTINI, REBUFFA, *Dottrine del processo civile*, Bologna 1989, p. 23.

TARLI BARBIERI G., *Doveri inderogabili*, in (a cura di) CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 2072.

- TARUFFO M., *Interrogatorio*, in *Digesto civ.*, X, Torino, 1993, p. 66.
- TARZIA G., CAVALLONE B., *I progetti di riforma del processo civile (1866-1936)*, II, Milano, 1989.
- TARZIA G., *Interrogativi sul nuovo processo societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 641.
- TARZIA G., *Lineamenti del processo civile di cognizione*³, Milano, 2007.
- TARZIA G., *Per la revisione del codice di procedura civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 988.
- TARZIA G., *Una proposta di riforma parziale del processo civile*, in *Giur. it.*, 1988, IV, c. 257.
- TAVORMINA V., *In tema di condanna, accertamento ed efficacia esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, p. 26.
- TEDOLDI A. M., *Iudex statutor et iudex mediator: proposta conciliativa ex art. 185 bis c.p.c., precognizione e ricusazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 984.
- TEDOLDI A. M., *Le ADR nella delega per la riforma del processo civile*, in *Questione Giustizia* 2021, 3, p. 142.
- TISCINI R., *Impressioni a caldo sulla sommarietà nel progetto di riforma luiso... in attesa che il caldo estivo ne chiarisca gli esiti*, in *judicium.it*.
- TISCINI R., *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011.
- TORNQUIST L. J., *The Active Judge in Pretrial Settlement: Inherent Authority Gone Awry*, in *Willamette L. Rev.*, Vol. 25, 1989, p. 743.
- TRISORIO LIUZZI G., *Il nuovo rito societario: il procedimento di primo grado davanti al tribunale*, in *judicium.it*.
- TRISORIO LIUZZI G., *La riforma della giustizia civile: il nuovo istituto del rinvio pregiudiziale*, in *judicium.it*.
- TROCKER N., *La Direttiva CE 2008/52 in materia di mediazione: una scelta per il rinnovamento della giustizia civile in Europa*, in (a cura di) TROCKER- DE LUCA, *La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52/CE*, Firenze, 2011, p. 159.
- TWINING W., *Rethinking evidence*, London, 2006.

VACCÀ C., *La giustizia non togata. Alle radici della composizione dei conflitti fra conciliazione, arbitrato e giurisdizioni speciali*, Milano, 1998.

VACCARELLA R., *Interrogatorio delle parti*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1972, p. 389.

VACCARELLA R., *La riforma societaria: aspetti processuali*, in *Corriere giur.*, 2003, p. 1501.

VACCARELLA R., *Violazioni del diritto europeo e «motivi inerenti alla giurisdizione»: novità in vista*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 207.

VACCARI M., *L'art. 185-bis c.p.c.: un nuovo impulso alla conciliazione giudiziale?*, reperibile sulla rivista online *Il caso.it*, sez. articoli, pubblicato in data 12 giugno 2014, p. 4.

VALSECCHI E., *Transazione e negozio di accertamento*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, p. 181.

VALSECCHI E., *Transazione giudiziale, risoluzione per inadempimento e novazione*, in *Foro it.*, 1952, I, c. 882.

VALSECCHI E., *Transazione, giuoco e scommessa*, in (diretto da) CICU, MESSINEO, *Trattato di diritto civile*, Milano, Vol. XXXVII, 1954.

VARANO V. (a cura di), *L'altra giustizia*, Milano, 2007.

VELLANI C., *Brevi note alle norme in materia di processo semplificato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, p. 1027.

VELLANI M., *Appunti sulla natura della cosa giudicata (Quaderni della associazione fra gli studiosi del processo civile, vol. XV)*, Milano, 1958.

VERDE G., *Sulle variazioni al codice di procedura l'incognita del diritto intertemporale*, in *Guida al dir.*, 2005, p. 25.

VIDONI GUIDONI O., *Quale giustizia per il giudice di pace?*, Milano, 2006.

VINNIO A., *Tractatus quinque - De Pactis, iurisdictione, collationibus, transactionibus et quaestionibus iuris selectis*, in *Venetis MDCCLXXX*, p. 117.

VOCINO C., VERDE G., *Appunti sul processo del lavoro*², Napoli, 1977.

VON SAVIGNY F. K., *Sistema del diritto romano attuale*, Berlino, 1840-1852, trad. it. di SCIALOJA, VII, Torino, 1886-1898.

WACH A., *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung gehalten vor praktischen Juristen im Frühjahr*, Bonn, 1879.

WAGNER G., *Prozeßverträge*, Tübingen, 1998.

WALL J.A., RUDE D.E., SCHILLER L.F., *Judicial Participation in Settlement: Pattern, Practice, and Ethics*, in *J. ON DISP. RESOL.*, Vol. 4, (1988), p. 81.

WIGMORE J. H., *Evidence in trials at common law*, New York, 1974.

WINDSCHEID B., *Die actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf, 1856, p. 72.

WINDSCHEID B., *Il diritto delle Pandette*, trad. it. di FADDA, BENSÀ, II, Torino, 1926.

WISSLER R., *Court-Connected Settlement Procedures: Mediation and Judicial Settlement Conferences*, in *Ohio St. J. On Disp. Resol.*, Vol. 27, 2011, p. 271.

WOLSKY B., *The role and limitation of Fisher and Ury's Model of interest-based negotiation in mediation*, in *ADRJ*, Vol. 5, 1994, p. 127.

WOOLF H., *Access To Justice: Final Report To The Lord Chancellor On The Civil Justice System In England And Wales*, H.M. Stationery Office, London, 1996.

YEAZELL S.C., *Getting What We Asked For, Getting What We Paid For, and Not Liking What We Got: The Vanishing Civil Trial*, in *J. Empirical Leg. Stud.*, Vol. 1, 2004, p. 943.

ZAMPANO R. C., *From the Bench: Settlement Strategies for Trial Judges*, in *Litig.*, Vol. 22, 1995, p. 4.

ZANZUCCHI M. T., *Diritto processuale civile*, II, Milano, 1935.

ZANZUCCHI M.T., in *Osservazioni intorno al "progetto preliminare del codice di procedura civile"*, Pubblicazioni della Università cattolica del S. cuore. Ser. 2: Scienze giuridiche, vol. LIX, Milano, 1937, p. 40.

ZATTI P., *La parabola della "privatizzazione" del diritto di famiglia*, in (diretto da) ZATTI, *Trattato di diritto di famiglia*, I, Milano, 2002, p. 19 e ss.

ZUCKERMAN A., *Zuckerman on Civil Procedure: Principles of Practice*, London, 2006.

