



UNIVERSITÀ
DI TRENTO

Facoltà di
Giurisprudenza

COMUNICARE, NEGOZIARE E MEDIARE IN RETE

Atti del Convegno

Trento, 25 settembre 2020

a cura di

SILVANA DALLA BONTÀ

2021



**UNIVERSITÀ
DI TRENTO**

**Facoltà di
Giurisprudenza**

QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

51

2021

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un *Referee* interno alla Facoltà a seguito di una procedura che ha garantito trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato reciproco del *Referee* nei confronti di Autori e Curatori.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

*Redazione a cura dell'Ufficio Pubblicazioni Scientifiche
dell'Università degli Studi di Trento*

© Copyright 2021
*by Università degli Studi di Trento
Via Calepina 14 - 38122 Trento*

ISBN 978-88-8443-952-9
ISSN 2284-2810

Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (<https://iris.unitn.it/>) con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License.

Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/legalcode>

Giugno 2021

COMUNICARE, NEGOZIARE E MEDIARE IN RETE

Atti del Convegno

Trento, 25 settembre 2020

a cura di

SILVANA DALLA BONTÀ

Università degli Studi di Trento 2021

*Quelli che s'innamoran di pratica senza scienza
son come 'l nocchier ch'entra in navilio senza timone o bussola,
che mai ha certezza dove si vada.*

Leonardo da Vinci, Codice G, 1492-1516

INDICE

	Pag.
Silvana Dalla Bontà <i>Introduzione. Comunicare, negoziare e mediare in rete</i>	1
Eva Campi <i>Comprendere e valorizzare il proprio stile relazionale nella comunicazione digitale</i>	9
Silvia Toniolo <i>Comunicare tra culture “mediante” e “mediati da” la tecnologia</i>	17
Silvana Dalla Bontà <i>Una giustizia “co-esistenziale” online nello spazio giuridico europeo? Spunti critici sul pacchetto ADR-ODR per i consumatori ...</i>	31
Rachele Beretta <i>Le procedure di negoziazione nell’era digitale. La rete: una “quarta parte” al tavolo del negoziato?</i>	81
Jacopo Mosca <i>Casi pratici di negoziazione digitale ai tempi dello smart-working</i>	101
Corrado Mora <i>L’esperienza “pre-infra-post emergenziale” della mediazione in rete</i>	113
Maurizio Di Rocco <i>Le ricadute pratiche della pandemia nella definizione degli accordi negoziali online</i>	131

INDICE

	Pag.
Luca De Rosa	
<i>L'insegnamento tra pari delle tecniche di negoziato e mediazione in rete. Verso una responsabilizzazione dei discenti</i>	145
Silvana Dalla Bontà	
<i>Il giurista-avvocato alla prova del comunicare, mediare e negoziare in rete nella soluzione del contenzioso civile. Alle sfide della tecnologia la risposta di un modello 'umano' di giurista-avvocato</i>	153

INTRODUZIONE

COMUNICARE, NEGOZIARE E MEDIARE IN RETE

Il 2020 è stato anno in cui il Progetto *Conflict Managers of Tomorrow* – Progetto della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Trento, da me fondato e coordinato – è ‘andato in rete’, trovando espressione in un sito *online*, che raccoglie i frutti maturati – e al contempo disegna gli orizzonti futuri – di un lungo percorso di ricerca e formazione in materia di strumenti alternativi al processo giurisdizionale di soluzione dei conflitti e delle controversie.

Il 2020 è stato anno di scoppio e diffusione di una pandemia – quella generata dal virus Covid-19 – che nel costringere a inevitabili misure preventive di contenimento e distanziamento sociale, ha imposto, favorito e accelerato, come a ragione si ripete, il ‘passaggio in rete’ di molte attività tradizionalmente svolte in presenza.

Una coincidenza, questa, che, non immaginata né immaginabile, ha significativamente sospinto alla realizzazione del Convegno, tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza il 25 settembre 2020, di cui questo volume raccoglie gli Atti. Il suo titolo, in origine pensato per evocare la ‘messa in rete’ del sito *Conflict Managers of Tomorrow* (www.conflict-managers.com), è diventato così, complice la repentina e sconvolgente emergenza, espressione di un punto di non ritorno del nostro vivere: “Comunicare, negoziare e mediare in rete”.

La rete, che da tempo – e quanto mai dall’inizio del millennio, grazie alla c.d. rivoluzione digitale – segnava la società globale, si è tramutata di colpo, infatti, con l’avvento della pandemia, in uno strumento essenziale e, invero, vitale per la sopravvivenza delle dinamiche sociali, economiche e giuridiche. Non v’è dubbio che l’innegabile battuta d’arresto impressa al mondo globalizzato dal dilagare del coronavirus si sarebbe tramutata in assoluta paralisi senza la possibilità di ricorrere alla tecnologia rappresentata dagli strumenti elettronici, informatici e telematici, e così al *World Wide Web*.

La dimensione *online*, già presente ma accresciuta dalla situazione emergenziale, ha così toccato, senza precedenti, profili cruciali della vita quotidiana – personale e professionale – di ciascuno, tanto a livello nazionale che transfrontaliero: tra questi anche quelli della comunicazione tra individui e della gestione dei loro conflitti.

Di qui, l'estrema attualità del tema che, ben prima del diffondersi della pandemia, si era inteso assegnare al Convegno i cui Atti trovano in questa sede pubblicazione, e cioè l'indagine, da angolature diverse, della complessità della comunicazione a distanza come della gestione del conflitto per mezzo della tecnologia informatica e telematica, in particolare ove la scelta nel risolvere la lite cada, anziché sulla via giurisdizionale del processo avanti al giudice statale, su metodi stragiudiziali, siano essi quelli del negoziato o della mediazione.

Gli orizzonti schiusi dal progressivo imporsi delle Tecnologie dell'Informatica e della Comunicazione (c.d. TIC), infatti, hanno da tempo aperto un ventaglio di questioni che meritano costante attenzione, tanto più oggi in cui la dimensione virtuale pare sempre più destinata a sostituirsi a quella reale.

Ebbene, nello spirito del Progetto *Conflict Managers of Tomorrow* entro cui esso si colloca, il Convegno ha inteso focalizzarsi su taluni di quei profili problematici, muovendo dalla constatazione per cui l'incontro della rete con la comunicazione tra individui e la gestione dei loro conflitti generi qualcosa di più e di diverso rispetto al mero utilizzo dello strumento telematico quale *semplice mezzo* per il loro svolgersi a distanza. Al contrario, premessa implicita del Simposio del 25 settembre 2020 è stata la consapevolezza di come l'intervento della via informatica e/o telematica nei momenti di comunicazione e soluzione del conflitto per via stragiudiziale comporti un'inevitabile trasformazione di tali attività in un *quid novi*.

Se di questo ciascun individuo che a quelle tecnologie ricorra deve essere conscio, ancor più si richiede lo sia il giurista, in particolare ove egli rivesta il ruolo di avvocato di una delle parti in comunicazione e/o conflitto. La sua professionalità ed efficacia di intervento discenderanno, infatti, in misura sempre più incisiva, dalla sua capacità di facilitare e garantire in rete una comunicazione, come una gestione del conflitto, efficaci, e cioè appropriate al contesto virtuale in cui esse si spiegano.

Nuove e variegate competenze gli saranno quindi richieste – abilità altre e ulteriori rispetto a quelle squisitamente tecnico-legali di cui egli è tradizionalmente depositario.

Di qui, lo snodarsi del Convegno da un esame ravvicinato della comunicazione in rete sino al negoziato e alla mediazione *online*: un'indagine che ha inteso muoversi, per così dire, dal generale al particolare.

Essa esordisce con un'analisi del complesso significato di comunicazione tra individui e delle sue fondamentali componenti (verbale, non-verbale, para-verbale) onde verificare come queste si declinino nel passaggio dall'ambiente reale a quello virtuale. Estremamente complessa già ove svolta in presenza – al punto da richiedere, per essere efficace, consapevolezza e preparazione negli interlocutori –, la comunicazione diventa una sfida allorché abbia luogo per mezzo dello strumento informatico e telematico. La traduzione da un contesto tridimensionale, quale il reale è, a quello bidimensionale, dello schermo, incide non poco sulla gestione dei canali comunicativi, imponendo a mittente e ricevente di educarsi a una comunicazione cui la condizione umana e la sua evoluzione non hanno abituato. La trasmissione del messaggio tra interlocutori, per essere effettiva, e cioè rispondente a intenzione e finalità del mittente e correttamente accolta dal ricevente, necessita quindi di una preparazione oltremodo attenta ove avvenga digitalmente. Una preparazione che sappia colmare le deficienze insite in una modalità comunicativa – quella *online* – per cui l'uomo non è stato atavicamente forgiato. Lo sottolinea con incisività il contributo di Eva Campi, che sullo sfondo di queste premesse teoriche traccia una possibile guida per comprendere e valorizzare il proprio stile relazionale nella comunicazione digitale.

Le sue preziose osservazioni (anche operative) diventano punto di partenza per il salto ulteriore che il passaggio alla comunicazione a distanza per via digitale impone: quello derivante dal suo spiegarsi tra riceventi e mittenti appartenenti a contesti linguistici e culturali diversi – evenienza, questa, quanto mai frequente nel mondo oramai globalizzato, tanto più ove segnato, come nei tempi correnti, dalla necessità del distanziamento sociale.

Se già in presenza una tale comunicazione richiede conoscenza, sensibilità e padronanza delle basi della comunicazione multi-linguistica e

cross-culturale, queste si mostrano essenziali ove il trasferimento del messaggio avvenga per via telematica. Ricca di sfide, tale via schiude però anche interessanti possibilità di semplificazione della comunicazione, agevolando l'incontro tra retroterra linguistici e culturali differenti. Lo evidenzia il saggio di Silvia Toniolo, che con felice immagine parla del comunicare tra culture “mediante” e “mediati” dalla tecnologia.

Se il digitale diventa innegabile facilitatore della comunicazione e così di avvicinamento tra individui distanti anche in conseguenza di misure restrittive della mobilità per ragioni sanitarie, è dato però riscontrare come esso porti inevitabilmente con sé un aumento della conflittualità. Più accessibile e frequente è il contatto tra soggetti, più elevato è, d'altronde, il rischio che in questo si generino incomprensioni e gli interlocutori vedano frustrate le proprie aspettative. Tale eventualità è peraltro accresciuta in modo esponenziale dalla rete, in ragione dell'accesso facile e rapido che essa consente a pressoché chiunque. Lo rende manifesto il fenomeno, oramai imperante, del commercio elettronico, che, sfruttando il canale digitale, ha trasportato in rete il suo (forse più proficuo) svolgersi. L'economia d'altronde 'freme d'impazienza' guardando oltre le frontiere che il digitale schiude e 'cavalca l'onda' che il navigare in rete offre. Alla fulmineità e ubiquità della conclusione delle transazioni in rete – inimmaginabile in un mercato in presenza – corrisponde però l'alta frequenza del contenzioso che da quelle transazioni nasce.

Lo ha compreso da tempo (anche) l'Unione europea, che lusingata dalla digitalizzazione del mercato interno quale fattore trainante per la creazione del Mercato Unico, teme però i suoi effetti negativi sulla fiducia del consumatore nelle transazioni transfrontaliere ove queste non siano seguite, da parte del professionista, da un'esatta esecuzione.

Nel tentativo di promuovere e rafforzare tale fiducia, la rete è diventata così, nelle scelte normative euro-unitarie, da sede di conclusione della transazione commerciale tra professionista e consumatore anche luogo(-non luogo) privilegiato per la soluzione del contenzioso consumeristico. Il c.d. Pacchetto ADR e ODR per i consumatori del 2013 rappresenta la risposta a tale avvertita necessità, nella convinzione delle istituzioni dell'Unione che l'alternativa al processo (ADR), tanto più se

gestita *online* (ODR), rappresenti la via migliore per tutelare consumatori e Mercato Unico. La verifica della bontà di un tale assunto – e della sua traduzione in concrete soluzioni normative – è oggetto del mio contributo, che provocatoriamente chiede se si possa davvero discorrere, alla luce del Pacchetto ADR e ODR per i consumatori, della promozione di una giustizia co-esistenziale *online* nello spazio giuridico europeo.

Il quesito sulla possibilità di una ‘giustizia’ raggiunta tramite la soluzione in rete della lite sospinge e segna anche l’indagine di quelle vie di composizione del contenzioso che non si presentino come una mera modalità *online* di tradizionali ADR *offline* (si pensi, ad esempio, al negoziato svolto tramite *Zoom*, *Teams* e così via), bensì diventino *Online Dispute Resolution* di c.d. seconda generazione. Ci si riferisce, con queste, a quelle modalità di composizione della lite in cui la tecnologia assurge da mero mezzo di comunicazione a distanza a parte integrante della procedura di soluzione del conflitto mediante c.d. *Web-based Negotiation Support Systems* (WNSS), assumendo, a seconda dei casi, il ruolo di supporto procedurale, decisionale o, addirittura, nelle versioni più avveniristiche, di fornitore di ‘agenti-negoziatori’ virtuali. Si tratta delle procedure di negoziazione assistita dalla tecnologia, automatizzata o svolta tramite agenti virtuali. In esse la componente tecnologica diventa a tal punto imprescindibile da indurre a chiedersi se non rivesta il ruolo di ‘quarta parte’ al tavolo di negoziato. Affronta il tema il contributo di Rachele Beretta, che illustra le nuove frontiere del negoziato in cui la tecnologia arriva a mediare l’interazione tra le parti in conflitto, con funzioni largamente comparabili a quelle tradizionalmente svolte da un (soggetto umano) terzo imparziale. Non pochi sono i quesiti di politica del diritto, come squisitamente giuridici, che questa realtà ‘aumentata’ propone – quesiti cui il giurista non può né deve sottrarsi facendosi scudo di quel pavido fatalismo che si arrende al ‘così vanno le cose’, quasi che la digitalizzazione rappresenti una ‘necessità di natura’, una sorta di destino, più che un problema da affrontare e risolvere con scelte responsabili e consapevoli che governino il fenomeno.

Se queste sono le sfide che il prossimo futuro affaccia – e invero già il presente pone, se si guarda a piattaforme private di soluzione del contenzioso consumeristico offerte da grandi operatori economici che com-

merciano *online* –, v'è da dire che il negoziato in rete, soprattutto tra professionisti, assume ancor'oggi, di frequente, la forma del tradizionale negoziato *offline*, ancorché realizzato grazie al mezzo di comunicazione telematico. È, questa, infatti, una soluzione che, oltremodo incentivata dalle restrizioni imposte dalla pandemia, ha mostrato tutte le sue potenzialità.

Descrive con efficacia la continua evoluzione del negoziato che, impedito dallo svolgersi in presenza, ha luogo a distanza, Jacopo Mosca, che mette in luce, da una prospettiva pratico-applicativa, le nuove prospettive schiuse da questa forma 'aumentata' di negoziazione, segnata dall'uso di schermi condivisi, aule virtuali separate, lavoro congiunto e simultaneo su *file* digitali condivisi in cui i negoziatori inseriscono e modificano clausole contrattuali, visualizzazioni grafiche dell'esecuzione di contratti, e così via. Un connubio vincente del mezzo tecnologico con la creatività umana, che finisce per caratterizzare poi anche il negoziato in presenza, ove esso torni a svolgersi. Un ambiente nuovo – tra reale e virtuale –, che sfida il giurista(-avvocato) del mondo d'oggi, chiamandolo a possedere conoscenze diverse da quelle tecnico-legali per spaziare in quelle tecnologiche, in una combinazione dove ciò che fa la differenza è dato dalle competenze trasversali, quali la capacità di comunicazione interpersonale, l'intelligenza emotiva, l'empatia, l'ascolto attivo, l'abilità di generare opzioni creative. Tutte competenze, queste, che mancano alla tecnologia, ma che, unite a questa, portano a offrire al cliente (*i.e.* alla parte in conflitto) un servizio di eccellenza. I giovani giuristi trovano in un tale connubio le prospettive della loro formazione e futura professione.

Come il negoziato *online* di c.d. prima generazione è stato e permanente tratto caratterizzante dei nostri tempi, e lo sarà ancor più nell'avvenire, così lo è anche la classica mediazione tra parti con l'ausilio di un terzo mediatore, che avvenga in rete. È, questa, come ben ricorda Corrado Mora, una modalità già prevista e praticata prima dell'insorgere dell'attuale situazione pandemica, ma che indubbiamente trova nuovo slancio nel contesto di un obbligato o auspicato distanziamento sociale. Non poche sono le sfide per parti e mediatore che la distanza e l'uso delle piattaforme di comunicazione comportano, inducendo tutti i partecipanti al tavolo (virtuale) di mediazione a riflettere sul loro ruolo e

sul modo d'essere del dialogo per il tramite della via telematica. Sfide non facili, che per essere raccolte richiedono nel mediatore una preparazione *ad hoc*, aggiuntiva rispetto a quella tradizionale, e nelle parti una maturazione 'culturale' che passi anche – e soprattutto – per una digitalizzazione diffusa della collettività. L'infrastruttura digitale, infatti, rappresenta la *conditio sine qua non* per il realizzarsi della mediazione telematica – condizione il cui avverarsi dipende dall'azione politica e attuativa del nostro Paese che l'Unione europea da tempo sollecita, non da ultimo in seno alla c.d. strategia per la digitalizzazione del futuro euro-unitario e, in particolare, della giustizia.

Che la mediazione *online* costituisca un'indubbia opportunità, capace di rispondere con efficacia, in via complementare alla giurisdizione statale, al contenzioso, tanto più se generato dall'emergenza pandemica, è convinzione da più parti sostenuta. Essa, però, difficilmente potrà rivelarsi tale ove non accompagnata e favorita da una disciplina positiva chiara e lineare in punto di mediazione in rete. L'originaria scarsa regolamentazione prevista in merito è stata seguita, allo scoppio della pandemia, da una legislazione 'emergenziale', che pur animata da lodevoli intenti, non si è rivelata all'altezza delle aspettative. Numerose si mostrano, infatti, le questioni prettamente giuridiche che segnano oggi la mediazione *online* – profili problematici che vanno dalla sede in cui essa dovrebbe svolgersi sì da garantire riservatezza della procedura e protezione dei dati personali delle parti, alla stesura e firma del verbale conclusivo dell'*iter* mediativo. Di tali questioni dà conto, con puntualità, Maurizio Di Rocco, che sottolinea nel suo contributo luci e ombre della normativa vigente e della sua spinosa applicazione alla mediazione telematica.

Qualunque sia il bilancio odierno del concreto spiegarsi di negoziazione e mediazione in rete, nel nostro ordinamento come a livello transnazionale, un dato rimane però innegabile: comunicare, negoziare e mediare a distanza rappresenteranno sempre più la norma del nostro vivere così come ciò di cui i giuristi... vivranno. Di questo i professionisti del presente, e ancor più quelli del futuro, debbono essere coscienti, mostrandosi così pronti, sin d'ora, a (ri)pensare il proprio ruolo alla luce delle inevitabili sfide che il digitale affaccia al comunicare, negoziare e mediare da remoto. Ne consegue che anche i percorsi curriculari

universitari, formativi e selettivi dei futuri giuristi dovranno sempre più favorire l'apprendimento delle competenze necessarie a gestire con professionalità e disinvoltura questi nuovi contesti. In questo l'Università per prima è chiamata ad assumere una missione di prim'ordine, favorendo creazione e sviluppo di momenti formativi che consentano agli studenti di mettersi in gioco, sperimentando, attraverso tecniche di insegnamento e apprendimento innovative, già nelle aule universitarie, cosa significhi comunicare, negoziare e mediare in rete. Lo mette in luce, con contagiosa freschezza, Luca De Rosa, che ben rimarca le potenzialità di un insegnamento tra pari delle tecniche di negoziato e mediazione – e così di comunicazione – quale strumento di responsabilizzazione dei discenti.

Perché la rete e la digitalizzazione non sono un destino, ma anch'esse, come tanti altri, un prodotto dell'uomo, di cui egli stesso, in quanto creatore – come ben allude Mary Shelley nel suo visionario romanzo, *Frankenstein*, precursore di tante sfide dell'oggi – dev'essere responsabile, mostrandosi all'altezza della sua creazione.

Silvana Dalla Bontà
Professore Associato di Diritto Processuale civile
presso l'Università degli Studi di Trento

COMPRENDERE E VALORIZZARE IL PROPRIO STILE RELAZIONALE NELLA COMUNICAZIONE DIGITALE

*Eva Campi**

SOMMARIO: 1. *La comunicazione al tempo dell'emergenza pandemica: dalla tridimensionalità di fisicità, corporeità e sensazione alla bidimensionalità dello schermo. Tra carenze e sfide.* 2. *La differenza tra "informare" e "comunicare". I tre concetti-chiave della comunicazione: chiarezza, trasparenza, preparazione e il loro ruolo 'rafforzato' nella comunicazione digitale.* 3. *L'importanza dell'ascolto e del silenzio. "Stare in silenzio" e "fare silenzio" nella comunicazione digitale. Le insidie di un presunto multi-tasking.* 4. *Lo strumento digitale: da ostacolo a opportunità. La possibilità di autocorrezione mediante la registrazione. Il ruolo del feedback.* 5. *I nuovi orizzonti: una sfida da cogliere.*

1. La comunicazione al tempo dell'emergenza pandemica: dalla tridimensionalità di fisicità, corporeità e sensazione alla bidimensionalità dello schermo. Tra carenze e sfide

Il tema cruciale della comunicazione attraverso lo strumento telematico muove in primo luogo dall'individuazione di cosa significhi comunicare. Accade molto spesso infatti, che l'azione del "comunicare" venga confusa con quella dell'"informare". Comunicare, infatti, significa non soltanto emettere un messaggio – questo è l'informare – ma vuol dire ascoltare e ricevere riscontro da parte dell'interlocutore. È questo ulteriore passaggio che ci consente di "rispondere" al ricevente, in particolare affinando il nostro stile, il contenuto e la forma, affinché il messaggio sia recepito¹.

* Psicologa e consulente per le risorse umane, specializzata nel c.d. *intercultural management* e nelle tecniche di comunicazione inclusiva.

¹ M. PAGNI, *La comunicazione autentica*, Milano, 2013, *passim*.

Chiaro è come questa confusione di significati avvenisse ancora prima che l'emergenza pandemica giungesse a imporre un'accelerazione delle nostre competenze digitali.

Ora, alla luce della pratica più che ventennale che chi scrive ha raccolto nell'ambito della consulenza in merito alle c.dd. competenze trasversali (*soft skills*)², emerge con evidenza come i percorsi di comunicazione efficace siano quelli maggiormente richiesti da organizzazioni pubbliche e private per i propri collaboratori e *manager*.

Questo dato oggettivo – la necessità diffusa di imparare a comunicare efficacemente in età adulta – è però facilmente riscontrabile anche nella vita di qualsiasi individuo. Se si pensa anche solo ai percorsi scolastici, si può riscontrare come questi forniscano gli strumenti per imparare a scrivere e parlare. Manca, invece, nel passato come oggi, un percorso dedicato all'apprendimento della comunicazione. È materia che manca tra quelle scolastiche.

Ebbene, questa constatazione si rivela decisiva nel contesto dell'attuale situazione emergenziale. Si è costretti, infatti, a riscontrare – con un certo scoramento, invero – che si parte poco attrezzati in punto di comunicazione efficace. Tanto più oggi, che ci si trova a comunicare quasi esclusivamente attraverso uno schermo e si sente con questo di aver perso ulteriormente qualcosa: qualcosa di importante rispetto alla nostra efficacia di comunicatori. Si è persa, infatti, la tridimensionalità della fisicità, della corporeità e della sensazione, dovendoci accontentare della bidimensionalità dello schermo³.

Tuttavia, affrontare questo nuovo *status quo* focalizzandosi sulla perdita e quindi sulla difficoltà – qualcuno parla addirittura di innaturalità – della comunicazione digitale finisce per mal predisporre all'uso di questi strumenti e fa perdere la grande occasione che essa invece offre: imparare a comunicare meglio, non solo da remoto. È, questa, peraltro, una necessità, dal momento che la situazione corrente richiede di essere affrontata con coraggio visto che, nonostante i tentativi di previsione sulla durata di questa emergenza, ad oggi, nessuno conosce per quanto tempo si sarà costretti a incontrare studenti, clienti, fedeli, amici, paren-

² L. GIBLIM, *Skill with people*, New York, 2001, *passim*.

³ AA.VV., *Talk Like TED: The 9 Public-Speaking Secrets of the World's Top Minds*, London, 2014, *passim*.

ti tramite le piattaforme digitali. Dovremmo quindi smettere di comunicare fino a quando la situazione emergenziale rientrerà? Ovviamente no.

A rischiare di partire con il piede sbagliato non sono solo le persone comuni e i professionisti che attraverso la comunicazione svolgono il loro lavoro. Al contrario, questo è un rischio che si corre anche ai più alti livelli delle organizzazioni mondiali. Un esempio, noto, renderà evidenti quali insidie si annidino nella comunicazione digitale, anche in contesti a prima vista impensati. L'Assemblea Generale delle Nazioni Unite che si è tenuta a luglio del 2020 è stata definita come la "peggiore di sempre": non tanto perché i partecipanti non hanno potuto presentarsi di persona e tenere così la riunione dal vivo, ma perché la maggior parte dei relatori, anziché presenziare ai lavori e alle conferenze dell'Assemblea in modalità sincrona mediante l'uso della piattaforma, ha optato per inviare una video.

2. La differenza tra "informare" e "comunicare". I tre concetti-chiave della comunicazione: chiarezza, trasparenza, preparazione e il loro ruolo 'rafforzato' nella comunicazione digitale

Ebbene, cosa accade se la bidimensionalità del digitale viene ulteriormente privata della presenza dell'interlocutore, seppur mediata dallo schermo? La risposta è semplice: si assiste a una rinuncia all'incontro e al confronto. Si scade nell'informazione; si smette di comunicare. Quale l'alternativa? Accettare la sfida e trovare il modo di comunicare in digitale, imparando sì a utilizzare le nuove tecnologie, ma approfondendo soprattutto tre concetti-chiave della comunicazione digitale: chiarezza, trasparenza e preparazione⁴. Un approfondimento di ciascuno di questi elementi si rivela essenziale.

Muovendo dalla prima – la chiarezza – essa deve *in primis* essere ricercata con riguardo all'obbiettivo che si vuole raggiungere attraverso la propria comunicazione. In altri termini, la comunicazione deve origi-

⁴ A. FERRARI, *Comunicazione assertiva, come farsi rispettare dagli altri senza prevaricare*, Arezzo, 2016, *passim*.

nare da un obbiettivo chiaro, che emerge dalla risposta a questo semplice ma essenziale quesito: “cosa voglio che succeda dopo che avrò parlato?”. Desidero che avvenga un cambiamento nell’ambiente di riferimento; desidero che qualcuno realizzi qualcosa dopo l’invio del mio messaggio, magari qualcosa che l’interlocutore non era intenzionato a fare prima di avermi ascoltato.

Ebbene, nella comunicazione *online* chiarezza si ha se chi invia il messaggio ha la capacità di strutturarlo in modo da accompagnare l’interlocutore guidandolo passo dopo passo – processo che meglio si realizza se il mittente è in grado di veicolare il suo messaggio attraverso una storia. Più efficace è se la storia è ricca di immagini e metafore, in modo che il ricevente possa immedesimarsi e quindi comprendere pienamente il messaggio che il mittente intende trasferire.

L’impiego dello schema della storia non deve però essere abusato. Secondo elemento-chiave del comunicare è, infatti, la trasparenza che deve guidare nella conversazione. Trasparenza significa trovare la parola giusta per l’interlocutore. Per farlo è necessario chiedersi: “a chi sto parlando? Riesco a vedere il mio ricevente e ad anticipare sue possibili domande e obiezioni?”. Struttura, chiarezza e comprensione dell’interlocutore preludono la necessità di considerare la terza parola-chiave: la preparazione⁵.

Nei percorsi di sviluppo delle tecniche di comunicazione, la preparazione è la fase che più di ogni altra viene enfatizzata e che occupa il maggior investimento di tempo ed energie. È un profilo, questo, tanto più essenziale ove la comunicazione si svolge in rete.

Se può accadere, infatti, di ‘riuscire a cavarsela’, anche senza una particolare preparazione, in una riunione o in una conferenza dal vivo (soprattutto se si conosce bene la materia che ne oggetto), nella comunicazione *online* questo si rivela particolarmente rischioso ed è così un atteggiamento da evitarsi. Giungere di corsa a un incontro senza aver letto l’ordine del giorno o l’agenda è cosa che capita a chiunque almeno una volta nella vita – una situazione che comporta una sensazione a tutti nota: quella di smarrimento nei primi minuti dell’incontro. Il più

⁵ G. REYNOLDS, *Presentation Zen, Simple Ideas on Presentation Design and Delivery*, San Francisco, 2011, *passim*.

delle volte, però, ove si è in presenza, si riesce a “entrare nei contenuti dell’incontro” guardando gli altri, intercettando qualche sguardo, prendendo appunti. *Online* tutto questo è molto più difficile e complesso: da remoto è possibile fare affidamento solo su sé stessi.

In particolare, la cosa più ardua risulta rimanere focalizzati su ciò che sta succedendo. Se si arriva all’ultimo momento a un incontro, dopo una serie di riunioni in piattaforma tutte uguali, che si susseguono senza soluzione di continuità, sintonizzarsi sul canale giusto senza una previa preparazione è veramente difficile. Ove impreparata, la persona che entra nell’incontro in rete dovrà spendere tutte le sue energie per recuperare ciò di cui ha bisogno “per mettersi al passo”.

Quale ne sarà la conseguenza? Il fatto che la persona si concentrerà su di sé e ciò ostacolerà la sua capacità di ascoltare gli altri. L’esatto contrario di ciò che invece è necessario in una comunicazione in rete. Per comunicare efficacemente *online*, infatti, è indispensabile amplificare la propria percezione dell’altro, espandere l’ascolto attivo. Occorre concentrarsi sui volti degli altri, sul loro atteggiamento posturale, sulle loro voci e sui loro silenzi, per attivare quell’empatia, quella comprensione delle emozioni altrui che anche attraverso lo schermo possiamo cogliere se adeguatamente alfabetizzati emotivamente⁶. L’essere umano, infatti, comunica quasi esclusivamente il proprio stato emotivo attraverso il volto, il canale para-verbale che qualifica enormemente i contenuti del messaggio. Ne consegue che nella comunicazione da remoto si deve curare al massimo la qualità dell’immagine.

3. L’importanza dell’ascolto e del silenzio. “Stare in silenzio” e “fare silenzio” nella comunicazione digitale. Le insidie di un presunto multi-tasking

Si è detto dell’importanza dell’ascolto.

Ebbene, di rilievo è sottolineare un aspetto spesso sottovalutato affinché l’ascolto possa realizzarsi pienamente: il silenzio. E di qui una

⁶ G. NARDONE, S. BARTOLI, S. MILANESE, *Pragmatica della comunicazione digitale*, Milano, 2020, *passim*.

riflessione importante: durante un *webinar online* “stiamo in silenzio” oppure “facciamo silenzio”?

Ciò che potrebbe apparire una sottigliezza linguistica, rappresenta invece un cambio di paradigma poco esplorato. Stare in silenzio, infatti, ha a che fare con l'essere educati: se qualcuno parla, io sto in silenzio. Ma siamo sicuri di stare anche ascoltando l'interlocutore? Le ricerche dicono di no. E questo è tanto più vero nella comunicazione *online*. Qui, complici le telecamere spente e i microfoni silenziati, lo stare in silenzio è spesso foriero di disattenzione.

Fare silenzio è invece altra cosa: è un atto volontario. Si fa silenzio partendo da sé stessi, evitando la tentazione di controllare la casella di posta elettronica mentre il relatore sta parlando; di rispondere al telefono posticipando la scrittura di un messaggio elettronico. In altre parole, evitando la trappola di un presunto *multi-tasking* e, cioè, del fare più cose contemporaneamente nella convenzione che “tanto si riesce a seguire il discorso lo stesso”.

Mettersi in relazione con l'altro per comunicare efficacemente significa fare silenzio fuori e dentro di sé. Solo in questo modo si può allenare la propria capacità di essere empatici e sviluppare anche l'empatia digitale⁷.

4. Lo strumento digitale: da ostacolo a opportunità. La possibilità di autocorrezione mediante la registrazione. Il ruolo del feedback

L'Ordine degli Psicologi da anni ormai ha equiparato, da un punto di vista deontologico e di efficacia, la seduta dal vivo a quella telematica. Questo è indice della possibilità di sostituire la comunicazione *online* a quella in presenza, soprattutto quando si è impossibilitati all'incontro *de visu*. Tutto questo può avvenire solo se si è convinti che esista un modo per farlo, e così se ci si sforza di adattare il nostro stile comunicativo allo strumento digitale. È cosa difficile? Sì. Occorre mettersi in discussione? Sì. È possibile imparare? Sì.

⁷ G. GRANDI, *Virtuale è reale. Aver cura delle parole per aver cura delle persone*, Roma, 2021, *passim*.

È possibile imparare a valorizzare il proprio stile comunicativo anche da remoto: occorre soltanto iniziare ad acquisire le tecniche rammentate in precedenza e... allenarsi. Invero, lo strumento digitale può fornire un grande aiuto in tal senso. Si pensi soltanto alla possibilità di registrare i propri interventi e così di rivedersi, cosa che permette di autovalutarsi e autonomamente correggere ciò che non ha funzionato. Anzi, il rivedere una propria registrazione è uno strumento prezioso per affinare il proprio stile. Assai preferibile che guardare sé stessi, nella telecamera che ci riprende, mentre stiamo conducendo una comunicazione da remoto. Questo comportamento, infatti, porta a disconnettersi dagli altri e a focalizzarci solo su sé stessi.

Non solo. Importante è ricordare che per migliorare velocemente le proprie capacità in ogni nuovo contesto, il riscontro degli altri è una fonte preziosa e da valorizzare. Non si deve pertanto temere di chiedere un *feedback* sulla prestazione svolta: se ne gioverà la comunicazione a tutto tondo, non solo quella da remoto.

5. I nuovi orizzonti: una sfida da cogliere

La prospettiva futura è chiara: più riusciremo a concentrarci sulle possibilità che il digitale offre, maggiore sarà la capacità di superare la sfida che stiamo attraversando. Accettiamo questa sfida, consci del fatto che con la chiarezza, la trasparenza e l'autenticità il nostro messaggio può arrivare dove vogliamo⁸. Può addirittura convincere 11.000 persone a votare un candidato sconosciuto che, a causa della sua disabilità, ha potuto condurre soltanto da remoto la sua campagna elettorale. Oggi, chi l'ha fatto, è membro del Consiglio Regionale della Toscana e ha raggiunto il suo obiettivo: quello di poter cambiare il proprio contesto, sedendo a un tavolo decisionale che conta. E tutto è iniziato da ciò che è riuscito a comunicare attraverso lo schermo del suo portatile.

⁸ E. CAMPI, S. TONIOLO, *Cittadini del mondo si diventa*, Rovereto, 2019, *passim*.

COMUNICARE TRA CULTURE “MEDIANTE” E “MEDIATI DA” LA TECNOLOGIA

*Silvia Toniolo**

SOMMARIO: 1. *Comunicare in tempi e terreni ibridi.* 2. *Non parliamo “a” schermi ma comunichiamo “con” persone, nel mondo, “mediante” e “mediati” dagli schermi.* 3. *Comunicare tra culture come condizione essenziale della società multiculturale.* 4. *La diversità culturale: risorsa positiva per i complessi processi di crescita della società.* 5. *Ogni lingua è “solo” la punta dell’iceberg (culturale): alla sua base c’è molto di più.* 6. *Per ridurre lo shock culturale: educare all’interculturalità in un processo di (ri)attribuzione di nuovi significati.* 7. *Contesti culturali, contesti situazionali “neutri” e “mediati” dagli schermi.* 8. *Il linguaggio digitale “facilitatore”: per costruire ponti fra luoghi e culture diverse.*

1. Comunicare in tempi e terreni ibridi

Il presente contributo trae spunto da studi sulla comunicazione sia interculturale¹ che multimodale². Il passaggio allo schermo incide in

* Docente di Lingua tedesca presso il Centro Linguistico di Ateneo dell’Università degli Studi di Trento, traduttrice ed esperta di comunicazione cross-culturale.

¹ Si vedano a questo proposito P. BALBON, F. CAON, *La comunicazione interculturale*, Venezia, 2018; nonché D. KATAN, *Translating across cultures: An Introduction for Translators, Interpreters and Mediators*, Trieste, 1999, *passim*; G. HOFSTEDE, M. MINKOF, *Cultures and organizations-software of the mind intercultural cooperation and its importance for survival*, New York, 2010, *passim*; J. SHAULES, *The intercultural mind: Connecting culture, cognition and global living*, London, 2015, *passim*.

² Si rinvia sul punto a N.M. KLUG, H. STÖCK, *Handbuch. Sprache im multimodalen Kontext*, Berlin-New York, 2016, 30 ss., che, in maniera illuminante, concentrano l’attenzione sullo stato attuale della lingua in situazioni comunicative non solo multimediale ma multimodali, prendendo in considerazione caratteristiche psico-linguistiche verbali e non-verbali, ma anche visivo-retoriche, para-verbali, come immagini, suoni, espressioni facciali, gestualità, che vengono in gioco quando la comunicazione include diverse applicazioni tecnologiche e avviene da remoto.

questo connubio non poco sulla gestione dei canali comunicativi, imponendo a mittente e ricevente di educarsi a una nuova modalità di interazione a cui non erano abituati. Non solo, considerando diacronia e sincronia³ dell'evoluzione del linguaggio, nel presente momento storico possiamo considerare che la comunicazione stia vivendo una vera e propria rivoluzione, dettata sia da fattori di natura socio-culturale che dal passaggio 'in rete' di attività usualmente svolte in presenza.

Dalla prospettiva sincronica sulla lingua, come se la si potesse osservare mediante uno *screenshot*, risulta di vitale importanza riconoscere come, nel "passaggio in rete" delle attività tradizionalmente svolte in presenza, non accada di parlare "a" schermi ma si comunichi in ogni caso "con" persone nel mondo, caratterizzate da specifici retroterra linguistico-culturali, soltanto che "mediante" e "mediati da" gli schermi.

Le sfide implicite della comunicazione rimangono pertanto legate alle dinamiche di comprensione tra persone, per le quali l'interculturalità e il comunicare con nuove modalità dovrebbero costituire un'attitudine voluta e consapevole di pensare e ripensar(si) nel mondo. Oggi, ciò accade "mediante" il supporto di strumenti tecnologici, che rendono possibile procedere in rete, in momenti di imprevedibilità o necessità quali la pandemia, con attività per le quali non ci poteva essere alternativa in presenza.

Abbracciare il cambiamento richiede allenamento. Il momento storico attuale ha mostrato il vantaggio di chi è abituato ad aggiornare la

³ Diacronia e sincronia sono due approcci di indagine differenziati ma complementari rispetto all'evoluzione del linguaggio. L'approccio diacronico indica l'evoluzione che gradualmente e incessantemente trasforma un sistema linguistico, secondo una dinamica evolutiva: di generazione in generazione, di secolo in secolo ogni lingua è esposta al mutamento che si produce in tutti i livelli del sistema, da quello fonetico a quello morfologico, dal lessico alla sintassi. L'approccio sincronico, invece, prende a riferimento la descrizione di una determinata fase cronologica, analizzandola nel suo specifico equilibrio e assetto sistemico, a prescindere delle circostanze e dai fattori storici che lo abbiano generato. Tale svolta metodologica si ebbe per impulso del linguista ginevrino Ferdinand de Saussure (1857-1913), il quale, grazie al *Cours de linguistique générale* (CLG), edito dai suoi allievi, promosse una vera e propria rivoluzione copernicana, rivendicando la priorità della descrizione sincronica su quella diacronica dei fenomeni linguistici.

propria mentalità, il proprio c.d. *mindset*⁴, e sa così trasformare una necessità in virtù⁵ senza andare in “corto circuito”, esattamente come accadrebbe ai dispositivi elettronici ove non siano costantemente aggiornati. Il rischio per chi rimane fermo alla mentalità dell’“abbiamo sempre fatto così” è che la propria autoefficacia si trovi presto in vero e proprio pericolo, poiché l’interdisciplinarietà tra saperi, lingue, culture e tecnologia è ormai in molti paesi *the new normal* così come è una sfida per ogni professionista che voglia stare al passo con i tempi.

2. Non parliamo “a” schermi ma comunichiamo “con” persone, nel mondo, “mediante” e “mediati” dagli schermi

Se il digitale in questo senso diventa indispensabile facilitatore della comunicazione e così di avvicinamento tra persone solitamente “distanti”, è altresì vero che questo strumento ha in sé un potenziale di rischio che va riconosciuto anzitempo, affinché non diventi un pericolo.

In particolare, per prevenire il pericolo intrinseco sia allo strumento sia a interlocutori che condividono stili comunicativi connotati da valori impliciti alla loro cultura, è auspicabile che il nuovo contesto situazionale di interazione “mediato” da remoto⁶ sia definito e strutturato con consapevolezza e si mostri il più “neutro”⁷ possibile. In questo modo,

⁴ C.S. DWECK, *Mindset. Cambiare forma mentis per raggiungere il successo*, Milano, 2016.

⁵ A. SIVIERO, S. TONIOLO, C. VULCAN, *Di necessità virtù, educare in tempi ibridi. La pedagogia del rischio tra mondo reale e digitale*, Pistoia, 2020, 59, analizzano in chiave propositiva le sfide implicite ai contesti educativi, rivoluzionati dalla pandemia. Lo sguardo è volto in particolare agli adulti, che dovrebbero fungere da buon esempio per futuri, resilienti, cittadini del mondo: “I cittadini del mondo di domani partono dall’ABC: Accolgono le sfide e agiscono; Beneficiano della diversità come valore aggiunto; Comunicando in più lingue e linguaggi, sono abituati a leggere il mondo da prospettive diverse”.

⁶ G. KRESS, *What is mode?*, London, 2014, 60-75.

⁷ Il *quid novi* da un punto di vista di comunicazione interculturale implica una (ri)definizione *ex novo*, di volta in volta, indipendente dai contesti linguistico-culturali degli interlocutori, caratterizzata da apertura alle esigenze funzionali di emittente e ricevente, i quali devono sentirsi rispecchiati e rispettati per diventare co-responsabili e

emittente e ricevente si sentiranno rispecchiati nel contesto e saranno in grado di diventare co-responsabili e co-costruttori di un'interazione basata sulla fiducia, ancorché in un terreno nuovo.

Non solo. Tale terreno, che da mono- diventa sempre più interculturale e inter-connesso, va coltivato consapevolmente onde favorire la comunicazione sempre più interculturale e interdisciplinare – quand'anche la lingua franca sia l'inglese. Non da ultimo, un'apertura *nolens volens* alla tecnologia, per trasformarla in “facilitatore” di interazioni umane anziché moltiplicatore di latenti conflittualità, si rivela ulteriore competenza tutta da allenare. Si tratta di ciò che è stata definita una specifica *Netiquette*⁸, che si dovrebbe acquisire nell'educarci al buon uso degli “schermi”⁹ sì da comunicare rispettosamente “con” persone di tutto il mondo.

3. Comunicare tra culture come condizione essenziale della società multiculturale

La società multiculturale, ovvero la compresenza di persone che si differenziano tra di loro per lingua e provenienza, è un dato di fatto ormai innegabile nella nostra società. La consapevolezza comunicativa di come comunicare in modo efficace e rispettoso tra culture in maniera cross- e inter-culturale – una competenza chiave in ambiti a vocazione internazionale – non è invece ancora del tutto acquisita. Tale competenza va allenata. Allenare il pensiero a esporsi “al nuovo”, a “leggere contesti”, a intuirne e interpretarne i nuovi significati, allena a mettersi costantemente in discussione, a disinstallare per reinstallare modalità di

co-costruttori di un'interazione basata sulla fiducia, in un terreno “neutro” per entrambi. La tecnologia in questa prospettiva, se abilmente gestita, può diventare un'ottima alleata nella gestione consapevole delle dinamiche implicite ed esplicite del tavolo di lavoro.

⁸ Il termine *Netiquette* nasce dalla crasi di due vocaboli: dal francese *Etiquette*, che sta a indicare una serie di buone pratiche comportamentali con cui si identifica la buona educazione, e dall'inglese *Net*, che sta a indicare la rete, *Internet*.

⁹ Interessanti approfondimenti vengono proposti in G. XHAËT, F. DERCHI, *Digital skills. Capire, sviluppare e gestire le competenze digitali*, Milano, 2018.

pensiero più aggiornate e adatte ai tempi, a capire che ogni lingua articola il mondo in modi diversi. In altri termini, aiuta a capire che quanto prima si inizia a uscire dalle proprie certezze consolidate per aprirsi a nuovi mondi, tanto prima si svilupperà un modo versatile e creativo, e non più univoco, di vedere il mondo. Questo diventerà un valore aggiunto essenziale nella progettazione di ambienti virtuali e di tutti i tavoli di lavoro, in contesti situazionali “neutri”.

4. La diversità culturale: risorsa positiva per i complessi processi di crescita della società

Le lingue e culture dei nostri interlocutori in questa prospettiva si rivelano una risorsa preziosa. Perché ciò accada, però, la capacità di “codifica” e “decodifica” dei loro messaggi verbali, non-verbali e paraverbali, in maniera rapida, rispettosa ed efficace, deve essere preparata a monte. Solo in questo modo si potrà trasformare l’incontro in chiave (pro)positiva¹⁰, anziché renderlo uno scontro. Un percorso, questo, simile a quello che – prima della pandemia – si faceva prima di intraprendere un viaggio, per tornarne migliori e aggiornati.

Cosa significa questo concretamente?

Emittente e ricevente che provengono da culture differenti devono non solo saper gestire lo strumento linguistico (nello specifico, una o più lingue franche, per trasmettere le informazioni tecnicamente necessarie alle parti, ad esempio, per giungere a un accordo), ma anche saper trovare il canale e lo stile comunicativo adeguato al contesto, che tengano in considerazione i valori impliciti di entrambe gli interlocutori. Il

¹⁰ Conoscitore di sette lingue, Paul Watzlawick è stato filosofo, sociologo e psicologo austriaco, nato a Villach nel 1921 e morto a Palo Alto nel 2007. È stato uno dei primi studiosi a occuparsi della teoria della comunicazione umana, nonché uno dei pionieri della Scuola statunitense di Palo Alto. Nel suo testo, diventato culto, del 1967, *Pragmatics of Human Communication. A Study of Interactional Patterns, Pathologies, and Paradoxes*, formulò gli assiomi sulla comunicazione umana per i quali ancor oggi viene studiato: 1. Non si può non-comunicare; 2. Ogni messaggio contiene un livello di contenuto e uno di relazione; 3. La punteggiatura della sequenza di eventi; 4. Comunicazione numerica e analogica; 5. Interazione complementare e simmetrica.

rischio in cui incorre chi non dispone di tale consapevolezza è di non riuscire a instaurare un clima di lavoro basato sulla fiducia e sull'ascolto attivo reciproco¹¹, a causa di interferenze – i c.d. rumori – soprattutto di natura culturale.

Il presupposto per la riuscita dell'interazione sarà dunque condizionato, più che dalla gestione della lingua in sé, dalla conoscenza e dalla consapevolezza di valori sottesi, dalla gestione del detto e non-detto, del linguaggio verbale e non-verbale, degli argomenti tabù, dei tempi, modi e spazi, che variano nella loro percezione di cultura in cultura, di contesto in contesto.

Ciascun interlocutore si sentirà rispecchiato. In caso contrario, invece, ciò fatalmente non accadrà.

L'esposizione a più contesti linguistico-culturali si presta, in questa prospettiva, anche a diventare ottimo allenamento per “smuovere”¹² il pensiero, che da mono-culturale¹³ diventa così sempre più cross- e inter-culturale. Tale esposizione sospinge, infatti, ad aggiornare e rendere il pensiero più adattabile alle sfide del mondo del lavoro sempre più mutevole e complesso. Allenare il pensiero a esporsi “al nuovo”, a intuirne e (re)attribuirvi nuovi significati, allena anche a mettersi costantemente in discussione e a (re)imparare, con nuove modalità, a disinstallare per reinstallare qualcosa di più efficace e adatto ai tempi che cambiano. Non solo. Questo si rivela determinante anche per il superamento dello scetticismo legato all'uso degli strumenti tecnologici, i quali vengono in questo modo sempre più colti come mezzi che permettono l'interazione e diventano di vitale importanza in assenza di alternative.

¹¹ Si veda a riguardo, in questo volume, il contributo di Eva Campi, sulla comunicazione in rete monolingvistica.

¹² S. TONIOLO, *Autostima e soft skills: un salto oltre la comfort zone*, Rovereto, 2018, 53-70.

¹³ M. DODMAN, *Linguaggio e plurilinguismo. Apprendimento, curriculum e competenze*, Trento, 2013.

In questo senso aiutano i principi della pedagogia interculturale¹⁴. Essa, infatti, aiuta ad apprendere a gestire positivamente la diversità culturale, valorizzando al meglio le competenze e le potenzialità implicite al plurilinguismo. Ne deriva un atteggiamento disposto a mettersi in discussione costruttiva e in ascolto attivo: la varietà linguistico-culturale degli interlocutori diventa quindi una risorsa essenziale per i complessi processi di crescita della società.

5. Ogni lingua è “solo” la punta dell’iceberg (culturale): alla sua base c’è molto di più

La lingua in sé è metaforicamente come la punta di un *iceberg*. Il linguaggio verbale e non-verbale ne costituiscono la sua parte visibile, quella esplicita. Essa costituisce il ponte ideale che permette la comunicazione a tutti i livelli, personale, sociale, lavorativo. È, tuttavia, la parte sommersa dell’*iceberg* quella più consistente, costituita da dimensioni culturali caratterizzanti il detto, il non-detto, gli argomenti tabù, “quanto” dire o non dire.

È necessario quindi dedicare un esame più approfondito a tale immagine, elaborata dagli antropologi Kluckhohn¹⁵ e Strodbeck e successivamente arricchita dagli studi di Hofstaede, Bracke e Hall, relativi alla definizione del concetto di cultura.

Quando si parla di lingua non materna, la conoscenza della sua fonetica, del lessico e della morfosintassi non basta. Oltre alla conoscenza della lingua in sé, per raggiungere un reale livello di sua padronanza comunicativa e di gestione in relazione ai c.d. contesti situazionali, è fondamentale considerare le enormi differenze culturali che entrano in gioco quando si parla. Il rischio di incomprensione, infatti, può diventare un vero pericolo: la collisione con la parte implicita, quella più con-

¹⁴ A questo proposito v. A. PEROTTI, *La via obbligata dell’interculturalità*, Bologna, 1994, 17-8; C. SIRNA TERRANOVA, *Pedagogia interculturale. Concetti, problemi, proposte*, Milano, 1997, 14.

¹⁵ Approfondimenti in D. KATAN, *Translating across cultures: An Introduction for Translators, Interpreters and Mediators*, Trieste, 1999; F. KLUCKHOHN, F.L. STRODTBECK, *Variations in Value Orientations*, Westport, 1961.

sistente, la base dell'*iceberg*. Ciò avviene allorché non la si sia (ri)conosciuta in tempo utile. Si rischia, cioè, di andare incontro a quello che sociologi e antropologi hanno chiamato “*shock culturale*”, ovvero il disorientamento, non necessariamente solo fisico, in un ambiente sociale e culturale sconosciuto.

Di fatto ciascuna cultura varia nella sua base dell'*iceberg* sotto diversi profili:

- *nella percezione dei ruoli e della distanza sociale* – ovvero dell’interazione che le persone instaurano tra loro in ambito privato e pubblico. Alcune culture richiedono sotto tale profilo un elevato grado di formalità, incluso il rispetto per la parità di genere, esplicitato anche attraverso un linguaggio declinato al femminile. Il contatto di vicinanza (fisico) come gli apprezzamenti estetici non vengono assolutamente contemplati né apprezzati.
- *nella percezione di individualismo o collettivismo* – ovvero del rapporto tra la singola persona e gli altri, e quindi della propensione (più o meno spiccata) a condividere idee, progetti, esperienze proprie con gli altri. Esistono culture più orientate all’individualismo, in cui si esaltano valori quali quelli di *self-made man* o *woman*. Al contrario, altre prediligono lo sviluppo di idee collettive e condivise.
- *nella percezione dell’incertezza* – ovvero del grado con cui le persone appartenenti a una cultura sono disposte ad accettare l’imprevedibile, gli imprevisti e l’incertezza delle proprie scelte, decisioni, del mondo che cambia.
- *nella percezione dell’azione, dello spazio, del tempo* – ovvero della prossemica come del modo in cui le persone strutturano inconsapevolmente il loro spazio pubblico e privato nelle loro interazioni quotidiane; nonché del tempo (si pensi all’accettazione o meno del ritardo dei c.d. cinque minuti).
- *nella percezione del grado di esplicitazione delle informazioni* – a riguardo della quale Hall introdusse la distinzione tra *culture ad alto* e *basso contesto*. A seconda del retroterra culturale di appartenenza, varia, infatti, il livello di necessità di esplicitazione delle informazioni. Le culture germanofone tendono, ad esempio, all’esplicitazione dettagliata con riguardo alle informazioni relative alla scansione del tempo, dello spazio e dell’azione. Per intenderci, un concetto

quale “la stazione ferroviaria è subito qui vicino”, in queste culture ha bisogno di venir esplicitato con l’indicazione dei metri di distanza. Lo stesso vale per i famosi “cinque minuti”. Ne varia la percezione in base al mezzo utilizzato (la macchina, la bicicletta, i mezzi pubblici): nelle culture germanofone il concetto necessita di precisazione. Non solo. La puntualità stessa nella percezione dei “cinque minuti” varia di cultura in cultura. Esserne consapevoli evita impacci. Il grado di esplicitazione delle informazioni è appunto un fattore culturale.

Educar(si) pertanto ai tratti distintivi e caratterizzanti della propria lingua in relazione alle altre, sia a livello verbale che non-verbale e para-verbale – sviluppando consapevolezza delle dimensioni culturali caratterizzanti il detto, il non-detto, i tabù, “quanto” dire o non dire, la percezione del pensiero divergente dal proprio – è una sfida aperta di tutti i tavoli di lavoro a vocazione internazionale. E vincerla non è così scontato.

Saper accogliere pensieri divergenti, interpretarli e trasformarli da necessità (di comprensione) in virtù, con il coraggio di uscire da una dimensione monoculturale, caratterizzata da contesti noti e “sicuri”, muovendosi verso terreni nuovi, è senz’altro un valore aggiunto e un *quid novi* tutto da esplorare. Si tratta di un vero salto per uscire dalla *zona di comfort del monolinguisimo*, che fa sentire “al sicuro”, dà delle (pseudo-)certezze. Un salto che consente di cogliere in chiave propositiva sfide di cui non si può conoscere preventivamente l’entità e che porterà pertanto innovazione al contesto dal quale si proviene: farà sì che risulti più semplice definirne di nuovi, di neutri, quando il contesto situazionale lo richiede.

Viceversa, non spingersi oltre contesti noti, così come la poca conoscenza delle “dimensioni culturali”, possono causare non solo enormi malintesi e potenziali conflitti, ma anche il c.d. *shock* culturale, dovuto alla mancata conoscenza di quanto non rientra nella propria *forma mentis*. Per prevenirlo, la psicologia e la sociologia portano all’attenzione degli interculturalisti il c.d. processo di ri-attribuzione.

6. Per ridurre lo shock culturale: educare all'interculturalità in un processo di (ri)attribuzione di nuovi significati

Il processo di attribuzione riguarda la percezione che ogni persona ha del comportamento degli altri, che a sua volta è influenzata da fattori personali e culturali, legati agli usi e costumi del contesto linguistico-culturale di provenienza¹⁶. Diversamente, il processo di ri-attribuzione implica la revisione e un “aggiornamento” critico e costruttivo del proprio c.d. *mindset*. Una “attribuzione” non meditata e poco critica dei modelli di comportamento porta a distorsioni cognitive che, pur condivise dalla collettività, possono causare pregiudizi e stereotipi nei confronti di quanto non è noto. Tale atteggiamento di tensione porta a uno stato di *stress* permanente, che si ripercuote su tutti gli ambiti della vita.

Il processo di “ri-attribuzione” consiste invece nel dare un nuovo significato a eventi ed esperienze nuove, nel riconoscere e controllare le reazioni emotive di fronte a ciò che è “nuovo” e che non rientra nella propria “mappa cognitiva”, senza giudicare l’interlocutore semplicemente perché non lo si conosce e fa qualcosa che non si riesce a comprendere subito.

7. Contesti culturali, contesti situazionali “neutri” e “mediati” dagli schermi

La responsabilità di interagire in termini e contesti interculturali è pertanto una sfida aperta, tutta da esplorare e da aggiornare, cui vanno attribuiti nuovi significati, per muoversi agilmente di contesto in contesto, sia esso in presenza o *online*. Si tratta di attività cui ogni professionista dovrebbe educarsi.

Un pensiero e un atteggiamento interculturali maturi sono consapevoli del proprio e altrui *contesto culturale*, di tutto il retroterra di informazioni – *the total cultural background in which a text unfolds*¹⁷ – riguardanti i valori impliciti degli interlocutori in una particolare situa-

¹⁶ In D. KATAN, *Translating across cultures*, cit.

¹⁷ Approfondimenti ancora *ibidem*.

zione comunicativa. In altri termini, pensiero e atteggiamento interculturali maturi sono consapevoli del c.d. contesto situazionale all'interno del quale le persone appartenenti a un sistema culturale (ri)modulano, di volta in volta, il c.d. *setting* al fine di comunicare, con specifiche finalità, efficacemente e rispettosamente.

L'obiettivo di ogni professionista che operi in ambito internazionale è proprio quello di (ri)conoscere e gestire anzitutto la cultura implicita dei propri interlocutori, di cui la lingua appunto è “soltanto” la punta dell'*iceberg*.

In quest'ottica, comunicare con consapevolezza e responsabilità cross- e inter-culturale significa non solo disporre dello strumento linguistico, ad esempio la lingua inglese come lingua franca, ma soprattutto della competenza di leggere rapidamente i “contesti”, comprenderne le regole implicite, rispettare e agire in sistemi valoriali diversi dai propri, attribuendo nuovi significati al *setting* stesso e (ri)creando contesti neutri onde far interagire, in un clima di fiducia, tutti gli interlocutori.

Non solo. Proprio perché quando si agisce in ambito internazionale, soprattutto se “mediati” da schermi, tra parti che provengono da contesti diversificati, comunicare in maniera efficace significa sempre e in ogni caso comunicare “con” persone, si deve prestare attenzione a tutta una serie di fattori. Bisogna riconoscere i rispettivi valori impliciti, oltre che definire con accuratezza il *tenor* (tenore), e cioè il ruolo e le caratteristiche dell'interazione che si instaura tra gli interlocutori; il *mode* (modo), e cioè l'organizzazione simbolica, il canale e mezzo utilizzati dall'emittente nel processo comunicativo; lo *spatial setting*, ossia il luogo in sé in cui avviene l'incontro di lavoro, sempre più spesso *online*; il *temporal setting*, ossia il tempo di cui si stima avere bisogno per lo svolgimento dell'incontro.

8. Il linguaggio digitale “facilitatore”: per costruire ponti fra luoghi e culture diverse

Nel nuovo terreno ibrido del digitale, in cui le barriere spazio temporali vengono abbattute, in cui ogni professionista ha il mondo a portata di mano, di un *click*, una buona pianificazione, imposta peraltro

dallo *spatial e temporal setting* di attività e incontri svolti *online*, può facilitare la comunicazione. In altri termini, lo svolgimento *online* della comunicazione può facilitare un'attribuzione di nuove modalità, in cui le differenze intrinseche alla cultura implicita vengono appianate.

La consapevolezza di tale svolta – considerando che lo sviluppo di competenze digitali si è trasformato da possibilità in necessità per professionisti sempre più competitivi in ambito internazionale – è cruciale e poggia inevitabilmente sulla conoscenza dei valori impliciti di cui si è detto nelle pagine a precedere. Questo non significa creare stereotipi né giudizi di valore, ma trovare una nuova “via” di interpretazione “neutra” che riduca le differenze.

Nell'accettare la sfida di rendere la rete un luogo di potenzialità e affinché l'apporto virtuale le “aumenti” – pur nella consapevolezza che esso non potrà mai sostituire le esperienze del mondo reale – ci si trova ora tutti un po' “equilibrati”, chiamati a costruire ponti tra passato, futuro e persone. In questo modo la dimensione virtuale è e diventa un luogo virtuoso, dalle molte opportunità, per continuare a rimanere in contatto, studiare e lavorare.

Partendo da tale presupposto, alla luce della distinzione più sopra richiamata tra culture ad alto e basso contesto disegnata da Hall, è dato riscontrare che quando si è “mediati” dagli schermi, quand'anche influenzati culturalmente, le modalità comunicative vanno aggiornate e ri-definite a seconda degli interlocutori in contesti situazionali neutri.

Ad esempio, gli interculturalisti ritengono che la forza di uno stile comunicativo lineare, a basso contesto, possa risiedere nella realizzazione efficiente di interazioni, mentre il suo limite stia nello sviluppare una relazione fredda e poco inclusiva. Ora, da una prospettiva sincronica, possiamo affermare che il potenziale della comunicazione *online*, mediata dagli schermi, possa facilitare la costituzione di una relazione, creare fiducia senza perdersi in lungaggini poiché comunicare in rete implica nuovi *setting* a sé stanti.

D'altronde, in rete, in *settings* che richiedono una gestione efficace del tempo, comunicare mediante uno stile contestuale alto porterebbe inevitabilmente a fraintendimenti. Per questo, più adatto potrebbe risultare lo stile comunicativo culturale lineare, e così a basso contesto, che esclude preamboli, definiti anche come giri di parole, in cui le informa-

zioni vengono veicolate chiaramente, senza lasciare spazio all’interpretazione, propendendo pertanto per l’enfaticizzazione ed esplicitazione, per enunciati strutturati in modo chiaro onde non “far perdere tempo”, per l’orientarsi al *problem-solving*. Per evitare fraintendimenti, il canale non-verbale passa in secondo piano.

In questo senso, un esempio sarebbe offerto dalla cultura germanofona, che tende a favorire una comunicazione diretta, puntuale ed esplicita, lineare e senza troppi giri di parole che potrebbero venire percepiti come delle ambiguità. La creazione di contenuto avviene nel rispetto del proprio turno, restando in ascolto attivo ma silenzioso, non per freddezza, ma perché la struttura linguistica non permette il c.d. parlarsi sopra. La tendenza a non lasciare nulla di imprecisato, a rispondere a priori a tutte le potenziali domande del futuro cliente è inoltre strettamente connessa a quella che Hofstede, nella sua particolare classificazione degli orientamenti culturali, definisce *uncertainty avoidance*, ovvero l’avversione al rischio e l’intenzione di fuggire ogni dubbio ed evitare ogni incertezza.

Ciò detto, come ben sottolineano le teorie dei più autorevoli interculturalisti, rimane essenziale, anche nella comunicazione *online*, trovare punti di (ri)attribuzione e di compromesso¹⁸. In questo, prendere coscienza degli stili comunicativi, degli argomenti e degli atteggiamenti tabù, delle dinamiche, culturalmente influenzate, rappresenta il primo fondamentale passo per aggiornare la competenza interpersonale e cross-culturale. Contestualizzare il proprio stile comunicativo – verbale, non-verbale e para-verbale – rispetto all’interlocutore per scegliere consapevolmente la chiave interpretativa più adatta, renderà l’interazione efficace, contribuirà a instaurare un clima di lavoro improntato alla fiducia e preserverà da inutili perdite di tempo.

Ebbene, prepararsi alla trasformazione digitale della comunicazione (anche interculturale) è essenziale per stare al passo con i tempi, ma questo richiede cambiamenti di mentalità non realizzabili in tempi rapidi¹⁹. L’obiettivo è però importante: lo scopo dello studio della comuni-

¹⁸ Si veda a questo riguardo S. BOCHNER, *The mediating person: Bridges between cultures*, Cambridge, 1981, *passim*.

¹⁹ A questo proposito risulta illuminante la lettura di G. XHAËT, F. DERCHI, *Digital skills. Capire, sviluppare e gestire le competenze digitali*, cit., e A. CALVELLI,

cazione tra culture, “mediati” dagli schermi, infatti, oltre allo sviluppo della consapevolezza e del rispetto per stili alternativi, dev’essere quello di sviluppare una competenza inclusiva, senza giudizi di valore.

Interpretare in maniera rigida caratteristiche culturali, che per definizione rigide non possono essere, comprometterebbe d’altronde la riuscita della comunicazione stessa che sta diventando quotidianamente non solo multi- ma sempre più inter-culturale. Lo stesso Brake mette in guardia i propri lettori ammonendo “don’t lock yourself into the information given here. Always be open to new information”. Non solo. Considerato che gli schermi esprimono e riflettono gran parte delle dinamiche culturali, è essenziale “contestualizzarne” l’uso ed educarsi alla gestione di tali strumenti. In questo modo, grazie alla loro forza propulsiva intrinseca, essi, anziché casuali frutti di un destino da subire, verranno usati con consapevolezza e diventeranno facilitatori della creazione di “ponti tra persone”, in cui spazio, tempo, ruoli e dimensioni culturali vengono ben calibrati. Si permetterà così il contatto tra individui in maniera efficace e rispettosa, in momenti in cui non vi sono alternative. La tecnologia diventerà sede di un’interessante contaminazione tra saperi, gestita da ciascun individuo con consapevolezza, e di un’educazione a “creare ponti” anziché conflitto²⁰.

C. CANNAVALE, *Competenze culturali e internazionalizzazione delle imprese*, Torino, 2013.

²⁰ Per approfondimenti sulla contaminazione e sulla *network inclusion* v. G. XAËT, *#contaminati – connessioni tra discipline, saperi e culture*, Milano, 2020, 63-91.

UNA GIUSTIZIA “CO-ESISTENZIALE” ONLINE NELLO SPAZIO GIURIDICO EUROPEO?

SPUNTI CRITICI SUL PACCHETTO ADR-ODR PER I CONSUMATORI

*Silvana Dalla Bontà**

SOMMARIO: 1. Premesse introduttive: dalla comunicazione in rete al negoziare e mediare da remoto. Un passaggio delicato. 2. Le spinte euro-comunitarie a una soluzione extragiudiziale online delle controversie: dal Libro Verde del 1993 sull'accesso alla giustizia dei consumatori alla Direttiva sul commercio elettronico. Il luogo-non luogo della rete quale sede di conclusione del contratto e soluzione delle controversie nate da sua mancata o inesatta esecuzione. 3. Dalla Direttiva 2008/52/CE al c.d. Pacchetto ADR-ODR per i consumatori: il crescente interesse dell'Unione europea per la soluzione stragiudiziale del contenzioso consumeristico (anche) online. 4. Ragioni, obiettivi e architettura del c.d. Pacchetto ADR-ODR per i consumatori. 4.1. La Direttiva ADR per i consumatori: tra (obiettivo di) alta protezione dei diritti del consumatore e minimi (troppo minimi?) standard di qualità degli organismi e della procedura ADR. 4.2. Il Regolamento ODR per i consumatori: il lancio della Piattaforma ODR e il suo operare. 5. La Piattaforma ODR: un meccanismo di Online Dispute Resolution? 6. I riscontri empirici sull'impiego della Piattaforma ODR e le reazioni della Commissione dell'Unione europea. I recenti interventi di aggiustamento della Piattaforma ODR. 7. Il c.d. Pacchetto ADR-ODR e la Piattaforma ODR: verso una giustizia “co-esistenziale” online nello spazio giuridico euro-unitario? 8. Le (numerose) criticità dello ‘schema ADR’ disegnato dalla Direttiva ADR per i consumatori. 8.1. Su indipendenza, imparzialità e trasparenza degli organismi ADR: il punctum dolens delle modalità di finanziamento. 8.2. Sulla competenza dei soggetti incaricati della procedura ADR e sua equità e legalità: quali garanzie per attuazione, sviluppo e pubblicità del diritto a tutela del consumatore? 8.3. Sulla volontarietà delle procedure ADR. Il problema dell'effettiva partecipazione del professionista. 9. Le perplessità sollevate dal “dialogo diretto” (direct talk) tra consumatore e professionista introdotto dalla modifica alla Piattaforma ODR. 10. ADR-ODR e alta

* Professore Associato di Diritto Processuale civile presso l'Università degli Studi di Trento.

protezione dei diritti del consumatore: un binomio difficile. Quali le sfide future?

1. Premesse introduttive: dalla comunicazione in rete al negoziare e mediare da remoto. Un passaggio delicato

La comunicazione tra individui si atteggia assai diversamente allorché abbia luogo ‘in presenza’ o ‘da remoto’. Ove ‘in rete’, infatti, essa apre nuove e importanti sfide agli interlocutori, che di queste debbono essere accortamente consapevoli, tanto più nel caso in cui la comunicazione *online* dalla dimensione domestica, *i.e.* mono-linguistica e mono-culturale, muova a quella multi-linguistica e cross-culturale.

Se ciò è stato da più parti messo in evidenza con acutezza¹, è dato riscontrare come non meno complesse si presentino le questioni che segnano una delle possibili evoluzioni della comunicazione in rete: il negoziato e/o la mediazione da remoto, dirette a risolvere un conflitto, e quindi una controversia, tra due o più parti. In tal caso, infatti, ai problemi comunicativi che il negoziato e la mediazione a distanza inevitabilmente portano con sé, si aggiungono le questioni più squisitamente giuridiche – e, prima ancora, di politica del diritto – che la scelta della rete per la soluzione del conflitto implica.

A questi specifici profili volge attenzione il presente contributo, eleggendo a campo di indagine un ben preciso settore della soluzione extragiudiziale *online* delle controversie: quello relativo al contenzioso consumeristico nello spazio giuridico euro-unitario, disciplinato oggi dal c.d. Pacchetto ADR-ODR per i consumatori (e relative normative nazionali di implementazione adottate dai singoli Stati Membri), di cui più nel dettaglio si dirà nei paragrafi a seguire.

¹ Si vedano a riguardo, in questo volume, rispettivamente, i dettagliati contributi di Eva Campi, sulla comunicazione in rete mono-linguistica e mono-culturale, e di Silvia Toniolo, sulla comunicazione da remoto pluri-linguistica e cross-culturale.

2. Le spinte euro-comunitarie a una soluzione extragiudiziale online delle controversie: dal Libro Verde del 1993 sull'accesso alla giustizia dei consumatori alla Direttiva sul commercio elettronico. Il luogo-non luogo della rete quale sede di conclusione del contratto e soluzione delle controversie nate da sua mancata o inesatta esecuzione

In una prima indagine tesa a individuare le questioni giuridiche sottese alla previsione di vie di soluzione stragiudiziale in rete delle controversie civili, e in particolare consumeristiche, l'elezione della prospettiva euro-comunitaria (e quindi euro-unitaria) si mostra scelta obbligata. È questo, infatti, l'angolo visuale che tra tutti si impone a chi voglia interrogarsi su orizzonti e sfide che mezzi di soluzione delle liti alternativi al processo avanti al giudice statale schiudono, allorché essi si svolgono non in presenza, ma da remoto.

È risaputo, infatti, come la spinta decisiva a introdurre e disciplinare una giustizia in rete, altra rispetto a quella offerta dalle corti statali, sia senz'altro giunta dalla Comunità europea prima, Unione europea poi. E la cosa, invero, non stupisce. Essa è stata naturale e logico corollario del perseguimento del fine ultimo della CE, poi UE: la creazione e promozione di un Mercato Unico europeo, un mercato che con l'avvento del commercio elettronico si è esteso sempre più dalla dimensione in presenza a quella da remoto.

È così accaduto che, come per favorire la fiducia del consumatore nel Mercato Unico 'in presenza', la CE, sin dal Libro Verde del 1993 sull'accesso alla giustizia dei consumatori², aveva incoraggiato l'impiego di metodi alternativi al processo di soluzione delle controversie con-

² Si tratta del Libro Verde sull'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico, COM(93) 576 def., del 16 novembre 1993. Sulla stessa linea, v. il successivo Libro Verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale, COM(2002) 196 def., del 19 marzo 2002, che ribadisce a chiare lettere come l'accesso alla giustizia possa beneficiare di un netto miglioramento grazie ai c.d. metodi ADR (*Alternative Dispute Resolution*), che vengono così identificati quali una delle priorità politiche per le istituzioni dell'UE, in quanto strumenti al servizio della pace sociale, basati su una procedura flessibile e poco costosa nonché sul consenso delle parti, e per questo votati a una soluzione della lite compatibile con la prosecuzione della loro relazione.

sumeristiche – perché avvertiti come più agili, economici e rapidi della via giurisdizionale³ – così fatalmente è stato anche con l'avvento e l'incalzante diffusione dell'*e-commerce*. Se già la Raccomandazione 2001/310/CE sui meccanismi consensuali di risoluzione delle controversie di consumo comprendeva tra tali strumenti anche quello per via elettronica⁴ – sì da facilitare una conclusione amichevole del contenzioso a prescindere dal luogo in cui i litiganti fisicamente si trovino – il riferimento a una composizione in rete della lite diveniva ancora più esplicito nella Direttiva sul commercio elettronico (Direttiva n. 2000/31/CE)⁵. Questa, nell'occuparsi dell'armonizzazione delle normative statali sui servizi resi dalle società di informazione, prevede, infatti, al suo art. 17, che in caso di dissenso tra prestatore e destinatario del servizio della società di informazione, la legislazione degli Stati membri non debba ostacolare l'uso, “anche per vie elettroniche adeguate”, di strumenti di

³ Il Libro Verde del 1993 cit., III.A.2.a, evidenzia puntualmente la costellazione di spinosi problemi generati dal contenzioso transfrontaliero consumeristico (ma non solo) e destinati a ostacolare la creazione del Mercato Unico. Le liti transfrontaliere, infatti, trovano, nel cammino della soluzione giurisdizionale, “barriere” specifiche e supplementari rispetto a quelle che segnano la decisione di vertenze meramente domestiche, in ragione dell'inevitabile coinvolgimento di più giurisdizioni e così di una pluralità di sistemi processuali. Di qui, la necessità di promuovere vie di soluzione delle liti consumeristiche transfrontaliere diverse dal processo: queste, infatti, vengono viste come meno esose nonché più accessibili e veloci, non ponendo, oltre al resto, questioni relative all'individuazione del *forum* competente e dello *jus* applicabile alla controversia.

⁴ È la Raccomandazione della Commissione, del 4 aprile 2001, sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo, pubblicata in *Gazz. uff. CEE*, L 109 del 19 aprile 2001, 56 ss., che alla luce della varietà di procedure stragiudiziali di soluzione del contenzioso consumeristico presenti negli Stati membri, si preoccupa di fissare minimi *standard* in tema di imparzialità, trasparenza, qualità ed efficacia della procedura, nel tentativo di offrire una copertura uniforme delle ADR in tutto lo spazio giuridico comunitario. Nella consapevolezza delle potenzialità aperte dal commercio elettronico (v. cons. 2, 5 e 6), la Raccomandazione estende l'applicazione di quei minimi *standard* anche alle procedure stragiudiziali svolte per via elettronica: anzi, ne auspica la promozione (v. cons. 12 e lett. C.2).

⁵ Si tratta della Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno, pubblicata in *Gazz. uff. CEE*, L 178 del 17 luglio 2000, 1.

soluzione stragiudiziale delle controversie previste da altre normative nazionali⁶.

Si faceva così strada, nella mente e nella penna del legislatore comunitario, la convinzione che lo svolgersi del commercio *online*, mediante la conclusione da remoto di contratti tra professionista e consumatore, reclami un utilizzo della rete anche nella fase patologica del rapporto contrattuale, ovvero nel momento di sua mancata od inesatta esecuzione⁷. Il luogo-non luogo in cui il contratto tra professionista e consumatore si conclude, cioè, viene via via percepito come la sede più adeguata anche per la soluzione delle controversie che da esso nascono⁸.

L'intuizione lasciava (e sino ad oggi lascia) aperta, però, la questione dell'effettiva protezione del consumatore ove il contenzioso che lo investa venga risolto stragiudizialmente per via telematica. Protezione

⁶ L'articolo prosegue nel ricordare agli Stati membri che gli organi di composizione stragiudiziale delle controversie di cui nel testo, in particolare ove vedano come parte un consumatore, debbono operare nel rispetto di adeguate garanzie per i soggetti coinvolti. La Direttiva sul commercio elettronico rinvia quindi ai minimi *standard* di qualità fissati dalla citata Raccomandazione 2001/310/CE.

⁷ Così felicemente F. MANCINI, *Mercato, regula iuris e giurisdizione nazionale nel fenomeno ODR*, in E. MINERVINI (a cura di), *Le online dispute resolution (ODR)*, Napoli, 2016, 15 ss., prec. 27, secondo cui “l'offerta di un servizio di risoluzione delle controversie, ingenerate da negozi di commercio elettronico, che sia omogeneo al rapporto *online* è elemento essenziale nello svolgimento dei rapporti economici in rete”.

⁸ In altri termini, nel caso di traffici economici *online* l'esigenza che emerge è quella di offrire uno strumento informale, duttile, economico e rapido, che sia coerente con i caratteri dei negozi da cui sorgono le controversie alla cui soluzione tale strumento tende. Quasi che le controversie nate in rete rifuggano da un sistema di risoluzione esterno a quell'ambiente virtuale in cui è sorto il rapporto economico investito dalla lite e cerchino una composizione mediante le stesse modalità con le quali è stato concluso il contratto: così, ancora, con acuta intuizione, F. MANCINI, *op. ult. cit.*, 34, 38-39; nonché F. FORGILLO, *La giustizia telematica. Le Online Dispute Resolution*, in D. VALENTINO (a cura di), *Manuale di diritto dell'informatica*, III ed., Napoli, 2016, 615 ss., secondo cui non avrebbe senso garantire la fulmineità delle transazioni commerciali ove poi, in un'asimmetria tra fasi contrattuale e patologica, nella gestione delle controversie che da quelle transazioni nascono, si dovessero necessariamente seguire “pastoie e regole sacramentali” del processo. Questo, infatti, con le sue regole e cadenze sarebbe incompatibile con libertà, informalità, ubiquità che caratterizzano la rete e i rapporti che in essa si creano.

del consumatore che, nello spazio giuridico europeo – diversamente che in altri ordinamenti, uno tra tutti quello statunitense⁹ – si pone tra gli obiettivi enunciati dai Trattati sul Funzionamento dell’Unione europea come dalla sua Carta dei diritti fondamentali¹⁰.

Di qui, l’interrogativo attorno cui ruota, in modo dubitativo quanto provocatorio, il presente scritto: si è innanzi alla progressiva realizzazione, a partire dal contenzioso consumeristico, di una giustizia “co-esistenziale” *online* nello spazio giuridico euro-unitario? Il quesito, di non poco conto, merita la dovuta attenzione, anche e soprattutto alla luce dei più recenti interventi dell’Unione europea sulla soluzione in rete delle controversie che coinvolgono il consumatore.

3. Dalla Direttiva 2008/52/CE al c.d. Pacchetto ADR-ODR per i consumatori: il crescente interesse dell’Unione europea per la soluzione stragiudiziale del contenzioso consumeristico (anche) online

Sospinto dalle diverse, e fors’anche contrapposte, esigenze più sopra menzionate, non è un caso che il legislatore euro-unitario sia tornato da ultimo sul tema del contenzioso consumeristico – in particolare sorto da

⁹ Per un raffronto tra approcci europeo e statunitense rispetto alla posizione del consumatore e alla scelta di politica di diritto di riservargli o meno una tutela di riguardo, con particolare attenzione all’incidenza del diritto internazionale privato sul punto, v. R.A. BRAND, *The Unfriendly Intrusion of Consumer Legislation into Freedom to Contract for Effective ODR*, in M. PIERS, H. STORM, J. VERHELLEN (eds.), *Liber Amicorum J. Erauw*, Cambridge-Antwerp-Chicago, 2014, 365 ss. A segnare la distanza tra i ‘due mondi’ basti peraltro qui ricordare la nota giurisprudenza della Corte Suprema federale statunitense in tema di clausole di scelta del foro apposte a contratti con consumatore, che non dà rilievo alla qualifica di quest’ultimo quale consumatore e conferma così la validità della clausola, ancorché inserita a caratteri minuscoli nel retro di un biglietto da crociera: *Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute*, 499 U.S. 972 (1991).

¹⁰ È ciò che stabiliscono l’art. 169, par. 1 e par. 2, lett. a) del Trattato sul Funzionamento dell’Unione europea (TFUE), secondo cui l’Unione deve contribuire ad assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori mediante misure adottate a norma dell’art. 114 TFUE; nonché l’art. 38 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, che ricorda come nelle politiche dell’Unione deve essere garantito un livello elevato di protezione dei consumatori.

commercio elettronico – con una disciplina *ad hoc*, cui in questa sede si dirigerà l’indagine.

A cinque anni dall’adozione della Direttiva 2008/52/CE sulla mediazione civile e commerciale¹¹, ‘generalista’ nel suo ambito applicativo – non indirizzandosi al solo contenzioso consumeristico – e silente sulla mediazione svolta in rete¹², il legislatore dell’Unione europea adotta, infatti, il c.d. Pacchetto ADR-ODR¹³. Questo, costituito dal binomio normativo della Direttiva n. 2013/11/UE (c.d. Direttiva ADR per i consumatori)¹⁴ e del Regolamento UE n. 524/2013 (c.d. Regolamento ODR per i consumatori)¹⁵, ha avuto da ultimo richiamo nel c.d. *New Deal* per i consumatori dell’aprile 2018, che ne auspica un rilancio e/o ampliamento applicativo¹⁶.

¹¹ Si tratta della Direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, pubblicata in *Gazz. uff. UE*, L 136 del 24 maggio 2008, 3 ss., che segue al Libro Verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale, COM(2002) 196 def., del 19 marzo 2002, il quale, superando il citato Libro Verde del 1993 dedicato all’accesso alla giustizia dei consumatori, allarga l’orizzonte a tutto il contenzioso civile e commerciale e ribadisce, in questo più esteso perimetro, come l’accesso alla giustizia possa essere, in generale, migliorato grazie all’introduzione e promozione di c.d. metodi ADR. Questi hanno quindi merito di diventare una priorità politica per le istituzioni dell’UE.

¹² Tale silenzio non significa tuttavia esclusione della mediazione in rete, quanto piuttosto possibilità di sua introduzione e disciplina a discrezione degli Stati membri.

¹³ Ricostruisce con puntualità l’*iter* di tale ‘Pacchetto’ G. GIOIA, *L’uniforme regolamentazione della risoluzione alternativa delle controversie con i consumatori*, in *Contr. Impr.*, 2016, 501 ss.

¹⁴ È la Direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la Direttiva 2009/22/CE (Direttiva sull’ADR per i consumatori), pubblicata in *Gazz. uff. UE*, L 165 del 18 giugno 2013, 63 ss.

¹⁵ Si tratta del Regolamento (UE) n. 524/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, relativo alla risoluzione delle controversie *online* dei consumatori e che modifica il Regolamento (CE) n. 2006/2004 e la Direttiva 2009/22/CE (Regolamento sull’ODR per i consumatori), pubblicato in *Gazz. uff. UE*, L 165 del 18 giugno 2013, 1 ss.

¹⁶ Il *New Deal* per i consumatori costituisce l’oggetto della Comunicazione della Commissione UE al Parlamento, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo, dell’11 aprile 2018, COM(2018) 183 final. Tale Comunicazione (punti 1.1 e 1.2)

Si tratta invero di un ‘pacchetto’ normativo dagli obiettivi ambiziosi, che inevitabilmente riaccende l’interesse per il quesito di fondo che dà titolo a questo scritto e poc’anzi si richiamava. È esso in grado di realizzare *online* quella giustizia “co-esistenziale” spesso evocata quando si discorre di metodi alternativi al processo di soluzione del conflitto, citando chi tale espressione coniò, *i.e.* Mauro Cappelletti e una delle declinazioni del suo *Access-to-Justice Project*¹⁷?

La risposta al quesito è articolata, visti i non pochi spinosi profili che questo involge, e deve muovere da un attento esame dell’architettura disegnata da Direttiva ADR e Regolamento ODR per i consumatori.

evidenzia come, pur vantando l’UE “le norme più rigorose al mondo in materia di protezione dei consumatori”, le sfide del nuovo mercato in evoluzione crescono e accendono il dibattito sull’esistenza nell’UE di meccanismi sufficientemente efficaci a rispondervi. La Commissione UE indica pertanto, oltre al resto, due vie da percorrere: da un lato, il potenziamento dei meccanismi ADR e ODR per i consumatori; dall’altro, la ripresa del cammino verso la costruzione di un’azione rappresentativa a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, volta ad agevolare il loro ricorso nei casi in cui essi siano vittime della medesima violazione in una situazione di c.d. danno collettivo.

¹⁷ Il riferimento è qui con evidenza alla c.d. terza ondata dell’*Access-to-Justice Movement*, nell’alveo del c.d. *Florence Project*, promosso, coordinato e sospinto, con forza ‘visionaria’, dal 1978 al 1979, da Mauro Cappelletti, di cui egli stesso, unitamente ai suoi illustri Allievi, dà conto, *inter alia*, in M. CAPPELLETTI, B. GARTH, *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report*, in *Access to Justice*, I, 1, 1 ss., 49 ss., 54 ss.; EID., *Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective*, in *27 Buffalo. L. Review* (1978), 181 ss., prec. 209 ss.; nonché M. CAPPELLETTI, B. GARTH, N. TROCKER, *Access to Justice – Variations and Continuity of a World-Wide Movement*, in *Rabels Zeitschrift*, 1982, 664 ss.; e, con uno sguardo per così dire retrospettivo, M. CAPPELLETTI, *Alternative Dispute Resolution Process within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement*, in *56 Modern L. Review* (1993), 282 ss. È in questi scritti che l’A. forgia la suggestiva espressione, rimasta poi classica, di *co-existential justice*, intesa quale giustizia che i metodi di soluzione del conflitto, diversi dal processo avanti al giudice statale, sarebbero in grado di offrire ai litiganti. Concetto, quello della “giustizia co-esistenziale”, apparentemente pacificante e irenico, ma che lo stesso Cappelletti metteva acutamente in prospettiva, evidenziandone, con lucidità, le ben precise coordinate applicative. Sul punto, cruciale nella presente trattazione, si tornerà in seguito.

4. Ragioni, obiettivi e architettura del c.d. Pacchetto ADR-ODR per i consumatori

Le ragioni che spingono l’Unione europea all’adozione del c.d. Pacchetto ADR-ODR sono rese manifeste dai primi *consideranda* dei due strumenti normativi che lo compongono, Direttiva ADR e Regolamento ODR per i consumatori.

Rammentato in *incipit* il compito di assicurare un alto livello di protezione dei consumatori affidato all’UE dai Trattati e dalla stessa Carta di Nizza¹⁸, i preamboli di Direttiva e Regolamento evidenziano entrambi, con nitore e senza infingimenti, gli obiettivi che questi si prefiggono: eliminare ostacoli diretti e indiretti al funzionamento del Mercato Unico e così innalzare la fiducia dei consumatori¹⁹. Questa, si sottolinea, viene incoraggiata (anche) garantendo a costoro accesso a mezzi facili, rapidi e a basso costo di soluzione delle controversie, domestiche come transfrontaliere, nate da contratti di vendita di beni od erogazione di servizi²⁰. Un accesso da assicurarsi, oggi, per operazioni concluse tanto in presenza che da remoto, essendo la dimensione digitale del mercato interno europeo diventata sempre più essenziale, per consumatori come professionisti²¹.

Ebbene, i mezzi alternativi al processo di soluzione del contenzioso (ADR), anche condotti *online* (ODR), rappresentano – agli occhi del legislatore euro-unitario – una via semplice e rapida per rispondere alle

¹⁸ Lo enunciano esplicitamente sia il cons. 1 Dir. ADR che l’art. 1 Reg. ODR, i quali richiamano l’art. 169, par. 1 e 2 lett. a) TFUE; nonché l’art. 38 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea.

¹⁹ Così cons. 3 Dir. ADR e cons. 2 Reg. ODR, che rimarca l’urgenza di una siffatta necessità in seno alla dimensione digitale del mercato interno.

²⁰ V. cons. 4 Dir. ADR e cons. 2 e 3 Reg. ODR, che ricorda come la Comunicazione della Commissione UE del 13 aprile 2011 intitolata “L’Atto per il Mercato Unico – Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia – Insieme per una nuova crescita”, avesse annoverato la legislazione sulla risoluzione alternativa delle controversie (ADR), anche nate dal commercio elettronico, tra le dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia nel Mercato Unico.

²¹ In questi termini v. cons. 6 Reg. ODR.

controversie tra consumatori e professionisti, tanto più se transfrontaliere, come di frequente accade esse siano nel mercato interno²².

Lo sviluppo di ADR e ODR nello spazio giuridico euro-unitario – constata quel legislatore – è però ancora deplorabilmente insufficiente e incoerente, non essendo esse operative in modo ugualmente soddisfacente in tutte le zone geografiche o in tutti i settori economici dell'UE. Anche ove disponibili, tali mezzi alternativi presentano peraltro livelli qualitativi assai differenti, contribuendo con ciò a minare la fiducia nel Mercato Unico²³. La disparità in copertura, qualità e conoscenza delle ADR da Stato a Stato membro disincentiva, infatti, tanto il consumatore all'acquisto transfrontaliero di beni e servizi quanto il professionista alla loro offerta²⁴.

Di qui, la scelta del legislatore euro-unitario indirizzata a superare tali deficienze: l'adozione di uno strumento normativo integrato, in cui la Direttiva ADR si pone quale base per l'applicazione del Regolamento ODR, costituendo la disciplina della prima condizione per lancio e utilizzo della Piattaforma ODR, disegnata nelle sue caratteristiche essenziali dal secondo.

4.1. La Direttiva ADR per i consumatori: tra (obiettivo di) alta protezione dei diritti del consumatore e minimi (troppo minimi?) standard di qualità degli organismi e della procedura ADR

Sullo sfondo del richiamo alla necessità di garantire un'alta protezione dei consumatori²⁵, la Direttiva ADR si pone come obiettivo quello di raggiungere, nello spazio giuridico euro-unitario, la piena copertu-

²² Così cons. 5 Dir. ADR e cons. 4 Reg. ODR.

²³ Lo denuncia, senza mezzi termini, il cons. 5 Dir. ADR, che lamenta una siffatta insufficienza nonostante le Raccomandazioni della Commissione 98/257/CE, del 30 marzo 1998, riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo, e quella, già citata, 2001/310/CE, del 4 aprile 2001, sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo – entrambe però rimaste, si dice, senza ascolto.

²⁴ V. cons. 6 Dir. ADR.

²⁵ Secondo l'enunciazione di principio che dà esordio alla Direttiva ADR (cons. 1) come al Regolamento ODR (cons. 1).

ra ADR per le controversie, nazionali e transfrontaliere, da responsabilità contrattuale derivante da contratti di vendita o servizi tra professionisti stabiliti e consumatori residenti nell’UE²⁶. Con questo fine, essa imponeva a tutti gli Stati membri di dotarsi, entro luglio 2015, di organismi ADR per tutte le controversie sopraindicate, laddove queste vedano il consumatore ‘agire’ contro il professionista²⁷. Nell’ordinamento italiano, la Direttiva è stata attuata con il d.lgs. n. 130 del 2015, che ha modificato il Codice del consumo²⁸.

Innanzitutto, la Direttiva impone che gli organismi ADR debbono soddisfare determinati requisiti, che rispondono a criteri di qualità. Solo ove quelli presentino tali caratteristiche, possono essere accreditati come organismi ADR ai sensi della Direttiva, e così venire inseriti in apposita lista, dietro comunicazione alla Commissione UE da parte dell’Autorità nazionale competente.

In estrema sintesi, i suddetti requisiti attengono, da un lato, alla competenza, indipendenza, imparzialità, trasparenza dell’organismo ADR (artt. 6-7); dall’altro, all’equità, libertà e legalità della procedura ADR (artt. 8-10). Tali requisiti sono fissati dalla Direttiva soltanto quali *standard* qualitativi minimi, elevabili dagli Stati membri in sede di implementazione.

La Direttiva ADR disegna poi diverse tipologie di procedura ADR (art. 2, ult. parte): da un lato, le procedure in cui l’organismo ADR riunisce le parti al semplice fine di agevolare una soluzione amichevole della controversia; dall’altro, le procedure in cui l’organismo ADR propone loro una soluzione, liberamente accettabile dalle parti; e infine, le procedure in cui l’organismo ADR impone una soluzione della lite, destinata a vincolare le parti soltanto ove esse siano state di ciò previamente informate e abbiano manifestato il proprio consenso a tale imposizione.

²⁶ V. artt. 1 e 2 Dir. ADR.

²⁷ V. art. 25 Dir. ADR. La Direttiva ADR non si applica alle procedure avviate dal professionista nei confronti del consumatore: v. art. 2, par. 2 lett. g).

²⁸ Si tratta del d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130, che ha sostituito l’art. 141 del c.d. Codice del consumo, introducendo, invece, i nuovi articoli da 141-*bis* a 141-*decies*.

Come acutamente evidenziato²⁹, pur dando luogo queste tre tipologie di procedura a *itinerari* ontologicamente differenti – i primi due, a procedure autonome di soluzione della controversia; l’ultimo, a una procedura eteronoma³⁰ – la Direttiva prevede (per tutte?) quelle garanzie (minime) per le parti che tipicamente segnano lo svolgimento di procedimenti a carattere contenzioso-decisorio. Essa contempla, infatti, da un lato, forme di svolgimento del contraddittorio (v. artt. 8, lett. d); 9, par. 1, lett. a) e c))³¹; dall’altro, l’obbligo di indicazione al consuma-

²⁹ Si richiamano qui le puntuali osservazioni di F.P. LUISO, *La Direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 1299 ss.

³⁰ Così ID., *op. ult. cit.*, §§ 6 e 7, che ben evidenzia come, ove la procedura prevede che l’organismo ADR riunisca le parti al fine di agevolare una soluzione amichevole, essa darebbe luogo a una mediazione c.d. facilitativa; se la procedura veda il terzo proporre una soluzione, che se accettata dalle parti, condurrà a un contratto finalizzato alla risoluzione della controversia, si sarebbe di fronte a una mediazione c.d. valutativa (o aggiudicativa). Entrambe le procedure sarebbero comunque inquadrabili quali metodi autonomi di soluzione della controversia. Viceversa, nel caso in cui la procedura veda il terzo imporre alle parti una soluzione della lite, essa costituirebbe un metodo eteronomo di soluzione della controversia, con la conseguenza che l’atto della persona fisica incaricata della procedura sarebbe assimilabile, da un punto di vista strutturale e sostanziale, a quello del giudice statale o dell’arbitro. Per una fondante classificazione delle procedure autonome ed eteronome di soluzione del conflitto e delle loro principali caratteristiche distintive, come per una qualificazione di mediazione facilitativa e aggiudicativa v. ID., *Diritto processuale civile. V. La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, Milano, 2019, 3 ss., 30 ss.

³¹ Il richiamo allo svolgimento del contraddittorio è sicuramente imprescindibile nel caso di procedura ADR di tipo eteronomo, in cui, cioè, la persona incaricata della procedura imponga alle parti la soluzione della lite, per l’ovvia ragione che detta soluzione non è frutto di valutazioni di opportunità e del consensuale accordo dei litiganti ma della determinazione di un terzo. Il contraddittorio non parrebbe dover trovare necessario richiamo, invece, nelle ipotesi di procedure ADR autonome, ossia destinate soltanto ad agevolare la composizione amichevole della lite o a proporre una soluzione rimessa all’accettazione di entrambe le parti. Pur tuttavia, come accortamente evidenziato (così ancora ID., *La Direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, cit., § 6), in tale ultima ipotesi il contraddittorio tra le parti potrebbe avere un senso. La tecnica aggiudicativa che caratterizza quest’ultimo tipo di procedura – che sfocia nella formulazione di una proposta da parte della persona di essa incaricata – si connota, infatti, per la ricerca, da parte del mediatore, di una soluzione presumibilmente coincidente con quella che daranno il giudice o l’arbitro. Per questo, chiaro è che “tanto

tore e al professionista, da parte dell’organismo ADR, del tipo di regole su cui esso potrà basarsi per risolvere la controversia, quali, ad esempio, disposizioni giuridiche, equità, codici di condotta (art. 7, par. 1, lett. i))³². In ogni caso, la procedura può svolgersi senza che le parti siano obbligate a ricorrere a un avvocato o consulente (art. 8, lett. b)).

Entro l’ampia cornice delineata dalla Direttiva, gli Stati membri hanno quindi la possibilità, in sede di implementazione, di ‘ritagliare’ la concreta operatività delle suddette procedure ADR, stabilendo, ad esempio, quali organismi ADR, rispondenti ai requisiti di qualità minimi imposti dalla Direttiva, siano ammessi a svolgerle³³.

Al netto di questo ampio margine di manovra, due punti vengono mantenuti fermi. Da un lato, precisa la Direttiva, le procedure ADR non possono mai essere configurate in modo tale da precludere l’accesso del consumatore al giudice statale, e ciò in rispetto degli art. 47 della Carta europea dei diritti fondamentali, e art. 6 della Carta europea dei diritti

più le parti si convinceranno che la proposta è da accettare, quanto più questa parrà loro ‘giusta’. Di qui, l’opportunità di immaginare, anche in tale procedura (di per sé autonoma), un contraddittorio tra i litiganti.

³² L’indicazione, da parte dell’incaricato della procedura, del tipo di regole su cui la soluzione della controversia si baserà, trova (indefettibile) ragione ove tale soggetto operi in seno a una procedura eteronoma; non, invece, ove egli gestisca una procedura autonoma. Pur tuttavia, laddove quest’ultima si sostanzia in una mediazione aggiudicativa, la segnalazione di quelle regole può incidere sulla probabilità di sua accettazione a opera dei litiganti. Costoro, infatti, saranno maggiormente indotti, grazie alla condotta trasparente del terzo incaricato della procedura, a ritenere la sua proposta “giusta” e così a farla propria.

³³ Ciò è accaduto, ad esempio, nel nostro ordinamento giuridico dove, nel dare implementazione alla Direttiva ADR per i consumatori con il citato d.lgs. n. 130 del 2015, il legislatore ha previsto che le procedure ADR eteronome – in cui cioè la persona incaricata impone una soluzione della controversia – possano essere gestite soltanto da Autorità pubbliche nei settori di rispettiva competenza (v. Autorità per energia elettrica, gas e sistema idrico, Banca d’Italia, Consob e Autorità per la garanzia delle comunicazioni), non invece laddove la procedura ADR sia condotta da un organismo privato (v. art. 141, co. 4, ult. parte, cod. cons.). Gli organismi ADR privati, infatti, possono soltanto gestire procedure ADR autonome, nella forma di mediazioni facilitative o valutative. Sul punto v. limpidamente, di nuovo, F.P. LUISSO, *La Direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, cit., § 8.

dell'uomo³⁴. Dall'altro, si rimarca, ove si dia una procedura in cui si impone una soluzione della controversia – di fatto, quindi, decidendola – l'organismo ADR non può violare né le norme a protezione del consumatore vigenti nello Stato membro in cui costui risiede né quelle dello Stato membro in cui ha sede il professionista³⁵.

Infine, pur stabilendo che la procedura ADR debba essere gratuita o comunque a costi minimi per il consumatore (art. 8, lett. c), la Direttiva non fissa né la composizione dell'organismo ADR né la modalità di suo finanziamento, e lascia così liberi gli Stati membri, in sede di sua attuazione, di stabilire se l'organismo debba essere monocratico o collegiale e finanziato per via pubblica o privata. Ove, per scelta dello Stato membro, l'organismo ADR sia finanziato, totalmente o parzialmente, per via privata, la Direttiva prevede tuttavia una disciplina *ad hoc*, cui, in ragione dei suoi profili critici, si tornerà in seguito³⁶.

4.2. Il Regolamento ODR per i consumatori: il lancio della Piattaforma ODR e il suo operare

È sulla generale copertura ADR nello spazio giuridico europeo e sul rispetto dei requisiti di qualità degli organismi ADR realizzati dalla Direttiva che poggia il Regolamento ODR. Contando sull'attuazione della Direttiva nei diversi Stati membri, il Regolamento si poneva, cioè, un consequenziale obiettivo: la creazione di una c.d. Piattaforma ODR³⁷, puntualmente creata e lanciata in rete dalla Commissione UE nel gennaio 2016³⁸.

³⁴ Così cons. 45, 49 e 61 Dir. ADR.

³⁵ Sul punto v. art. 10 Dir. ADR in merito al requisito di "legalità" della procedura ADR.

³⁶ La disciplina sul punto si ricava dal combinato disposto degli artt. 2, par. 2, lett. a) Dir. ADR, che segna il campo applicativo della Direttiva, e art. 6, par. 3 Dir. ADR, che regola indipendenza e trasparenza degli organismi ADR. Il punto è oltremodo controverso e per questo vi si tornerà nel prosieguo della trattazione.

³⁷ Tale obiettivo è reso manifesto dall'art. 1 Reg. ODR.

³⁸ La Piattaforma ODR, oggi disponibile al sito <<https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.home.howitworks>>, è stata l'esito del Regolamento di esecuzione (UE) 2015/1051 della Commissione, del 1° luglio 2015, relativo alle modalità per

Ebbene, tale Piattaforma costituisce un punto di accesso unico per consumatori e professionisti che desiderino risolvere stragiudizialmente controversie da responsabilità contrattuale nascente da contratti di vendita o servizi stipulati *online* tra un consumatore residente e un professionista stabilito nell'UE³⁹. I professionisti che operano in rete sono tenuti dal Regolamento a segnalare nel sito della loro attività professionale il *link* alla Piattaforma ODR⁴⁰.

Ciò premesso, essa funziona, in breve, come segue⁴¹.

Il consumatore, che lamenti il mancato o inesatto adempimento da parte del professionista delle obbligazioni nascenti dai suddetti contratti di vendita o servizi conclusi in rete, accede alla Piattaforma compilando *online* un reclamo, su modulo predefinito, che spedisce, per il tramite della Piattaforma stessa, all'indirizzo di posta elettronica del professionista. Nel reclamo egli indica un organismo ADR che potrebbe gestire la controversia, organismo scelto tra quelli accreditati ai sensi della Direttiva ADR⁴². Il professionista contattato può aderire o meno all'indicazione dell'organismo ADR effettuata dal consumatore. Se egli aderisce alla proposta di costui o se le parti si accordano su altro organismo

l'esercizio delle funzioni della piattaforma di risoluzione delle controversie *online*, alle caratteristiche del modulo di reclamo elettronico e alle modalità della cooperazione tra i punti di contatto di cui al Regolamento (UE) n. 524/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla risoluzione delle controversie *online* dei consumatori, pubblicato in *Gazz. uff. UE*, L 171 del 2 luglio 2015, 1 ss. Essa è aperta al pubblico dal 15 febbraio 2016. Dal 1° luglio 2017 la Piattaforma ODR è accessibile anche per le controversie che coinvolgono consumatori e professionisti degli Stati dello spazio economico europeo (SEE), *i.e.* Islanda, Liechtenstein e Norvegia.

³⁹ V. artt. 2 e 5, par. 2 Reg. ODR.

⁴⁰ V. art. 14, par. 1 Reg. ODR, che, per il concreto operare della Piattaforma ODR – come in seguito si vedrà – richiede anche ai professionisti di indicare nel proprio sito *web* il loro indirizzo di posta elettronica.

⁴¹ Informazioni sulle modalità di funzionamento della Piattaforma ODR sono fornite al citato sito dell'UE dedicato alla risoluzione *online* delle controversie. Ai sensi dell'art. 7 Reg. ODR sono tenuti a offrire assistenza ai consumatori per la risoluzione delle controversie riguardanti reclami presentati mediante la Piattaforma ODR anche i c.d. punti di contatto ODR, che ogni Stato membro era tenuto a indicare in attuazione del Regolamento, ruolo che poteva essere attribuito ai già centri europei per i consumatori (come ad associazioni dei consumatori o qualsiasi altro organismo).

⁴² V. artt. 8-9 Reg. ODR.

ADR, la procedura ADR prosegue secondo una delle tre modalità sopra descritte⁴³. Altrimenti l'*iter* si conclude e il consumatore può ritentare o scegliere un'altra via di soluzione della lite⁴⁴.

5. La Piattaforma ODR: un meccanismo di Online Dispute Resolution?

Brevemente tratteggiata l'architettura del c.d. Pacchetto ADR-ODR per i consumatori, un primo quesito intermedio si impone. Esso attiene alla definizione della Piattaforma ODR: può essa ritenersi un *vero e proprio strumento di soluzione online delle controversie* tra consumatore e professionista?

Ebbene, alla luce di quanto più sopra descritto, la risposta non può che essere negativa. La Piattaforma ODR, infatti, rappresenta solo *un punto di contatto in rete* tra consumatore e professionista. In altri termini, essa si rivela semplicemente una piattaforma attraverso cui il consumatore può contattare *online* il professionista con un reclamo e chiedere a quest'ultimo se sia disposto a risolvere la controversia tra loro insorta davanti a un organismo ADR accreditato ai sensi della Direttiva. Tuttavia, anche ove il professionista aderisca alla richiesta del consumatore, non è detto che la procedura ADR si svolga *online*. Il Regolamento ODR, infatti, non impone il suo svolgimento in rete, con la conseguenza che la procedura ADR ben potrebbe svolgersi anche *offline*⁴⁵.

Si intende come sia, questa, un'evenienza che pare minare in radice l'obiettivo, non dichiarato ma implicito, del Regolamento ODR: mantenere in rete, dopo la fase fisiologica di conclusione *online* del contrat-

⁴³ Così art. 10 Reg. ODR.

⁴⁴ V. art. 19, par. 8 Reg. ODR, secondo cui se le parti non riescono a trovare un accordo su un organismo ADR entro 30 giorni dalla presentazione del modulo di reclamo, il reclamo non sarà trattato e il consumatore sarà informato della possibilità di contattare un assistente ODR per ottenere informazioni generali su altre forme di ricorso.

⁴⁵ Così si evince dall'art. 10 Reg. ODR, dedicato alla disciplina della risoluzione della controversia, il quale esplicitamente stabilisce che l'organismo ADR che abbia accettato di trattare il reclamo del consumatore non è tenuto a condurre la procedura ADR tramite la Piattaforma ODR.

to, anche quella patologica di gestione del contenzioso che da questo derivi⁴⁶.

È per questo che, dal suo lancio ad oggi, la Piattaforma ODR è stata oggetto di costante miglioramento da parte dell’UE, come i c.d. punti di contatto nazionali ODR e i Centri europei per i consumatori confermano. Attualmente, infatti, essa cerca di far sì che, una volta spedito il reclamo dal consumatore al professionista e accordata da quest’ultimo adesione alla procedura ADR, la soluzione della lite avvenga presso un organismo ADR che risolve *online* la controversia⁴⁷.

Anche ove così sia, però, un’ulteriore riflessione si impone.

Si deve infatti evidenziare come, nella cornice del Regolamento ODR, le procedure di soluzione stragiudiziale delle controversie consumeristiche, concernenti obbligazioni *ex contractu* derivanti da contratti di vendita o servizi stipulati *online*, non sono (ancora) *vere e proprie* procedure di *Online Dispute Resolution*. Procedure, cioè, in cui – come accade in altri ordinamenti, e in particolare in quello statunitense⁴⁸ – la rete diventa essa stessa il quarto elemento della procedura, gra-

⁴⁶ Si romperebbe, in questo caso, l’omogeneità tra modalità (elettronica) della fase di conclusione del contratto e quella di gestione della patologia nella sua esecuzione, non rispondendosi così a quella mal taciuta urgenza di istantaneità di soluzione della controversia che dovrebbe essere, nella mente del legislatore euro-unitario, il naturale contraltare della fulmineità con cui il contratto è stato perfezionato: sul punto v. F. MANCINI, *Mercato, regula iuris e giurisdizione nazionale nel fenomeno ODR*, cit., 39.

⁴⁷ Questo è avvenuto per il tramite di una modifica della Piattaforma ODR: una volta che il consumatore abbia inviato elettronicamente un reclamo al professionista per suo tramite, allegando i documenti a sostegno, e il professionista abbia accettato di aderire alla procedura ADR, accordandosi sull’organismo ADR che la gestirà, i documenti di ‘causa’ potranno essere visionati dall’organismo ADR soltanto in rete, con il che esso deve essere pronto a svolgere la procedura *online*, magari utilizzando una c.d. stanza virtuale messa a disposizione dalla Piattaforma ODR.

⁴⁸ Sul punto, anche per una ricostruzione storica delle ODR nel contesto statunitense, v. C. RULE, *Online Dispute Resolution for Businesses. B2B, E-Commerce, Consumer, Employment, Insurance, and Other Commercial Conflicts*, San Francisco, 2002; G. KAUFMANN-KOHLER, T. SCHULTZ, *Online Dispute Resolution. Challenges for Contemporary Justice*, 2004. Per una buona ‘confezione’ di un sistema ODR nato da un’esperienza concreta nel contesto statunitense v. C. RULE, *Designing a Global Online*

zie all'intervento di forme semplificate di intelligenza artificiale dirette a facilitare l'incontro delle posizioni delle parti in conflitto⁴⁹, come avviene, ad esempio, nei casi di c.d. negoziazione automatica, offerta alla cieca, mediazione basata su *software*, e così via⁵⁰.

Al contrario, e almeno sino ad oggi, le procedure ADR di soluzione stragiudiziale delle controversie consumeristiche da responsabilità contrattuale, derivante da contratti di vendita o servizi stipulati *online*, restano procedure aventi le stesse caratteristiche delle classiche ADR *offline*, benché agevolate nel loro avvio e svolgimento dalla Piattaforma ODR. Esse guadagnano, cioè, nello spazio giuridico euro-unitario (e soltanto in questo), la qualifica di procedure di *Online Dispute Resolution* per il sol fatto di utilizzare la rete come (ed esclusivamente come) mezzo di comunicazione a distanza tra le parti in conflitto⁵¹. Si pensi, a

Dispute Resolution System: Lessons Learned from eBay, in *13 Univ. St. Thomas L. Journal* (2017), 354 ss.

⁴⁹ Parlano di ODR in cui la tecnologia diventa la “quarta parte” della procedura in quanto elemento che, grazie a forme di intelligenza artificiale, si affianca al terzo neutrale incaricato della procedura, aiutandolo a gestire le informazioni provenienti dalle parti, formulare proposte, edulcorare il linguaggio aggressivo delle parti, E. KATSCH, J. RIFKIN, *Online Dispute Resolution, Resolving Conflicts in Cyberspace*, San Francisco, 2001, 93; A. GAITENBY, *The Fourth Party Rises: Evolving Environments of Online Dispute Resolution*, in *38 Univ. Toledo L. Review* (2006), 372 ss. Con il progredire della tecnologia, questa è arrivata peraltro sempre più a sostituirsi al ‘soggetto umano’ incaricato della procedura, diventando essa stessa, in luogo di costui, la (sola) terza parte (tra i due contendenti), e rendendo l'uomo non più centrale nella soluzione della controversia: siamo con questo di fronte alle ODR di seconda generazione: v. E. KATSH, *Bringing Online Dispute Resolution to Virtual Worlds: Creating Processes through Code*, in *1 New York Law School L. Review* (2005), 271 ss.

⁵⁰ Per una disamina di tali sistemi si rinvia, in questo volume, all'indagine raccolta nel contributo di Rachele Beretta.

⁵¹ Lo sottolinea con puntualità E. MINERVINI, *I sistemi di ODR*, in ID. (a cura di), *Le online dispute resolution (ODR)*, cit., 7 ss., prec. 9, che ben evidenzia come in Europa (e in Italia) si parli di ODR intendendosi con tale termine, invero, le “ADR *online*”, ossia la riproposizione, adattata agli strumenti informatici o telematici, di ADR *offline* già ben note e diffuse. Si tratta, in altri parole, di ADR in cui gli strumenti informatici si limitano ad agevolare procedure per così dire classiche di ADR. Di qui l'idea, nel panorama euro-unitario (e italiano), che le ODR siano solo una *species* del *genus* ODR, laddove, invece, in altri ordinamenti, quali ad esempio quello statunitense, esse sono intese e studiate come un qualcosa di affatto diverso. E, in effetti, lo sono.

titolo esemplificativo, al caso della mediazione svolta per il tramite di una piattaforma telematica (*Zoom, Teams*, ecc.), in cui questa ha l'unico scopo di consentire la comunicazione a distanza tra le parti e il mediatore – e così lo svolgimento in rete di una tradizionale mediazione *offline* – non invece quello di favorire l'avvicinamento delle posizioni negoziali delle parti grazie all'impiego di meccanismi di intelligenza artificiale.

Precisato, quindi, che la Piattaforma ODR non costituisce un meccanismo *stricto sensu* inteso di *Online Dispute Resolution*, e che tali non sono nemmeno le procedure di soluzione stragiudiziale del contenzioso che si svolgano una volta che consumatore e professionista siano stati messi in contatto dalla Piattaforma ODR, un'ulteriore osservazione si impone circa la reale efficacia dello schema profilato dal Regolamento ODR.

Ora, si è detto che questo obbliga i professionisti che operano *online* a indicare nel sito *web* della propria attività professionale il *link* alla Piattaforma ODR. Questa segnalazione, pur imposta dal Regolamento, finisce però all'atto pratico per essere fuorviante per il consumatore. Costui è indotto a credere, infatti, che il professionista, che menzioni nel suo sito il *link* alla Piattaforma, si sia obbligato ad aderire a una procedura ADR ove richiesto dal consumatore. Non è, invece, così. Salva specifica disposizione in tal senso della legislazione nazionale di attuazione del Regolamento, l'indicazione nel sito del professionista del *link* alla Piattaforma ODR non implica che costui si sia obbligato a partecipare alla procedura ADR⁵². Con la conseguenza che, una volta con-

⁵² Così si evince dall'art. 1, ult. parte, Dir. ADR, secondo cui la Direttiva non pregiudica la legislazione nazionale che preveda l'obbligatorietà delle procedure ADR, a condizione che tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accedere al sistema giudiziario. Sempre la legislazione nazionale può peraltro stabilire, ai sensi dell'art. 10, par. 2, ult. parte, Dir. ADR, che, ove la procedura ADR prescelta sia di tipo contenzioso-decisorio – e cioè con imposizione di una soluzione alle parti – tale soluzione sia vincolante per il (solo) professionista anche senza accettazione di quest'ultimo. Sui dubbi di conformità di tale ultima previsione all'art. 47 della Carta europea dei diritti fondamentali v. F.P. LUISO, *La Direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, cit., § 9, che correttamente ritiene che, ove così disponga il diritto nazionale in attuazione del citato art. 10, par. 2 Dir. ADR, esso debba anche consentire al professionista di contestare avanti al giudice

tattato dal consumatore con un reclamo per il tramite della Piattaforma ODR, il professionista ben potrebbe non rispondere o comunque declinare la richiesta di soluzione stragiudiziale della controversia, senza con questo subire alcuna sanzione.

Emergono così le prime debolezze del sistema delineato dal Regolamento ODR in confronto agli obiettivi che esso si prefiggeva. Per un verso, si riscontra il rischio che la soluzione stragiudiziale della controversia consumeristica, nata da contratto di vendita o di servizi stipulato *online*, finisca per svolgersi invece *offline*, e così fuori dalla sede (la rete) in cui il legislatore europeo vorrebbe rimanesse, in ragione dei vantaggi che, a suo dire, questa garantirebbe (tra tutti, economicità e speditezza della risoluzione della lite). Per altro verso, si profila l'ulteriore pericolo che la via di soluzione del contenzioso consumeristico indicata dal Regolamento ODR non venga in concreto percorsa per mancata adesione del professionista alla procedura stragiudiziale richiesta dal consumatore per il tramite della Piattaforma ODR.

6. I riscontri empirici sull'impiego della Piattaforma ODR e le reazioni della Commissione dell'Unione europea. I recenti interventi di aggiornamento della Piattaforma ODR

Le debolezze dello schema ODR, disegnato dal c.d. Pacchetto ADR-ODR, sono state messe in luce anche dagli esiti di un monitoraggio sullo stato dell'arte di implementazione e applicazione della Piattaforma ODR. Ne dà conto una Relazione pubblicata dalla Commissione UE nel settembre 2019⁵³.

statale, in modo pieno e senza limiti, l'ingiustizia dell'atto scaturente dalla procedura ADR cui egli è automaticamente vincolato. In caso contrario si violerebbe il suo diritto, riconosciuto dall'art. 47 della Carta di Nizza, di adire la via giurisdizionale: sul punto, nella giurisprudenza euro-comunitaria, v., per tutte, Corte di giustizia (Grande Sezione), 19 settembre 2006, *Wilson c. Ordre des avocats du barreau de Luxembourg*, causa C-506/04, ECLI:EU:C:2006:587.

⁵³ Si tratta della Relazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio e al Comitato Economico e Sociale Europeo sull'applicazione della Direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori e del Regolamento (UE) n. 524/2013 del Parlamento europeo e del

Ebbene, se, da un lato, essa constatava, con soddisfazione, come dal 2016 al 2019 un'alta percentuale di consumatori avesse fatto ricorso alla Piattaforma ODR per tentare di risolvere in via stragiudiziale il contenzioso con i professionisti⁵⁴, dall'altro, denunciava la risposta assai modesta di costoro. Contattati dai consumatori per il tramite della Piattaforma e invitati a risolvere il contenzioso attraverso una procedura ADR, i professionisti, infatti, rimanevano nella stragrande maggioranza dei casi silenti a fronte del reclamo ricevuto o vi rispondevano negativamente, rifiutando di aderire alla proposta del consumatore di avviare una procedura ADR⁵⁵. In compenso, si riscontrava come spesso, dopo aver negato di dar seguito alla procedura ADR, il professionista contattasse, fuori Piattaforma ODR, il consumatore e avviasse con lui una trattativa individuale per risolvere il contenzioso⁵⁶.

È alla luce di questo constatato ‘gradimento’ per la trattativa diretta individuale che la Commissione UE decide, nel 2019, di modificare la Piattaforma ODR⁵⁷. A seguito di tale emendamento, allorché il consumatore invii il reclamo al professionista per il tramite della Piattaforma, oltre alla via della soluzione della controversia secondo una procedura avanti a un organismo ADR, si apre una (nuova) ulteriore possibilità. Ove il professionista vi dia il suo consenso, può avere luogo un

Consiglio relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori, COM/2019/425 final, del 25 settembre 2019.

⁵⁴ In particolare, secondo la Relazione cit., 16, dal suo lancio, la Piattaforma avrebbe attratto oltre 8,5 milioni di visitatori e 120.000 controversie tra consumatori e imprese, delle quali il 56% a carattere nazionale, mentre il 44% a natura transfrontaliera.

⁵⁵ Così Relazione cit., 16-17, secondo cui l'80% delle controversie presentate sulla Piattaforma ODR sono state chiuse automaticamente dopo 30 giorni dall'invio del reclamo al professionista per mancata reazione di costui all'invito di proporre al consumatore un organismo ADR. Soltanto in circa il 2% dei casi le parti si sono accordate sulla designazione dell'organismo ADR e la piattaforma è stata quindi in grado di trasmettere la controversia a quest'ultimo.

⁵⁶ V. Relazione cit., 17, che dà conto del fatto che fino al 42% delle controversie presentate sulla Piattaforma ODR le parti hanno poi risolto la lite bilateralmente.

⁵⁷ Sul punto la Relazione cit., 17 è esplicita: “L'elevato numero di composizioni dirette promosse dalla piattaforma mostra il valore aggiunto della stessa nel facilitare una soluzione concordata bilateralmente, anche nelle controversie transnazionali nelle quali le funzioni di multilinguismo e traduzione della piattaforma consentono la comunicazione tra le parti”.

c.d. dialogo diretto (*direct talk*) tra consumatore e professionista, senza l'ausilio di alcun organismo ADR⁵⁸. La Piattaforma consente, cioè, che consumatore e professionista si scambino direttamente tra loro messaggi attraverso il pannello interattivo e che, in questo scambio, il consumatore possa inviare al professionista allegati quali, ad esempio, le fotografie del prodotto acquistato *online* che ritiene difettoso⁵⁹. Si tratta, in pratica, non più di una procedura ADR con l'intervento di un terzo, che riunisce le parti per facilitare la composizione della controversia oppure propone od impone una soluzione, bensì di una negoziazione diretta via rete tra consumatore e professionista.

7. Il c.d. Pacchetto ADR-ODR e la Piattaforma ODR: verso una giustizia "co-esistenziale" online nello spazio giuridico euro-unitario?

Restituite sin qui finalità, architettura e modalità operative del c.d. Pacchetto ADR-ODR, è possibile ora tornare al quesito che attraverso questo scritto: è da ritenersi che Direttiva ADR e Regolamento ODR siano in grado di realizzare, nel contenzioso consumeristico, quella giustizia "co-esistenziale" spesso evocata allorché si intenda favorire il ricorso a mezzi alternativi al processo di soluzione delle liti?

Per rispondere all'interrogativo è d'obbligo compiere un passo indietro e puntualmente richiamare ciò che per giustizia "co-esistenziale" ha inteso chi conio tale espressione.

Ora, Mauro Cappelletti, nel suo magistrale progetto indirizzato a promuovere l'accesso alla giustizia (il noto *Access-to-Justice Project*, avviato a partire dagli anni Settanta del secolo scorso), ebbe l'illuminante intuizione di evidenziare come vi siano situazioni di conflitto che, per loro intrinseca configurazione, si prestano a 'ricevere giustizia', anziché attraverso la via giurisdizionale, mediante il ricorso a metodi di

⁵⁸ Per dettagli a riguardo si veda, nel sito dell'UE sulla soluzione *online* delle controversie consumeristiche, la voce dedicata a "Contattate il professionista": <<https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.home.howitworks#heading-2>>.

⁵⁹ Per agevolare il dialogo diretto tra consumatore e professionista la Piattaforma ODR prevede oggi anche la possibilità di programmare una riunione in rete.

soluzione alternativa al processo⁶⁰. Metodi, questi, tesi non tanto a sanare chi abbia torto o ragione (come accade nel processo, attraverso lo *jus dicere* del giudice), bensì a consentire alle parti in conflitto di trovare la propria (autodeterminata, e così creativa) soluzione della lite, capace di “rammendare” il loro rapporto in vista di una sua continuazione nel futuro (e di qui l’idea di una c.d. *mending justice*)⁶¹.

Controversie votate a questo tipo di giustizia apparivano – in quella acuta analisi – i conflitti familiari, *in primis* quelli generati da una crisi coniugale che coinvolga anche figli minori; le liti di vicinato; le controversie tra *partner* commerciali il cui interesse primario sia la prosecuzione della relazione d’affari. In questi casi, infatti, più che mediante la spada della decisione del giudice – che inesorabile ‘separa’ il torto dalla ragione – il conflitto verrebbe superato grazie alla creazione di una soluzione condivisa tra le parti, che permetta loro di “co-esistere” anche nel prosieguo della relazione, destinata a continuare anche dopo l’emersione del conflitto (e, di qui, la felice, quanto fiduciosa, immagine della realizzazione di una c.d. *co-existential justice*)⁶².

Nella costellazione di casi descritti, infatti, la lite si mostrerebbe più come un’episodica (ancorché conflittuale) interruzione della relazione tra le parti, anziché una sua fatale e definitiva rottura, con la conseguenza che non la spada dello *jus dicere*, ma la riguadagnata coesistenza tra i soggetti coinvolti ne costituirebbe la migliore soluzione⁶³.

Pur elogiando tale forma di giustizia – rivelandosi essa, *in quelle ipotesi*, qualitativamente migliore del risultato offerto dalla giurisdizione – Mauro Cappelletti, tuttavia, non esitava a sottolineare i rischi a essa sottesi, ove impiegata in assenza di determinate coordinate, quali

⁶⁰ Così, in una lucida analisi della tradizione euro-continentale, M. CAPPELLETTI, *Alternative Dispute Resolution Process within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement*, cit., 287, secondo cui “whereas – in the last two centuries or so – Western civilizations have glorified the ideal of fighting for one’s rights (Jehring’s famous *Kampf um’s Recht*), we should recognise that in certain areas a different approach (...) might be preferable and better able to assure access to justice”.

⁶¹ È ancora la suggestiva metafora di ID., *op. ult. cit.*, 288, che preferisce all’espressione “giustizia conciliativa” quella di giustizia “che rammenta”, e così riparatrice.

⁶² Di nuovo ID., *op. ult. cit.*, 287-8.

⁶³ Con l’intelligente sensibilità dello studioso attento alla morfologia e all’essenza del conflitto, ancora ID., *op. ult. cit.*, 288.

la garanzia di un equilibrio di forza tra i contendenti, l'indipendenza e imparzialità degli organismi deputati a favorire la genesi dell'accordo tra le parti e la loro competenza⁶⁴. Di qui, il sapiente monito sulle insidie sottese a un'acritica traduzione del paradigma della *mending* e *co-existential justice* nell'alveo del contenzioso consumeristico.

Benché riconoscesse come questo tipo di contenzioso presenti caratteristiche tali da reclamare una soluzione *ad hoc* (tra tutte, la sproporzione tra modesto valore della lite ed elevati costi del processo)⁶⁵, l'*Access-to-Justice Movement* metteva in luce, infatti, i rischi sottesi a una troppo facile diversione delle controversie tra consumatore e professionista dalle corti ai meccanismi di ADR. In particolare – si rimarcava – dovevano invitare alla prudenza taluni tratti distintivi del contenzioso consumeristico: uno, per tutti, lo squilibrio sostanziale esistente tra consumatore e professionista.

Per questo, a voler ricorrere alle ADR per risolvere tale contenzioso, dovrebbero mettersi in campo *appositi accorgimenti*, diretti a (a) bilanciare la sperequazione sostanziale tra consumatore e professionista (assicurando, ad esempio, un reale supporto informativo al primo in merito ai suoi diritti verso il secondo da parte delle associazioni dei consumatori); (b) garantire lo svolgimento delle procedure ADR presso organismi qualificati, sia per *standard* qualitativi che per trasparenza nei meccanismi di finanziamento; (c) assicurare la gestione delle procedure ADR a soggetti educati al diritto del consumo e alle sue norme imperative.

Queste attente considerazioni rendono manifesto come la c.d. ondata ADR dell'*Access-to-Justice Movement*, nell'immaginare soluzioni del contenzioso consumeristico per vie diverse dal tradizionale processo,

⁶⁴ Di nuovo ID., *op. loc. ult. cit.*

⁶⁵ Nel caso delle liti consumeristiche si versa, cioè, in quell'ipotesi di contenzioso che Cappelletti ritiene sia impedito dal raggiungere un'efficace soluzione nel processo (almeno tradizionalmente configurato) a causa di un c.d. ostacolo organizzativo, da lui definito quale "nuova forma di povertà": la "povertà organizzativa" del singolo (consumatore) rispetto alla controparte contrattuale dell'impresa. Quale titolare di un solo "frammento" del danno perpetrato dall'impresa ai consumatori, egli rimane un individuo isolato, che inevitabilmente mancherà di sufficienti motivazione, conoscenza e potere per iniziare e perseguire un'azione legale avverso la sua – al contrario – motivata, esperta e potente controparte: così ID., *op. ult. cit.*, 284.

mantenesse ben fermo l’obiettivo di garantire un’effettiva attuazione del diritto a protezione del consumatore⁶⁶.

Ebbene, a leggere il primo *considerandum*, rispettivamente, della Direttiva ADR e del Regolamento ODR per i consumatori, tale obiettivo risulta essere lo stesso – da raggiungersi persino al più “alto livello” – del c.d. Pacchetto ADR-ODR. È, però, stato realmente così?

La risposta non può che essere, a parere di chi scrive, negativa. Lo dimostra un’analisi più approfondita della disciplina tratteggiata da Direttiva ADR e Regolamento ODR, condotta alla luce delle penetranti osservazioni, testé restituite, dell’ondata ADR dell’*Access-to-Justice Movement*.

8. *Le (numerose) criticità dello ‘schema ADR’ disegnato dalla Direttiva ADR per i consumatori*

Che la Direttiva ADR riesca nell’obiettivo di garantire “un alto livello di protezione” dei consumatori per il tramite degli organismi e delle procedure ADR da essa delineati, appare quanto meno discutibile. Numerose sono, infatti, le criticità che lo ‘schema ADR’ messo in campo dalla Direttiva presenta: punti dolenti che consegnano un meccanismo ADR assai lontano dal realizzare quell’auspicata diversione del contenzioso dalle corti alla soluzione stragiudiziale, cui si accom-

⁶⁶ Lo precisa con forza lo stesso Cappelletti, che rifugge l’accostamento delle ADR a una “giustizia di seconda scelta” (*second class justice*). Se sostenere che il processo tradizionale costituisca l’unica via possibile per offrire giustizia si rivelerebbe, infatti, una posizione non tanto radicale quanto conservativa – essendo irrealistico e irragionevole ritenere che il processo, come tradizionalmente configurato, possa rispondere con efficacia alle nuove configurazioni del conflitto; altrettanto vero è, però, nel pensiero dell’A., che le vie alternative al processo (classico) debbono essere costruite dal legislatore in modo consapevole e attento alla tutela della parte debole: così ID., *op. ult. cit.*, 288 e ivi nt. 19. Sottolineano questa chiara linea sottesa al pensiero cappellettiano, sensibile nel coniugare ‘alternative’ al processo e attuazione dei diritti, per tutti, N. TROCKER, *Processo e Costituzione nell’opera di Mauro Cappelletti civilprocessualista (Elementi di una moderna «teoria» del processo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 425 ss., § 5 e ivi anche nt. 39; nonché G. WAGNER, *Private Law Enforcement Through ADR: Wonder Drug or Snake Oil?*, in *54 Common Market L. Review* (2014), 165 e ivi nt. 1.

pagni un'effettiva tutela del consumatore. Tra le molte criticità, quelle tratteggiate nelle pagine a seguire paiono, a chi scrive, le più rilevanti, e per questo quelle maggiormente bisognose di una rinnovata riflessione, che possa condurre a un ripensamento dell'approccio euro-unitario al tema del contenzioso consumeristico e della tutela del consumatore.

8.1. Su indipendenza, imparzialità e trasparenza degli organismi ADR: il punctum dolens delle modalità di finanziamento

I primi dubbi sullo 'schema ADR' profilato dalla Direttiva sorgono con riguardo alla disciplina che essa appresta in merito a indipendenza, imparzialità e trasparenza degli organismi ADR. In particolare, le maggiori criticità discendono dalla scelta (volutamente) agnostica adottata dalla Direttiva relativamente alle modalità di finanziamento degli organismi ADR. Essa prevede, infatti, che ciascuno Stato membro possa optare per un loro finanziamento di tipo pubblico, privato o misto.

Ebbene, i problemi affiorano nel caso in cui gli Stati membri optino per il finanziamento privato (o misto). La Direttiva, infatti, non esclude, anzi ammette – ove gli Stati membri così decidano in sede di implementazione –, i seguenti due casi. Per un verso, che le persone fisiche incaricate di gestire la procedura ADR possano essere assunte o retribuite *esclusivamente dal professionista*; per altro verso, che esse possano essere assunte o retribuite *esclusivamente da un'organizzazione professionale o da un'associazione di imprese di cui il professionista è membro*. Nella prima ipotesi, la Direttiva ritiene sufficiente, a garanzia di indipendenza e imparzialità nella procedura, che, ad esempio, tali persone dispongano di un mandato di almeno tre anni e che l'organismo ADR non abbia collegamenti gerarchici con il professionista; sia chiaramente separato dagli organismi operativi del professionista, e abbia a sua disposizione risorse finanziarie sufficienti, distinte dal bilancio generale del professionista, per lo svolgimento dei suoi compiti (art. 6, par. 3). Nella seconda ipotesi, oltre a tali requisiti, la Direttiva ritiene sufficiente che le persone incaricate della procedura ADR, assunte o retribuite esclusivamente da un'organizzazione professionale di cui il professionista è membro, abbiano a loro disposizione risorse di bilancio

distinte e apposite, che siano sufficienti ad assolvere i loro compiti (art. 6, par. 4).

Evidente appare la debolezza di queste misure a garanzia di indipendenza e imparzialità della procedura ADR⁶⁷. Studi empirici hanno apertamente dimostrato, infatti, come laddove le persone incaricate di una procedura decisionale siano finanziate da uno dei contendenti, esse siano indotte a risolvere la controversia a favore del finanziatore⁶⁸.

Non fuga il dubbio di situazioni di conflitto di interesse neppure la previsione della Direttiva – invero contenuta in un mero *considerandum* (n. 22)! – secondo cui gli organismi ADR finanziati dal professionista dovrebbero essere sottoposti a una valutazione periodica circa la loro indipendenza⁶⁹.

⁶⁷ Lo sottolineano con forza, tra gli altri, G. WAGNER, *Private Law Enforcement Through ADR: Wonder Drug or Snake Oil?*, cit., 174-5, 179; C. MELLER-HANNICH, A. HÖLAN, E. KRAUSBECK, “ADR” und “ODR”: Kreationen der europäischen Rechtspolitik. Eine kritische Würdigung, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2014, 8 ss.; nonché F. WEBER, *Is ADR the Superior Mechanism for Consumer Contractual Disputes? – An Assessment of the Incentivizing Effects of the ADR Directive*, in *Journal of Consumer Policy*, 2015, 265 ss., 273 e 274; G. GIOIA, *L’uniforme regolamentazione della risoluzione alternativa delle controversie con i consumatori*, cit., 501 ss.

⁶⁸ Ci si riferisce agli studi condotti Oltreoceano in materia di arbitrati su cause consumeristiche finanziati dal professionista, CFPD, *Arbitration study – Report to Congress, pursuant to Dodd–Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act § 1028(a)*, Iowa City: Consumer Financial Protection Bureau, 2015; C.R. DRAHOZAL, S. ZYONTZ, *Empirical study of AAA Consumer Arbitrations Samantha*, in *25 Ohio State Journal on Dispute Resolution* (2010), 843 ss.

⁶⁹ Curioso che lo stesso cons. 22 cit. ammetta esplicitamente il pericolo evidenziato nel testo, asserendo, pur in punta di penna, che “le procedure dinanzi a organismi di risoluzione delle controversie in cui le persone fisiche incaricate della risoluzione delle controversie sono alle dipendenze del professionista o ricevono da quest’ultimo, sotto qualunque forma, la loro unica remunerazione rischiano di essere esposte a un conflitto di interessi”.

8.2. Sulla competenza dei soggetti incaricati della procedura ADR e sua equità e legalità: quali garanzie per attuazione, sviluppo e pubblicità del diritto a tutela del consumatore?

Un ulteriore punto debole dello ‘schema ADR’ disegnato dalla Direttiva si rinviene con riguardo al profilo della competenza che le persone incaricate della procedura ADR dovrebbero vantare. Le criticità emergono qui in relazione ad altre due condizioni di qualità imposte dalla Direttiva: equità e legalità della procedura ADR.

La Direttiva richiede, infatti, che la persona incaricata della procedura non solo abbia le conoscenze e abilità richieste per operare nel settore della risoluzione alternativa delle controversie, ma anche una *comprensione generale del diritto* (art. 6, par. 1, lett. a)). Tale requisito si lega a quelli di equità e legalità della procedura ADR. In punto di equità, si dice, infatti, oltre al resto, che le parti coinvolte nella procedura debbono ricevere comunicazione dei motivi sui quali l’esito della procedura è fondato (art. 9, par. 1, lett. c)). In punto di legalità, si stabilisce che ove la procedura ADR si concluda con una soluzione imposta, questa non deve privare il consumatore della protezione garantitagli dalle norme inderogabili previste a sua tutela nello Stato di sua residenza abituale (art. 11).

Ora, ci si chiede come possano rispettarsi queste previsioni di equità e legalità ove la persona incaricata della procedura abbia (soltanto!) una generale comprensione del diritto.

Per un verso, infatti, la Direttiva lascia intendere che tale persona possa anche non essere un giurista – e infatti, in sede di implementazione, la più parte degli Stati membri si è orientata per tale opzione, pur a seguito, come ad esempio in Germania, di un acceso dibattito⁷⁰. Se così

⁷⁰ Ne dà conto P. ROTT, *Consumer ADR in Germany*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2018, 121 ss., che segnala come una delle questioni più controverse nell’attuazione della Direttiva ADR per i consumatori, poi tradotta nel *Verbraucherstreitbeilegungsgesetz* (VSBG) del 19 febbraio 2016, in BGBl. I, 254, 1039 e modificato dalla legge del 25 giugno 2020, BGBl. I, 1474, sia stata proprio quella relativa alla necessaria qualifica professionale della persona incaricata della procedura ADR (il c.d. *Streitmittler*). Se molti studiosi avevano sostenuto la necessaria qualifica dello *Streitmittler* quale giurista a tutti gli effetti (v. J. KOTZUR, *Der Referentenentwurf zur*

è (ed è stato), vi è però da dubitare dell’effettiva applicazione del diritto inderogabile a protezione del consumatore in seno alla procedura ADR. Ci si chiede, infatti, se si possa ragionevolmente immaginare che un non giurista conosca quel diritto e ne possa perciò garantire l’osservanza⁷¹. Per altro e contiguo verso, anche a ipotizzare che la persona incaricata della procedura ADR sia un giurista, non sembra doversi dare per scontato che questi riesca ad assicurare il rispetto del diritto a tutela del consumatore⁷². Il dubbio sorge per diverse ragioni. Un’ipotesi casuistica aiuterà a delinearle.

Si immagini il caso in cui un consumatore, residente abitualmente in uno Stato membro diverso da quello del professionista, lamenti l’inadempimento da parte di quest’ultimo dell’obbligazione nascente da contratto di vendita di un bene stipulato tra i due. In tale controversia transfrontaliera la legge applicabile alla causa deve essere individuata ai sensi dell’art. 6 del c.d. Regolamento Roma I in materia di legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (richiamato, non a caso, dall’art. 11, par. 1, lett. b) della Direttiva ADR). Ebbene, pare lecito dubitare che la persona incaricata della procedura, anche ove giurista, riesca sempre a individuare con prontezza tale *lex causae*: la sua determinazione, infatti, richiede dimestichezza con il diritto internazionale privato dell’UE,

Umsetzung der Richtlinie über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten – Fortschritt oder Rückschritt, in *Verbraucher und Recht*, 2015, 243 ss., prec. 245-7; K. TONNER, *Der RegE des VSBG aus verbraucherrechtlicher und -politischer Sicht*, in *Zeitschrift für Konflikt-Management*, 2015, 132 ss.; M. TAMM, *Das VSBG – Ein mutiger Schritt in die Zukunft der Verbraucherstreitbeilegung? Zur Kritik des VSBG aus verbraucherpolitischer Sicht*, in T. BRONNEKE, P. ROTT, M. TAMM, K. TONNER (hrsg. von), *VuR Sonderheft zur Einführung des VSBG*, 2016, 51 ss., prec. 56), il legislatore decise infine diversamente: v. § 6, cpv. 2 VSBG. Lo *Streitmittler* può così essere un giurista a tutti gli effetti o un mediatore accreditato ai sensi della *Verordnung über die Aus- und Fortbildung von zertifizierten Mediatoren (Zertifizierte-Mediatoren-Ausbildungsverordnung – ZMediatAusv)*.

⁷¹ Fortemente critici (e invero ironici) sul punto M.B.M. LOOS, *Enforcing Consumer Rights through ADR at the Detriment of Consumer Law*, in *European Review of Private Law*, 2016, 61 ss.; G. WAGNER, *Private Law Enforcement Through ADR: Wonder Drug or Snake Oil?*, cit., 177.

⁷² Lo mette in luce, con realismo, M.B.M. LOOS, *Enforcing Consumer Rights through ADR at the Detriment of Consumer Law*, cit., 73.

competenza non necessariamente vantata da qualsiasi giurista⁷³. In suo soccorso, peraltro, non potrebbero nemmeno venire avvocati o consulenti delle parti in conflitto, dal momento che, come detto, la Direttiva non obbliga queste ultime a partecipare alla procedura ADR avvalendosi di assistenza o rappresentanza legale.

Anche nel caso in cui, comunque, l'incaricato della procedura ADR riesca correttamente a individuare la legge sostanziale applicabile alla controversia transfrontaliera, un ulteriore problema si pone: quello relativo al rispetto delle norme inderogabili a tutela del consumatore. È cosa nota, infatti, come nello spazio giuridico euro-unitario il diritto a protezione dei consumatori sia costituito da un coacervo di Direttive di ostica applicazione, tanto più difficile da dipanare perché intrecciate con il diritto interno dei singoli Stati membri⁷⁴. Lo dimostra la corposa giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE formatasi sull'interpretazione di quelle Direttive e sul loro rapporto con i diritti nazionali⁷⁵. Se così è, ci si chiede se sia realistico supporre che la persona incaricata della procedura ADR – ancorché giurista – sia capace di muoversi con dimestichezza in un contesto normativo tanto complesso. Pare ragionevole dubitarne, e due semplici osservazioni varranno a rafforzare tale scetticismo.

⁷³ Solleva di nuovo il fondato dubbio ID., *op. ult. cit.*, 74.

⁷⁴ Lo rimarca G. WAGNER, *Private Law Enforcement Through ADR: Wonder Drug or Snake Oil?*, cit., 178, che trova per questo sorprendente che il legislatore euro-unitario, consapevole, da un lato, del compito, affidatogli dai Trattati, di assicurare un alto livello di protezione ai consumatori, dall'altro, della complessità del diritto europeo del consumo, abbia deciso di affidarne l'attuazione a organismi ADR, quali disegnati dalla Direttiva ADR per i consumatori. Sulla stessa linea H. SCHULTE-NÖLKE, *The Brave New World of EU Consumer Law. Without Consumers, or even without Law?*, in *European Review of Consumer and Market Law*, 2015, 135 ss., prec. 137.

⁷⁵ Così M.B.M. LOOS, *Enforcing Consumer Rights through ADR at the Detriment of Consumer Law*, cit., 75, che sottolinea peraltro come le incertezze generate dal diritto europeo del consumo e dalla sua interazione con le legislazioni nazionali persistano anche molti anni dopo l'adozione della normativa sovranazionale: si pensi, a solo titolo di esempio, a quanto accaduto con la Direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, o la Direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 maggio 1999, su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo.

Per un verso, è bene ricordare come la giurisprudenza della Corte di giustizia dell’UE abbia più volte evidenziato che, ai fini dell’effettiva applicazione del diritto a tutela dei consumatori, il giudice debba verificare, anche *ex officio*, se, nel caso concreto sottoposto alla sua attenzione, le disposizioni imposte dal diritto europeo siano state rispettate dal professionista⁷⁶. Ebbene, non sembra che la persona incaricata di gestire la procedura ADR sia nelle condizioni di realizzare tale verifica, né abbia il potere *ex officio* per farlo – e infatti la Direttiva non si esprime a riguardo⁷⁷.

Per altro verso, ben potrebbe accadere che nel tentativo di dare applicazione al diritto dell’UE a tutela del consumatore, sorgano dubbi sulla sua interpretazione. Come garantire, in tali casi, un’interpretazione uniforme del diritto euro-unitario? La Direttiva ADR tace sul punto. Si potrebbe ipotizzare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell’UE ai sensi dell’art. 267 TFUE, ma a seguire la giurisprudenza di quella stessa Corte in punto di legittimazione alla presentazione del rin-

⁷⁶ Nota è la giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea che riconosce l’obbligo delle corti nazionali di dare esecuzione *ex officio* alle disposizioni contenute nella citata Direttiva 93/13/CEE concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori: per tutte, v. Corte di giustizia UE, 26 ottobre 2006, *Mostaza Claro c. Centro Móvil Milenium SL.*, causa C-168/05, ECLI:EU:C:2006:675; Id., 6 ottobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones SL c. Cristina Rodríguez Nogueira*, causa C-40/08, ECLI:EU:C:2009:615. Consapevole della posizione di debolezza del consumatore nella contrattazione con il professionista, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha anche affermato il potere di dare esecuzione *ex officio* ai diritti del consumatore, ad esempio, nei contratti di credito: v. Corte di giustizia UE, 4 ottobre 2007, *Max Rampion e Marie-Jeanne Godard Rampion c. Franfinance SA e K par K SAS*, causa C-429/05, ECLI:EU:C:2007:575; come nei contratti di vendita e garanzia di beni di consumo: v. Id., 4 giugno 2015, *Froukje Faber c. Autobedrijf Hazet Ochten BV*, causa C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357.

⁷⁷ Lo osservano M.B.M. LOOS, *Enforcing Consumer Rights through ADR at the Detriment of Consumer Law*, cit., 75; F. WEBER, *Is ADR the Superior Mechanism for Consumer Contractual Disputes?*, cit., 280; J. LUZAK, *The ADR Directive: Designed to Fail? A Hole-Ridden Stairway to Consumer Justice*, in *European Review of Private Law*, 2016, 81 ss., 97 ss.

vio, pare doversi escludere che essa sia da riconoscersi in capo alla persona incaricata della procedura ADR⁷⁸.

Da questo pur limitato affresco sorge quindi forte il dubbio che la Direttiva ADR non riesca ad assicurare l'attuazione del diritto (quanto meno inderogabile) a protezione del consumatore, come nemmeno a garantirne lo sviluppo coerente e uniforme. Gli organismi ADR non possono contare, infatti, né sui poteri ufficiosi riconosciuti alle corti né sulla possibilità del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'UE.

Il quadro diventa peraltro ancor meno confortante allorché si tengano presenti altri due aspetti.

Il primo. Come ricordato in esordio, la Direttiva contempla, oltre a due procedure ADR più spiccatamente valutativo-decisorie, una procedura c.d. facilitativa, che vede la persona incaricata della procedura riunire consumatore e professionista al fine di agevolare la soluzione amichevole della controversia (si pensi al caso della mediazione facilitativa). Si deve immaginare che in procedure di questo tipo il diritto a tutela del consumatore non trovi affatto applicazione⁷⁹?

Il secondo aspetto. Gli esiti delle procedure ADR previsti dalla Direttiva sono di regola coperti da segretezza. Non si può negare che sia, questo, un elemento che mina lo sviluppo del diritto a tutela del consumatore, e, a ben vedere, anche la sua effettiva attuazione. È vero, infatti, che la Direttiva impone agli organismi ADR di fornire ogni due anni

⁷⁸ Il riferimento è qui alla giurisprudenza euro-comunitaria che esclude la legittimazione alla proposizione del rinvio pregiudiziale, oggi, ai sensi dell'art. 267 TFUE in capo ai tribunali arbitrali: Corte di giustizia CE, 23 marzo 1982, "*Nordsee*" *Deutsche Hochseefischerei GmbH c. Nordstern AG & co. et al.*, causa 102/81, ECLI:EU:C:1982:107, punto 10; Id., 27 gennaio 2005, *Denuit et al. c. Transorient-Mosaïque Voyages et Culture SA*, causa C-125/04, ECLI:EU:C:2005:69, punto 13; Id., 10 dicembre 2009, *Umweltanwalt von Karnten/Karntner Landesregierung*, causa C-205/08, ECLI:EU:C:2009:767. Ora, lecito è dubitare che gli organismi ADR di cui alla Direttiva ADR, lontani dalle caratteristiche proprie del tradizionale arbitro, possano vedersi riconosciuti quella legittimazione, negata invece agli arbitri.

⁷⁹ È il quesito che formula, con preoccupazione, G. WAGNER, *Private Law Enforcement Through ADR: Wonder Drug or Snake Oil?*, cit., 180, a sviluppo peraltro di quanto già osservato in Id., *Die Richtlinie über Alternative Streitbeilegung – Law Enforcement statt mediativer Konfliktlösung*, in *Zeitschrift für Konfliktmanagement*, 2013, 104 ss.

alla competente Autorità nazionale una serie di informazioni sul contenzioso gestito (v. art. 19, par. 3, che richiede agli organismi ADR di comunicare numero e tipo di controversie ricevute; la quota percentuale delle procedure ADR interrotte prima di raggiungere un risultato; la percentuale di rispetto, se nota, degli esiti delle procedure ADR; eventuali problematiche sistematiche o significative che si sono verificate di frequente e che causano controversie tra consumatori e professionisti, cui dovrebbero accompagnarsi raccomandazioni su come evitare tali problematiche nel futuro). Pur tuttavia, questi dati non possono considerarsi sufficienti né a fungere da deterrente per i professionisti che tengano o stiano per tenere condotte illecite verso il consumatore; né a consentire un reale sviluppo del diritto⁸⁰. Cosa che, invece, è assicurata dalla pubblicità della sentenza pronunciata nel processo davanti al giudice statale⁸¹.

⁸⁰ Lo denunciano G. WAGNER, *Private Law Enforcement Through ADR: Wonder Drug or Snake Oil?*, cit., 181; F. WEBER, *Is ADR the Superior Mechanism for Consumer Contractual Disputes?*, cit., 282; J. LUZAK, *The ADR Directive: Designed to Fail?*, cit., 89-90, che sottolinea, peraltro, il rischio di mancato adempimento da parte del professionista dell'esito (condiviso o imposto) della controversia risolta in ADR, essendo a riguardo le disposizioni della Direttiva ADR del tutto lacunose. Secondo l'A., la divulgazione, se note, delle percentuali del rispetto degli esiti della procedura, richiesta dall'art. 19, par. 9 Dir., infatti, poco può quale incentivo all'adempimento del professionista. Meglio avrebbe fatto il legislatore euro-unitario a prevedere, invece, l'obbligo per gli organismi ADR di pubblicare le loro decisioni in apposito portale in rete (ove si tratti di procedura ADR di tipo aggiudicativo) oppure la lista dei professionisti che *non* abbiano osservato l'esito della procedura. Come si evidenzierà nel prosieguo, gli effetti della c.d. 'name and shame' practice, ossia di rendere pubblici i nomi degli inadempienti, incidendo sulla loro reputazione commerciale, può costituire, infatti, un efficace deterrente: v. a riguardo P. CORTÉS, A.R. LODDER, *Consumer Dispute Resolution Goes Online: Reflections on the Evolution of European Law for Out-of-Court Redress*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2014, 30 ss.; A. FEJOS, C. WILLET, *Consumer Access to Justice: The Limits of the ADR Directive and the Potential at Member State Level*, in *European Review of Private Law*, 2016, 33 ss.

⁸¹ Offre una penetrante comparazione tra costi/benefici della via stragiudiziale e del ricorso al giudice nella soluzione del contenzioso consumeristico includendovi i vantaggi per la società intera assicurati nel processo dall'attuazione vera del diritto (*strict enforcement*) rispetto a quella blanda e dimidiata (*under-enforcement*) offerta spesso dai metodi stragiudiziali, G. WAGNER, *Private Law Enforcement Through ADR: Wonder Drug or Snake Oil?*, cit., 181. Il profilo è noto, e trova espressione nella sempre

8.3. Sulla volontarietà delle procedure ADR. Il problema dell'effettiva partecipazione del professionista

Se sin qui si è detto delle criticità dello schema disegnato dalla Direttiva con riguardo a indipendenza, imparzialità, competenza, equità e legalità di organismi e procedure ADR, v'è da dire che esso presta il fianco a perplessità anche in merito al profilo della libertà che caratterizza l'adesione a tali procedure.

La Direttiva, infatti, ne fonda lo svolgimento sul principio di volontarietà dal lato sia del consumatore che del professionista. In altri termini, consumatore e professionista sono di regola liberi di partecipare o meno alla procedura e non sono vincolati al suo esito (art. 9, par. 2, lett. a); art. 10). L'obbligatorietà di partecipazione alla procedura ADR e il vincolo al suo esito in capo al (solo) professionista possono imporsi *ex lege* soltanto se il singolo Stato membro così disponga in sede di implementazione della Direttiva.

Ora, è dato riscontrare come tale volontarietà di adesione da parte del professionista compromette fortemente l'effettività dello 'schema ADR' fissato dalla Direttiva. Molte sono, infatti, le ragioni per cui il professionista, se libero di aderire alla procedura ADR, preferirà non parteciparvi. In primo luogo, essendo tale procedura gratuita per il consumatore o comunque per lui percorribile dietro pagamento di una somma meramente nominale, chiaro è che, ove non sia lo Stato membro

attuale critica formulata, con appassionato vigore, da O.M. FISS, *Against Settlement*, in *93 Yale L. Journal* (1983-4), 1073 ss., prec. 1085, che avverte sulla facile quanto erronea equazione tra 'giustizia' e 'pace', che vorrebbe l'accordo stragiudiziale tra i litiganti quale perfetto sostituto della sentenza pronunciata dal giudice. Sarebbe, questa, invero, secondo l'A., una mera "trivializzazione" della dimensione rimediale del processo, e cioè una *deminutio* della sua funzione sociale a solo strumento di soluzione della lite privata tra parti (e qui forte, pur nella distanza dei contesti giuridici, è l'assonanza con le considerazioni sulla *Sozialfunktion des Prozesses* ben espresse in F. KLEIN, *Pro Futuro. Betrachtungen über Probleme der Civilprocessreform in Oesterreich*, Leipzig, 1891). Il processo è invece da riconoscersi quale sede di applicazione della legge, e così quale mezzo, con la sua pubblicità di svolgimento ed esito, per riaffermare alla società i valori espressi dalla norma applicata e consentirne l'ulteriore sviluppo. Prende in considerazione tale prospettiva, da un punto di vista dell'analisi economica del diritto, anche S. SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, I ed., Harvard, 2004, 414 ss.

a finanziare l'organismo ADR, il costo della procedura viene posto a carico del professionista. Per non sopportare tale esborso, il professionista non aderirà alla procedura. Non solo. Egli non avrà interesse a partecipare alla procedura ADR anche per un altro, pragmatico motivo. Perché dovrebbe egli aderire a una procedura destinata a risolvere rapidamente la controversia con il consumatore, sapendo di poter, invece, evitare di soddisfare il cliente esternalizzando in questo modo su costui i costi della sua condotta illecita? Se così è, più conveniente per il professionista sarà attendere di essere eventualmente convenuto in giudizio dal consumatore insoddisfatto – cosa che peraltro, con alta probabilità, non accadrà, vista la frequente sproporzione tra valore della controversia e costi del processo che disincentiva il consumatore al ricorso alla via giurisdizionale⁸².

⁸² Il punto è provato, con un'attenta ed efficace 'proiezione' dell'assunto su un caso di scuola a carattere transfrontaliero tra consumatore e professionista, da G. WAGNER, *Private Law Enforcement Through ADR: Wonder Drug or Snake Oil?*, cit., 184 ss., prec. 186-8, che dimostra l'inefficacia del paradigma ADR disegnato dalla Direttiva ADR per i consumatori nel garantire l'attuazione del diritto del consumo e così la concorrenza leale, in ragione di quanto indicato nel testo. Sulla debolezza della volontarietà della partecipazione del professionista alla procedura v. anche M.B.M. LOOS, *Enforcing Consumer Rights through ADR at the Detriment of Consumer Law*, cit., 78. Confermano all'atto pratico tali supposizioni i dati dell'ultima rilevazione statistica, svolta su impulso della Commissione UE, e datata 17 dicembre 2020, in merito al funzionamento della Piattaforma ODR nell'anno 2019 (consultabile all'indirizzo: <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/odr_report_2020_clean_final.pdf>). Tale report attesta, infatti, che l'83% dei reclami formalmente presentati dal consumatore per il tramite della Piattaforma ODR si chiudono automaticamente, senza nulla di fatto, per il silenzio del professionista nei 30 giorni previsti dall' art. 19, par. 8 Reg. ODR per rispondere alla richiesta del consumatore; l'11% per rifiuto del professionista ad aderire alla procedura ADR; il 4% per ritiro dalla procedura di entrambe le parti. Solo il 2% si chiude con un accordo raggiunto per il tramite di una procedura ADR.

9. *Le perplessità sollevate dal “dialogo diretto” (direct talk) tra consumatore e professionista introdotto dalla modifica alla Piattaforma ODR*

I dubbi sull’effettività del c.d. Pacchetto ADR-ODR nella realizzazione di una giustizia “co-esistenziale” in materia di consumo non si fanno meno fitti allorché si muova a esaminare lo schema disegnato dal Regolamento ODR e dalla Piattaforma cui questo ha dato luogo.

Se perplessità sulla sua efficacia emergevano già nella citata Relazione della Commissione UE del 2019, non pare che le più recenti modifiche apportate alla Piattaforma ODR siano tali da fugare quei dubbi. Anzi.

Si è detto che, riscontrata la pressoché irrisoria adesione dei professionisti alle richieste di partecipazione a procedure ADR inoltrate loro dai consumatori mediante la Piattaforma ODR, la Commissione UE ha (ben!) pensato di ‘istituzionalizzare’ quanto riscontrato dalle indagini statistiche. Avendo cioè rilevato che al silenzio o rifiuto del professionista di aderire alla procedura ADR richiesta dal consumatore via piattaforma seguiva il contatto diretto di quest’ultimo da parte del primo, la Commissione ha deciso di puntare su tale meccanismo. Come visto, infatti, essa ha arricchito la Piattaforma ODR di una nuova possibilità: ove il consumatore contatti per suo tramite il professionista, e costui non accetti la procedura ADR bensì un c.d. dialogo diretto, la Piattaforma ODR offre oggi lo spazio per tale negoziato. In questo, consumatore e professionista si confrontano senza alcun coinvolgimento di un organismo ODR.

Ebbene, dei contenuti di questi negoziati diretti non è dato sapere, essendo essi, come ovvio, riservati⁸³. Pare lecito tuttavia dubitare che in essi trovino sempre pieno rispetto i diritti garantiti al consumatore dal-

⁸³ Tale segretezza è in linea con quanto disposto dall’art. 19, par. 3 Dir. ADR per i consumatori in materia di procedure ADR, di cui si è discusso nelle pagine a precedere. Noti sono solo i dati offerti dal citato *report* del 17 dicembre 2020, in merito al funzionamento della Piattaforma ODR nell’anno 2019, secondo cui il 20% dei consumatori intervistati ha dichiarato che la loro lite è stata conclusa anche per il tramite del “dialogo diretto” con il professionista – dentro o fuori la Piattaforma – e il 18% che tale trattativa sta continuando.

l’UE. Non è infrequente, infatti, nel consumatore l’ignoranza dei suoi diritti – condizione, questa, che chiaramente segna una sperequazione di poteri tra le parti in negoziato e accresce la probabilità che esso si svolga in modo sbilanciato, senza il dovuto riferimento a diritti del consumatore.

È certo vero che la Piattaforma ODR è stata nel tempo ridisegnata sì da offrire a costui, nel modo più esteso e semplice possibile, le informazioni di rilievo in merito ai suoi diritti. Ciò nonostante permane il dubbio sull’effettiva capacità del consumatore di muoversi al meglio in un negoziato su contenzioso che, pur di modesta entità, presenta le insidie tipiche di una lite transfrontaliera e che è segnato da un’innegabile sbilanciamento di potere economico e conoscitivo tra i contendenti. Fanno senza dubbio del loro meglio a sostegno del consumatore i c.d. sportelli nazionali ODR e i centri europei per i consumatori, ma è questo sufficiente a garantire quell’“alto livello di protezione del consumatore” che i Trattati dell’UE richiedono?

10. ADR-ODR e alta protezione dei diritti del consumatore: un binomio difficile. Quali le sfide future?

Dall’indagine del c.d. Pacchetto ADR-ODR svolta in queste pagine emerge con evidenza quale insidie nasconda la volontà di combinare, in unico binomio, meccanismi di soluzione alternativa, *off-* o *online*, del contenzioso consumeristico, da un lato, e alta protezione dei consumatori, dall’altro. Tale paradigma vede, infatti, confluire in sé due elementi la cui coesistenza è destinata a fallire. Conferma di questa ‘convivenza impossibile’ si rinviene a un attento esame del contenzioso tra consumatore e professionista.

Ebbene, innegabile è che, abbracciata dall’Unione europea la scelta – politica – di garantire elevata protezione al consumatore, i diritti a costui riconosciuti siano in grado di trovare, a rigore, piena attuazione (solo) nel processo avanti ai giudici statali. È, questa, infatti, a ben vedere, l’unica sede in cui il diritto europeo del consumo può trovare vera applicazione, possibile sviluppo e concreta esecuzione, grazie allo svolgersi di un *iter* giurisdizionale segnato da garanzie processuali,

condotto da chi ha il potere-dovere di *jus dicere* e destinato a chiudersi con una decisione che, se di condanna, costituisce titolo per l'avvio di un'esecuzione forzata. Un'esecuzione del diritto del consumo, quella offerta dalla via giurisdizionale, che porta con sé anche la realizzazione di un Mercato Unico fondato sulla concorrenza leale tra imprese. Il professionista, condannato nel processo per la sua condotta in violazione del diritto euro-unitario a tutela del consumatore, infatti, verrà in questo modo punito e, in ragione di tale sanzione, sarà indirettamente inibito dall'intraprendere nel futuro la medesima attività illecita. Nel porvi fine, egli cesserà così di esternalizzare i costi di tale condotta sul consumatore e, con ciò, di avvantaggiarsi di una concorrenza sleale nel mercato interno⁸⁴.

Ciò detto, non si può però al contempo negare, con altrettanta evidenza, che il processo tradizionale avanti al giudice statale – a due parti e dai costi e tempi sproporzionati rispetto al valore modesto della causa – mal si presti ad accogliere il contenzioso tra consumatore e professionista. Per questo esso rimane nella più parte dei casi inesperto, lasciando senza risposta, da un lato, l'insoddisfazione del consumatore che lamenta l'inadempimento del professionista, dall'altro, il persistere di una concorrenza sleale alimentata dalla condotta illecita non sanzionata del professionista⁸⁵.

Ora, è in un contesto siffatto – dai contorni problematici risaputi – che si inserisce il c.d. Pacchetto ADR-ODR per i consumatori, la cui adozione induce, a conclusione dell'analisi raccolta in queste pagine, a

⁸⁴ Rappresenta con vigorosa incisività tali posizioni, per tutti, G. WAGNER, *Private Law Enforcement Through ADR: Wonder Drug or Snake Oil?*, cit., 165 ss.

⁸⁵ È, questa, conseguenza del noto fenomeno di c.d. apatia razionale del consumatore. Se il concetto di apatia razionale trova origine in seno alle teorizzazioni sull'esercizio del diritto di voto e all'analisi delle ragioni della scelta dell'individuo di non votare (v. A. DOWNS, *An Economic Theory of Democracy*, New York, 1957), esso trova trasposizione nell'ambito degli studi di analisi economica del diritto e, in particolare, in quelli sul *private law enforcement* di W.M. LANDES, R.A. POSNER, *The Private Enforcement of Law*, in *4 Journal of Legal Studies* (1975), 1 ss., prec. 33 ss., che spiegano la decisione razionale del consumatore di rimanere indifferente rispetto al danno subito in quanto il perseguimento del suo ristoro per le vie legali sarebbe per lui economicamente meno vantaggioso dell'inerzia.

due distinte riflessioni: una, sulla situazione esistente, l'altra, sulle prospettive future.

Quanto alla prima, manifesto è il fatto che con il suddetto Pacchetto il legislatore euro-unitario abbia compiuto *de facto* una scelta. Tra alta protezione del diritto del consumo e mero contenimento dei timori dei consumatori sul buon esito dei loro acquisti nel Mercato Unico, egli ha chiaramente preferito quest'ultimo. Al conseguimento di tale, ben più modesto, obiettivo si limitano, infatti, i rimedi alternativi al processo profilati da Direttiva ADR e Regolamento ODR per i consumatori. Lungi dal garantire ciò che può assicurare la giurisdizione statale, i suddetti sistemi ADR e ODR si rivelano, infatti, meccanismi pensati (soltanto e principalmente) per generare nel consumatore un certo qual affidamento negli acquisti compiuti, in rete o fuori, in seno al mercato interno. Un affidamento indotto dalla percezione, quando egli acquista, che se a contratto concluso la prestazione del professionista mancherà o non risponderà ai termini pattuiti, un qualche 'rimedio' per il consumatore vi sarà – *i.e.* potrà ricorrere a uno strumento ADR o accedere alla Piattaforma ODR⁸⁶.

Se così è, e l'indagine svolta lo dimostra, v'è da chiedersi se e come sia possibile elevare quel 'mero contenimento' del timore dei consumatori, nell'acquisto transfrontaliero, a vera e piena fiducia nel Mercato Unico, grazie alla garanzia di un'attuazione rigorosa del diritto europeo del consumo e di una concorrenza leale tra professionisti.

⁸⁶ Lo sottolinea con forza A. FACHECHI, *La giustizia alternativa nel commercio elettronico. Profili civilistici delle ODR*, Napoli, 2016, 46 ss., che, con lucidità, nota come l'attesa dei sistemi ADR e ODR per i consumatori non sia tanto quella di “realizzare una giustizia alternativa, quanto quella di contenere i timori [del consumatore] sul buon esito delle operazioni commerciali”, e cioè di “creare la suggestione di un mercato sicuro, nel quale la tutela dei diritti è promessa mantenuta”. In altri termini, ADR e ODR per i consumatori, per come configurate e in ragione del contesto in cui si inseriscono, sarebbero predisposte dal legislatore euro-unitario soltanto per mostrare che vi sono strumenti diretti a rimuovere il pregiudizio: “la sola conoscenza dell'esistenza degli stessi consentirebbe, circolarmente, di raggiungere l'obiettivo, prioritario, di accrescere la fiducia degli utenti”, e con questo il funzionamento e lo sviluppo del mercato interno. In questo senso anche T. SCHUTZ, *Online Arbitration: Binding or Non-Binding?*, in *ADR Monthly*, 2003, e P. CORTÉS, *Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union*, Londra-New York, 2011, 64.

Ebbene, due paiono, a chi scrive, le vie percorribili verso questo auspicabile traguardo, vie che dovrebbero perciò segnare l'orizzonte futuro del contenzioso consumeristico nell'Unione europea.

La prima dovrebbe condurre all'elaborazione di strumenti *processuali* realmente in grado di assicurare, in caso di controversie tra consumatore e professionista, attuazione, sviluppo ed esecuzione del diritto europeo del consumo. Tali strumenti sono invero noti e, a ben vedere, già a suo tempo additati da chi mise in luce quelle peculiarità delle liti consumeristiche tali da renderle inadeguate al tradizionale contenitore processuale. Ci si riferisce qui, per un verso, ai procedimenti giurisdizionali semplificati destinati ad accogliere la soluzione di controversie di modesta entità (*small claim procedures*); per l'altro, a efficaci azioni di classe latamente intese (*class o group actions*), capaci di catalizzare contro il professionista una 'classe' numerosa di consumatori, sì da riequilibrare sul piano processuale quella sperequazione sul piano sostanziale tra il primo e i secondi⁸⁷.

Il primo strumento è stato invero introdotto con il Regolamento (CE) n. 861/2007, che istituisce il procedimento europeo per controversie di modesta entità: ha, tuttavia, riscontrato all'atto pratico ben poco successo⁸⁸. Benché pensato dal legislatore per delineare una procedura uniforme nello spazio giudiziario euro-unitario per cause di ridotto valore economico⁸⁹, esso ha patito di fatto una forte 'nazionalizzazione',

⁸⁷ Il riferimento è qui, ancora, chiaramente, a M. CAPPELLETTI, *Alternative Dispute Resolution Process within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement*, cit., 288; nonché M. CAPPELLETTI, B. GARTH, *Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective*, cit. 209 ss.

⁸⁸ Trattatasi del Regolamento (CE) n. 861/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, che istituisce un procedimento europeo per le controversie di modesta entità, pubblicato in *Gazz. uff. UE*, L 199 del 31 luglio 2007, 1 ss., successivamente emendato dal Regolamento (UE) 2015/2421 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2015, recante modifica del regolamento (CE) n. 861/2007, che istituisce un procedimento europeo per le controversie di modesta entità, e del regolamento (CE) n. 1896/2006, che istituisce un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento, pubblicato in *Gazz. uff. UE*, L 341 del 24 dicembre 2015, 1 ss.

⁸⁹ Per una recente panoramica su obiettivi e intervenuti emendamenti della procedura europea per liti di modesto valore v. da ultimo S. HUBER, *The Reform of the European Small Claims Procedure: Foreign Body or Puzzle Piece within the System of Euro-*

in ragione dei non pochi rinvii alla *lex fori* che il Regolamento prevede, con la conseguenza di risultare inefficace e pertanto poco utilizzato per risolvere il contenzioso consumeristico, come invero qualsiasi altra causa civile e commerciale bagatellare⁹⁰.

Il secondo meccanismo processuale – l’azione di classe –, inizialmente corteggiato ma nei fatti ‘emarginato’ a livello europeo, poi percorso con maggior decisione dai singoli Stati membri⁹¹, è tornato solo di recente all’attenzione dell’UE, che, a seguito di noti casi di violazio-

pean Civil Procedure?, in J. VON HEIN, T. KRUGER (eds.), *The European State of Art and Future Perspectives*, Cambridge-Antwerp-Chicago, 2020, 87 ss.

⁹⁰ Sottolinea le deficienze della procedura anche dopo la sua riforma del 2015, non da ultimo per le incongruenze della sua disciplina rispetto a quella accordata ad altri strumenti del diritto processuale civile europeo (quali, ad esempio, l’ordine di ingiunzione di pagamento europea), sempre ID., *op ult. cit.*, 98 ss. Per uno studio empirico sull’applicazione (deludente) di tale strumento nei vari Stati membri (in particolare, Belgio, Francia, Germania, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Olanda, Spagna), v. J. VON HEIN, T. KRUGER (eds.), *The European State of Art and Future Perspectives*, cit., 163 ss.

⁹¹ Ripercorre efficacemente il lungo cammino dell’Unione europea verso la confezione di un’azione di classe, G. PAILLI, *Unione europea e azione di classe*, in V. BARSOTTI, F. DE DOMINICIS, G. PAILLI, V. VARANO (a cura di), *Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*, Torino, 2020, 237 ss., prec. 245 ss., che tratteggia i primi passi delle istituzioni comunitarie nel settore dei meccanismi per gestire il contenzioso di massa conclusisi con l’adozione nel 2013 di una Comunicazione e una Raccomandazione da parte della Commissione UE in materia di rimedi collettivi per i consumatori. Come l’A. ben evidenzia, la Raccomandazione della Commissione dell’11 giugno 2013, relativa a principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell’Unione, nasce invero già vecchia, ponendosi in una posizione superata nei fatti dagli Stati membri, al punto che nessuno di essi la adottò: così C. HODGES, *Collective Redress: The Need for New Technologies*, in *Journal of Consumer Policy*, 2019, 42, 59 ss., prec. 62. Veri laboratori giuridici in Europa dell’azione di classe latamente intesa, infatti, erano frattanto diventati i singoli sistemi nazionali: ne ripercorre le sperimentazioni, esaltando in particolar modo, il modello dei Paesi Bassi, ancora G. PAILLI, *Unione europea e azione di classe*, cit., 247 ss.; motivi di apprezzamento raccoglie anche il modello inglese, su cui v. A. DE LUCA, *La via inglese alla tutela degli interessi collettivi*, in V. BARSOTTI, F. DE DOMINICIS, G. PAILLI, V. VARANO (a cura di), *Azione di classe*, cit., 197 ss.; meno invece la soluzione francese, puntualmente descritta da C. SILVESTRI, *La tutela collettiva in Europa: la action de group francese*, *ivi*, 217 ss.

ni di massa del diritto del consumo, ha dato nuovo impulso alla configurazione di un'azione di classe, *melius* rappresentativa degli interessi collettivi dei consumatori, proprio con il summenzionato *New Deal* per i consumatori del 2018⁹². Pur sfociato da ultimo nell'adozione della Direttiva (UE) 2020/1828 del 25 novembre 2020, che impone agli Stati membri di dotarsi di azioni rappresentative inibitorie e risarcitorie a tutela degli interessi collettivi dei consumatori⁹³, è dato riscontrare come tale azione reclaims ancor'oggi scelte coraggiose, da cui dipende il vero successo dell'istituto. Un successo che potrà guadagnarsi soltanto allorché dette azioni, anche per mezzo dei singoli sistemi nazionali, non costituiscano più soltanto un modello “per sottrazione” rispetto a quel-

⁹² Nell'Unione europea riaccese il dibattito, da anni sopito, sull'azione di classe, latamente intesa, il risaputo *affaire Volkswagen* relativo alla manipolazione delle emissioni di auto da essa prodotte, contenzioso che rischiava di non trovare adeguata risposta a causa dell'assenza nel continente europeo di un rimedio appropriato alla sua gestione e soluzione – come *de facto* poi è stato e tuttora è: incisivamente, sul punto, in un accurato raffronto tra dimensione d'Oltreoceano e contesto euro-continentale v., per tutti, N. TROCKER, *La class action negli Stati Uniti: lo stato dell'arte*, in V. BARSOTTI, F. DE DOMINICIS, G. PAILLI, V. VARANO (a cura di), *Azione di classe*, cit., 171 ss., prec. 175, che sottolinea come il caso *Volkswagen-Clean Diesel* sia stato trattato con efficacia e rapidità nel sistema statunitense grazie al sapiente utilizzo dello strumento della *Multidistrict Litigation* (MDL), meccanismo che in quell'ordinamento ha gradualmente preso piede nella gestione giudiziale delle conseguenze da illeciti di massa (*mass torts*) a fianco e/o in luogo della tradizionale *class action* disciplinata dalla *Federal Rule of Civil Procedure 23*. Nel caso in parola, esso ha consentito di indurre ad accordi transattivi miliardari (con cui la Volkswagen ha offerto di ricomprare o ripagare il veicolo e di versare a titolo di risarcimento tra i 5.000 e i 10.000 dollari di danni ad auto), approvati dal giudice Charles Breyer del *Northern District of California*, cui tale MDL era stata assegnata: v. *In re Volkswagen “Clean Diesel” Marketing, Sales Practice and Products Liability Litigation*, 229 F.Supp. 3d. 1052 (N.D.Cal. 2017). Che la rinnovata attenzione accordata dalla Commissione UE alla tutela collettiva dei consumatori sia stata dovuta allo scandalo del c.d. *Dieselgate* è comprovato dalla stessa comunicazione della citata Commissione UE “*New Deal per i consumatori*” dell'11 aprile 2018, che richiama esplicitamente lo scandalo Volkswagen.

⁹³ Trattasi della Direttiva (UE) 2020/1828 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2020 relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE, pubblicata in *Gazz. uff. UE*, L 409, del 4 dicembre 2020, 1.

lo, incomparabile ma di certo iconico⁹⁴, dell’azione di classe statunitense, bensì sappiano realizzare, in una tensione *costruens*, un paradigma nuovo⁹⁵. Un modello, cioè, che non abbia paura di allontanarsi dall’assunto per cui il processo civile è strumento per la soluzione di una o più cause specificate, inerenti a ben identificati diritti soggettivi sostanziali cui corrispondono altrettante domande giudiziali, ma che apra la strada a un’azione di classe quale congegno processuale diretto alla gestione di liti caratterizzate da complessità soggettiva⁹⁶, in cui il *class repre-*

⁹⁴ Si esprime in questi termini E. FERRANTE, *Diritti soggettivi e processo di massa*, in V. BARSOTTI, F. DE DOMINICIS, G. PAILLI, V. VARANO (a cura di), *Azione di classe*, cit., 67 ss., prec. 78. Sottolinea con incisività come la *class action* statunitense presenti una peculiare fisionomia, capace di garantirne, nel sistema di sua ‘creazione’, pratica operatività, ma al contempo di segnarne la difficile esportabilità nel continente europeo, N. TROCKER, *La class action negli Stati Uniti: lo stato dell’arte*, cit., 182.

⁹⁵ Utilizza l’efficace immagine di modello “per sottrazione” rispetto a quello statunitense descrivendo gli esperimenti dell’Unione europea nel settore della tutela collettiva G. PAILLI, *Unione europea e azione di classe*, cit., 244 ss., che sottolinea l’insufficienza di dire cosa la tutela collettiva europea “non vuole essere”, essendo necessario delineare “in positivo” cosa essa si vuole che sia. L’*iter* che ha condotto all’adozione della citata Direttiva (UE) 2020/1828 cit. fu ancora fortemente segnato da questo approccio “per sottrazione”. Il testo finale pare, invece, un compromesso, in cui spicca pur sempre la scelta per un’azione *rappresentativa* a tutela degli interessi collettivi dei consumatori – rendendo palese che di azione di classe non si tratta – dal momento che solo enti esponenziali senza finalità di lucro potranno farsi promotori dell’azione, allorché peraltro presentino ben precisi requisiti (art. 4). Si lascia però agli Stati membri scegliere l’adozione di un sistema *opt-in* o *opt-out* di adesione dei consumatori (cons. 43), sottolineando l’opportunità del primo laddove l’azione rappresentativa sia volta a ottenere un provvedimento risarcitorio e il consumatore risieda abitualmente in uno Stato membro diverso da quello in cui l’azione è stata intentata (cons. 45). Si ribadisce la necessità di garantire un equilibrio tra migliore accesso dei consumatori alla giustizia e garanzie per i professionisti, al fine di evitare l’abuso del contenzioso che ostacolerebbe la capacità delle imprese di operare nel mercato interno, come l’opportunità di evitare il riconoscimento di risarcimenti a carattere punitivo (cons. 10 e 42). Si ammette il finanziamento da parte di terzi dell’azione, ma dietro controlli severi circa la trasparenza del finanziamento e l’assenza di conflitti di interesse (art. 10). Si ribadisce la regola della soccombenza (art. 12).

⁹⁶ In questo senso, con lucida visione, N. TROCKER, *La class action negli Stati Uniti: lo stato dell’arte*, cit., 194, che indica pertanto nel meccanismo dell’*opt-in* il *vulnus* di qualsiasi azione introdotta nel settore della tutela collettiva. Tale meccanismo, infatti, si fonderebbe sull’idea per cui nell’azione ‘di classe’ si stia discutendo (ancora) di dirit-

sentative agisce in giudizio esercitando un diritto della classe senza però proposizione, da parte dei suoi membri, di una domanda giudiziale⁹⁷. Non solo. Il nuovo paradigma di azione di classe dovrebbe potenziare il ruolo centrale e imprenditoriale dell'avvocatura – anche e soprattutto mediante la previsione di premialità per l'avvocato della classe che risulti vittoriosa⁹⁸, nonché di modalità di finanziamento dell'azione

ti soggettivi sostanziali facenti capo a soggetti o enti giuridici pre-esistenti, cui corrispondono altrettante domande giudiziali. Cosa che invece non si dà affatto nella *class action* statunitense ai sensi della *Rule 23* delle *Federal Rules of Civil Procedure*, ponendosi questa quale (mero) *procedural device*, ossia quale strumento processuale che, espressione dell'approccio pragmatico ai problemi processuali tipico della tradizione di *common law*, consente di superare le difficoltà legate a un giudizio dalla numerosa compagine soggettiva. Si potrebbe dire, infatti – per riprendere la calzante immagine di E. FERRANTE, *Diritti soggettivi e processo di massa*, cit., 81 –, che nella *class action* statunitense “la posizione *sub judice* non preesiste all'azione ma è un prodotto di questa”, dandovi attore e giudice forma, rispettivamente, per il tramite dell'atto introduttivo del giudizio e della certificazione dell'azione come *class action*.

⁹⁷ Così, in uno studio oramai classico in tema di azioni di classe, C. CONSOLO, *Class action fuori dagli USA?*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 628 ss., e, con riguardo all'interpretazione da accordarsi alla prima fase dell'azione di classe introdotta nell'ordinamento italiano dalla l. 16 aprile 2019, n. 31, Id., *L'azione di classe di terza generazione*, in V. BARSOTTI, F. DE DOMINICIS, G. PAILLI, V. VARANO (a cura di), *Azione di classe*, cit., 19 ss., prec. 25, secondo cui detta fase – c.d. di valutazione dell'ammissibilità dell'azione – non avrebbe a oggetto l'esistenza di un qualche tipo di situazione giuridica sostanziale, ma soltanto una modalità di esercizio delle azioni degli aderenti senza loro domanda, in quanto la domanda è di colui che viene proponendosi come *representative* della classe quale entità da lui rappresentata. Per un lucido affresco sul recente intervento riformatore sull'azione di classe italiana anche in raffronto alla previgente normativa di cui all'art. 140-bis del Codice del consumo v., per tutti, B. ZUFFI, *The Italian Class Actions Reform: a Conservative Revolution*, in *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 2020, 23 ss. Per un commento dettagliato delle singole norme del c.p.c. dedicate all'azione di classe a seguito della citata l. n. 31 del 2019 v. B. SASSANI (a cura di), *Class action. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, in *Quaderni di Iudicium*, Pisa, 2019, *passim*.

⁹⁸ Di nuovo a riguardo N. TROCKER, *La class action negli Stati Uniti: lo stato dell'arte*, cit., 185 e 194, che rammenta come gli incentivi economici all'azione di classe – si tratti di *contingent fees* o *punitive damages* – rappresentano un aspetto cruciale per l'effettività dello strumento. In caso contrario, come ben dice A. GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile italiano*, Bologna, 2008, 132, si richiederebbe per il loro funzionamento un “eroismo individuale” che, oltre che improbabile, sarebbe, in

a opera di terzi⁹⁹; l’efficienza degli uffici giudiziari che dell’azione siano investiti¹⁰⁰ – che va dall’organizzazione delle cancellerie sino alla composizione dell’organo giudicante¹⁰¹; nonché le modalità di svolgi-

ragione della vastità di casi che costellano il contenzioso consumeristico, del tutto inutile. Nella nuova disciplina italiana dell’azione di classe, nella direzione di forme di incentivi premiali volti a stimolare lo spirito imprenditoriale dell’avvocatura verso la proposizione dell’azione si veda quanto prevede l’art. 840-*novies* c.p.c., che introducendo un sistema più serio di rifusione delle spese, dovrebbe incentivare i grossi studi legali a investire nell’azione di classe, creando un settore legale specializzato: così C. CONSOLO, *L’azione di classe di terza generazione*, cit., 28, che però rimarca come tali attrattive economiche sono subito limitate dai tetti al compenso (peraltro dimezzabili), con il che la nuova disposizione non pare sufficiente a persuadere quei grandi studi ad “abbandonare il fianco delle imprese, in cui finora risultano tutti collocati”. Per un commento sulla disciplina in merito a spese e sanzioni previste dalla l. n. 31 del 2019 v. G. MAZZAFERRO, *Spese e sanzioni*, in B. SASSANI (a cura di), *Class action. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, cit., 163 ss.

⁹⁹ Lo ricorda E. FERRANTE, *Diritti soggettivi e processo di massa*, cit., 70. La Direttiva (UE) 2020/1828 ammette un tale finanziamento a favore dell’ente esponenziale che si fa attore nell’azione rappresentativa risarcitoria a tutela dei consumatori, e al tempo impone attenti controlli affinché siano evitati conflitti di interessi (art. 10). Profilo, questo, che merita apprezzamento – v. G. PAILLI, *Unione europea e azione di classe*, cit., 256 – ma che nel momento non trova riscontro, ad esempio, nella normativa italiana – a riguardo v. E. D’ALESSANDRO (a cura di), *Prospettive del third party funding in Italia*, Milano, 2019; nonché L. CASTELLI, S. MONTI, *Third party litigation funding: quali prospettive in Italia?*, in *Contratti*, 2019, 580 ss. – pur rivelandosi invece decisivo per il successo dell’azione di classe.

¹⁰⁰ Così N. TROCKER, *La class action negli Stati Uniti: lo stato dell’arte*, cit., 194, che ritiene necessario superare, per un’effettività della tutela di matrice collettiva, il ritardo nella preparazione tecnica della magistratura.

¹⁰¹ Lo ricorda con decisione C. CONSOLO, *L’azione di classe di terza generazione*, cit., 20 ss., che, con riguardo all’ordinamento italiano, rammenta come indispensabili per il decollo dell’azione di classe non solo siano le coordinate giuridiche, ma anche le “premesse sociologiche”, intendendosi per tali, oltre al resto, quelle inerenti alla struttura giudiziaria. Lo svolgimento dell’azione di classe richiede, infatti, un lavoro enorme, “olio di gomito” – come efficacemente rammenta l’A. – a cui, invece, non solo le cancellerie, ma le stesse sezioni d’impresa dei tribunali sembrano essere affatto impreparate, in quanto non composte da soggetti realmente muniti del bagaglio cognitivo necessario per affrontare le variegate tematiche poste dall’azione di classe. Per essere all’altezza di un tale compito, bene sarebbe, infatti, che dette sezioni fossero arricchite anche della presenza di membri non togati, effettivamente depositari di quelle conoscenze tecniche – non squisitamente giuridiche, ma economiche – di cui si ha decisivo bisogno

mento del processo, dalla sua fase istruttoria – da corredarsi di strumenti adeguati a rispondere al tema dell’asimmetria informativa tra parti¹⁰² – a quella di liquidazione del ristoro per i membri della classe – che anziché ancorata allo specifico danno patito da ogni singolo, dovrebbe improntarsi alla fissazione di un tetto massimo di ristoro per ciascun individuo¹⁰³. Si tratta, con evidenza, di sfide importanti, che la citata

nel gestire e decidere un’azione di classe. Per un attento esame dell’assetto, deludente, delle sezioni d’impresa, v., da ultimo, con acutezza, M. NEGRI, *L’irrisolta “specialità” del c.d. tribunale delle imprese e l’evanescente “diritto” al giudice “esperto”*, in AA.VV., *Tutela giurisdizionale e giusto processo. Scritti in memoria di F. Cipriani*, I, Napoli, 2020, 221 ss.

¹⁰² Se la *class action* statunitense può contare sulla *pre-trial discovery*, quale fase pre-dibattimentale deputata alla mutua richiesta di informazioni tra parti del processo – vitale nel colmare situazioni di sperequazione informativa (che non di rado segna il contenzioso consumeristico) – la Direttiva (UE) 2020/1828 tenta di sopperire alla sua assenza nei processi civili euro-continentali mediante la previsione di una disciplina rafforzata dell’ordine di esibizione di prove (art. 18), che mira ad allargare le rigide maglie della concessione dell’esibizione probatoria di regola previste nella tradizione di *civil law*. In questa direzione si pongono anche, nell’ordinamento italiano, le previsioni dell’art. 840-*quinquies* c.p.c., che riprendendo le esperienze maturate in sede sovranazionale intorno alla tutela *antitrust*, derogano alla disciplina di diritto comune dell’esibizione di cui all’art. 210 c.p.c. Plaude a tale scelta N. TROCKER, *La class action negli Stati Uniti: lo stato dell’arte*, cit., 194. A riguardo, per un commento al citato art. 840-*quinquies* c.p.c., v. G. MAZZAFERRO, *Spese e sanzioni*, cit., 172 ss.

¹⁰³ Così E. FERRANTE, *Diritti soggettivi e processo di massa*, cit., 82 ss., che auspica l’abbandono del principio di specularità perfetta tra danno patito e risarcimento ottenuto dal singolo, a vantaggio di un c.d. *fluid recovery*, dal momento che il giudice, una volta condannato il convenuto a favore della classe, stabilirà secondo un parametro medio, cosa spetti ai membri della classe. È quanto sostiene, con riguardo all’azione di classe italiana, C. CONSOLO, *L’azione di classe di terza generazione*, cit., 27, secondo cui indispensabile per una sua buona riuscita sarebbe la previsione per cui, attraverso l’adesione alla classe, il singolo sappia di poter ottenere al massimo un certo ammontare: solo così si potrà sgravare la fase della liquidazione del danno dalla tradizionale configurazione individualistica e da tutte le conseguenze “terribili” in termini di gestione che questa comporta se calata in un’azione con un numero considerevole di aderenti (v. art. 840-*octies* c.p.c.). Per un’approfondita disamina delle spinose questioni in punto di esecuzione nello svolgimento dell’azione di classe v. il bel contributo di B. ZUFFI, *L’esecuzione “collettiva” nella nuova disciplina della class action*, in M. DE CRISTOFARO, M. PILLONI (a cura di), *Recenti prospettive in tema di processo esecutivo*, Torino, 2020, 47 ss.

Direttiva (UE) 2020/1828 affronta solo in parte, e non sempre con il dovuto coraggio, ma che i singoli Stati membri hanno gli strumenti per raccogliere, e in parte, hanno già raccolto¹⁰⁴.

Se la prima via per giungere a garantire una reale fiducia del consumatore nel mercato interno passa quindi attraverso la confezione di efficaci strumenti processuali per accogliere il contenzioso consumeristico nelle aule giudiziarie¹⁰⁵, la seconda dovrebbe puntare invece a (rafforzare) *meccanismi stragiudiziali* di deterrenza delle condotte di mancato o inesatto adempimento del professionista verso il consumatore. Il riferimento è qui a quegli strumenti di ‘pressione’ che, incidendo sul rischio per il professionista di perdere il suo ‘nome’ sul mercato e così di incorrere nella ‘morte’ reputazionale, lo inducono a comportamenti virtuosi¹⁰⁶. Si pensi, tra gli altri, ai sistemi di riscontro/valutazione da

¹⁰⁴ Tra tutti gli esperimenti realizzati dagli Stati membri si staglia di certo quello dei Paesi Bassi, descritto da V. MAK, *Enforcement and effectiveness of consumer law: The Netherlands*, in H.-W. MICKLITZ, G. SAUMIER (eds.), *Enforcement and effectiveness of consumer law*, Heidelberg, 2018, 391 ss., che contempla oggi non solo la possibilità di certificare una classe a fini transattivi – e cioè che la Corte d’appello di Amsterdam certifichi una transazione con ambito soggettivo delineato dal meccanismo di *opt-out* – ma anche, a partire dal 2019, un’azione rappresentativa tanto inibitoria che risarcitoria con meccanismo di partecipazione misto, e cioè di *opt-out* per i consumatori residenti nei Paesi Bassi, e *opt-in* per quelli non residenti. Anche l’ordinamento italiano merita senz’altro attenzione, per il suo tentativo, con la citata l. n. 31 del 2019, di emancipare l’azione di classe dal retroterra di un’azione meramente rappresentativa e, soprattutto, dal settore consumeristico, estendendone l’ambito applicativo a tutte le controversie civili e inserendone infatti la disciplina in seno al c.p.c. Rimangono comunque non poche le perplessità su tale normativa, che vanno, tra tutte le criticità, dalla persistenza di un sistema *opt-in* a una c.d. terza fase dell’azione, destinata alla liquidazione del danno ai singoli membri della classe, che si presenta, all’atto pratico, oltremodo difficile da gestire. A riguardo si rinvia ancora una volta a B. ZUFFI, *L’esecuzione “collettiva” nella nuova disciplina della class action*, cit., 47 ss.

¹⁰⁵ Offre una puntuale comparazione tra l’impiego dei soli strumenti ADR-ODR e quello delle vie giurisdizionali descritte (in particolare quella volta a una tutela di matrice collettiva) nel perseguimento dell’effettiva attuazione del diritto (c.d. *strict law enforcement versus under-enforcement*) G. WAGNER, *Private Law Enforcement Through ADR: Wonder Drug or Snake Oil?*, cit., 189 ss.

¹⁰⁶ Si tratta del meccanismo di c.d. *peer pressure*, ossia di pressione che, nell’ambito di un determinato gruppo di persone, assumono il comportamento e i valori altrui al fine di condizionare i propri. Con tale pressione tra pari, nel contesto che qui rileva, si

parte dei consumatori circa la prestazione ricevuta dal professionista (*feedback*); a quelli di posizionamento nel gradimento della prestazione ricevuta, in una comparazione con altre fornite a professionisti della medesima categoria (*rating*)¹⁰⁷, o, ancora, al sistema di marchi di affidabilità (*trust marks*), assegnati da società che monitorano qualità e credibilità di chi opera nel mercato sulla base di codici di condotta cui aderisce l'impresa sottoposta a controllo¹⁰⁸.

Orbene, pare a chi scrive che nessuno degli strumenti, processuali e stragiudiziali, testé richiamati debba essere tralasciato. Al contrario, soltanto una loro virtuosa sinergia potrebbe dar ragione dell'esistenza (anche) di un sistema di ADR-ODR per i consumatori. In tal caso sì, infatti, lo svolgersi delle procedure ADR e ODR avverrebbe "all'ombra" dell'applicazione della legge, dell'avvio del processo (di classe) e

fa leva sulla pressione psicologica procurata dalla divulgazione, da parte di consumatori insoddisfatti, di informazioni negative sull'attività commerciale del professionista, nel caso in cui egli non dia riscontro alla lamentela del consumatore né vi ponga rimedio – meccanismo questo tanto più potente oggi grazie alla forza della rete nella diffusione di siffatta pubblicità: v. incisivamente sul punto A. FACHECHI, *La giustizia alternativa nel commercio elettronico*, cit., 50; nonché F. MANCINI, *Mercato*, regola iuris e giurisdizione nazionale nel fenomeno ODR, cit., 42.

¹⁰⁷ *Feedback* e *rating* rilasciati dai consumatori nelle piattaforme di acquisto elettronico sono d'altronde quanto mai cruciali nel generare fiducia nel professionista, laddove nel commercio in rete "la fiducia in un interlocutore privo di volto e privo, talvolta, di identità ben definita rappresenta il solo impulso psicologico che muove un *click* sulla tastiera del *pc*", come ben rammenta F. MANCINI, *Mercato*, regola iuris e giurisdizione nazionale nel fenomeno ODR, cit., 43.

¹⁰⁸ Su tali marchi v. P. CORTÉS, *Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union*, cit., 60 ss., che evidenzia come la minaccia della rimozione del marchio di fiducia scoraggi comportamenti scorretti e induca alla correttezza tanto nell'esecuzione del rapporto contrattuale quanto nel negoziato del professionista con il consumatore. Si intende però come la forza di questi marchi, e così il loro effetto deterrente, verrebbero potenziati ove essi venissero riconosciuti e rilasciati secondo *standard* internazionali o quanto meno europei: v. a riguardo F. MANCINI, *Mercato*, regola iuris e giurisdizione nazionale nel fenomeno ODR, cit., 43; A. FACHECHI, *La giustizia alternativa nel commercio elettronico*, cit., 54 e ivi nt. 77. In questo senso si veda la creazione del c.d. marchio di fiducia *E-commerce Europe*: ove presente nel sito del *web shop* di un professionista, esso indica che costui si è impegnato a seguire il Codice di condotta *E-commerce Europe*, garantendo *standard* etici nel mercato digitale (per maggiori dettagli v. <https://www.ecommercetrustmark.eu/for-consumers/>, 11.05.2021).

delle possibili conseguenze negative sulla reputazione commerciale del professionista¹⁰⁹. In altri termini, solo grazie alla “co-esistenza” di tutti gli strumenti più sopra richiamati, le procedure ADR e ODR si svolgerebbero “all’ombra” del rispetto degli interessi e dei diritti dei consumatori, in linea con gli obiettivi posti all’UE dai suoi Trattati come dalla Carta europea dei diritti fondamentali.

Diversamente, alto rimarrà il rischio che ADR e ODR per i consumatori si rivelino mero spazio di un ‘dialogo’ tra forte e debole, dove, per dirla con J.-B. H. Lacordaire, “è la libertà ad opprimere”¹¹⁰. Perché la totale libertà, nel ‘dialogo’ tra forte e debole, diventa dispotismo, e allora solo la legge – e solo il processo in cui quella si attua – ‘affrancano’, diventando le prime – e forse uniche – forme di garanzia sociale e, a ben vedere, anche di tutela di un mercato leale.

¹⁰⁹ Il riferimento è qui all’appropriata quanto suggestiva formula coniata da R.H. MNOOKIN, L. KORNHAUSER, *Bargaining in the Shadow of the Law: the Case of Divorce*, in *Yale L. Journal* (1979), 950 ss., prec. 968, che ammoniscono sul fatto che la via di soluzione della lite alternativa al processo non deve svolgersi “nel vuoto”, ma all’“ombra della legge”, nel senso che è proprio ciò che la legge assicura alle parti in caso di mancato accordo, a costituire per loro, nel negoziato, una “merce di scambio”, una sorta di “dotazione” (“they bargain in the shadow of the law (...). In other words, the outcome that the law will impose if no agreement is reached gives each (*party*) certain bargaining chips – an endowment of sorts”). Ebbene, è questo ciò che preserva le parti da un negoziato senza regole, e così al ribasso. Sulla stessa linea H. GENN, *Judging Civil Justice*, Cambridge, 2010, 125, che ben evidenzia come la mediazione senza la credibile minaccia di una possibile decisione giudiziaria appare come il “suono di una sola mano che applaude” (“Mediation without the credible threat of judicial determination is the sound of one hand clapping”).

¹¹⁰ Così, acutamente, J.-B. H. Lacordaire, *Conférences de Notre-Dame de Paris, 1835-1851*, Paris, 1855, secondo cui “entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c’est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit”.

LE PROCEDURE DI NEGOZIAZIONE NELL'ERA DIGITALE

LA RETE: UNA "QUARTA PARTE" AL TAVOLO DEL NEGOZIATO?

*Rachele Beretta**

SOMMARIO: *1. Premesse introduttive: l'impatto delle Information and Communication Technologies sulla soluzione del contenzioso. Un fenomeno complesso. 2. Un caso emblematico: dalla negoziazione offline alla negoziazione online. 3. Le ODR di c.d. seconda generazione: la rete quale "quarta parte" nella procedura. 4. Nel vasto panorama delle ODR: il successo delle procedure di negoziazione online, in particolare alla luce della diffusione del commercio elettronico. 4.1. La negoziazione assistita (dalla tecnologia). 4.2. La negoziazione automatizzata e la sua controversa qualificazione nello spettro delle Alternative Dispute Resolution. 5. Il ruolo della tecnologia, la "quarta parte", nella negoziazione online: i c.d. Web-based Negotiation Support Systems. Dai sistemi di supporto procedurale alla negoziazione tramite agenti. 6. La negoziazione online tra potenzialità e criticità. Gli orizzonti futuri.*

1. Premesse introduttive: l'impatto delle Information and Communication Technologies sulla soluzione del contenzioso. Un fenomeno complesso

Lo sviluppo delle c.d. *Information and Communication Technologies* (ICTs) ha reso possibile lo svolgimento di numerose attività e servizi in rete, quali ad esempio il commercio elettronico o le video-

* *Alumna dell'Università degli Studi di Trento, Facoltà di Giurisprudenza, LL.M. in Negotiation & Dispute Resolution presso la Washington University in St. Louis, Ph.D. Candidate presso la University of Antwerp.*

conferenze, attività che in tempi meno recenti avevano luogo invece necessariamente in presenza¹.

La transizione dalla realtà *offline* a quella virtuale, tuttavia, non è esente da conseguenze. Chiaro è, infatti, che tale trasposizione implica un'operazione di adattamento delle attività all'ambiente *online*, con la conseguente perdita o modifica di alcune caratteristiche tipiche di ciò che originariamente si svolgeva in presenza. Come noto, tale fenomeno ha progressivamente pervaso vari ambiti del quotidiano, ivi compresa la soluzione delle controversie².

La traduzione all'ambiente virtuale ha significativamente trasformato i metodi tradizionali di soluzione delle controversie, aprendo nuove importanti sfide ai protagonisti della lite e ai soggetti eventualmente coinvolti nella sua decisione e/o composizione³. Tale trasformazione è resa palese dal fatto che, pur mantenendo la medesima nomenclatura dei propri equivalenti *offline*, le procedure *online* di soluzione delle controversie hanno assunto caratteri nuovi e ulteriori.

Nell'ampio orizzonte dei metodi autonomi ed eteronomi di soluzione del contenzioso⁴, ciò ha comportato l'emersione di procedure *sui*

¹ Per un'analisi dettagliata del fenomeno della digitalizzazione e delle trasformazioni sociali connesse all'avvento delle ICTs, v. E. ROGERS, *Communication Technology: The New Media in Society*, New York, 1988; M. CASTELLS, *La Nascita della Società in Rete*, Milano, 2002; D. HAFTOR, A. MIRIJAMDOTTER, *Information and Communication Technologies, Society and Human Beings: Theory and Framework*, New York, 2011.

² Sul punto v., per tutti, A. GRAPON, J. LASSEGUE, *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, Parigi, 2018, *passim*.

³ Per una riflessione sul tema, v. B. ZIEMBLICKI, *Going Online: Is the World Ready to Replace Litigation With Online Dispute Resolution Mechanisms?*, in *5 Wroclaw Review of Law, Administration & Economics* (2015), 40 ss.

⁴ Sulla distinzione tra strumenti autonomi ed eteronomi di soluzione alternativa del conflitto, v. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile. V. La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, Milano, 2019, 3 ss.; nonché ID., *L'arbitrato e la mediazione nell'esperienza contemporanea*, in ISDACI (a cura di), *Quinto Rapporto sulla Diffusione della Giustizia Alternativa in Italia*, Milano, 2012, 147 ss., prec. 148. Per quanto concerne gli strumenti autonomi, l'A. evidenzia che essi "sono caratterizzati da ciò che l'atto, che risolve la controversia, proviene dagli stessi soggetti cui si imputano gli effetti dell'atto stesso". Questo è il caso, ad esempio, della negoziazione. Strumenti eteronomi, quali ad esempio l'arbitrato, invece, "sono caratterizzati da ciò che l'atto, che

generis, proprie della realtà virtuale e difficilmente replicabili *offline*. Tra gli strumenti autonomi di soluzione della lite, la negoziazione offre l'occasione più lampante per l'indagine di questo fenomeno. All'esame di questo specifico strumento e delle sue forme *online* sono dedicate le riflessioni raccolte nelle pagine a seguire.

2. Un caso emblematico: dalla negoziazione offline alla negoziazione online

La negoziazione tradizionalmente intesa rientra nell'ambito dei metodi di soluzione alternativa delle controversie, universalmente noti come *Alternative Dispute Resolution* (ADR)⁵. Tali strumenti di soluzione stragiudiziale del conflitto sono comunemente classificati in ragione della presenza o meno e – ove presente – del ruolo di un soggetto terzo e imparziale rispetto alle parti coinvolte nella procedura.

A un'estremità del c.d. spettro dei metodi di ADR⁶ tradizionalmente si colloca la negoziazione, in cui il tentativo di soluzione del conflitto è esperito direttamente dalle parti in lite (assistite o meno da avvocati) senza intervento di terzi⁷. All'estremità opposta si pone, invece, l'arbitrato, in cui il terzo neutrale è investito del compito di decidere la con-

risolve la controversia, proviene da un terzo: l'eventuale consenso, che le parti abbiano eventualmente dato, rileva ad altri fini (ad esempio, per legittimare lo strumento stesso, oppure per determinare l'ambito e gli strumenti di controllo dell'atto risolutivo della controversia), ma in ogni caso esso non riguarda il contenuto dell'atto in questione”.

⁵ Per una panoramica su nozione e profili generali dell'ADR, v. J.T. BARRETT, J. BARRETT, *A History of Alternative Dispute Resolution: The Story of a Political, Cultural, and Social Movement*, San Francisco, 2004; S. WARE, *Principles of Alternative Dispute Resolution*, Eagan, 2007; C. MENKEL-MEADOW *et al.*, *Dispute Resolution: Beyond the Adversarial Model*, New York, 2019.

⁶ Per un'analisi dello spettro dei metodi di ADR, v. A. FIADJOE, *Alternative Dispute Resolution: A Developing World Perspective*, London, 2004, 19-36.

⁷ Per un'esauritiva trattazione delle dinamiche della negoziazione, v. S. GOLDBERG *et al.*, *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, Arbitration, and Other Processes*, New York, 2020, 15-101; C. MENKEL-MEADOW, A. KUPFER SCHNEIDER, L. PORTER-LOVE, *Negotiation: Processes for Problem Solving*, New York, 2020.

troverbia⁸. In posizione intermedia tra questi poli si inserisce la mediazione, in cui il soggetto terzo – il mediatore – non detiene potere decisivo sulla controversia⁹.

In questo variegato panorama, tratteggiato qui in estrema sintesi, l'essenza della negoziazione consiste nella risoluzione della controversia – o quanto meno in un tentativo di sua risoluzione – tramite il dialogo diretto tra le parti in conflitto. È questo il tratto principale che segna la differenza tra negoziazione e mediazione, in cui il mediatore è investito del compito di facilitare la comunicazione e il raggiungimento di un accordo tra le parti¹⁰.

Se sino a tempi meno recenti si discorreva soltanto di negoziazione in presenza, l'avvento delle ICTs ha radicalmente cambiato l'orizzon-

⁸ Il mutuo consenso delle parti, espresso nella convenzione arbitrale, conferisce all'arbitro o al tribunale arbitrale il potere di decidere la controversia sulla base di regole di diritto o di equità. Per un approfondimento sul tema, in ambito internazionale, v. per tutti G. BORN, *International Arbitration: Law and Practice*, Alphen aan den Rijn, 2012. Nella dottrina italiana, per tutti, v. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., 3 ss.

⁹ Per un approfondimento, in ambito internazionale, v. S. GOLDBERG *et al.*, *Dispute Resolution*, cit., 105-156. Nella letteratura italiana, v. C. BESSO (a cura di), *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2010; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale: composizione della lite e processo nel d.lgs. n. 28/2010 e nei d.m. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, 2011; D. DALFINO, *La mediazione civile e commerciale*, in S. CHIARLONI (diretto da), *Commentario del Codice di procedura civile*, Bologna, 2016.

¹⁰ Tra le procedure di ADR, la mediazione spicca per la varietà di tecniche e strumenti a disposizione del terzo imparziale. A seconda della natura della controversia e delle esigenze delle parti, il mediatore potrà adottare diversi approcci per favorire la positiva soluzione del conflitto. La nota 'griglia di Riskin' consente di descrivere la varietà di strategie e tecniche utilizzabili dal mediatore, misurandole in termini di approccio facilitativo o valutativo del terzo imparziale. Nella mediazione facilitativa, il mediatore agevola il dialogo tra le parti in lite, favorendo lo scambio di idee costruttive e la ricerca di soluzioni reciprocamente vantaggiose. A riguardo, v. L. RISKIN, *Who Decides What? Rethinking the Grid of Mediator Orientations*, in *9 Dispute Resolution Magazine* (2003), 22 ss. Nella mediazione valutativa, invece, il mediatore propone alle parti soluzioni che egli ritiene adeguate alla risoluzione della controversia. In entrambe le forme di mediazione, tuttavia, la decisione riguardo alla soluzione della controversia e al contenuto di un eventuale accordo è rimessa all'autonomia delle parti e in nessun caso è demandata all'arbitrio del mediatore. Sulla distinzione tra mediazione facilitativa e valutativa, v. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., 30 ss.

te. Oggi, infatti, si tratta sempre più frequentemente di negoziazione anche nell'ambito delle procedure *online* di soluzione del conflitto (c.d. *Online Dispute Resolution* o ODR), emerse dall'applicazione della tecnologia alle procedure di ADR¹¹.

Per comprendere appieno portata e implicazioni del fenomeno ODR, è necessario soffermarsi brevemente sulla definizione stessa di ODR. Il profilo è controverso e ben evidenzia la complessità e attualità del fenomeno.

È dato riscontrare, infatti, come non esista una definizione universalmente condivisa di ODR¹². In un contesto tanto sfaccettato, le nozioni più frequentemente utilizzate sono riconducibili ai concetti, da un lato, di *online* ADR e, dall'altro, di ODR inteso come settore a sé stante e *sui generis*¹³.

La definizione di ODR come *online* ADR appare calzante specialmente in riferimento ai primi esperimenti di applicazione della tecnologia nell'ambito della soluzione alternativa delle controversie. In quegli iniziali casi, la tecnologia non ha spiegato alcun impatto rivoluzionario sulle caratteristiche distintive delle procedure ADR, essendosi essa limitata a ricoprire una funzione prevalentemente ausiliaria, e cioè di miglioramento della qualità e dell'efficienza dello svolgimento della procedura¹⁴.

¹¹ Per una panoramica su tale fenomeno, v. la dettagliata analisi offerta da A. LODDER, J. ZELEZNIKOW, *Enhanced Dispute Resolution through the Use of Information Technology*, Cambridge, 2010.

¹² Lo mettono ben in luce, tra gli altri, N. EBNER, J. ZELEZNIKOW, *Fairness, Trust, and Security in Online Dispute Resolution*, in *36 Hamline University's School of Law's Journal of Public Law Policy* (2015), 143 ss.; R. MCMAHON, *The Online Dispute Resolution Spectrum*, in *71 Arbitration* (2005), 218 ss.; E. MINERVINI, *I sistemi di ODR*, in ID. (a cura di), *Le Online Dispute Resolution (ODR)*, Napoli, 2016, 8-9.

¹³ Per una discussione sul punto, v. l'interessante scambio di vedute tra Carrie Menkel Meadow e Colin Rule. C. MENKEL-MEADOW, *Is ODR ADR?*, in *3 International Journal of Online Dispute Resolution* (2016), 4 ss.; C. RULE, *Is ODR ADR? A Response to Carrie Menkel-Meadow*, in *3 International Journal of Online Dispute Resolution* (2016), 8 ss.

¹⁴ V., tra gli altri, Y. FARAH, *Critical Analysis of Online Dispute Resolutions: The Optimist, the Realist and the Bewildered*, in *11 Computer and Telecommunications Law Review* (2005), 123, secondo cui "the term ODR is used to refer to the use of information technology, particularly the internet, in the conduct of ADR processes";

Uno dei primi esempi di applicazione della tecnologia in funzione ausiliaria è rappresentato dal negoziato internazionale tra le fazioni serbo-bosniaca, croata e musulmana, sfociato poi negli Accordi di pace di Dayton del 1995 e nella conseguente cessazione del conflitto in Bosnia-Erzegovina¹⁵. Il negoziato di Dayton ha costituito, infatti, la prima procedura negoziale in cui sono stati impiegati strumenti digitali in funzione ausiliaria¹⁶. In particolare, si trattava di mappe virtuali interattive con dettagliate rappresentazioni grafiche della morfologia del territorio, sulle quali i negoziatori potevano inserire direttamente e simultaneamente le proprie proposte di divisione dei confini.

Lo strumento è stato riconosciuto quale fattore determinante dell'accordo, non solo per la maggiore praticità delle mappe virtuali rispetto a quelle cartacee – con beneficio di chiarezza e rapidità della procedura negoziale – ma anche per l'aver esso contribuito alla creazione di un clima di collaborazione tra i negoziatori.

Nonostante la presenza di una componente tecnologia, è tuttavia necessario sottolineare come il negoziato di Dayton si sia svolto interamente in luogo fisico e in presenza dei negoziatori, e cioè in una realtà *offline*.

Se questa rappresenta una prima esperienza dell'«incontro» della negoziazione con la tecnologia, si deve constatare come lo sviluppo dei *browser* e l'accesso diffuso a *internet* abbiano reso sempre più praticabile la negoziazione a distanza. V'è da dire, infatti, che lo svolgimento di procedure di negoziazione in rete sembra costituire il naturale esito

M. CONLEY-TYLER, S. RAINES, *The Human Face of On-line Dispute Resolution*, in *23 Conflict Resolution Quarterly* (2006), 333 ss., prec. 334, per cui “we define ODR as dispute resolution processes conducted with the assistance of communications and information technology, particularly the Internet (...) Simply providing information about ADR on a Web site is not ODR: some dispute resolution process must be attempted”. V. inoltre A. FACHECHI, *La giustizia alternativa nel commercio elettronico: profili civilistici delle ODR*, Napoli, 2016, 115-8; E. MINERVINI, *I sistemi di ODR*, cit.

¹⁵ Restituisce con precisione l'esperienza di tale negoziato L. HARTWELL, *Conflict Resolution: Lessons from the Dayton Peace Process*, in *35 Negotiation Journal* (2019), 443 ss.

¹⁶ Sul punto v. in dettaglio R. JOHNSON, *Negotiating the Dayton Peace Accords through Digital Maps*, in *United States Institute of Peace (USIP) Virtual Diplomacy Report*, 25 febbraio 1999.

della proliferazione dei conflitti in ambienti telematici. Si pensi, tra tutte, alle controversie originate da transazioni nell'ambito del commercio elettronico.

Ove la negoziazione abbia luogo a distanza grazie all'ausilio della tecnologia, è dato riscontrare come il mero svolgimento delle procedure di negoziazione in ambito virtuale non abbia alterato i tratti fondamentali dello strumento negoziale. Ciò, tuttavia, al netto delle dovute differenze riconducibili all'impiego del mezzo telematico: si pensi, ad esempio, all'impatto della tecnologia sul linguaggio para-verbale nella comunicazione tra negoziatori¹⁷.

L'orizzonte si è però nel tempo arricchito di nuovi e inediti scenari. Nell'ultimo ventennio, infatti, l'accelerazione del progresso ha consentito di sviluppare ulteriori modalità di intervento della tecnologia all'interno delle procedure di negoziazione, sfruttando il potenziale delle ICTs per creare nuove forme di risoluzione del conflitto¹⁸. Il ruolo più incisivo della tecnologia, trasformatasi da strumento ausiliario in componente essenziale della procedura, giustifica la seconda nozione di ODR come fenomeno *sui generis*.

3. Le ODR di c.d. seconda generazione: la rete quale "quarta parte" nella procedura

Il progressivo sviluppo dell'ODR intesa quale fenomeno *sui generis* ha sollevato numerosi interrogativi in merito al peculiare ruolo della tecnologia all'interno delle procedure di soluzione del conflitto. È in tale contesto che emerge la nuova espressione di *fourth party* (quarta

¹⁷ Si vedano a riguardo, in questo volume, i dettagliati contributi di Eva Campi, sulla comunicazione in rete mono-linguistica e mono-culturale, e di Silvia Toniolo, sulla comunicazione da remoto multi-linguistica e cross-culturale.

¹⁸ Tratteggia l'evoluzione di questa pervasiva integrazione della tecnologia nelle modalità di soluzione del conflitto sino a dar genesi a un *quid novi* E. KATSH, *Online Dispute Resolution: Some Implications for the Emergence of Law in Cyberspace*, in *10 Lex Electronica* (2006), 3 ss.

parte), conosciuta per designare la funzione imprescindibile della componente tecnologica nell'ODR¹⁹.

Fenomeno che segna tutte le forme di ODR *sui generis*, il ruolo di “quarta parte” della tecnologia è tanto più evidente nelle procedure di negoziazione *online*. In tali casi, infatti, la tecnologia incide profondamente sui tratti distintivi della negoziazione, mediando l'interazione tra le parti con funzioni largamente comparabili a quelle tradizionalmente svolte da un soggetto terzo imparziale. In ragione di ciò, in questo tipo di procedure la differenza tra negoziazione e mediazione sembra sfumare. A riguardo, però, talune precisazioni si impongono.

Nel contesto degli strumenti di soluzione della lite, l'espressione “parte terza” è comunemente utilizzata per designare l'intervento di un soggetto diverso dalle parti in conflitto ed estraneo alla controversia. La nozione di tecnologia come “quarta parte”, invece, mira a conferire a quest'ultima una connotazione propria e autonoma all'interno delle procedure ODR di c.d. seconda generazione²⁰. Emerge in ciò la cifra indispensabile della tecnologia non solo quale cornice al cui interno si svolgono le procedure ODR, ma anche quale strumento in grado di agevolare la risoluzione del conflitto. In ragione di quest'ultima funzione della “quarta parte”, alcuni commentatori privilegiano l'espressione *Technology-Mediated Dispute Resolution* (TMDR) in luogo di ODR²¹.

¹⁹ La suggestiva espressione *fourth party* si riferisce al ruolo determinante che la tecnologia spiega nell'ambito delle procedure *online* di soluzione del conflitto. La sua paternità si ascrive a Ethan Katsh e Janet Rifkin, che la coniarono all'inizio del nuovo millennio: v. E. KATSH, J. RIFKIN, *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace*, San Francisco, 2001.

²⁰ Sulla base delle caratteristiche dei sistemi di ODR, si suole distinguere tra ODR di prima e seconda generazione. Nelle ODR di c.d. seconda generazione, il ruolo della tecnologia non si esaurisce nel mettere in contatto le parti, come invece accade nelle ODR di prima generazione, ma riveste una funzione determinante nella composizione della lite, talvolta anche attraverso la proposta di soluzioni. In tali forme di ODR l'attività umana è del tutto assente o significativamente ridotta, in quanto essa convive e si ibrida con l'intelligenza artificiale. Sulla distinzione tra ODR di prima e seconda generazione, si rinvia a G. PERUGINELLI, *Le Online Dispute Resolution: un'evoluzione delle Alternative Dispute Resolution*, in *Informatica e Diritto*, 2007, 477 ss., prec. 485-91.

²¹ In questo senso D. LARSON, *Technology Mediated Dispute Resolution (TMDR): Opportunities and Dangers*, in *38 University of Toledo Law Review* (2006), 213 ss.; U. ORJI, *Technology Mediated Dispute Resolution: Challenges and Opportunities for*

In questa ricostruzione, ove sia assente la “quarta parte” intesa come infrastruttura virtuale appositamente predisposta per la soluzione della controversia, non potrebbe dunque darsi l’ODR²². Di conseguenza, soltanto le procedure di risoluzione che si avvalgono di tali infrastrutture virtuali (*ODR platforms*) – e cioè della “quarta parte” – possono essere qualificate come ODR.

4. Nel vasto panorama delle ODR: il successo delle procedure di negoziazione online, in particolare alla luce della diffusione del commercio elettronico

Rapidità e costi contenuti della procedura rendono la negoziazione *online* particolarmente adeguata e attrattiva per la soluzione delle controversie nate dal commercio elettronico (*e-commerce*)²³, in cui i costi

Dispute Resolution, in 18 *Computer and Telecommunications Law Review* (2012), 124 ss.

²² In altri termini, ciò che consente di definire l’ODR come settore *sui generis* è la presenza di un intermediario tecnologico all’interno delle procedure di soluzione delle controversie. In particolare, tale intermediario, ovvero la “quarta parte”, si configura come una piattaforma *online* congegnata allo specifico fine di consentire e facilitare la risoluzione in rete delle controversie. Cfr. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW, *Technical Notes on Online Dispute Resolution*, New York, 2017, 4, per cui “ODR requires a technology-based intermediary. In other words, unlike offline alternative dispute resolution, an ODR proceeding cannot be conducted on an ad hoc basis involving only the parties to a dispute and a neutral (that is, without an administrator). Instead, to permit the use of technology to enable a dispute resolution process, an ODR process requires a system for generating, sending, receiving, storing, exchanging or otherwise processing communications in a manner that ensures data security”.

²³ Una definizione di commercio elettronico è stata elaborata, ad esempio, dalla *Task Force* sul commercio elettronico e ADR dell’*American Bar Association* (ABA): “(*Electronic commerce is defined as the*) sale or purchase of goods or services, whether between businesses, households, individuals, governments, and other public or private organizations, conducted over computer-mediated networks”. A.B.A. TASKFORCE ON ELEC. COMMERCE & ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION, *Addressing Disputes in Electronic Commerce: Final Recommendations and Report*, in 58 *Business Law* (2002), 415 ss., prec. 434.

elevati e le tempistiche dilatate della giustizia ordinaria risultano spesso sproporzionati rispetto al modico valore della disputa²⁴. Ciò risulta tanto più evidente in materia di contenzioso consumeristico²⁵.

L'avvento del commercio elettronico ha comportato profonde trasformazioni sia nelle modalità che nelle tempistiche delle transazioni. Rispetto al commercio *offline*, il commercio elettronico si caratterizza per la maggiore intuitività e rapidità delle transazioni, la natura prevalentemente transfrontaliera delle operazioni e il crescente volume complessivo delle attività.

La progressiva espansione del commercio elettronico si è tuttavia accompagnata a un vertiginoso incremento delle controversie scaturenti da attività *online*²⁶. In un ambiente virtuale caratterizzato dalla rapidità e dalla convenienza delle operazioni, l'aspettativa degli utenti si è da subito rivolta a meccanismi di risoluzione del conflitto altrettanto rapidi ed economici²⁷.

Non stupisce, quindi, che in questo orizzonte la negoziazione in rete abbia conosciuto un veloce sviluppo. In tale vivace contesto, le procedure di negoziazione proprie dell'ambiente telematico si sono mosse secondo due direttrici e, al momento, possono suddividersi in due macro-categorie: negoziazione assistita e negoziazione automatizzata. Tale

²⁴ Lo rimarcano E. KATSH, O. RABINOVICH-EINY, *Digital Justice: Technology and the Internet of Disputes*, Oxford, 2017, 33.

²⁵ Per un approfondimento sul tema si rinvia in quest'opera al contributo di Silvana Dalla Bontà.

²⁶ Il fenomeno è evidenziato, tra gli altri, da A. FACHECHI, *La giustizia alternativa nel commercio elettronico*, cit., 10-22.

²⁷ Per un'analisi delle criticità e dello sviluppo delle procedure di risoluzione del contenzioso nel settore dell'*e-commerce*, v. *inter alia* M. WAHAB, *Globalisation and ODR: Dynamics of Change in E-Commerce Dispute Settlement*, in *12 International Journal of Law and Information Technology* (2004), 123 ss.; F. GALVES, *Virtual Justice as Reality: Making the Resolution of E-commerce Disputes More convenient, Legitimate, Efficient, and Secure*, in *1 University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy* (2009), 1 ss.; A. VILALTA, R. PEREZ MARTELL, *E-Commerce, ICTs and Online Dispute Resolution: Is This the Beginning of a New Professional Profile*, in *2 International Journal of Online Dispute Resolution* (2015), 140 ss.; P. CORTÉS, *The Law of Consumer Redress in an Evolving Digital Market: Upgrading from Alternative to Online Dispute Resolution*, in *4 International Journal of Online Dispute Resolution* (2017), 91 ss.

classificazione si fonda sul ruolo e sulla tipologia di intervento svolti dalla “quarta parte” all’interno della procedura. A ciascuna di queste tipologie si dedicherà specifica attenzione.

4.1. *La negoziazione assistita (dalla tecnologia)*

In seno al *genus* della negoziazione *online*, la negoziazione assistita si caratterizza per l’utilizzo delle ICTs al precipuo fine di semplificare e ottimizzare la procedura, agevolando così il tentativo delle parti in conflitto di pervenire a un accordo. Nel contesto delle procedure ODR, infatti, l’aggettivo “assistita” accostato al termine “negoziiazione” non evoca la presenza nella procedura degli avvocati delle parti, bensì l’ausilio della componente tecnologica nella composizione della controversia²⁸.

Nelle procedure di negoziazione assistita, la tecnologia fornisce supporto alle parti, guidandole nella procedura e facilitando l’individuazione di soluzioni della lite grazie all’impiego di varie funzioni, quali ad esempio la predisposizione di tabelle per la registrazione dello storico delle offerte avanzate da ciascuna parte, strumenti di archiviazione intelligente della messaggistica intercorsa tra i contendenti, matrici per l’identificazione di possibili soluzioni alternative e scambi tra le parti (*trade-off*), e così via.

Scendendo ulteriormente nel dettaglio, è dato riscontrare come le infrastrutture tecnologiche per la negoziazione assistita apprestino talvolta spazi di archiviazione protetti in cui le parti possono salvare o condividere documenti e materiali. Inoltre, le ICTs impiegate nella negoziazione assistita possono svolgere funzioni tradizionalmente proprie del soggetto terzo e neutrale incaricato della procedura di soluzione del conflitto, quali rivolgere domande alle parti, suggerire opzioni, invitare

²⁸ Per un approfondimento sulla negoziazione assistita in Italia, v. E. SIROTTI GAUDENZI, S. PRIMICERI, *La negoziazione assistita*, Padova, 2015; G. TRISORIO LIUZZI, *La negoziazione assistita*, nonché D. DALFINO, *La negoziazione assistita da uno o più avvocati, tra collaborative law e procedure partecipative*, entrambi in AA.VV., *Degiurisdizionalizzazione e altri interventi*, Torino, 2015; M. MONTANARI, V. BARONCINI, *Negoziazione assistita*, Torino, 2018, *passim*.

a esprimere preferenze, aggiornare o rivalutare obiettivi e visionare periodicamente lo stato di avanzamento della procedura²⁹.

Le ICTs utilizzate nella negoziazione assistita possono essere altresì impiegate come ausilio nelle procedure di mediazione o arbitrato *online*, al fine di agevolare lo svolgimento di determinati compiti del soggetto terzo (mediatore o arbitro) o delle parti stesse. Nella negoziazione assistita intesa come autonoma procedura di ODR, tuttavia, le ICTs operano senza alcun intervento umano esterno³⁰.

4.2. *La negoziazione automatizzata e la sua controversa qualificazione nello spettro delle Alternative Dispute Resolution*

A differenza della negoziazione assistita, la negoziazione automatizzata si caratterizza per il ruolo attivo della “quarta parte” nella definizione della controversia. In questa tipologia di procedure, la tecnologia si spinge ben oltre la funzione di supporto alle parti, effettuando comparazioni tra le offerte delle parti, valutando la sussistenza dei presupposti per un eventuale accordo e proponendone i termini³¹. Il meccanismo si adatta particolarmente alle liti la cui risoluzione dipende da un accordo sulla quantificazione di un valore monetario e le cui circostanze fattuali non siano controverse.

Generalmente, la procedura inizia con la compilazione di un modulo di reclamo e l’indicazione di una proposta di accordo a opera della par-

²⁹ Restituiscono le molteplici funzioni svolte dalla tecnologia, in luogo dell’umano, nelle procedure di negoziazione in rete, G. KAUFMANN-KOHLER, T. SCHULTZ, *Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice*, The Hague, 2004, 14.

³⁰ Il più noto sistema di negoziazione assistita è costituito dalla piattaforma canadese *SmartSettle* (<<https://www.smartsettle.com>>), che appresta una procedura multi-livello per facilitare il raggiungimento di un accordo tra le parti in lite. *SmartSettle* guida le parti attraverso varie fasi, ciascuna delle quali è funzionale a chiarire l’oggetto della controversia, rivalutare la posizione delle parti e definire un ventaglio di possibili soluzioni.

³¹ Sul punto, v. A. LODDER, J. ZELEZNIKOW, *Artificial Intelligence and Online Dispute Resolution*, in M. WAHAB, E. KATSH, D. RAINEY (eds.), *Online Dispute Resolution: Theory and Practice: A Treatise on Technology and Online Dispute Resolution*, Den Haag, 2012, 73 ss.; D. CARNEIRO *et al.*, *Online Dispute Resolution: An Artificial Intelligence Perspective*, in *2 Artificial Intelligence Review* (2014), 211 ss.

te che lamenta un pregiudizio subito dalla controparte: ciò avviene mediante l'impiego della piattaforma *online* del prestatore di servizi ODR. La piattaforma contatta quindi la controparte, informandola della richiesta di negoziazione e della proposta di accordo. La controparte ha solitamente facoltà di declinare o aderire alla procedura inviando la propria proposta di accordo.

La maggior parte delle procedure di negoziazione automatizzata prevede la possibilità per le parti di scambiare tra loro un determinato numero di offerte entro un lasso temporale circoscritto³². Un algoritmo esamina le offerte dei contendenti e, qualora lo scarto tra queste rientri in una percentuale o soglia numerica prestabilita, propone di concludere un accordo per il valore medio.

Le forme più diffuse di negoziazione automatizzata impiegano meccanismi di c.d. offerta alla cieca (*blind bidding*), in cui le offerte lanciate da una parte non sono visibili alla controparte sino a che non rientri nella percentuale o soglia numerica prestabilita (*range*). In altri casi, invece, le offerte possono essere visualizzate in tempo reale. Le parti possono accettare o rifiutare la soluzione generata dall'algoritmo. Le offerte inviate dalle parti, così come qualsiasi informazione condivisa nel corso della negoziazione, hanno carattere riservato³³.

Come per la negoziazione assistita, anche gli strumenti di negoziazione automatizzata possono essere impiegati all'interno di altre procedure ODR³⁴. Ove utilizzata come autonoma procedura, la negoziazione automatizzata ha suscitato non poche perplessità, oltre al resto, con ri-

³² Descrive un *iter* per così dire classico di negoziazione automatizzata L. PONTE, *Throwing Bad Money After Bad: Can Online Dispute Resolution (ODR) Really Deliver the Goods for the Unhappy Internet Shopper?*, in *3 Tulsa Journal of Technology & Intellectual Property* (2001), 55 ss., prec. 67.

³³ Il più noto esempio di *blind bidding* è dato dal provider statunitense *CyberSettle* (<<http://www.cybersettle.com>>). Il sistema si basa su un meccanismo di *double blind-bidding*: ciò significa che nessuna delle parti in lite può visualizzare le altrui offerte finché queste non rientrino nella soglia di valore prestabilita. Per una panoramica sui meccanismi di negoziazione automatizzata, si rinvia a R. GRIFFIN, *Internet Governance*, Waltham Abbey Essex, 2018, 234-9.

³⁴ Il *provider* statunitense *Online Resolution* (inattivo dal 2003), ad esempio, apprestava strumenti di *blind bidding* di cui il terzo imparziale poteva avvalersi nel corso della mediazione per facilitare il raggiungimento di un accordo tra le parti.

guardo alla sua qualificazione sistematica all'interno dello 'spettro' dei metodi di soluzione alternativa delle controversie. Sul punto, infatti, si riscontrano opinioni diverse, in ragione del peculiare ruolo assunto nella procedura dalla tecnologia.

Taluni ritengono di classificare la negoziazione automatizzata come una forma di mediazione, in virtù delle funzioni di terzo neutrale espletate dalla tecnologia, accostabili a quelle svolte dal mediatore (umano)³⁵. Altri, invece, suggeriscono di ricondurre la negoziazione automatizzata al novero delle procedure arbitrali: valutando le offerte delle parti e prospettando loro possibili soluzioni, la "quarta parte" svolgerebbe infatti funzioni aggiudicative equiparabili a quelle degli arbitri³⁶. Secondo la tesi ricostruttiva maggioritaria, tuttavia, la negoziazione automatizzata meriterebbe di essere classificata come negoziazione. Si ritiene infatti che, nonostante la profonda incidenza della "quarta parte" nella procedura, nella negoziazione automatizzata permanga il tratto distintivo dell'interazione tra le parti senza alcun terzo³⁷.

5. Il ruolo della tecnologia, la "quarta parte", nella negoziazione online: i c.d. Web-based Negotiation Support Systems. Dai sistemi di supporto procedurale alla negoziazione tramite agenti

Descritte le tipologie di negoziazione *online* attualmente praticate, è opportuno ora soffermarsi sulle specifiche funzioni che la tecnologia in esse può svolgere e sulle infrastrutture mediante le quali ciò è reso possibile.

La "quarta parte" – la tecnologia – è in grado di offrire una vasta gamma di servizi, che spaziano dal mero supporto procedurale all'elaborazione di soluzioni del conflitto tramite algoritmi. Le infrastrutture

³⁵ Di questo avviso S. RUDOLPH-COLE, K. BLANKLEY, *Online Mediation: Where We Have Been, Where We Are Now, and Where We Should Be*, in 38 *University of Toledo Law Review* (2006), 193 ss., prec. 200.

³⁶ È questa l'opinione di C. RULE, *Online Dispute Resolution for Business: B2B, ECommerce, Consumer, Employment, Insurance, and other Commercial Conflicts*, Hoboken, 2003, 57-8.

³⁷ V. G. KAUFMANN-KOHLER, T. SCHULTZ, *Online Dispute Resolution*, cit.

tecnologiche che consentono lo svolgimento della negoziazione *online* sono denominate *Web-based Negotiation Support Systems (WNSS)*³⁸. In base alla tipologia di supporto offerta alle parti, i WNSS si dividono in sistemi di supporto procedurale (*process support*), supporto decisionale (*decision support*) o negoziazione tramite agenti (*agent-based*)³⁹.

I sistemi di supporto procedurale forniscono alle parti strumenti per migliorare l'efficienza dello scambio di informazioni e offerte, quali ad esempio spazi di archiviazione, sistemi di messaggistica intelligente, e così via⁴⁰. I sistemi di supporto decisionale, invece, assistono le parti nella definizione di accordi ottimali, individuando direttamente possibili soluzioni o apprestando strumenti per valutare alternative e preferenze nonché analizzare dati.

Contrariamente alle due forme di negoziazione *online* testé illustrate, già da tempo operative nella prassi, la negoziazione tramite agenti è tuttora in fase di sperimentazione. Questa categoria di WNSS utilizza c.d. agenti virtuali in grado di negoziare in autonomia in un ambiente telematico governato da regole prestabilite⁴¹.

³⁸ Ne dà conto, in dettaglio, N. EBNER, *Negotiation via Email*, in C. HONEYMAN, K. SCHNEIDER (eds.), *The Negotiator's Desk Reference*, Saint Paul, 2017, 115 ss.

³⁹ Per un'approfondita analisi sul punto v. G. KERSTEN, *The Science and Engineering of E-negotiation: An Introduction*, 36th Hawaii International Conference on System Sciences, Hawaii, 2003.

⁴⁰ A riguardo v., per tutti, O. TUREL, Y. YUAN, *User Acceptance of Web-based Negotiation Support Systems: The Role of Perceived Intention of the Negotiating Partner to Negotiate Online*, in *16 Group Decision and Negotiation* (2017), 451 ss., prec. 454-5.

⁴¹ La ricerca è attualmente focalizzata sulla programmazione di agenti virtuali sofisticati (*Expert Designed Negotiators* o EDNs) che possano negoziare autonomamente e riprodurre i comportamenti umani. Le sperimentazioni hanno evidenziato numerose criticità, in particolare riguardo alla traduzione della complessità della natura umana in modelli virtuali – per così dire – monolitici. Sul punto, v. R. LIN, Y. OSHRAT, S. KRAUS, *Automated Agents that Proficiently Negotiate with People: Can We Keep People out of the Evaluation Loop?*, in T. ITO *et al.*, *New Trends in Agent-Based Complex Automated Negotiations*, Berlin-Heidelberg, 2011, 57 ss. Gli agenti virtuali interagiscono in un ambiente dinamico, scambiando informazioni attraverso un linguaggio comune e coordinando le proprie azioni senza l'ausilio di parti terze. A tal fine, gli agenti virtuali devono essere in grado di analizzare le diverse situazioni, valutare offerte e proposte, nonché ricalibrare progressivamente le proprie funzioni e pianificare le proprie mosse per raggiungere gli obiettivi prestabiliti. Due fattori, in particolare, risul-

È bene precisare che la maggior parte dei WNSS offre una combinazione di supporto procedurale e decisionale basata sull'applicazione di modelli matematici, teorie comportamentali, della comunicazione ed economiche (si pensi, tra tutte, alla c.d. teoria dei giochi). Nell'insieme, l'applicazione di tali modelli e teorie consente di migliorare l'efficienza della procedura facilitando l'elaborazione di soluzioni integrate e strategie negoziali efficaci⁴².

Si ritiene, infatti, che nelle procedure di negoziazione *online*, la “quarta parte” aumenti le potenzialità delle parti di pervenire a una soluzione ottimale, assicurando un elevato grado di protezione dei dati e apprestando strumenti maggiormente sofisticati rispetto ai comuni *software* di messaggistica o videoconferenza. In questo senso, non v'è dubbio che la “quarta parte” ricopra una funzione fondamentale e caratterizzante all'interno della procedura.

6. La negoziazione online tra potenzialità e criticità. Gli orizzonti futuri

L'avvento della negoziazione *online* come autonoma procedura di ODR ha sollevato numerosi interrogativi, sia di ordine teorico sia di ordine pratico. Oltre alle difficoltà nell'individuare una collocazione sistematica per le procedure di negoziazione *online*, questioni aperte riguardano – *inter alia* – la possibilità di applicare alla negoziazione *online* il regime proprio della negoziazione tradizionale, nonché l'indi-

tano determinanti per l'efficace programmazione degli agenti virtuali: il grado di dettaglio dell'algoritmo impiegato per la risoluzione delle questioni che potrebbero insorgere durante la negoziazione (ad esempio, i criteri per la valutazione delle proposte e la formulazione di offerte) e la capacità intrinseca di adattamento degli agenti virtuali ad ambienti dinamici in condizioni di asimmetria informativa. Per un'illustrazione pratica del funzionamento degli agenti virtuali e questioni connesse, v. S. KRAUS, D. LEHMANN, *Designing and Building a Negotiating Automated Agent*, in *11 Computational Intelligence* (1995), 132 ss.; N. JENNINGS *et al.*, *Automated Negotiation: Prospects, Methods and Challenges*, in *10 Group Decision and Negotiation* (2000), 199 ss.

⁴² È questa l'opinione di O. TUREL, Y. YUAN, *Online Dispute Resolution Services: Justice, Concepts and Challenges*, in M. KILGOUR, C. EDEN (eds.), *Handbook of Group Decision and Negotiation*, New York, 2020, 425 ss.

viduazione di soluzioni per assicurare la giustizia delle procedure *in rete*.

Nonostante i riscontri più che soddisfacenti della negoziazione *online* in termini di risultati⁴³, si registra una certa diffidenza da parte dei potenziali utilizzatori⁴⁴. Ciò è in gran parte attribuibile alla percezione che la gestione della controversia sia di fatto sottratta al controllo delle parti e demandata alla componente tecnologica.

Da un lato, un simile impiego della tecnologia apporta indubbi vantaggi in termini di aumento dell'efficienza dei metodi di risoluzione delle controversie, prevenzione del conflitto e riduzione della durata del contenzioso. Per altro verso, è però necessario interrogarsi sull'impatto che il perseguimento degli obiettivi di efficienza, prevenzione e deflazione del contenzioso tramite l'uso della tecnologia comporti a livello di sistema⁴⁵.

L'assegnare alla tecnologia funzioni sempre più incisive nell'ambito della soluzione del contenzioso non è infatti una scelta neutra e, come tale, necessita di essere valutata alla luce dei principi consolidati della nostra tradizione giuridica, quali il rispetto dei diritti fondamentali della

⁴³ E. KATSH, J. RIFKIN, *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace*, cit., 24. Analizzando i dati relativi alle negoziazioni online condotte tramite la piattaforma *SquareTrade*, gli AA. riscontrano una percentuale di successo delle negoziazioni dell'80%. La tendenza è confermata da G. KAUFMANN-KOHLER, T. SCHULTZ, *Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice*, cit., 16. Esaminando i dati di oltre quindici piattaforme per la negoziazione assistita, gli AA. riportano percentuali di successo tra l'80% (questo il caso di *SquareTrade*) e il 60%.

⁴⁴ La questione è discussa ampiamente in N. EBNER, *Trust-Building in E-Negotiation*, in L. BRENNAN, V. JOHSON (eds.), *Computer-Mediated Relationships and Trust Managerial and Organizational Effects*, Hershey, 2007, 139 ss. Sul punto, v. inoltre F. GALVES, *Virtual Justice as Reality: Making the Resolution of E-Commerce Disputes More Convenient, Legitimate, Efficient, and Secure*, in *1 Journal of Law, Technology & Policy* (2012), 1 ss.

⁴⁵ Si interrogano sul rapporto tra obiettivi di efficienza delle ODR e valori del giusto processo e accesso alla giustizia, tra gli altri, C. RULE, *Online Dispute Resolution and the Future of Justice*, in *16 Annual Review of Law and Social Science* (2020), 51 ss.; A. SCHMITZ, *Measuring "Access to Justice" in the Rush to Digitize*, in *88 Fordham Law Review* (2020), 2381 ss.

persona, la trasparenza, la sicurezza nel trattamento dei dati, il controllo esterno, nonché i criteri di qualità e giustizia delle procedure⁴⁶.

Le potenzialità del mezzo tecnologico si scontrano così con la complessità delle strutture sociali e una certa resistenza legata al timore di una perdita della primazia ontologica dell'uomo⁴⁷. Tali difficoltà appaiono tuttavia superabili attraverso un accorto bilanciamento dell'interazione tra uomo e tecnologia, che non può in ogni caso prescindere dall'attribuzione all'uomo del controllo e della responsabilità ultima sull'esito della procedura di risoluzione del conflitto⁴⁸.

Così, del resto, avviene anche nelle forme di negoziazione *online* caratterizzate da un più incisivo intervento della tecnologia all'interno della procedura. Nella maggior parte dei casi, le soluzioni prospettate dall'algoritmo si basano sull'elaborazione di informazioni fornite dalle parti stesse. Alcune piattaforme, tuttavia, offrono alle parti la possibilità di consultare dati relativi alle soluzioni conseguite in casi simili, prospettando così i termini di un'eventuale equa risoluzione⁴⁹. Qualunque sia la modalità utilizzata dall'algoritmo, è bene evidenziare che spetta

⁴⁶ Sulla necessità di garantire *standard* qualitativi adeguati nonché il rispetto di principi fondamentali – quali riservatezza e trasparenza – senza sacrificare la rapidità e l'accessibilità delle ODR, v. M. WAHAB, *Globalisation and ODR: Dynamics of Change in E-Commerce Dispute Settlement*, cit., prec. 143-7. Sulla necessità di operare un bilanciamento tra garanzie procedurali e obiettivi di efficienza delle ODR, v. A. RAYMOND, S. SHACKELFORD, *Technology, Ethics and Access to Justice: Should an Algorithm Be Deciding Your Case?*, in *35 Michigan Journal of International Law* (2014), 485 ss.

⁴⁷ V. J. LANIER, *You Are Not a Gadget: A Manifesto*, New York, 2011. L'A. analizza criticamente le implicazioni dell'avvento della rete e dei *software* su assetto e dinamiche sociali. La riflessione si sofferma in particolare sul rischio di annullamento dell'identità individuale che la diffusione della cultura di massa attraverso il *web* e i *social media* comportano.

⁴⁸ Del medesimo avviso, R. MATTERA, *Decisione negoziale e giudiziale: quale spazio per la robotica?*, in *Nuova Giurisprudenza Civile*, 2019, 198 ss.; P. BENATI, *Le macchine sapienti. Intelligenze artificiali e decisioni umane*, Bologna, 2019; L. DE RENZIS, *Primi passi nel mondo della giustizia "high tech": la decisione in un corpo a corpo virtuale fra tecnologia e umanità*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, Bologna, 2019, 139 ss.

⁴⁹ C. RULE, *Online Dispute Resolution and the Future of Justice*, cit., 58-9.

comunque alle parti la decisione ultima di accettare o meno le soluzioni generate dalla componente tecnologica.

La capacità della “quarta parte” di analizzare e memorizzare ingenti quantità di dati si presta inoltre a un uso della tecnologia in funzione preventiva del conflitto⁵⁰. Si pensi, ad esempio, alla possibilità di identificare e segnalare all'interno di siti di commercio elettronico i comportamenti fraudolenti di venditori *online*⁵¹.

Il potenziale della tecnologia di creare uno storico da cui estrapolare informazioni relative alle decisioni e ai casi passati, inoltre, si presta a incrementare la stabilità e la prevedibilità degli esiti delle procedure⁵². Ciò, tuttavia, comporta la necessità di operare un bilanciamento tra importanti esigenze dell'ordinamento giuridico, quali appunto la stabilità, e la giustizia delle decisioni, la trasparenza delle procedure, nonché la riservatezza e la tutela dei dati sensibili.

Alle considerazioni di ordine sistematico si aggiungono, inoltre, le difficoltà derivanti dall'assenza di meccanismi di esecuzione automatica degli accordi negoziali. Ove le parti stabiliscano di essere vincolate dall'esito della negoziazione, l'accordo avrà il valore di un contratto. Di conseguenza, la parte che lamenti la mancata spontanea esecuzione delle obbligazioni scaturenti dall'accordo dovrà adire le vie giudiziali. Nonostante alcune giurisdizioni consentano di ottenere l'esecuzione

⁵⁰ Evidenziano le problematiche e i vantaggi connessi all'elaborazione dei c.d. *big data*, R. JOHNSTON, T. ROSTAIN, *Tool for Surveillance or Spotlight on Inequality? Big Data and the Law*, in *16 Annual Review of Law and Social Science* (2020), 22 ss. Sulle possibili applicazioni dell'analisi dei *big data* nelle procedure di negoziazione *online* tra venditori e acquirenti (c.d. *business to consumer* o *B2C*), v. H. AL SAKRAN, *B2C E-Commerce Fact-Based Negotiation Using Big Data Analytics and Agent-Based Technologies*, in *5 International Journal of Advanced Computer Science and Applications* (2014), 30 ss. In diverso ambito, sottolineano le potenzialità degli algoritmi nel prevedere il rischio di recidiva degli imputati, M. ALTMAN, A. WOOD, E. VAYENA, *A Harm-Reduction Framework for Algorithmic Fairness*, in *16 IEEE Security & Privacy* (2018), 34 ss.

⁵¹ Sui meccanismi di prevenzione delle controversie *online*, v. P. CORTÉS, *Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union*, Abingdon-on-Thames, 2010, 59-63.

⁵² Il punto è evidenziato da E. KATSH, C. RULE, *What We Know and Need To Know About Online Dispute Resolution*, in *67 South Carolina Law Review* (2016), 329 ss.

tramite procedure giudiziali semplificate, l'assenza di meccanismi di esecuzione automatica ad oggi osta alla più diffusa applicazione della negoziazione⁵³.

La situazione risulta ancor più problematica in riferimento alla negoziazione *online*, ove il carattere transnazionale della maggior parte delle controversie solleva questioni di giurisdizione e legge applicabile, oltre a comportare il rischio di più ingenti spese di giudizio⁵⁴. Risulta dunque fondamentale aumentare la fiducia degli utilizzatori nella procedura e nell'equità delle soluzioni da essa scaturenti, assicurando così alti livelli di adempimento spontaneo all'accordo negoziale.

Le più importanti sfide che il settore dell'ODR si trova oggi ad affrontare consistono proprio nell'identificare strategie che incrementino la fiducia degli utilizzatori nei confronti della "quarta parte" e nelle nuove forme di giustizia *online*. L'efficacia dei meccanismi *online* di risoluzione del conflitto, infatti, dipende in larga misura dalla capacità di creare un sostrato sociale che ne faciliti la ricezione diffusa e ne garantisca l'ulteriore sviluppo.

⁵³ Sul punto, v. R. DEVANESAN, J. ARESTY, *ODR and Justice*, in M. WAHAB, E. KATSH, D. RAINEY (eds.), *Online Dispute Resolution: Theory and Practice: A Treatise on Technology and Online Dispute Resolution*, Den Haag, 2012, 263 ss., prec. 281-4.

⁵⁴ In questo senso v. A. FACHECHI, *La giustizia alternativa nel commercio elettronico*, cit., 23, 157.

CASI PRATICI DI NEGOZIAZIONE DIGITALE AI TEMPI DELLO SMART-WORKING

*Jacopo Mosca**

SOMMARIO: *1. Il contesto pre-pandemia e il repentino cambiamento di prospettiva alla volta dell'emergenza Covid-19. Ciò che prima era eccezione, ora costituisce la regola. 2. Verso un nuovo standard di comunicazione? La sfida della negoziazione "a chiamata" (on demand) e "in diretta" (live) di fronte a una telecamera. 3. Esperienze sul campo. Due casi concreti di negoziazione internazionale al tempo del distanziamento sociale. 3.1. Alfa – Caso 1. L'importanza di una preparazione adeguata della riunione virtuale e della predisposizione di un'agenda condivisa onde evitare indesiderate "crisi negoziali". 3.2. Beta – Caso 2. L'"eredità" della pratica della negoziazione online durante il lock-down nelle negoziazioni in presenza. 4. Dalla trasformazione subitanea al consolidamento di una nuova tendenza? Tra necessità di dominio di nuove competenze e future sfide nella gestione del tempo, della rete e della tecnologia (anche) nella professione legale.*

1. Il contesto pre-pandemia e il repentino cambiamento di prospettiva alla volta dell'emergenza Covid-19. Ciò che prima era eccezione, ora costituisce la regola

Per contestualizzare ciò che vi sto per restituire: lavoro a Milano come avvocato presso *RP Legal & Tax*, uno studio legale *full service* con più di centocinquanta professionisti, sette sedi in Italia e collaborazioni con primari studi internazionali.

Da febbraio 2020 io, i miei colleghi e le mie colleghe lavoriamo dislocati in più città, ognuno da casa propria o direttamente dalla rispetti-

* *Alumnus* della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento. *Senior Associate* presso lo studio legale associato *RP Legal & Tax*, specializzato in diritto societario, commerciale e tributario. Mediatore accreditato presso *ADR Quadra*. Docente a contratto presso l'Università degli Studi di Trento, Facoltà di Giurisprudenza.

va sede dello studio, nel rispetto degli attuali protocolli anti-Covid che ci impongono di limitare dal 20 al 50% la capienza degli uffici.

Il *team* con cui lavoro, composto da sette professionisti di cui quattro donne e tre uomini, si occupa di fornire consulenza e assistenza legale e fiscale – sia giudiziale che stragiudiziale – a imprese e persone fisiche, principalmente in materia societaria, commerciale, tributaria e di pianificazione patrimoniale.

La nostra clientela è prevalentemente straniera e, di conseguenza, l'inglese è la lingua che più utilizziamo nello svolgimento delle nostre attività.

Le operazioni che ci coinvolgono hanno una durata che varia da poche settimane a diversi mesi. Esse comportano un ampio utilizzo di strumenti informatici, indispensabili per l'avanzamento delle negoziazioni di contratti di varia natura, nonché per il relativo coordinamento con clienti e corrispondenti stranieri, sovente localizzati in giurisdizioni e fusi orari differenti.

Prima delle restrizioni derivanti dall'emergenza sanitaria in corso, nel febbraio 2020, gli incontri con colleghi, clienti, controparti e consulenti si tenevano prevalentemente in presenza. La modalità *online* era naturalmente utile per compensare le distanze fisiche e logistiche, ma sicuramente ritenuta non adatta per sostituire le modalità di interazione nei momenti più importanti delle fasi negoziali come, ad esempio, la firma di un contratto o un confronto su talune clausole importanti (*i.e.* prezzo, garanzie, penali, ecc.).

Alle riunioni faceva seguito un flusso continuo di *e-mails*, avente a oggetto bozze e versioni dei testi contrattuali. Alle *e-mails*, si alternavano le riunioni con il cliente, volte a esaminare documenti, spesso complessi e a supportare quest'ultimo nelle sue decisioni strategiche e commerciali.

L'arrivo del Covid-19 ha costretto un settore notoriamente poco incline ad avvalersi di infrastrutture tecnologiche – quello legale – a cambiare in tempi rapidissimi il modo di comunicare e operare.

Come vi è riuscito?

Rendendo il “confronto virtuale” l'unico modo possibile per avviare e concludere efficacemente progetti, confronti e interazioni professionali di ogni natura. La diretta e immediata conseguenza va individuata

– senza dubbio – nella dotazione di massa da parte dei professionisti di *webcam*, microfoni e profili digitali per poter usufruire delle piattaforme di comunicazione.

Se tutto ciò prima rappresentava l’eccezione, ora è la regola.

I dati a nostra disposizione sono chiari e devono farci riflettere: si è passati da un professionista su dieci, a dieci professionisti su dieci, che oggi (per *policy*) devono aver imparato a creare e condividere un invito a una *video-call*, a moderarla e a gestirne le funzionalità.

2. Verso un nuovo standard di comunicazione? La sfida della negoziazione “a chiamata” (on demand) e “in diretta” (live) di fronte a una telecamera

Video e audio-conferenze, interne all’organizzazione e al *team*, ed esterne, in continuazione.

Una novità non accompagnata da alcun tipo di “scorciatoie” nelle attività di analisi e scrittura dei documenti, bisognose di tempo e concentrazione.

Il primo effetto avvertito da ognuno noi, pertanto, è stata la contrazione del tempo a disposizione per occuparsi del *lavoro*. Nel mentre, aveva iniziato a imperversare la nuova e pulsante esigenza di imparare anzitutto a coordinarlo, il *lavoro*, in un modo nuovo – evidentemente – caratterizzato da plurime e, spesso, inevitabili difficoltà (basti pensare a tutti i professionisti colti di sorpresa, senza una connessione *internet* veloce a casa né stampanti o *scanner*, indispensabili tanto nell’attività stragiudiziale quanto in quella giudiziale).

I clienti, come anche i consulenti esterni (non solo avvocati), si sono “forzatamente” sofisticati. Si sono dovuti adattare alle nuove esigenze del mercato imposte dalla cronaca quotidiana, evolvendo il proprio approccio al *business* per sopperire alle perdite e cercando di recuperare il recuperabile.

La corsa al “recupero del fatturato” ha, quindi, determinato un’impennata della ripresa dei progetti che erano stati accantonati durante il primo *lock-down* – protrattosi per oltre tre mesi – fino a maggio 2020.

Come, nella pratica, tutto ciò è stato possibile?

La risposta va individuata nell'utilizzo massivo, da parte di professionisti e tecnici, dei più disparati *software* inizialmente pensati per essere utilizzati come *social*, ora investiti di una funzione nuova e inedita, con un taglio più “business oriented”, per chattare, scambiarsi documenti, organizzare video conferenze, presentazioni, ecc.

I clienti – che a loro volta si sono dovuti adattare e rinnovare anche internamente (si pensi all'organizzazione imposta ai dipendenti di società, ai fornitori e, appunto, ai consulenti esterni, nell'epoca del lavoro agile, c.d. *smart-working*) – oggi richiedono sempre più frequentemente la disponibilità per appuntamenti in video-conferenza. Ciò, al fine di mantenere quel *contatto visivo* tutt'oggi fondamentale per le interazioni professionali e sociali, oltre che per esaminare insieme – in tempo reale – *files* e documenti, prendendo decisioni concrete.

Si tratta, senza dubbio, di un profondo e non indifferente cambio di paradigma nel rapporto cliente-avvocato.

Fermo quanto precede, ciò che qui rileva è constatare la sfida di un'intera categoria professionale – quella legale – nel dover comunicare, negoziare e mediare “a chiamata” e “in diretta” (gli inglesi direbbero *on demand* e *live*), di fronte a una *webcam*.

L'innovazione tecnologica – e di pensiero – cui stiamo assistendo rappresenta chiaramente uno strumento formidabile, ma quali sono le conseguenze che essa porta con sé?

Dal nostro osservatorio, la mancanza di un contatto *reale* è stata inizialmente individuata dalla maggior parte dei professionisti come un possibile limite dello strumento digitale. In un primo momento è stato così. Il cambiamento, repentino, ci ha spinti oltre la nostra *comfort-zone*, costringendoci a interagire in un modo nuovo e – per i meno tecnologici – sicuramente più complesso.

Ciononostante, con l'utilizzo continuo e prolungato nel tempo (soprattutto) delle riunioni in video-conferenza, anche i professionisti più restii hanno iniziato a vederne non solo i possibili limiti, ma anche le evidenti potenzialità.

Nell'arco di pochi mesi, infatti, si è passati da riunioni fisiche in presenza (precedute da una preparazione dell'incontro in studio, costituita dall'esame sostanziale di documenti ed elaborati), a incontri virtuali su piattaforme come *Microsoft Teams* e *Zoom*, con la possibilità

per i partecipanti di condividere lo schermo del proprio computer e lavorare contemporaneamente sullo stesso documento.

Il contatto da *reale* si è tramutato in *virtuale*, anche permettendo di far presenziare alle riunioni un numero di persone che, altrimenti, non vi avrebbe partecipato di persona.

È altresì interessante notare come l'utilizzo di *Microsoft Teams* e *Zoom* abbia acquisito un carattere di formalità socialmente accettato e – in un certo senso – codificato. Non solo riunioni, ma anche colloqui di lavoro, presentazioni ufficiali e udienze avanti l'autorità giudiziaria ormai si svolgono esclusivamente *online*, con la conseguenza che oggi risulta astrattamente impossibile esercitare la professione laddove non si sia in possesso di una serie di *account* professionali con i fornitori di servizi digitali (come *Microsoft Teams*, *Zoom*, *SPID*, *Processo Telematico*, *PEC*, ecc.).

Da alcuni mesi, inoltre, abbiamo iniziato a riscontrare una nuova tendenza nella pratica lavorativa quotidiana: l'utilizzo professionale, da parte di clienti e colleghi, di applicazioni altrimenti note per l'invio di messaggistica di natura personale. La formalità delle riunioni su *Microsoft Teams* e *Zoom* è stata quindi affiancata dalla semplificazione estrema del nuovo “comunicare in rete per necessità”, rappresentata dalle *chat* e dalle – ormai sdoganate – (video-)chiamate tramite una delle applicazioni e piattaforme più utilizzate al mondo: *WhatsApp* (parte del gruppo *Facebook*).

Una richiesta, quindi, di contatto professionale più informale, diretto, periodico e immediato, nonché una nuova forma di interazione che sta cercando di supplire a quel collettivo bisogno di doversi incontrare con calma, di persona, per discutere dei propri interessi e diritti.

Si tratta, in definitiva, di una sostanziale evoluzione del rapporto *intuitu personae* tra avvocato e clienti, professionisti, colleghi.

3. Esperienze sul campo. Due casi concreti di negoziazione internazionale al tempo del distanziamento sociale

Per esser pratici: vorrei restituire brevemente due casi (Alfa e Beta) di negoziazioni internazionali (che coinvolgono società, clienti e avvo-

cati appartenenti a diversi stati e giurisdizioni) che ci hanno impegnato negli ultimi mesi. Le negoziazioni Alfa e Beta sono entrambe iniziate prima dell'emergenza sanitaria, per poi subirne gli effetti psicologici e pratici.

3.1. Alfa – Caso 1. L'importanza di una preparazione adeguata della riunione virtuale e della predisposizione di un'agenda condivisa onde evitare indesiderate "crisi negoziali"

Si tratta della negoziazione di un contratto di sviluppo e fornitura di componentistica industriale, tra una società francese ("Gamma") e una italiana ("Delta"; di seguito, insieme, le "Parti").

Le negoziazioni, durante le quali le Parti (rappresentate dai rispettivi legali) si erano scambiate nel periodo novembre-gennaio 2020 un paio di bozze del contratto, si erano bruscamente fermate a inizio marzo.

Una volta superato il primo *shock* derivante dall'impatto con la pandemia, il nostro cliente aveva manifestato di aver urgente bisogno di approvvigionarsi dei componenti industriali venduti da Gamma, per poter a sua volta onorare delle commesse importanti in scadenza.

Nel mese di maggio le Parti riprendevano i contatti, seppure con fatica. Con il passare del tempo, infatti, a queste ultime risultava sempre più evidente l'impossibilità di incontrarsi per discutere di persona le questioni più spinose, ma dirimenti, per arrivare alla stipula dell'accordo, e ciò causava non poche difficoltà per l'avanzamento della negoziazione.

Le Parti e i rispettivi legali si trovavano in stati diversi e l'emergenza sanitaria andava sempre più aggravandosi.

Ebbene, alle negoziazioni commerciali svoltesi tra i clienti (rigorosamente via *WhatsApp*), seguivano innumerevoli *video-call* (sempre su *WhatsApp*, *Teams* o *Zoom*), anche tra i legali, per lavorare sinergicamente sulle clausole del contratto mediante la condivisione dello schermo.

Segue un esempio della schermata “tipica” condivisa tra le Parti e i loro consulenti, durante gli incontri virtuali.

Manufacturing Supply Agreement

This manufacturing supply agreement, dated as of the [] of [] [] (the “**Agreement**”), is entered into by and between [] a [] public limited company with a share capital of EUR [] having its principal place of business at [] (“[]”), and [], a private limited liability company incorporated under [] law with its head office located at [] (“[]” and together with [], the “**Parties**”, and each, a “**Party**”).

a) **WHEREAS**, [] is in the business of manufacturing and selling [] technology; [] develops, manufactures and markets best-in class [] which outperform the competition in terms of quality, lower consumption and miniaturization.

b) **WHEREAS**, [] is a supplier of products and services dedicated to [] transportation and distribution networks.

c) **WHEREAS**, [] is an Affiliate (as defined below) of [], a company incorporated under [] law with its head office located at [] (“[]”).

d) **WHEREAS**, [] desires manufacture and sell [] (as defined below) to [].

e) **WHEREAS**, [] wants to integrate [] into complete systems. [] shall provide the [] so that they are fit and sufficient for the particular purpose intended by [] and its final customers.

f) **WHEREAS**, non-recurring-development-costs (“**NRDC**”) for the development of the [], in the amount of EUR [], were borne by [] pursuant to a manufacturing supply agreement entered into by and between [] and [] on [] which has been mutually terminated on [].

g) **WHEREAS**, the Parties are willing to enter into this Manufacturing Supply Agreement in order to satisfy the demand of Specific Modules by [] and according to minimum annual purchase commitments of Specific Modules from []. The technical specifications of the [] are described in **Schedule 1**.

h) **WHEREAS**, [] wants to manufacture and sell the [] to [] on the basis of annual volume commitments mutually agreed between the Parties.

NOW, THEREFORE, in consideration of the mutual covenants, terms and conditions set forth herein, and for other good and valuable consideration, the receipt and sufficiency of which are hereby acknowledged, the Parties agree as follows:

1. **Definitions.** Capitalized terms have the meanings set forth or referred to in this **Section 1**.

“**Affiliate**” of a Person means any other Person that directly or indirectly, through one or more intermediaries, Controls, is Controlled by, or is under common Control with, such Person.

“[] **Contracts**” means all contracts or agreements to which [] is a party or to which any of its material assets are bound.

[] **Intellectual Property**” means all Intellectual Property Rights owned by or licensed to [], including any of []’s Background Intellectual Property Rights and Foreground Intellectual Property Rights used in the design, production and manufacturing of the [].

“**Background Intellectual Property Rights**” means []’s Intellectual Property, []’ Intellectual Property or []’s Intellectual Property, as applicable, already existing as of the date of this Agreement except for any Foreground Intellectual Property Rights.

5 Autore
To transportation and distribution networks
Autore
Ok, modificato.

6 Autore
È corretto? Oppure [] si limiterà a rivendere gli [] senza integrarli in sistemi complessi?

7 Autore
Corretto, ci vendono solo i moduli
Autore
Anche se [] non integrerà da sé, in prima battuta, i Moduli in sistemi complessi

8 Autore
Qui inseriremo la data di risoluzione consensuale del precedente accordo. Contestualmente alla firma del nuovo contratto [].

9 Autore
Ok.

10 Autore
La schedule 1 è da completare. Avete già un testo da []

11 Autore
A see Schedule should be prepared.
Autore
Ok, noted.

12 Autore
Da leggere con attenzione. Previsioni relative ad IP di []. Avete commenti?

13 Autore
Mi pare equilibrato

L’operazione si concludeva dopo la condivisione di dodici bozze del contratto scambiate via *e-mail*, oltre che innumerevoli video e audiochiamate.

È interessante osservare come tale tipologia di comunicazioni mette tutti i professionisti coinvolti nell’obbligata condizione di doversi adeguatamente preparare all’incontro (seppur virtuale), soprattutto nel caso in cui sia in programma la condivisione in tempo reale del testo oggetto di negoziazione e/o la partecipazione dei rispettivi clienti alla riunione. Diventa, quindi, di fondamentale importanza la predisposizione di un’agenda condivisa che perimetri le attività e gli argomenti da trattarsi durante l’incontro, per evitare *impasse* di sorta e “crisi negoziali”, e per gestire al meglio il tempo a disposizione.

Tornando al caso di specie, le Parti non riuscivano a trovare un accordo sulla clausola relativa alla responsabilità del produttore/fornitore:

(...)'s total liability for any claim, liability or costs of whatever type deriving from the product being sold shall be limited to (...). Indirect prejudices suffered by (...) are excluded from any compensation application. Indirect prejudices, without this list being exhaustive, are in particular understood as being loss of turnover, operating loss, commercial prejudice, income shortfall or any claims filed by any third party whomsoever against (...) which concern indirect prejudices.

Noi, per il nostro cliente, puntavamo a ottenere il riconoscimento di una responsabilità quanto più ampia possibile in capo al produttore per difetti/malfunzionamenti dei componenti venduti da Gamma e oggetto di compravendita. Il produttore (anzi, il suo avvocato), invece, insisteva per una responsabilità limitata al valore di ciascun ordine, evidentemente irrisorio rispetto ai danni che un guasto da prodotto difettoso avrebbe potuto causare.

Per dare una svolta alla negoziazione di tale clausola del contratto, proponevamo di organizzare una video-chiamata con il coinvolgimento dei clienti, i quali – a loro volta – avevano richiesto ai rispettivi avvocati di esemplificare gli scenari di che cosa sarebbe accaduto in un caso piuttosto che in un altro.

Il rappresentante di Gamma, a un certo punto, faceva presente che la sua società era assicurata per un massimale molto più alto del valore che eravamo disposti ad accettare nell'ambito della clausola sulla responsabilità per danni da prodotto difettoso, essenziale in questo caso per chiudere le trattative e firmare il contratto.

Elemento che, tuttavia, l'avvocato di Gamma ci aveva saggiamente taciuto... ma che in una video-conferenza, una volta emerso, si è rivelato difficile da gestire.

L'accordo si è finalizzato *online*, e poco dopo è stato sottoscritto dalle Parti digitalmente, per il tramite dei loro avvocati che si sono fatti garanti dello scambio della documentazione contrattuale.

3.2. Beta – Caso 2. L’“eredità” della pratica della negoziazione online durante il lock-down nelle negoziazioni in presenza

Si tratta della negoziazione relativa a un progetto di investimento internazionale che coinvolgeva stati aventi fusi orari molto diversi: Stati Uniti, Europa e America latina. In questo caso, il “comunicare in rete per necessità” aveva raggiunto la propria massima e più inaspettata espressione. I clienti, tutti imprenditori di nazionalità e culture diverse, per agevolare – e rendere ancora più immediate – le comunicazioni, avevano adottato l’abitudine di negoziare addirittura via *chat*: *Telegram*, *WhatsApp*, *Zoom*, *Teams*. Ognuno indifferentemente dalla propria casa, dall’ufficio, dal parco, dalla casa campagna, al mare... in camicia o in *t-shirt*.

E, ovviamente, costoro chiedevano ai loro consulenti legali di adattarsi e di fornire riscontri utilizzando i medesimi mezzi digitali.

Questo nuovo approccio, dopo mesi di negoziazioni, era diventato lo *standard* al punto che, per alcuni, una volta tornati in presenza era divenuto ormai quasi impossibile concepire “un passo indietro”.

Oggi, a distanza di mesi, quando per la prima volta ci siamo re-incontrati di persona, distanziati dai *plexiglass* installati nelle sale riunioni, dopo pochi minuti un partecipante ha chiesto: “ma non possiamo proiettare su quel bel grande schermo il testo di cui stiamo parlando, così lo modifichiamo ‘in diretta’?”.

4. Dalla trasformazione subitanea al consolidamento di una nuova tendenza? Tra necessità di dominio di nuove competenze e future sfide nella gestione del tempo, della rete e della tecnologia (anche) nella professione legale

Partendo dall’assunto che, nelle negoziazioni, una corretta gestione del tempo rappresenta un elemento di fondamentale importanza in grado di determinarne il buono o il cattivo esito, ecco allora come saper “Comunicare, negoziare e mediare in rete” in modo consapevole e informato è oggi una qualità richiesta a ogni professionista. L’elemento “tempo”, arricchitosi di significati e accezioni nuove (scandite dall’im-

mediatezza dell'incontro virtuale, dalla condivisione istantanea dello schermo e dalla modifica in tempo reale del *file* oggetto di negoziazione), è andato sempre più contraendosi, sino a ridurre il c.d. *rituale dell'incontro* a un'interazione essenziale ma sostanziale tra i soggetti coinvolti.

In modo fisiologico, abbiamo ridotto ai minimi termini gli elementi tipici degli incontri in presenza (come il tragitto in auto, in treno o in aereo, il “desidera un caffè?” con *small talk* annessa, o le presentazioni formali e cerimoniose di ogni partecipante e/o professionista alla riunione), fino a eliminarli quasi del tutto.

Siamo andati oltre tutte quelle piccole *formalità* che sinora avevamo considerato atti dovuti, evidentemente forzati dalla necessità di continuare a offrire le nostre prestazioni e recuperare il tempo perso a causa dell'emergenza sanitaria.

I ritmi si sono fatti sempre più incalzanti; le modalità sempre più immediate e informali.

Possiamo pertanto osservare come, grazie alla recente innovazione tecnologica, alle insidie legate alla tradizionale gestione del tempo in ambito lavorativo (ad esempio la *fretta* di concludere quanto prima un accordo) si sono aggiunte quelle connesse all'organizzazione di una agenda totalmente digitale, sempre più fitta e frenetica.

Come definire tale trasformazione, se non il tentativo di società, privati e professionisti di fornire un riscontro pratico ed efficace alle nuove esigenze del mercato?

In questa prospettiva, ecco come sono stati soprattutto gli operatori del mondo legale a doversi rinnovare. La maggior parte di essi – ricordiamolo, nell'arco di un lasso di tempo brevissimo – hanno totalmente stravolto il proprio metodo di lavoro per riuscire a mantenersi competitivi e appetibili sul mercato.

Con uno sguardo all'odierno mondo del lavoro legale, si comprende come per gli studenti diventino un'occasione ancora più preziosa tutte le iniziative e gli insegnamenti che l'università offrirà per educare gli studenti a questo riguardo – e il Progetto *Conflict Managers of Tomorrow* dell'Università degli Studi di Trento spicca tra questi.

Gli studenti, costantemente supportati dai professori e dai professionisti di volta in volta coinvolti, stanno imparando a mettere in pratica

quanto appreso in materia di mediazione e negoziato, soprattutto in modo “pratico”, con esercizi di *public speaking* durante le ore di lezione e di simulazione durante i *case-studies*, anche in preparazione delle competizioni nazionali e internazionali, in italiano e in lingua inglese.

Un’ultima provocazione: secondo uno studio – prima dell’emergenza sanitaria in corso – trascorrevamo, in media, 47 anni della nostra vita davanti a uno schermo¹. Secondo voi, in futuro, quanti anni potremo dire di trascorrervi, qualora si dovesse definitivamente consolidare questo nuovo *trend*?

¹ È questo quanto emerge da studi i cui risultati sono stati restituiti da testate giornalistiche di rilievo nazionale, e reperibili ai seguenti indirizzi: https://www.repubblica.it/tecnologia/2020/09/23/news/l_italiano_medio_passa_47_anni_della_sua_vitadavanti_a_uno_schermo-268295287/, 11.05.2021; così come https://www.corriere.it/tecnologia/20_settembre_24/gli-italiani-display-passiamo-quasi-47-anni-vita-a-schermo-efcfb332-fe60-11ea-a30b-35e0d3e9db56.shtml, 11.05.2021.

L'ESPERIENZA "PRE-INFRA-POST EMERGENZIALE" DELLA MEDIAZIONE IN RETE

Corrado Mora *

SOMMARIO: 1. *La mediazione online e l'emergenza Covid-19.* 2. *L'esperienza "infra-emergenziale" della mediazione in rete.* 3. *Le complessità della mediazione online nella sua applicazione pratica, ad oggi.* 4. *L'esperienza "pre-emergenziale" della mediazione da remoto.* 5. *Immaginare un'esperienza "post-emergenziale" dell'online mediation.*

1. *La mediazione online e l'emergenza Covid-19*

Tra i sistemi di risoluzione delle controversie affidati all'intervento di un soggetto terzo, imparziale e neutrale, siano essi ordinari, come il giudizio, o di *Alternative Dispute Resolution*, la mediazione presenta una caratteristica evidente, si potrebbe dire "ovvia": la fisicità. All'attività documentale, tipica di altri modelli, infatti, nella mediazione si sostituisce la centralità del dialogo, frequentemente difficile, perché carico di emotività ed espressione di un radicato conflitto. Un dialogo facilitato e reso costruttivo dall'attività del mediatore, che prima ancora di assistere le parti nella tessitura della complessa trama negoziale, le aiuta a unire agli elementi oggettivi e tangibili della problematica anche gli aspetti soggettivi, che spesso emergono come le vere fondamenta del conflitto e costituiscono importantissima area di intervento, zona di transizione necessitata per poter giungere a una vera gestione o risoluzione della lite.

* *Alumnus* dell'Università degli Studi di Trento, Facoltà di Giurisprudenza, Avvocato in Verona, mediatore accreditato presso il CI Arb e il CEDR di Londra, il CPR di New York, la Camera Arbitrale di Milano, le CCIAA di Firenze e Verona, l'OVMF di Verona, la WIPO di Ginevra e docente a contratto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento.

Un dialogo, quindi. Dialogo che, per essere opportunamente facilitato dal mediatore, condotto efficacemente tra le parti e reso costruttivo, deve necessariamente impernarsi sulla cura di importanti aspetti legati alla comunicazione, che è sì connessa ai contenuti espressi, ma *in primis* è tono, volume, ritmo, silenzi. E corpo, sguardi – o sguardi distolti, rossore, nervosismo, o sicura quiete. L’attenzione anche a questo complesso insieme permette (il contrario, frantumato) l’allacciarsi di un fondamentale rapporto di collaborazione, fiducia, ascolto e riconoscimento tra il mediatore e le parti.

In una parola, quindi: fisicità. Una caratteristica così necessaria della mediazione da risultare, appunto, “ovvia”.

Tale ovvietà si riscontra già nei contenuti tipici dei corsi-base per la prima dotazione tecnica e l’accreditamento ministeriale dei mediatori, laddove fin dai primi passi si insegna a porre attenzione massima alla prossemica e agli aspetti non-verbali della comunicazione, per il loro essere strumento di lavoro, nonché per la loro grande influenza sulla gestione del conflitto e sulla negoziazione.

Un’ovvietà, quindi, pienamente riscontrabile sui tavoli di mediazione, che (anche) di tutti questi aspetti vivono.

La mediazione è tatto e contatto, e riconoscimento visivo di tali elementi. È sensoriale, ed è fatta di creazione di rapporto tra le parti – e tra parti e mediatore – sulla base della comunicazione, ed è innanzitutto su quella non-verbale, quindi, che scorre la fisicità. “Sentire il tavolo”, percepirlo, è – d’altronde – un’abilità che il mediatore cerca di arricchire con l’esperienza, e di sfruttare per poter ricorrere, nelle differenti situazioni, alla tecnica più adeguata per gestire una criticità, o facilitare il lavoro delle parti.

Proprio sulle dinamiche comunicative fondamentali per la mediazione – peraltro, ancor prima che sulle specificità negoziali che in essa occorrono – influiscono gli aspetti culturali di chi è parte di una mediazione, a ogni livello considerati. Si pensi a culture ad “alta densità” (come, mediamente, quella italiana), ove il “non detto” (sguardi, gestualità o espressioni minime ma notevoli, parte dell’universo non-verbale della comunicazione) riveste molto spazio. Oppure a culture che, in taluni casi, tollerano, in altri, necessitano di invasioni della sfera

prossemica più personale attraverso il contatto fisico. Ancora, latitudini in cui la fisicità, la compresenza giocano un ruolo cruciale.

Ulteriormente rispetto agli aspetti culturali "macro", poi, si aggiungono le abitudini, le preferenze, le necessità comunicative personali: le parti di una mediazione come atomi comunicativi unici, simili sì in quanto a necessità comunicative e di interazione di base, ma dalle caratteristiche particolari poi differenti, non sempre evidenti, ma sempre da comprendere e rispettare ai fini della creazione di un progresso nella risoluzione della controversia in mediazione. Una comprensione – e un rispetto – che rendono ancora "ovvia" la compresenza dei partecipanti attorno al tavolo della mediazione.

Si parla, non a caso, di "tavolo": delle trattative, del negoziato, della mediazione.

Come, quindi, immaginare la mediazione, laddove il tavolo non esiste? Laddove al tavolo si sostituisce uno schermo, una piattaforma virtuale a cui si collegano – quando riescono! – da remoto le parti e i loro assistenti in mediazione, presenti alla procedura? Laddove i protagonisti appaiono in piccoli riquadri che li inquadrano – quando va tutto bene (!), ossia quando capacità "fotografiche" e di risoluzione (non delle controversie... ma delle immagini, per le *webcam* in uso) dei partecipanti sono tali da permettere almeno la visione dei loro volti, e non di scure sagome controluce, o di ingrandimenti parziali (o visioni da lontano) del loro volto e del loro busto? Come immaginare la possibile efficacia della mediazione, il suo ristrutturare la comunicazione tra le parti, e il suo costruirvi sopra una negoziazione arricchente, quando – se e quando è presente un minimo di dotazione tecnologica! – le parti e il mediatore si parlano tramite cuffiette microfunate che non valorizzano appropriatamente le sfumature del tono, e si guardano senza vedersi, fissando la *webcam*, ma non l'interlocutore e le sue reazioni, oppure lo schermo, ma non l'altro "negli occhi"?

Come può essere possibile lavorare in mediazione, nella sua intrinseca sensorialità, nella sua "ovvia fisicità", laddove la procedura si sviluppa in rete, su di una piattaforma virtuale?

Come si fa a lavorare in un ambiente *online*, quando tanto di quello che è il fluido tra parte e mediatore, e che il mediatore cerca di ricreare e facilitare tra le parti perché loro lavorino al meglio, e portino avanti

una conversazione affinché questa possa poi sfociare in un accordo, si secca e diviene così incapace di “trasportare”?

2. L'esperienza “infra-emergenziale” della mediazione in rete

Eppure, l'insorgenza della pandemia legata alla diffusione del virus Covid-19 ha reso il trasloco della mediazione, dalla compresenza fisica alla connessione informatica, necessario. Letteralmente, dal tramonto all'alba – all'esito della promulgazione delle prime, necessarie misure restrittive dei movimenti e delle normali attività sociali, che a livello planetario si è tristemente imparato a conoscere come c.d. *lockdown* – ciò che prima era così scontatamente, “ovviamente” attuato attorno a un tavolo, ha dovuto essere gestito tramite incontri virtuali, su piattaforme *online*.

Indubbiamente, lo scontro con questo cambiamento è stato tanto brusco quanto spiazzante: sono immediatamente emerse molteplici inadeguatezze tecniche nella connettività e nelle qualità degli apparati informatici, nonché la presenza di sacche diffuse di analfabetismo tecnologico, e una certa diffidenza nei confronti dell'incontro virtuale.

Ma se è vero che il trovarsi “virtuali in un giorno” ha creato una legittima destabilizzazione, è altrettanto vero che molti sono gli aspetti – assolutamente interessanti e positivi – che si sono potuti leggere fin da subito. E, per alcuni versi, inaspettatamente.

Innanzitutto, un dato innegabile: se l'intero sistema “Giustizia” ha subito un arresto pressoché completo, perdurato (troppo, considerata anche la situazione in cui già versava) prima della lenta ripresa, la “macchina della mediazione” ha mantenuto il ritmo a cui, negli anni, ha abituato chi ha imparato a fruirne.

Le procedure di mediazione già attivate e in corso si sono riformulate *online* senza eccessivi sforzi organizzativi, mentre le domande di attivazione in via di deposito originavano automaticamente appuntamenti su piattaforma virtuale da parte della quasi totalità degli organismi di mediazione. Un'iniziale – e sorprendentemente breve, considerando la portata notevolissima dell'evento – fase di vivace riassetto logistico, di scambio di *vademecum* operativi, di ricerca di soluzioni pra-

tiche alle principali problematiche di gestione: e già si andava consolidando lo schema dell'invio dei *link* di accesso alle piattaforme virtuali da parte di segreteria o mediatori, la presa dei primi contatti telefonici organizzativi, lo scambio delle *best practices* per meglio effettuare il collegamento e vivere la compresenza virtuale.

Già si andava definendo un nuovo *standard* di modalità – fino ad alcuni giorni prima poco conosciuto, e per lo più legato a comunicazioni personali ed extra-professionali – tramite le quali incontrarsi, comunicare, lavorare insieme. Una nuova modalità ben presto divenuta sempre più familiare, anche a chi avesse scarsa dimestichezza con il mezzo tecnico. Una modalità non completamente convincente per tutti i professionisti della mediazione, e sicuramente differente, riduttiva rispetto alla pienezza della compresenza fisica, ma comunque ben in grado di permettere il lavoro e la mediazione anche da remoto. Che, necessariamente, ha dovuto dotarsi di tecniche operative nuove, specifiche per il contesto.

La mediazione *online*, quindi, come nuova realtà assai importante, seppur evidentemente complessa, come si esaminerà in maggior dettaglio. Una soddisfazione, constatare che la mediazione ha saputo ben riadattarsi anche a cambiamenti drastici, forte della sua flessibilità e sostanzialità; peraltro, acquisendo potenzialità – che si evidenzieranno più oltre – capaci di sopravvivere alle necessità correlate alla pandemia, all'ingresso di una "nuova normalità", che possa far tesoro dell'esperienza maturata *infra* Covid-19 anche per ciò che riguardi la possibilità di usare strumenti oggi ben più familiari che in passato. Una soddisfazione pari a quella che può dare il constatare, ancora una volta, il notevole valore e prezioso contributo della mediazione anche al sistema "Giustizia" nel suo complesso.

3. Le complessità della mediazione online nella sua applicazione pratica, ad oggi

Differente il mezzo di comunicazione e di incontro tra il mediatore, le parti e i loro assistenti in mediazione, differenti sono le peculiarità e le dinamiche che ne discendono.

L'esperienza ha prontamente evidenziato come la mediazione *online* tenda a modificare le dinamiche di interrelazione, comunicazione e negoziazione tra le parti. Il tavolo, non più fisico, viene a essere percepito come astratto. Altrettanto, si è notata, in alcuni casi, una tendenza a sentire anche la controparte come astratta, laddove divenuta un'immagine sullo schermo e non più un'entità fisica seduta dinnanzi.

Così, in notevole contrasto con ciò che si può constatare in un contesto di compresenza fisica, la pregnanza che la comunicazione verbale, rispetto ai canali para-verbali e non-verbali, tende ad assumere prevale fortemente: il contenuto esplicito e "stretto" della comunicazione supera quella trama di intonazione, gestualità ed espressione che, quando la comunicazione è in compresenza, determina non solo la componente maggiormente preponderante tra comunicatori, ma anche quella che meglio permette di dare senso e interpretazione univoca ai contenuti. Diretta conseguenza di ciò, quindi, è la possibilità che vi siano fraintendimenti tra le parti, già emotivamente "alla prova" durante gli incontri e nel cuore di un conflitto che già per sua natura insiste distruttivamente sulla comunicazione, ora per di più sguarnita di un fondamentale supporto interpretativo di ciò che esplicitamente le parti si trasmettono e ricevono.

Ugualmente, i non rari momenti di reciproco riconoscimento tra le parti (non rari, invero, solo dopo l'ampia attività di esplorazione e facilitazione del confronto che il mediatore mira a creare tra parti che, altrimenti, di riconoscimenti reciproci tendono a esternarne ben pochi)¹ rischiano di perdere la loro potenza, e talvolta la loro credibilità, laddove il "non detto" è filtrato dalla virtualità della comunicazione.

Un'altra conseguenza che l'esperienza ha fatto emergere, e che si connette tanto alla suddetta percezione di astrattezza dei compresenti in piattaforma virtuale, quanto alla propensione e abitudine che i partecipanti possiedono o meno verso il mezzo tecnologico, è il manifestarsi,

¹ Il riferimento è qui al riconoscimento dei reciproci patimenti, delle reciproche aspettative, magari deluse da come si è vissuto il comportamento della controparte, o delle scuse, dei ringraziamenti, dei perdoni, delle ammissioni, e con esse tutto ciò che emerge nella riservatezza della mediazione.

al contempo, tanto di dinamiche di inibizione² quanto, viceversa, di disinibizione³ nell'esprimersi e mantenere il turno di parola. L'una e l'altra risultano spesso estreme, non moderate dalle regole (di comunicazione, di rispetto reciproco e opportunità) non scritte né dette, che il contesto fisico fa però percepire in differente misura, ma comunque in modo da temperare gran parte delle conversazioni, anche fortemente accese, che scorrono nella procedura di mediazione.

Diviene così più complessa per il mediatore tanto l'inclusione di chi – senza che questo si manifesti in segnali visibili, quantomeno nel rettangolo della sua inquadratura in piattaforma virtuale – può faticare maggiormente a partecipare attivamente al dialogo, talvolta per l'inibizione nell'attivare *sua sponte* il microfono, talaltra per l'“effetto *spot-light*” che lo previene dal divenire relatore nell'“assordante silenzio” di una stanza virtuale partecipata da soggetti antagonisti, lontani, con microfono silenziato, priva di qualsiasi segno di comprensione, *feedback*, interlocuzione.

Altrettanto difficoltosa per il mediatore può divenire anche la moderazione di chi dà libero sfogo ai propri risentimenti e alla propria emotività, perché disinibito dalla distanza, dall'intangibilità dell'interlocutore (e dalla sua intangibilità rispetto a possibili reazioni anche forti), “trincerato” all'interno della sua piccola immagine sullo schermo.

La pregnanza della comunicazione verbale si associa, poi, a un ulteriore fattore: l'impatto percettivo dell'*online meeting*, della riunione professionale a distanza, a cui alcuni, e in alcuni ambiti, erano già abituati in precedenza, ma che è divenuto durante la pandemia patrimonio pressoché collettivo nella gestione della sfera sociale, professionale e privata. Momenti di incontro, quindi, a cui si accede “con un *click*”, e che risultano sempre più fittamente calendarizzati nelle agende dei partecipanti, e che sono per lo più brevi perché spesso focalizzati su specifici temi e consapevoli dell'ormai riconosciuto grado di attenzione affatto più degradabile di quello che si può mantenere negli incontri fisici.

² Nel lasciarsi includere nell'arricchimento della conversazione, soprattutto quando si confrontano le prospettive delle parti sull'accaduto.

³ Nell'etichettare comportamenti altrui, come propri stati d'animo e reazioni, e spesso in modo distruttivo.

Conseguenza, sul piano della mediazione, ne è una sorta di iperdinamismo della trattativa negoziale, che spesso, e frettolosamente, segue un rapido e impersonale scambio di vedute, talvolta superficiale e “posizionale”, ossia focalizzato strettamente sulle reciproche pretese (sostanziali o giuridiche) delle parti. Una rapidità nel giungere alla negoziazione molto maggiore, quindi, che nelle mediazioni in compresenza (laddove già forte era il “magnetismo” di una siffatta fase negoziale – basata su una mera trattativa di scarso riavvicinamento di domanda e offerta, spesso molto lontane). Una fase che però rappresenta uno snodo di lavoro complesso e difficile per il mediatore, nella sua attività di facilitazione di una negoziazione efficace.

Una ben più immediata – e davvero, spesso, poco utile – negoziazione posizionale, quindi, che si affianca alla maggior difficoltà che il mediatore può avere, operando *online*, nell’aprire considerazioni e conversazione con e tra le parti in riferimento a strati maggiormente soggettivi della problematica: interessi, necessità, motivazioni e moventi, intenzioni e impatto dei comportamenti – nell’oggettivo, come nell’interpersonale ed emotivo. Insomma, in riferimento alle vere radici del conflitto: se in una mediazione non virtuale si tratta di un lavoro complesso, delicato e lungo, ma a cui le parti assai frequentemente partecipano⁴, nel contesto della mediazione *online* la tendenza è invece per una assai più rapida *early exploration*. Questa diventa, cioè, una veloce elencazione degli aspetti suddetti, spesso formulata dagli assistenti delle parti, oppure rapidamente trasmessa dalle parti, modalità che abbrevia sì il lavoro di esplorazione ed emersione di questi elementi cruciali ma che, una volta velocemente emersi, le parti tendono ad accantonare per tornare su elementi negoziali di maggior oggettività.

“Lontano dagli occhi, lontano dal cuore”, sembrerebbe: se la compresenza orienta verso il dialogo e lo scambio, entrambi “sentiti” dalle parti, circa gli aspetti soggettivi e più intangibili del loro conflitto, così importanti per il lavoro di risoluzione della loro controversia, l’incontro *online*, invece, pare orientare verso gli elementi oggettivi, rendendosi quindi luogo dove la conversazione sugli aspetti emotivi del problema e

⁴ Ciò accade per l’importanza di questa fase che le parti stesse percepiscono e che in compresenza si giova di un flusso di conversazione piena, arricchita di tutti i suoi diversi livelli.

sulle necessità anche più personali diviene molto più impacciata, sembrando quasi "fuori posto" in una piattaforma virtuale. Mentre, come l'esperienza insegna con evidenza, tanto per i conflitti più marcatamente interpersonali, quanto per le controversie ben più *business-oriented*, la conversazione tra le parti anche su tali aspetti è fondamentale per poter poi impostare al meglio la negoziazione, ed eventualmente riattivare relazioni personali o commerciali, una volta chiariti i malintesi e compresi i differenti punti di vista.

Lo svolgimento della mediazione su piattaforma virtuale può avere un ulteriore impatto critico, e ciò relativamente a inclusione e partecipazione sostanziale delle parti. Il riferimento non è alla situazione, scontata, in cui un partecipante non posseda una postazione di collegamento operativa, aggiornata e dotata delle tecnologie minime per garantire una connessione *internet* stabile, un'immagine personale nitida e un audio funzionante⁵. Ciò che, invece, è qui evidenziato è come sovente l'assistente della parte (che, *ex lege*, dev'essere un avvocato, qualora la controversia abbia a oggetto una delle numerose materie di cui al d.lgs. n. 28 del 2010, e successive modifiche, *ex art. 5, co. 1-bis*) assuma un atteggiamento che si potrebbe definire "di dominanza".

Possedendo l'avvocato una migliore dotazione tecnologica del cliente o un più agile uso di strumenti di collegamento e piattaforme virtuali o ancora perché egli assimila gli incontri di mediazione *online* alle udienze che con modalità virtuali ormai svolge quotidianamente da remoto, l'avvocato tende, nell'esperienza, a sostituirsi, più di frequente che nel corso di mediazioni in presenza, al cliente, vera parte sostanziale del conflitto. Così, sullo schermo il cliente via via diviene collaterale, anche visivamente, e la *webcam* finisce per inquadrare unicamente l'avvocato: una modificazione visiva, che diviene presto una centralità comunicativa di un soggetto rispetto a un altro, che assume quindi un ruolo periferico nella conversazione. Ciò comporta una necessaria attenzione, da parte del mediatore, nel gestire con equilibrio l'inclusione dei partecipanti, al fine di non emarginare il cliente, ossia colui che, infine, vive con il conflitto ed è così intimamente centrale per la procedura,

⁵ Ancorché tuttora diffuse siano le situazioni di *deficit* o analfabetismo tecnologico che rendono necessari interventi tecnici a tutto discapito dell'efficacia della comunicazione.

nonché per non rischiare un naturale avvimento della conversazione attorno al mero profilo giuridico.

In ultimo, ma di fondamentale importanza, la mediazione *online* può presentare notevoli complessità e delicatezze in riferimento alla riservatezza degli incontri. Riservatezza che è caratteristica imprescindibile e fondante del lavoro in mediazione, ed è da garantirsi in ogni sessione – congiunta o privata. Essa rappresenta, infatti, tanto una garanzia per le parti di non subire pregiudizi da eventuali offerte, affermazioni, riconoscimenti, qualora la mediazione si dovesse chiudere senza accordo e la controversia dovesse quindi approdare al giudizio ordinario; quanto una necessaria condizione operativa, affinché le parti possano condurre, con il mediatore, una piena, trasparente e approfondita esplorazione dei profili più delicati e personali, altrimenti comprensibilmente secretati e protetti dalle parti.

Ebbene, se durante un incontro in compresenza la riservatezza è garantita – oltre che dalla professionalità del mediatore – da una facile visione di chi, nella stanza, è presente ed espressamente si vincola a essa, l'essere parti e assistenti di parte collegati da remoto rende ben più difficile tale controllo, posta la limitatezza dell'inquadratura delle *webcam*. E se è vero che le garanzie normative in tema di riservatezza non vengono meno per le mediazioni *online*, è altrettanto vero che, comunque ed empiricamente, nella strategia negoziale tra le parti la circolazione delle informazioni è di fondamentale delicatezza, e un difficile controllo sulle reali presenze nelle stanze da cui si effettua il collegamento crea un'ulteriore complessità che il mediatore deve gestire.

Evidente, quindi: è “differentemente complessa” l'attività del mediatore *online*, rispetto al suo intervento attorno a un normale tavolo di mediazione. Adattamenti naturali al diverso ambiente di lavoro, nonché l'intrinseca potenzialità creativa e di *problem solving* che per autonomia contraddistinguono mediazione e mediatori⁶, hanno però lestante condotto a una piena possibilità di sviluppare da remoto quanto – finora – compiuto attorno a un tavolo. Ma si può veramente dire che il “mediatore *online*” si sia dovuto reinventare integralmente, dopo lo

⁶ Insieme a tante nuove tecniche, anche di matrice tecnologica, che sono rapidamente divenute parte del corredo professionale e formativo dei mediatori.

scontro con la novità assoluta, senza riferimenti o tecniche provenienti dal passato?

4. L'esperienza "pre-emergenziale" della mediazione da remoto

Si è cercato di portare qui fotogrammi e scene di vita quotidiana, tratte dal tavolo – virtuale, ormai s'intende – di mediazione ai tempi del Covid-19. Se ne sono lette le complessità, e le operazioni di resiliente ristrutturazione che gli operatori (mediatori, *case manager* degli organismi di mediazione, parti e avvocati che le assistono) hanno compiuto per il riadattamento delle tecniche di partecipazione e gestione alla mediazione da remoto. Ma, ci si chiedeva, si è trattato davvero di dover iniziare dall'incognito?

L'emergenza pandemica non ha posto la mediazione dinnanzi a una *première* nel mondo virtuale né, in generale, nella comunicazione da remoto. Già precedentemente al dramma del distanziamento sociale e della pandemia, infatti, alcune situazioni in particolare avevano reso evidente l'utilità di trasmigrare gli incontri di mediazione dalla fisicità alla comunicazione a distanza. E precisamente, ai mezzi telefonici, in passato (davvero non remoto), e alle piattaforme virtuali, quando le loro capacità tecnologiche, la diffusione e l'uso sono poi divenuti sempre più estesi.

Tre sono i *casi* che si riportano: il *primo*, la mediazione internazionale. Molte sono le esperienze. Controversie tra un'azienda produttrice scozzese e uno dei principali distributori europei, sito a Firenze, per ridiscutere una serie di contratti e subcontratti entrati in crisi. Tra i proprietari di un grattacielo a Malta, in via di veloce deterioramento, i vetrai e produttori di infissi veneti, le assicurazioni londinesi, un ente di certificazione della sicurezza tedesco e svariati esperti, professori e ingegneri provenienti da università e studi professionali di mezza Europa. La divisione di un'eredità notevole e disseminata tra Italia e Francia, tra coeredi milanesi e svizzeri. Una tesa, emotivamente molto complessa successione ereditaria tra ceppi della medesima famiglia, disseminati tra il Nord Italia, Washington D.C. e Tel Aviv.

Secondo caso: mediazioni non internazionali, ma comunque fortemente ipotecate – sotto il profilo gestionale – dalla distanza notevole tra le parti. Altri esempi, tra i molti casi, affiorano. Controversie legate alla convivenza sul mercato di produzioni tessili, con marchi e nominativi molto simili, che coinvolgevano una ditta lombarda e una toscana. Diversi e numerosi contratti di collaborazione commerciale tra realtà produttive e aziendali distribuite sul territorio italiano. O tante controversie legate all’inaridirsi delle relazioni interpersonali tra soggetti che la vita ha portato distanti, anche territorialmente.

Ciò che accomuna questi esempi, e i due casi generali che li raggruppano, è l’elemento della lontananza fisica tra le parti: la mediazione *online* li ha tutti resi, in alcune situazioni, molto meno onerosi e “snelli”, nell’azzerare o diminuire fortemente i costi e i tempi di trasferta. In altre, addirittura possibili.

Terzo, notevole caso. Legato alle situazioni per cui una parte non è in condizioni fisiche o di salute tali da consentire la compresenza. Tra i vari casi, emergono qui dall’esperienza soprattutto quelli di gestione di controversie legate alla *medical malpractice*, ossia i danni da pretesa responsabilità medico-sanitaria⁷. Hanno, così, potuto aver accesso alla stanza – virtuale – soggetti immuno-depressi, o impossibilitati a muoversi autonomamente e affrontare la trasferta presso un organismo di mediazione: soggetti toccati personalmente dall’evento, e quindi fondamentali nella conversazione difficile tra le parti, ma che sarebbero stati inevitabilmente pregiudicati nella partecipazione.

Infine, ormai migliaia di casi legati a controversie c.d. consumeristiche, ossia legate alla fornitura di energia elettrica, acqua, gas, servizi telefonici e connessione *internet*, per cui le rispettive Autorità Garanti hanno, ormai da tempo, e sicuramente da prima della pandemia, attivato servizi di conciliazione integralmente su piattaforme *online* apposite⁸ o tramite fascicoli delle procedure e *case management* su sito *internet*, e gestione mista tra piattaforme virtuali e *call conference* telefoni-

⁷ È questa una davvero interessante e valida materia per cui è previsto il tentativo obbligatorio di mediazione come condizione di procedibilità della domanda giudiziale dal citato art. 5, co. 1-*bis*, d.lgs. n. 28 del 2010.

⁸ Si pensi a quella utilizzata da Acquirente Unico per ARERA.

che⁹. Innumerevoli casi, che trovano nella gestione da remoto una perfetta soluzione per gestire economicità (gratuità, nella maggior parte dei casi) della partecipazione, distanza fisica tra parti e delegati, grande numero di impegni conciliativi nella medesima giornata tanto per i rappresentanti dei consumatori quanto per i delegati aziendali.

Quindi, già prima della pandemia la mediazione da remoto e *online* esisteva. Viva, utilissima, e serbatoio di tecniche sperimentali che si andavano confezionando per gestire le difficoltà dovute al differente "terreno di gioco": tecniche e modalità già disponibili al momento del *lockdown* del 2020, quando tutte le mediazioni si sono trasferite sulle piattaforme virtuali.

E quando, finalmente, saremo liberi dal Covid-19, e le legittime ma pesantissime restrizioni alla socialità saranno parte del passato, che realtà si potrebbe immaginare?

Una realtà che, sicuramente, vedrà rivivere la piena utilità della mediazione da remoto per – quantomeno – le casistiche generali sopra elencate, proseguendo la linea con un passato di utilità notevolmente accresciute e diffuse durante la pandemia, grazie anche a un'acquisita maggior consapevolezza tecnica e alfabetizzazione tecnologica. Ma l'esperienza "post-emergenziale" potrebbe arricchirsi di ulteriori profili, già emersi durante questo periodo.

5. Immaginare un'esperienza "post-emergenziale" dell'online mediation

Si sono evidenziate alcune complessità relative alle sostanziali differenze della mediazione *online*. Ma si sono descritte anche alcune delle forti potenzialità che già, peraltro, erano emerse prima che l'emergenza pandemica rendesse gli incontri virtuali la strada necessitata per una riunione.

Quanto lo sconvolgimento globale portato dal virus Covid-19 sia stato per tutti una crisi, risulta di immediata lettura. Ma, come la pratica stessa della mediazione facilmente insegna, e proprio con riferimento a

⁹ È il caso di servizi dei Co.Re.Com. Regionali.

possibili scenari futuri della pratica *post* Covid-19, “crisi” può essere anche lo stimolo per un cambiamento. È cosa certo difficile, vista la portata della tragedia accaduta, ma certamente l’esperienza forzatamente compiuta durante il periodo di distanziamento sociale può avere un risvolto anche costruttivo, poiché ha reso concreto un esperimento di larga scala inerente le modalità di gestione della procedura di mediazione da remoto. Strumenti informatici, *software*, nonché la stessa alfabetizzazione digitale risultano oggi palesemente più evoluti rispetto agli albori del 2020.

La “nuova normalità” successiva alla pandemia potrebbe, quindi, giovare ancora della mediazione *online*, e ancor più di quanto già accadesse prima del cambiamento globale di cui si tratta. E il giovamento potrebbe divenire completo grazie a una mirata e consapevole integrazione con la consueta gestione delle procedure di mediazione tornate “fisiche”.

Innanzitutto, e come si ripete, resta del tutto evidente l’utilità di rendere *online* gli incontri delle mediazioni in cui le parti, momentaneamente o stabilmente, per determinati momenti procedurali o per la sua integrità, si trovino distanti dall’organismo di mediazione presso cui è incardinata la mediazione: sia essa una distanza geografica¹⁰, oppure una distanza necessariamente determinata dalle condizioni di salute di un partecipante¹¹. La possibilità, oggi divenuta ben più alfabetizzata quotidianità, di una partecipazione da remoto rende quindi pienamente efficace la mediazione, laddove la parte stessa – ossia il soggetto “proprietario” della controversia, e che subirà e vivrà gli effetti delle decisioni adottate durante la procedura – può intervenire direttamente e non solo *de relato*, ad esempio per rappresentazione del suo avvocato.

¹⁰ Il riferimento è, come evidenziato anche in precedenza, tanto alle mediazioni internazionali, quanto a quelle domestiche, ma che comunque conservino caratteristiche di marcata assenza di prossimità.

¹¹ Vale, qui, l’esempio citato delle mediazioni in ambito di presunta *malpractice* medico-sanitaria, ma altrettanto vale in ogni caso in cui impedimenti fisici e di salute rendano impossibile o non consigliabile una vicinanza sociale, come per soggetti immuno-depressi o sottoposti a trattamenti debilitanti per il fisico. Si considerino anche i casi di disabilità accentuate o in cui i soggetti coinvolti presentino qualsiasi altra ragione fortemente limitante della loro autonoma deambulazione.

Ma non solo: la *chance* stessa di attivare una mediazione diviene concreta, in casi che costerebbero sforzi economici e gestionali troppo ingenti se condotta in ogni suo momento – e gli incontri interlocutori, in mediazione, possono essere davvero tanti – attorno al tavolo, in compresenza. Quindi: diviene facile immaginare che il futuro riprenda esattamente da ciò che era il passato, posto che tali evenienze trovavano già, spesso, gestione *online*. Spesso, appunto: il cambiamento immaginato è che tale gestione divenga oggi senza eccezioni e limitazioni tecniche, soggettive oppure oggettive, per quanto appresa e resa agevole dall'esperienza e dall'intervenuta familiarità di mediatori, organismi di mediazione, parti, avvocati ed esperti.

Ma ulteriori possono essere i "nuovi" usi della mediazione da remoto, nell'esperienza post-emergenziale che si sta tentando di ipotizzare. Usi che si sono dimostrati validissimi durante la pandemia, e che avrebbe senso mantenere vivi. Usi che, principalmente, si riconducono a due situazioni.

La prima fa riferimento alla grande possibilità di *scheduling* degli incontri *online* – neologismo di matrice anglosassone che può trovare corrispettivo nel termine italiano (altrettanto poco aggraziato, ma di largo uso manageriale) di "calendarizzazione".

È esperienza comune quanto sia poca la domestichezza richiesta per creare un incontro virtuale tra più partecipanti, coinvolgendoli e rendendone possibile l'accesso tramite invio di un apposito *link* autogenerato dalla piattaforma, anche per condividere in pochi minuti, e collegandosi tramite qualsiasi dispositivo – non per forza un computer – dati, approfondimenti, riflessioni. Operazione, questa, che ben può risultare calzante in alcuni momenti della mediazione: si pensa a scambi di bozze di accordo, oppure di elaborati provenienti da consulenze tecniche; a sessioni private a cui solo una parte è invitata – la parte coinvolta, senza "rubare" tempo d'attesa all'altra, e potendo così condurre momenti esplorativi e di elaborazione di strategie negoziali con agio, ritmo e senza subire possibili rallentamenti che, invece, un incontro fisico procurerebbe nella maggior macchinosità della sua fissazione e realizzazione.

Si è già potuto sperimentare tale agilità nella creazione di momenti procedurali, e se ne sono già vissute l'utilità e la possibilità di mantene-

re alto il *momentum* negoziale, quel senso, cioè, di costruzione di un risultato senza attese o di sfruttare il mezzo giusto per raccogliere e quindi condividere dettagli tecnici o calcoli. Quindi: la mediazione *online* come possibilità di vivere una sorta di spesso utilissimo (quasi) ininterrotto dialogo con le parti, anche fatto di momenti brevi, senza pause di rallentamento o soste forzate dalla compresenza.

Il secondo caso in cui è assai auspicabile la sopravvivenza della mediazione *online* post-emergenziale è data da quello sfaccettato novero di situazioni che hanno il loro comune denominatore nell'urgenza di un utile intervento mediativo. Anche in questa ipotesi, utile può essere il riferimento a due casi.

Il primo ha per protagonista una procedura di mediazione nata sull'impulso di un'istanza di rinegoziazione, dovuta alla crisi economica legata al Covid-19, del canone locatizio dei locali (di proprietà di una società francese) di un centro commerciale, dovuto, quale conduttrice, da una nota azienda del ramo gastronomico. La peculiarità è stata l'assoluta urgenza con cui si è dovuto fare i conti: l'udienza legata alla procedura d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, nata per contrastare una possibile escussione fideiussoria prevista dal contratto, era fissata a dieci giorni dalla data di primo incontro di mediazione. Incontro su cui il conduttore faceva molto affidamento, tanto per individuare una soluzione su canoni locatizi ancora non corrisposti, quanto, e soprattutto, per tentare di addivenire a una rinegoziazione del *quantum* dovuto per il periodo di crisi, e senza devastare il sino ad allora positivo rapporto commerciale tra le parti nonché senza vanificare gli esosi esborsi compiuti per il rinnovo dei locali e delle cucine del negozio.

Normalmente, una mediazione "fisica" avrebbe potuto anche racchiudere in un'unica giornata tanto le incombenze (più "burocratiche") di primo incontro di mediazione, quanto la sua effettiva prosecuzione (posto, ovviamente, che ci fosse stato il consenso di entrambe le parti a intraprendere l'effettiva mediazione). Per quanto, nella normalità dei casi, tali due momenti avvengono in giorni distinti. Ma, anche con questa accelerazione, ben difficilmente si sarebbe potuto procedere agli svariati incontri che una tale complessità avrebbe comportato per gestire il conflitto, facilitare l'individuazione di soluzioni da parte dei protagonisti, aiutarli a condividere costruttivamente offerte e contro offer-

te. A maggior ragione, viste le distanti provenienze geografiche delle parti, dei loro avvocati, e dei loro rappresentanti e amministratori delegati.

Ebbene, ciò che la gestione di una mediazione "al tavolo" avrebbe reso impossibile, una serie di incontri da remoto ha invece consentito, portando all'estinzione del processo per intervenuto accordo tra le parti. Si ripete, in dieci giorni.

Poco più di dieci giorni (ma meno del doppio) era invece il tempo disponibile per riuscire a tentare di costruire almeno i primi passi di soluzione in un caso, con prima udienza fissata innanzi alla Corte di Parigi, legato alla programmazione di una *app* venduta da due *ex*-soci, uno italiano, uno francese, ora litiganti, sui vari mercati virtuali legati agli *smartphones*. Una controversia così digitale, d'altronde, non poteva che trovare come "terreno di gioco" la mediazione *online*. Che ha permesso non solo di individuare una soluzione, poi condivisa tra le parti e stesa in un accordo, entro i termini di inizio del procedimento giudiziario (e i relativi costi, che per le parti sarebbero saliti). Ma anche di condividere dati oggettivi, elementi soggettivi, elaborazioni e soluzioni che hanno reso possibile una gestione dei compensi tra i due ideatori. E una ristrutturazione della loro relazione collaborativa, messa a repentaglio dall'avvicinarsi di una tempesta giudiziaria ben più che imminente, scongiurata grazie ai risultati a cui la mediazione ha già potuto abituare chi l'ha frequentata, ma con le tempistiche della sua gestione *online*.

Mantenere e consolidare l'abitudine alla mediazione *online*, nonché approfondirne le peculiari tecniche, sarà quindi auspicabilmente (fatalmente?) utile, anche passata la nera tempesta della pandemia: per garantire una gestione ancora più efficace di queste, come di ulteriori, controversie particolari.

LE RICADUTE PRATICHE DELLA PANDEMIA NELLA DEFINIZIONE DEGLI ACCORDI NEGOZIALI *ONLINE*

*Maurizio Di Rocco**

SOMMARIO: 1. *Il contesto di riferimento.* 2. *L'intervento normativo emergenziale.* 3. *Le sollecitazioni della giurisprudenza.* 4. *Le criticità.* 5. *Conclusioni.*

1. Il contesto di riferimento

Affrontare il tema delle ricadute che il periodo pandemico ha avuto sugli accordi di mediazione vuol dire trattare delle ricadute che la diffusione del Covid-19 ha avuto sull'intero sistema della mediazione civile e commerciale.

Dal marzo del 2020, infatti, si è assistito a un notevole cambiamento dello scenario inerente le procedure di mediazione, in particolare con riferimento alle modalità di svolgimento e conduzione degli incontri negoziali.

Il numero delle mediazioni gestite a distanza, ovvero attraverso l'utilizzo di piattaforme informatiche che consentono alle parti e ai loro legali di incontrarsi tra loro e con il mediatore senza la necessità di essere compresenti all'interno dello stesso spazio fisico, è infatti aumentato a dismisura, comportando profondi cambiamenti nelle abitudini delle parti, dei loro legali e, ovviamente, dei mediatori.

Sebbene questo genere di procedure, c.d. *online*, fosse già proposto e praticato da diversi organismi di mediazione, in pochi mesi il loro numero è decuplicato, principalmente in ragione della necessità limitare

* Avvocato in Venezia, mediatore accreditato presso la Camera Arbitrale di Venezia, socio fondatore dell'organismo di mediazione *Resolutia-Gestione delle controversie* e docente a contratto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento.

gli spostamenti sul territorio e di rispettare le distanze interpersonali imposte dalle regole e dalle profilassi anti-pandemiche.

A implementare ulteriormente il ricorso a questa forma di negoziato vi è stata, però, anche la sopravvenienza di diverse normative emanate *ad hoc* dal legislatore con l'intento di evitare la proliferazione del contenzioso giudiziario imputabile ai ritardi e agli inadempimenti contrattuali connessi o comunque derivanti dalla situazione di emergenza.

2. *L'intervento normativo emergenziale*

Tra le norme che hanno promosso il ricorso alle procedure negoziali *online* va ricordato innanzi tutto il noto Decreto Cura Italia del marzo 2020¹, il cui art. 83, ai commi 20 e 20-*bis*, ha disposto misure urgenti anche in materia di mediazione prevedendo, da un lato, la sospensione di tutti i termini di prescrizione e decadenza connessi alle procedure già in corso e, dall'altro, rendendo possibile il ricorso alla mediazione telematica anche a prescindere dall'eventuale mancata previsione di tale particolare modalità di svolgimento degli incontri nei regolamenti vigenti presso i singoli organismi di mediazione².

¹ D.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito nella l. 24 aprile 2020, n. 27.

² Art. 83, co. 20 cit.: "Dal 9 marzo 2020 all'11 maggio 2020 sono altresì sospesi i termini per lo svolgimento di qualunque attività nei procedimenti di mediazione ai sensi del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, nei procedimenti di negoziazione assistita ai sensi del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162, nonché in tutti i procedimenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie regolati dalle disposizioni vigenti, quando i predetti procedimenti siano stati introdotti o risultino già pendenti a far data dal 9 marzo fino al 15 aprile 2020. Sono conseguentemente sospesi i termini di durata massima dei medesimi procedimenti"; co. 20-*bis*: "Nel periodo dal 9 marzo al 30 giugno 2020, gli incontri di mediazione in ogni caso possono svolgersi in via telematica con il preventivo consenso di tutte le parti coinvolte nel procedimento. Anche successivamente a tale periodo gli incontri potranno essere svolti, con il preventivo consenso di tutte le parti coinvolte nel procedimento, in via telematica, ai sensi dell'articolo 3, comma 4, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, mediante sistemi di videoconferenza. In caso di procedura telematica l'avvocato, che sottoscrive con firma digitale, potrà dichiarare autografa la sottoscrizione del proprio cliente collegato da remoto e apposta in calce al verbale e all'accordo di conciliazione. Il verbale relativo al procedimento di mediazione svoltosi in

In forza di tale norma, quindi, la mediazione in videoconferenza è divenuta, a tutti gli effetti, una modalità usuale di svolgimento degli incontri negoziali, la cui unica condizione per l'avvio resta il preventivo consenso di tutte le parti coinvolte.

Lo stesso comma 20-*bis* dell'art. 83, peraltro, ha introdotto un'altra previsione particolarmente interessante, ovvero quella che consente all'avvocato, che abbia partecipato a una mediazione telematica e utilizzi la propria firma digitale, di dichiarare autografa la sottoscrizione del proprio cliente collegato da remoto e apposta in calce al verbale e/o all'accordo di conciliazione.

In virtù di tale disciplina, anche un cliente privo di firma digitale può ora partecipare a una procedura di mediazione *online*, contando sul fatto che la firma da lui apposta sulla copia cartacea del verbale e/o dell'accordo conciliativo sarà validamente autenticata dal suo legale, attraverso l'utilizzo della firma digitale di quest'ultimo; l'accordo così sottoscritto digitalmente dal mediatore e dagli avvocati che assistono le parti sarà pienamente efficace anche sotto il profilo della sua esecutività, come già previsto dall'art. 12 d.lgs. n. 28 del 2010³.

Sebbene questa norma sia stata particolarmente apprezzata dal mondo forense, per il fatto di aver esteso la valenza autenticante della sottoscrizione dei legali anche al di fuori dall'ambito strettamente giudiziale, dal punto di vista pratico la citata previsione ha lasciato irrisolti diversi problemi "tecnici", derivanti per lo più dalla difficoltà di gestire tali documenti "ibridi", ovvero derivanti in parte dalla scansione di copie car-

modalità telematica sarà sottoscritto dal mediatore e dagli avvocati delle parti con firma digitale ai fini dell'esecutività dell'accordo prevista dall'articolo 12 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28".

³ Si ricorda che l'art. 12, d.lgs. n. 28 del 2010, dispone che, ove tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite da un avvocato, l'accordo che sia stato sottoscritto dalle parti e dagli stessi avvocati 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. Qualora lo stesso accordo, poi, riporti anche l'attestazione e certificazione resa dagli stessi legali circa la sua conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico, la sua esecutività sarà immediata, non essendo neppure necessario procedere alla sua omologazione da parte del presidente del tribunale competente.

tace e in parte da rielaborazioni informatiche dei *file* risultanti da dette scansioni.

In effetti, per arrivare ad avere un unico *file* riportante le firme di tutti i partecipanti all'incontro di mediazione, siano esse scansionate o digitali, si deve necessariamente passare attraverso diversi scambi e passaggi informatici che, oltre a richiedere una buona dose di competenza tecnica, richiedono l'effettiva collaborazione di tutti gli interessati, con un notevole allungamento dei tempi necessari per la corretta definizione 'formale' delle singole procedure⁴.

Le complicazioni derivanti da questi aspetti tecnici, non di rado, costituiscono il vero motivo per cui le parti e i loro legali evitano di ricorrere alla mediazione telematica.

Sul punto, tuttavia, è bene ricordare che l'attuale normativa in tema di mediazione non prevede espressamente l'obbligo di verbalizzare ogni singolo incontro di mediazione.

Dalla lettura del decreto legislativo 28 del 2010, così come del d.m. 180 del 2010, invero, si può desumere che il mediatore è tenuto a dare atto soltanto di quanto occorso durante il primo incontro di mediazione, così come di quanto deciso dalle parti al termine della procedura.

Ai sensi dell'articolo 8 del d.lgs. 28 del 2010, infatti, il mediatore dovrà dare atto di aver chiarito alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione e di averle, quindi, invitate "ad esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione"; mentre, a norma del successivo articolo 11, lo stesso mediatore, se è raggiunto un accordo amichevole, dovrà formare "processo verbale al quale è allegato il testo dell'accordo medesimo"; qualora l'accordo non sia raggiunto, egli potrà, altresì, formulare una proposta scritta per la conciliazione

⁴ Una prassi comune prevede che il file contenente il verbale e/o l'accordo venga inviato dal mediatore ai legali che hanno partecipato all'incontro, i quali, stampato l'atto, provvedono a farlo sottoscrivere dai propri assistiti, per poi scansionare il documento così firmato e aggiungervi la propria firma digitale. In questo tipo di scambio, il mediatore si troverà con due documenti distinti, in formato pdf, che dovranno essere da lui uniti e controfirmati in via digitale. Per evitare la 'corruzione' delle firme digitali già presenti sul file, si ricorre per lo più all'utilizzo di firme in formato grafico 'PADES', così da consentirne la visualizzazione anche in caso di stampa e unione dei file. A seconda dei casi, tuttavia, vengono adottate anche altre prassi, sempre con l'obiettivo di ottenere un unico file da tutti sottoscritto.

delle parti, dando atto di averle preliminarmente informate delle possibili conseguenze derivanti dal rifiuto di tale proposta.

Al di fuori di questi momenti topici, l'intera procedura rimane priva di formalità, di tal ch  il mediatore potrebbe tranquillamente omettere di redigere quei verbali di mero rinvio (cosiddetti "intermedi"), che tanti problemi arrecano alle procedure telematiche⁵.

Al di l  degli aspetti riguardanti pi  direttamente il "modo" in cui   possibile condurre gli incontri di mediazione⁶, la normativa emergenziale ha comunque interessato l'istituto della mediazione anche sotto il profilo dei principi giuridici che ne legittimano l'utilizzo.

Invero, tralasciando ogni commento sulla discutibile stratificazione normativa a cui si   assistito durante il periodo di pandemia, va ricordato che l'art. 91 del gi  citato Decreto Cura Italia ha dato un impulso fondamentale all'utilizzo dei metodi ADR, considerandoli strumenti privilegiati per la ricomposizione dei numerosi rapporti contrattuali che sono stati travolti dalle vicende pandemiche.

In forza di tale norma, infatti, si   previsto che ogni ritardo e/o inadempiamento contrattuale derivante dalla necessit  di rispettare le misure di contenimento sociale connesse all'emergenza sanitaria dovr  essere sempre valutato nel senso di escludere la responsabilit  del debitore,

⁵ Cfr. secondo comma del citato art. 11, secondo cui "Il procedimento si svolge senza formalit  presso la sede dell'organismo di mediazione o nel luogo indicato dal regolamento di procedura dell'organismo".

⁶ Con riferimento al testo dell'art. 83 Decreto Cura Italia, cos  come risultante all'esito della sua conversione, va ricordato anche il comma 20-ter relativo alle modalit  di conferimento della procura alle liti ai difensori. Secondo tale disposizione: "Fino alla cessazione delle misure di distanziamento previste dalla legislazione emergenziale in materia di prevenzione del contagio da Covid-19, nei procedimenti civili la sottoscrizione della procura alle liti pu  essere apposta dalla parte anche su un documento analogo trasmesso al difensore, anche in copia informatica per immagine, unitamente a copia di un documento di identit  in corso di validit , anche a mezzo di strumenti di comunicazione elettronica. In tal caso, l'avvocato certifica l'autografia mediante la sola apposizione della propria firma digitale sulla copia informatica della procura. La procura si considera apposta in calce, ai sensi dell'articolo 83 del codice di procedura civile, se   congiunta all'atto cui si riferisce mediante gli strumenti informatici individuati con decreto del Ministero della giustizia".

ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c. e ciò anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali⁷.

Si tratta, in sostanza, di una clausola di esonero della responsabilità contrattuale in forza della quale l'esigenza di rispettare le misure di contenimento dell'epidemia da Covid-19 viene considerata a priori come potenzialmente idonea a giustificare la condotta inadempiente di una delle parti.

L'applicazione di tale dettato normativo, in concreto, ha fatto sì che molte controversie siano state "dirottate" verso la mediazione, non solo al fine di evitare le consuete, quanto inaccettabili, lungaggini processuali, ma anche, e soprattutto, al fine di evitare l'alea di un intervento giudiziale nella rivalutazione equitativa dei termini e delle prestazioni contrattuali.

Così è stato, ad esempio, per le questioni riguardanti i ritardi o gli inadempimenti dovuti alla sopravvenienza di causa di forza maggiore nella consegna di beni e/o fornitura di servizi, nell'esecuzione degli appalti o nel godimento degli immobili condotti in locazione o, più in generale, per le controversie attinenti alla lamentata eccessiva onerosità sopravvenuta nei contratti di durata.

Nei mesi successivi, un ulteriore e inaspettato impulso alla mediazione è giunto dall'art. 3 del d.l. 28 del 2020 (c.d. Decreto Giustizia), convertito in l. n. 70 del 25 giugno 2020, che ha aggiunto un altro comma al summenzionato art. 91 del Decreto Cura Italia introducendo, di fatto, nuove ipotesi di mediazione obbligatoria, oltre a quelle già disciplinate dall'art. 5, co. 1-*bis*, del noto decreto legislativo 28 del 2020⁸.

⁷ L'art. 91, co. 1, d.l. n. 18 del 2020 (c.d. Decreto Cura Italia), ha inserito il comma 6-*bis* all'interno dell'art. 3 d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, recante "Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19", prevedendo che "Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 del codice civile, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti".

⁸ Cfr. comma 6-*ter* dell'art. 3 d.l. 6 del 2020 introdotto dalla legge di conversione del d.l. n. 28 del 2020 (pubblicata nella G.U. 29 giugno 2020, n. 162), il quale prevede che "Nelle controversie in materia di obbligazioni contrattuali, nelle quali il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto, o comunque disposte durante l'emergenza epidemiologica da Covid-19 sulla base di disposizioni successive, può

Con quello che alcuni commentatori hanno definito un vero e proprio “colpo di mano”, il nuovo comma 6-*ter* inserito in coda all’art. 91 ha previsto, in sostanza, che nelle controversie contrattuali insorte a seguito dell’applicazione delle misure anti-Covid-19, così come già definite ai sensi del medesimo art. 91, l’esperimento di un preventivo tentativo di mediazione costituisca condizione di procedibilità della relativa domanda giudiziale.

Questa, come detto, la sostanza della norma la quale, tuttavia, risulta davvero mal scritta e poco comprensibile dal punto di vista pratico.

In effetti, la possibilità di ritenere che una certa controversia sia stata concretamente “causata” o meno dalla sopravvenienza delle norme anti-pandemiche e, quindi, dall’eventuale sopravvenuta impossibilità per il debitore di rispettare gli impegni già assunti, presuppone un accertamento giudiziale della questione e, comunque, una valutazione che può essere fatta solo “a posteriori” rispetto al sorgere della medesima controversia.

L’applicazione letterale della norma, in definitiva, comporterebbe in ogni caso l’avvio di un’azione giudiziaria, con buona pace delle intenzioni deflattive del legislatore.

3. Le sollecitazioni della giurisprudenza

Al di là delle citate norme, comunque, va detto che a seguito dell’entrata in vigore della richiamata normativa, molte pronunce sono intervenute a sostenere l’utilità della negoziazione e della mediazione, in particolare, per la definizione dei contenziosi sorti in periodo di pandemia.

Tra i tanti tribunali che si sono pronunciati sulla questione, merita ricordare il Tribunale di Venezia, che sin dal mese di aprile del 2020 si è espresso nel senso di ritenere che il mancato o ridotto godimento dei locali commerciali dovuto a fatti eccezionali, imprevedibili e non imputabili al locatore, dia diritto al conduttore di ottenere una riduzione del

essere valutato ai sensi del comma 6-*bis*, il preventivo esperimento del procedimento di mediazione ai sensi del comma 1-*bis* dell’articolo 5 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, costituisce condizione di procedibilità della domanda”.

canone; riduzione che ben potrà andare oggetto di negoziazione tra le parti, onde riequilibrare, nel rispetto dei principi di correttezza e buona fede, le sorti del contratto⁹.

Nella consapevolezza dei danni arrecati dalla pandemia ai rapporti contrattuali, specie a quelli di durata, anche la Suprema Corte di Cassazione, nel luglio dello stesso anno, si è mossa per ribadire l'opportunità, o meglio la necessità, che tutte le cause derivanti e/o connesse agli effetti del Covid-19 vadano rinegoziate dalle parti prima di essere trasferite nelle aule dei tribunali¹⁰.

Tra le considerazioni formulate dalla Suprema Corte spicca quella secondo cui l'obbligo di rinegoziare i contratti a prestazioni corrispettive, che risultino gravemente "alterati" dalla situazione pandemica, non è sostenuto solo dall'art. 1467 c.c. in tema di eccessiva onerosità sopravvenuta, ma anche dal precetto che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede, fissato dagli artt. 1175 e 1375 c.c.

La correttezza, con le sue regole, ivi compresa quella sul dovere di rinegoziare un contratto sperequato, trova, quindi uno spazio di applicazione del tutto autonomo e distinto da quello di cui alle altre norme che conducono, invece, al rimedio della risoluzione per il caso di sopravvenuto squilibrio tra le posizioni contrattuali delle parti.

Fermo restando che l'obbligo di rinegoziare non impone anche l'obbligo di stipulare un nuovo contratto, sostitutivo del precedente, va da sé che lo stesso obbligo impone, invece, che le parti coinvolte perseguano concretamente la strada della trattativa, senza opporre rifiuti ingiustificati o condurre negoziati di mera facciata.

⁹ La prima pronuncia del Tribunale di Venezia (Trib. Venezia, sez. I, 14 aprile 2020) è stata emessa in sede di procedura d'urgenza ex art. 700 c.p.c. La procedura era stata promossa dal conduttore che, vistosi definitivamente impossibilitato ad adempiere il contratto per causa a lui non imputabile, come stabilito dall'art. 1256 c.c., aveva subito, da parte del proprietario dell'immobile, una procedura di escussione della fideiussione accesa a garanzia del contratto locatizio. Il giudice procedente ha presso atto della situazione emergenziale che ha impedito alla parte locatrice di svolgere la propria attività, ha quindi concesso l'inibitoria nei confronti della Banca per evitare la rivalsa nei confronti della locataria.

¹⁰ Vedi Relazione tematica della Corte di Cassazione del 8 luglio 2020, n. 56, recante "Novità normative sostanziali del diritto 'emergenziale' anti-Covid-19 in ambito contrattuale e concorsuale".

Secondo la Cassazione, peraltro, l'intervento correttivo del giudice sarà inevitabile a fronte del rifiuto di una delle parti ad addivenire a una concreta e "giusta" rinegoziazione del contratto.

In effetti, il punto d'arrivo di questa impostazione è che, qualora si ravvisi in capo alle parti l'obbligo di rinegoziare il rapporto squilibrato, è ipotizzabile che il mancato adempimento di esso non comporti solo l'obbligo del ristoro del danno, ma si esponga all'esecuzione specifica *ex art. 2932 c.c.*¹¹.

Al giudice, quindi, potrebbe essere attribuito il potere di sostituirsi alle parti pronunciando una sentenza che tenga luogo dell'accordo di rinegoziazione non concluso, determinando in tal modo la modifica del contratto originario¹².

Seguendo un approccio più morbido, di recente, la Corte di Appello di Venezia, sulla scia di quanto già operato dal tribunale del capoluogo lagunare, ha preferito evidenziare il ruolo "propositivo" dei giudici emanando alcune interessanti linee guida che meritano di essere ricordate.

Tali linee, infatti, forniscono diverse raccomandazioni valide per tutti i giudici del distretto e finalizzate a rendere più efficace la riduzione dei flussi nel settore civile di primo grado, proprio attraverso il ricorso alle procedure negoziali¹³.

In primis, la Corte chiede che i giudici pongano una particolare attenzione al comportamento delle parti, valutando le ragioni specifiche della loro eventuale mancata comparizione, o della loro comparizione meramente formale, in sede di mediazione o di negoziazione assistita e ciò anche ai fini dell'eventuale sanzione o condanna alle spese di lite aggravate¹⁴.

¹¹ Vedi articolo di P. MARINI, *Contratti squilibrati dalla crisi: rinegoziarli, se possibile, non risolverli. La Cassazione passa in rassegna le varie opzioni, suggerendo la strada che i contraenti dovrebbero cercare di seguire*, in <www.altalex.com> del 28.09.2020.

¹² *Ibidem*.

¹³ Cfr. Linee Guida per la riduzione dei flussi nel settore civile di primo grado, del 27 luglio 2020, prot. n. 11.743 del 2020, con riferimento al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 in tema di mediazione, al d.l. 12 settembre 2014, n. 132 in tema di negoziazione assistita e agli artt. 185 e 185-bis c.p.c.

¹⁴ Vedi, in particolare, l'applicazione dell'art. 8, co. 4-bis, d.lgs. n. 28 del 2010 e dell'art. 4, d.l. n. 132 del 2014, secondo cui la parte costituita che non ha partecipato al

Le stesse linee guida, poi, contemplano espressamente che, già in sede di prima udienza o comunque durante il giudizio, ove ritenuto opportuno, il giudice debba sempre valutare se disporre il tentativo di conciliazione *ex art 185 e art 185-bis c.p.c.*, oppure disporre la mediazione delegata *ex art. 5, co. 2, del d.lgs. n. 28 del 2010*.

4. Le criticità

Queste, nel loro insieme, sono certamente alcune ricadute “positive” che il periodo pandemico ha avuto sulla mediazione, e sulla mediazione *online* in particolare, ma, ciò detto, non possono essere taciute anche le criticità emerse durante questo stesso periodo.

Tra le prime, ad esempio, la diffusa arretratezza tecnologica di molti soggetti coinvolti nelle procedure negoziali, siano essi i fornitori dei servizi di mediazione, gli stessi mediatori oppure i professionisti che, a vario titolo, assistono le parti o, infine, le parti stesse.

Considerando che la buona riuscita di queste procedure online dipende, in buona parte, dalla competenza “tecnica” del singolo, oltre che dalla qualità tecnica dell’hardware in dotazione o dalla velocità e stabilità della connessione internet, è inevitabile che molti si siano trovati in seria difficoltà a dover far uso di tali strumenti telematici.

Tralasciando i casi in cui il senso di costrizione che ne è derivato è sfociato in un vero e proprio scetticismo sull’utilità stessa della mediazione, molti hanno preferito rinviare per mesi gli incontri negoziali già fissati, in attesa della fine della pandemia.

Al di là di ogni motivazione di carattere tecnico, resta comunque il fatto che l’utilizzo di un canale telematico per lo svolgimento delle procedure di mediazione ha comportato l’estendersi, anche in questo particolare ambito, di tutte le criticità comunicative e comportamentali già emerse nelle normali relazioni interpersonali quando condotte a distanza “*via social*”, ovvero per il tramite di *internet*.

procedimento di mediazione/negoziazione senza giusto motivo può essere condannata al versamento di una sanzione pari al doppio del contributo unificato dovuto per il giudizio.

È noto, infatti, che in tutte le relazioni *online* si determina un cambiamento della “densità della comunicazione” per cui, riducendosi l’ampiezza del canale comunicativo, diminuisce anche la quantità delle informazioni scambiate tra le parti in pari unità di tempo¹⁵.

L’assenza di contatto fisico, oltre a comportare una limitazione della comunicazione non verbale, rende certamente più superficiale il rapporto che si instaura tra le parti, complicando non poco l’azione del mediatore.

Il fatto stesso di non poter “vedere” chi sia effettivamente presente al di là dello schermo, così come l’impossibilità di evitare che taluno possa riuscire a “registrare” gli incontri negoziali riservati, rappresenta un problema che affligge quotidianamente le procedure di mediazione on-line e che si cerca di prevenire attraverso l’utilizzo di apposite clausole di riservatezza, o non divulgazione, inserite nei verbali e negli accordi conciliativi.

Si tratta ovviamente di un problema comportamentale più che tecnologico, ma ciò non toglie che la tutela della riservatezza e, più in generale, della *privacy* costituisca una delle criticità più rilevanti per la diffusione delle procedure negoziali *online*.

Trattando di *privacy*, peraltro, va detto che anche l’evoluzione della giurisprudenza in materia ha complicato non poco l’uso dei servizi e delle piattaforme di comunicazione a distanza.

Come noto, infatti, a seguito della nota sentenza della Corte di giustizia dell’Unione europea del luglio 2020 è stato, in sostanza, invalidato il c.d. *Privacy Shield*, ovvero quell’accordo che consentiva che i dati dei cittadini e delle imprese europee potessero venire trasferiti e trattati anche negli Stati Uniti, sulla base del presupposto che le normative ivi vigenti offrissero delle garanzie in linea con il Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali¹⁶.

¹⁵ Vedi sul punto, A. GAMBA, *La pragmatica della comunicazione in internet*, in <<http://www.studiodipsicologia.net/index.php/2017/05/11la-pragmatica-della-comunicazione-in-internet/>>, 2010.

¹⁶ Vedi il Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati, in sigla GDPR, n. 679 del 2016 e la relativa sentenza della Corte di giustizia dell’Unione europea (grande Sezione), del 16.07.2020, nella causa C-311/18, *Data Protection Commissioner* contro *Facebook Ireland Limited e Maximilian Schrems* (c.d. caso *Schrems II*), avviata su

Secondo la Corte, invero, le protezioni offerte dalla normativa statunitense, che pure erano state inizialmente valutate come adeguate dalla Commissione UE, non sono poi risultate effettivamente rispondenti a requisiti minimi richiesti dal diritto dell'Unione europea.

Senza entrare nel merito della pronuncia, basti dire che la stessa ha creato notevoli difficoltà nella conduzione delle procedure di mediazione *online*, dal momento che quasi tutte le piattaforme informatiche utilizzate per le videoconferenze (come ad esempio *Skype* o *Zoom*), operano su *server* fisicamente localizzati negli Stati Uniti e, quindi, proprio nell'ambito di quel contesto normativo che la Corte di giustizia ha reputato come inadeguato a gestire i dati personali degli utenti.

In attesa che il problema possa essere risolto attraverso un nuovo accordo con gli Stati Uniti, oppure attraverso la ricollocazione dei *server* dei fornitori statunitensi all'interno dello spazio comunitario, potrebbe diventare realmente più complicato svolgere delle procedure di mediazione *online*, tanto più che il Ministro di Giustizia italiano, fino a ora, si è sempre mostrato poco flessibile.

domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla *High Court* (Irlanda), che ha dichiarato invalida la decisione 2016/1250 della Commissione UE sull'adeguatezza della protezione offerta dal *Privacy Shield*. Ai sensi del regolamento generale sulla protezione dei dati (RGDP), la Corte ribadisce che il trasferimento dei suddetti dati verso un Paese terzo può avvenire, in linea di principio, solo se il Paese terzo considerato garantisce a tali dati un adeguato livello di protezione. Secondo tale regolamento, la Commissione può constatare che, grazie alla sua legislazione nazionale o a impegni internazionali, un Paese terzo assicura un livello di protezione adeguato. In mancanza di una decisione di adeguatezza siffatta, un trasferimento del genere può essere effettuato solo se l'esportatore dei dati personali, stabilito nell'Unione, prevede garanzie adeguate, le quali possono risultare, in particolare, da clausole tipo di protezione dei dati adottate dalla Commissione, e se gli interessati dispongono di diritti azionabili e di mezzi di ricorso effettivi. Il RGDP, inoltre, stabilisce precisamente a quali condizioni può avvenire un trasferimento siffatto in mancanza di una decisione di adeguatezza o di garanzie adeguate.

5. Conclusioni

In definitiva, se è indubbio che il periodo pandemico ha portato con sé molte cose negative, di cui avremmo fatto volentieri a meno e delle quali non siamo ancora in grado di valutare pienamente gli effetti nel medio e lungo termine, è altrettanto evidente che in questi mesi si sono manifestate molte opportunità, sotto diversi profili e in diversi settori.

Tra queste, vi sono sicuramente l'implementazione e la diffusione delle videoconferenze per la gestione a distanza del contenzioso civile e commerciale, non solo in ambito giudiziale, ma anche, e soprattutto, in via stragiudiziale.

Le questioni sollevate dall'uso della mediazione telematica sono rilevanti, a partire dalle questioni tecnico-procedurali connesse alla formazione dei verbali e degli eventuali accordi conciliativi, per arrivare alla complessa gestione della c.d. quarta parte presente al tavolo negoziale, ossia della tecnologia.

Di certo l'impossibilità di presenziare fisicamente agli incontri di mediazione e la necessità di mantenere il distanziamento sociale ci hanno costretto ad approfondire le nostre conoscenze informatiche, dedicando tempo e denaro per adeguarci alle nuove esigenze comunicative, ma, d'altro canto, quelle stesse costrizioni ci hanno consentito di sperimentare diverse e interessanti modalità di conduzione dei negoziati, con risultati per nulla deludenti.

Oggi, la 'cassetta degli attrezzi' di ciascun mediatore deve comprendere anche l'attenzione alla corretta predisposizione dell'ambiente da cui effettua il proprio collegamento informatico (il c.d. *setting*), così come l'utilizzo di ulteriori strumenti di comunicazione asincrona (messaggi, *chat*, *email*), per l'integrazione delle riunioni in videoconferenza.

Il tutto senza dimenticare ciò che la tecnologia è in procinto di offrire nel prossimo futuro, come gli strumenti di negoziazione automatizzata o di intelligenza artificiale (c.d. *Smart ODR Systems*).

Ciò detto, al mediatore viene oggi richiesto anche di conoscere e prevenire quelle distorsioni comportamentali tipiche delle relazioni online, approfondendo i risvolti psicologici connessi con l'utilizzo di sistemi di comunicazione a distanza.

È ormai noto, ad esempio, che l'uso di internet e dei media nelle relazioni interpersonali produce dei cambiamenti a livello cerebrale (c.d. *rewiring*), che possono manifestarsi con una drastica riduzione dell'attenzione, oppure con una regressione della comunicazione a stadi tipicamente infantili¹⁷.

Allo stesso modo, è risaputo che il confronto via *web* tende a stimolare reazioni istintive piuttosto che il ragionamento ponderato, portando al tendenziale aumento dell'aggressività¹⁸.

Fermo restando che si tratta di tematiche che dovrebbero essere approfondite da chiunque intenda porsi al di qua di uno schermo per tentare di gestire il contenzioso altrui in modo competente e professionale, ad oggi possiamo ben dire che la pandemia non ha fatto altro che anticipare qualcosa che la nostra società, per la costante evoluzione dei c.d. social-media, ci avrebbe comunque imposto di affrontare in un prossimo futuro.

La diffusione del Covid-19 non ha fatto altro che rendere attuale una sfida che, se affrontata nel modo giusto, può riservare notevoli soddisfazioni. Del resto, come diceva Lucio Anneo Seneca: “non puoi fuggire le necessità, ma le puoi vincere”.

¹⁷ Vedi sul punto l'interessante testo di P. WALLACE, *La psicologia di internet*, trad. di D. Moro, Milano, 2017.

¹⁸ *Ibidem*.

L'INSEGNAMENTO TRA PARI DELLE TECNICHE DI NEGOZIATO E MEDIAZIONE IN RETE

VERSO UNA RESPONSABILIZZAZIONE DEI DISCENTI

*Luca De Rosa**

SOMMARIO: *1. La situazione pandemica quale motore propulsore dell'adeguamento delle competizioni nazionali e internazionali in tema di negoziato e mediazione al reale già da tempo praticato: il negoziato e la mediazione in rete. 2. Online training e preparazione al mondo professionale. Le competenze trasversali forgiate dal c.d. lawyer training: capacità di gestione efficace del tempo, abilità organizzative e senso di iniziativa in rete. 3. Online training e responsabilizzazione alla comunicazione da remoto. Esercizio dell'ascolto attivo, del ricorso alle parafrasi e alla riformulazione, della gestione accorta delle differenze culturali. Un'esemplificazione concreta. 4. Online training e il nuovo canone della comunicazione efficace in rete. Verso la nascita di una cultura comunicativa digitale?*

1. La situazione pandemica quale motore propulsore dell'adeguamento delle competizioni nazionali e internazionali in tema di negoziato e mediazione al reale già da tempo praticato: il negoziato e la mediazione in rete

Com'è ormai a tutti evidente la convivenza prolungata con la pandemia ha portato a una rapida, e drastica, digitalizzazione di tutti i settori del vivere. In ambito legale, la digitalizzazione della professione e dei suoi attori era da tempo attesa. In particolare, il settore dell'*Alternative Dispute Resolution* (ADR) aveva già da tempo avviato un processo di digitalizzazione in risposta alle crescenti necessità del mercato,

* *Alumnus* dell'Università degli Studi di Trento, Facoltà di Giurisprudenza, LL.M. in *Negotiation & Dispute Resolution* presso la *Washington University in St. Louis*.

necessità che richiede le liti vengano risolte sempre più velocemente e a costi sempre più bassi¹.

È dato riscontrare, d'altronde, come negli ultimi vent'anni i negoziati, e sempre più anche le mediazioni, non si siano più svolte esclusivamente con avvocati e loro assistiti seduti intorno a un tavolo fisico, ma principalmente via posta elettronica, audio- o video-conferenza².

Per quanto questa fosse pertanto la situazione 'reale' ben prima dell'avvento della pandemia, si deve constatare come né corsi universitari in materia di ADR né competizioni nazionali e internazionali in tema di mediazione e negoziato aperte agli studenti si fossero ancora adeguati al crescente utilizzo delle tecnologie. Ciò accadeva nonostante da tempo si suggerisse e auspicasse che il mondo dell'educazione si adattasse a questo nuovo modo di *fare* ADR, e quindi movesse all'introduzione dell'utilizzo delle tecnologie anche nella formazione alle ADR degli studenti³.

In tal senso, innegabile è che la pandemia abbia dato il via a un cambiamento che era già *in nuce*.

Dal marzo del 2020 tutte le competizioni per studenti nel campo delle ADR, e quasi la totalità dei corsi dedicati a tali strumenti come alla preparazione a quelle gare, si sono trasferiti negli ambienti digitali. Sebbene al livello esperienziale seguire un corso *online*, o partecipare a una competizione in rete, non possano paragonarsi alla partecipazione in persona, lo spostamento del mondo dell'educazione nello spazio digitale porta con sé note positive. L'analisi di questi profili dà l'occasione di svolgere talune riflessioni anche sul futuro delle ADR, e a queste si intende indirizzare attenzione nelle pagine a seguire.

¹ A riguardo, per tutti, la recente panoramica offerta da C. RULE, *Integrate Technology into the Practice of Dispute Resolution*, in J. LANDER (ed.), *Theories of Change for the Dispute Resolution Movement: Actionable Ideas to Revitalize Our Movement*, University of Missouri School of Law Legal Studies Research Paper No. 2020-03, 111.

² Sul punto si vedano le interessanti e puntuali considerazioni di D. BERMAN, *Preparing Law Students for the Real World Through Mediation Advocacy Training and Realistic Negotiation Simulations*, in J. LANDER (ed.), *Theories of Change for the Dispute Resolution Movement: Actionable Ideas to Revitalize Our Movement*, University of Missouri School of Law Legal Studies Research Paper No. 2020-03, 155.

³ D. BERMAN, *op. cit.*, 156.

2. *Online training e preparazione al mondo professionale. Le competenze trasversali forgiate dal c.d. lawyer training: capacità di gestione efficace del tempo, abilità organizzative e senso di iniziativa in rete*

Non v'è dubbio che i corsi in tema di ADR, oltre a introdurre gli studenti alle tecniche di negoziazione e mediazione, costituiscano un'opportunità di formazione professionale (c.d. *lawyer training*)⁴.

In particolare, tra le principali eredità che un corso di preparazione alle competizioni di negoziazione e mediazione ambisce a lasciare agli studenti, vi sono la responsabilizzazione nel distinguere i rapporti informali da quelli professionali così come l'apprendimento delle competenze trasversali (*soft skills*) necessarie per lo svolgimento dell'attività professionale. Tra queste ultime, in primo piano si pongono la capacità di gestione efficace del tempo a disposizione, il senso d'iniziativa e le abilità organizzative⁵.

Se però è vero quanto prima si accennava – e cioè che il mondo delle professioni legali si era già da tempo almeno in parte adeguato all'utilizzo delle tecnologie – è altrettanto vero che le competenze trasversali sviluppate e allentate dagli studenti in occasione del *training* all'uso delle ADR si rivelavano – fino alla diffusione della pandemia – ancora molto legate alla dimensione fisica della classe o della sala riunioni.

Al contrario, e in modo dirompente, con lo spostamento degli allenamenti nello spazio digitale, gli studenti hanno avuto l'opportunità di sviluppare il bagaglio di competenze richieste per una gestione efficace

⁴ Lo rileva con efficacia R. GORDON, *Move Over Moot Court. It Is Mediation's Turn: Increasing the Number of Students Interested in ADR Courses*, in J. LANDER (ed.), *Theories of Change for the Dispute Resolution Movement: Actionable Ideas to Revitalize Our Movement*, University of Missouri School of Law Legal Studies Research Paper No. 2020-03, 168.

⁵ A riguardo si permetta il rinvio, per la restituzione dell'esperienza guadagnata nella partecipazione a competizioni internazionali, al mio *Real-life experience. At the Table of the ICC International Commercial Mediation Competition*, in S. DALLA BONTÀ (a cura di), *Le parti in mediazione: Strumenti e Tecniche. Dall'esperienza pratica alla costruzione di un metodo*, Trento, 2020, 197, disponibile in accesso aperto all'indirizzo <<https://iris.unim.it/retrieve/handle/11572/269082/352090/Collana%20Quaderni%20della%20Facolt%C3%A0%2046.pdf>>.

degli strumenti ADR in un contesto più simile a quello che essi andranno ad affrontare una volta entrati nel mondo del lavoro. Talune esemplificazioni renderanno più chiara l'affermazione.

Se la responsabilizzazione dello studente in riferimento alle sue capacità organizzative si limitava, prima di questa accelerata digitalizzazione del *training* in ADR, alla gestione della frequenza delle lezioni e all'abilità di ritagliarsi il tempo per studiare quanto assegnato, con i corsi *online* gli studenti hanno dovuto imparare a organizzare il proprio lavoro senza potersi incontrare. In particolare, questo ha significato creare calendari condivisi e utilizzare sistemi telematici come *Google Drive* o *Slack* per la creazione e condivisione dei documenti.

Ancora, la responsabilizzazione si è estesa al corretto utilizzo del tempo in rete. La percezione del tempo nella dimensione fisica della classe, infatti, è ben diversa da quella che si avverte in video-conferenza. È riscontrato che è più semplice rimanere attenti quando si è nello stesso luogo come lo è terminare il lavoro nei tempi prestabiliti; più difficoltoso, invece, quando si è in videoconferenza.

Ebbene, incontrandosi in rete gli studenti sono in grado di cogliere e comprendere queste differenze. Ne consegue la loro maggiore capacità di adattare e modulare il proprio comportamento a seconda che una sessione di lavoro avvenga dal vivo oppure *online*. Se ne può evincere pertanto che, rispetto agli allenamenti condotti in presenza, i *training online* siano in grado di fornire agli studenti un'esperienza più simile alle situazioni che si troveranno ad affrontare nei loro futuri ambienti professionali, sempre più segnati dalla comunicazione e dall'interazione a distanza.

3. Online training e responsabilizzazione alla comunicazione da remoto. Esercizio dell'ascolto attivo, del ricorso alle parafrasi e alla riformulazione, della gestione accorta delle differenze culturali. Un'esemplificazione concreta

Centrali in ogni corso in materia ADR sono le tecniche di comunicazione efficace. In particolare, durante le sessioni di allenamento in vista della partecipazione a competizioni di negoziazione e mediazione,

gli studenti vengono responsabilizzati – tra i molti aspetti che informano la comunicazione efficace – a esercitare l'ascolto attivo, a ricorrere alla parafrasi e far buon uso della riformulazione di domande e risposte, e gestire con accortezza le differenze culturali che si potrebbero presentare al tavolo di negoziazione o mediazione.

Sebbene questi elementi della comunicazione efficace caratterizzino tanto l'ambiente "fisico" come quello digitale, comunicare *online* non equivale a comunicare in presenza⁶. Si pensi, oltre al resto, a quanto la video-conferenza possa limitare uso e percezione delle componenti non-verbali e para-verbali della comunicazione. Ad esempio, in un'interazione in rete risulta affatto più complicato cogliere lo stato d'animo dell'interlocutore attraverso la sua postura o il suo tono di voce, perché l'immagine che ne riceviamo si esaurisce, il più delle volte, nel suo viso e la sua voce risulta filtrata da microfoni e riprodotta da casse acustiche.

Se durante un *training* in presenza in vista della partecipazione alle competizioni di negoziazione e mediazione ci si limitava, quindi, a rendere gli studenti consapevoli della comunicazione efficace e delle relative tecniche, nell'allenamento in rete gli studenti vengono responsabilizzati anche a comunicare *online*. In particolare, questo secondo 'livello' di responsabilizzazione comporta la presa di coscienza delle particolari caratteristiche della comunicazione da remoto.

Così, riprendendo l'esempio poc'anzi ricordato circa la percezione dello stato d'animo dell'interlocutore, lo studente che è stato allenato alla comunicazione *online* saprà di dover sopperire alle limitate informazioni che il non-verbale e para-verbale gli trasmettono in rete, con la comunicazione verbale, e quindi, nel caso di specie, ricorrendo all'impiego di domande dirette all'interlocutore volte a ottenere da costui informazioni sul suo stato d'animo.

Allo stesso modo, gli studenti vengono indotti a essere consapevoli di ben precise regole di comportamento che valgono unicamente per lo spazio digitale. Ad esempio, in video-conferenza risulta fondamentale attendere che il proprio interlocutore abbia finito di parlare prima di

⁶ Per un approfondimento sul punto si veda, in questo volume, il contributo di Eva Campi.

intervenire. Se nell'ambiente fisico, infatti, è possibile – anche se non preferibile – interrompere chi sta parlando, molti programmi per video-conferenza non permettono a due partecipanti di parlare contemporaneamente. Tra i tanti, *FaceTime*, il *software* di video-conferenza di *Apple*, consente un solo segnale vocale in uscita per volta.

Questo significa che se il mio interlocutore ha iniziato a parlare, nonostante io tenti d'interromperlo, il mio segnale vocale non sarà udibile né al mio interlocutore né agli altri partecipanti alla video-conferenza finché il mio interlocutore non avrà terminato il suo intervento.

In conclusione, grazie allo spostamento nell'ambiente digitale delle competizioni di negoziazione e mediazione e dei relativi *training*, oltre a essere responsabilizzati alla comunicazione efficace, gli studenti vengono resi capaci di gestire la comunicazione *online* cogliendone e valorizzandone le sue particolari caratteristiche.

4. Online training e il nuovo canone della comunicazione efficace in rete. Verso la nascita di una cultura comunicativa digitale?

Il negoziare e mediare *online* hanno portato con sé la necessità di sviluppare un nuovo canone di comunicazione efficace, che nel precedente paragrafo è stato definito come comunicazione *online*.

Tale canone di comunicazione è modellato su di un ambiente digitale che è comune a tutti i partecipanti a una competizione di negoziazione o mediazione. Verosimilmente, il risultato è che interlocutori provenienti da culture diverse si trovano a comunicare secondo un paradigma che è per lo più comune, e corrisponde al canone di comunicazione *online*.

A questo va aggiunto che se si può dire, con un certo grado di certezza, che allenamento e competizioni in ADR sono non di rado uno dei pochi contesti in cui gli studenti (dei percorsi di laurea in scienze giuridiche) vengono introdotti alle tecniche della comunicazione efficace, lo stesso non si può dire della comunicazione *online*.

Considerato che in Italia l'età media al momento del conseguimento della laurea degli studenti magistrali a ciclo unico in ambito giuridico è

di 26,9 anni⁷, si può concludere, in via di approssimazione, che, ad oggi, la maggior parte degli studenti di corsi di laurea in scienze giuridiche sia nata dopo la metà degli anni Novanta. Ciò significa che la maggioranza di quegli studenti appartiene alla categoria dei c.d. nativi digitali, cioè dei nati nell'era digitale, i quali hanno potuto fruire di *internet* e degli strumenti di comunicazione digitale sin dalla prima infanzia⁸.

Ne deriva, da un lato, che i suddetti studenti vengono in contatto con le tecniche di comunicazione efficace solo attraverso corsi specifici, dall'altro, però, che essi sono abituati alla comunicazione *online* sin dalla nascita. Le stesse considerazioni svolte per gli studenti italiani possono, in termini generali, essere ripetute anche per gli studenti di altri stati.

La capacità degli studenti di comunicare nello spazio digitale è infatti evidente durante le competizioni: i professionisti che vi partecipano, quali mediatori o valutatori – tendenzialmente meno giovani degli studenti partecipanti – sono visibilmente meno a loro agio nel comunicare *online* rispetto a questi ultimi.

In conclusione, il trasferimento delle competizioni di negoziazione e mediazione e dei relativi *training* all'ambiente digitale ha permesso la creazione di un canone di comunicazione comune a diverse nazionalità e culture, e ha fatto sì che gli studenti si trovino a interagire in uno spazio, quello virtuale, nel quale sono già abituati a comunicare⁹.

Alla luce di queste considerazioni, si potrebbe sostenere che l'utilizzo della tecnologia nella formazione alle tecniche ADR potrebbe portare allo sviluppo di una vera e propria cultura digitale, con il risultato

⁷ Si veda a riguardo *Almalauree – Profilo dei Laureati – Rapporto 2020*, 22, disponibile in accesso aperto al seguente indirizzo <https://www.almalaurea.it/sites/almalaurea.it/files/docs/universita/profilo/profilo2020/almalaurea_profilo_rapporto2020_02_sintesi_dei_risultati.pdf>, 11.05.2021.

⁸ Per un'approfondita indagine sul tema dei nativi digitali v. R. JUNCO, J. MASTRODICASA, *Connecting to The Net. Generation: What Higher Education Professionals Need to Know About Today's Student*, Washington D.C., 2007; e M. PRENSKY, *Digital Natives, Digital Immigrants*, MCB University Press, Vol. 9 No. 5, October 2001.

⁹ Per un esame su caratteristiche e sfide della comunicazione in contesto multiculturale che si svolga in rete, e sulla conseguente necessità di una sua maturazione verso una dimensione interculturale, si veda, in questo volume, il contributo di Silvia Toniolo.

che professionisti provenienti da diverse culture tendano verso un canone di comunicazione comune, quello della comunicazione *online*.

IL GIURISTA-AVVOCATO ALLA PROVA DEL COMUNICARE, MEDIARE E NEGOZIARE IN RETE NELLA SOLUZIONE DEL CONTENZIOSO CIVILE

ALLE SFIDE DELLA TECNOLOGIA LA RISPOSTA DI UN MODELLO 'UMANO' DI GIURISTA-AVVOCATO

*Silvana Dalla Bontà**

SOMMARIO: *1. La pandemia quale acceleratore della digitalizzazione nella soluzione del contenzioso civile. In particolare, nelle forme del negoziato e della mediazione. 2. Le sfide della tecnologia: la crisi della tradizionale figura di avvocato e del classico rapporto avvocato-cliente. 2.1. Il vecchio paradigma dell'avvocato quale esperto (solo) di diritto (il c.d. I-shaped lawyer) e il tradizionale rapporto avvocato-cliente secondo il modello paternalistico delegato-delegante. 3. Autodeterminazione dei singoli e tecnologia: le spinte verso un nuovo modello di avvocato e un nuovo paradigma del rapporto avvocato-cliente. Le competenze tecnologiche quali abilità indispensabili per l'avvocato di oggi che deve 'praticare in rete' e 'a fianco' dell'intelligenza artificiale (il c.d. T-shaped lawyer). 4. Il plus dell'intelligenza emotiva: bagaglio imprescindibile dell'avvocato che si muove in rete e 'a fianco' dell'intelligenza artificiale (il c.d. Plus-shaped lawyer). 5. L'integrazione delle competenze legali, tecnologiche ed emotive nell'avvocato di oggi e del futuro (il c.d. Delta-shaped lawyer). 6. E vi è chi parla di Vitruvian lawyer: quando il novum viene affrontato con tutto il potenziale creativo-innovativo dell'essere umano. La forza della visione olistica e interdisciplinare. 7. Il cambio di paradigma del rapporto avvocato-cliente: non una rivoluzione ma un'evoluzione. Dalla mistica della delega professionale alla sfida del modello di collaborazione – pur nel rispetto dei relativi ruoli – tra avvocato e cliente. 8. Il vantaggio per il cliente (e non solo): verso l'individuazione della più appropriata soluzione del contenzioso civile. L'avvocato come promotore nel cliente di una gestione responsabile del conflitto.*

* Professore Associato di Diritto Processuale civile presso l'Università degli Studi di Trento.

1. La pandemia quale acceleratore della digitalizzazione nella soluzione del contenzioso civile. In particolare, nelle forme del negoziato e della mediazione

Che la diffusione della pandemia abbia accelerato il percorso – già da tempo e con decisione iniziato – di digitalizzazione del nostro vivere è dato che nessuno mette in discussione¹. Ciò è accaduto anche con riguardo alla soluzione del contenzioso civile, quale declinazione fisiologica del (con-)vivere umano.

L'avvento della situazione emergenziale causata dalla diffusione del Codiv-19 ha costretto infatti a portare in rete – o almeno a tentare di riuscirvi – gli *itinerari* che mirano alla risoluzione delle liti civili, dal processo alle vie a esso alternative². Questo è valso, quindi, anche per negoziato e mediazione, quali strumenti autonomi di gestione e soluzione del conflitto che mirano – a opera delle parti stesse e/o dei loro negoziatori oppure con l'ausilio di un terzo neutrale, il mediatore – a giungere a una composizione della disputa fondata su un ordine negoziato che funga da regola – autodeterminata dai litiganti – di condotta per il futuro³.

Questo passaggio in rete – talvolta accompagnato anche dall'intervento, nella procedura autonoma di soluzione del conflitto, dell'intelligenza artificiale quale ausilio alla genesi tra le parti dell'ordine negoziato⁴ – porta con sé non poche sfide per l'avvocato dei giorni nostri e del futuro. Gli orizzonti tecnologici affacciati dalla pandemia, infatti, ancorché questa si concluda auspicabilmente in tempi ragionevoli, non verranno meno. Al contrario: fatalmente convivranno e/o si compene-

¹ Lo denotano, nella prospettiva offerta da questo volume, tutti i suoi contributori, ciascuno dalla propria specifica angolatura ma senza alcuna esitazione.

² Per una panoramica di ampio respiro a riguardo si vedano E. FABIANI, L. PICCOLI, *La giustizia civile nell'era dell'emergenza epidemiologica*, in *Giusto proc. civ.*, 2020, 1027 ss.

³ A riguardo, per tutti, F.P. LUISO, *Diritto processuale civile. V. La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, Milano, 2019, 3 ss., 30 ss.

⁴ Si occupa del tema, in questo volume, lo scritto di Rachele Beretta.

treranno con quelli in presenza, che tradizionalmente hanno segnato la soluzione del contenzioso civile⁵.

Si tratta di sfide importanti – ben messe in luce da più prospettive⁶ – che si vuole qui brevemente ricondurre a unità.

2. *Le sfide della tecnologia: la crisi della tradizionale figura di avvocato e del classico rapporto avvocato-cliente*

L'avvento della tecnologia, nelle sue diverse declinazioni e ramificazioni, ha rappresentato e senza dubbio rappresenta un elemento che ha cambiato – e sempre più è destinato a mutare – le ‘regole del gioco’ nell’esercizio delle professioni legali, anche con riguardo alla soluzione del contenzioso civile. La tecnologia, applicata a tale ambito, ha infatti aperto e apre nuove e significative sfide, non da ultimo per l’avvocato⁷. Di questo cambiamento di orizzonti egli deve guadagnare piena consapevolezza e al contempo cogliere le opportunità, ove voglia sopravvivere in un mercato sempre più volatile e mantenere il prestigio di una professione nobile quale quella che esercita.

È, questo, invero un cambio di passo che non dovrebbe investire l’avvocato nella sua ‘solitudine’, bensì provocare l’intero sistema a ripensare se stesso, a partire dal settore educativo dei giuristi⁸. I percorsi di laurea in giurisprudenza *in primis* dovrebbero, cioè, rimodulare i loro *itinerari* formativi onde preparare adeguatamente i futuri giuristi(-avvocati) al digitale e al suo impatto – per quel che ivi preme – sulla soluzione del contenzioso civile⁹.

⁵ Lo ricorda, nel suo contributo a questo volume, Corrado Mora.

⁶ Sono le visioni restituite da tutti gli Autori di questo volume.

⁷ Per tutti, v. R. SUSSKIND, *Tomorrow's Lawyer*, II ed., Oxford, 2017, spec. 43 ss., 59 ss., 131 ss.; J. MACFARLANE, *The New Lawyer*, II ed., Vancouver, 2017, Ch. 1; A. SONTUOSSO, *Essere avvocato nell'epoca dell'intelligenza artificiale*, in ID., *Intelligenza artificiale e diritto. Perché le tecnologie di IA sono una grande opportunità per il diritto*, Milano, 2020.

⁸ Ne dà testimonianza in questo volume lo scritto di Luca De Rosa.

⁹ Il problema dell’aggiornamento del percorso formativo dei giuristi per adeguarne la preparazione alle sfide del mondo reale è invero più datato di quanto i tempi odierni lascino immaginare v. F. ZACHARIAS, *Reconciling Professionalism and Client Interests*,

La tecnologia, infatti, nelle dimensioni della rete quale strumento di reperimento di informazioni legali, di comunicazione tra litiganti e avvocati e di sede di soluzione del conflitto, nonché nella declinazione di intelligenza artificiale, ha messo in crisi la tradizionale figura dell'avvocato come il classico rapporto avvocato-cliente.

La pandemia non ha fatto pertanto che favorire quella tendenza già da tempo incalzante che, determinata dall'accesso diffuso alla tecnologia anche dei 'profani' e dal suo crescente impiego nella soluzione del contenzioso civile, ha promosso l'emersione di nuovi bisogni e aspettative dei clienti verso l'avvocatura, che a tali novità non può rimanere insensibile¹⁰.

2.1. Il vecchio paradigma dell'avvocato quale esperto (solo) di diritto (il c.d. I-shaped lawyer) e il tradizionale rapporto avvocato-cliente secondo il modello paternalistico delegato-delegante

Prima della c.d. quarta rivoluzione industriale la visione tradizionale della figura dell'avvocato imperava. In quella prospettiva egli era avvertito quale depositario unico – in senso quasi sacrale – del sapere legale, inaccessibile al cliente che fosse persona comune.

Quanto meno nella tradizione giuridica euro-continentale, fortemente ancorata alla 'lotta per i diritti' nel processo avanti al giudice statale¹¹, l'avvocato era percepito dal cliente e dalla società come l'esperto

in *36 Wm. & Mary L. Rev.* (1995), 1303 ss.; J. SAMMONS, *The Professionalism Movement: The Problems Defined*, in *29 Ga. L. Rev.* (1993), 1035 ss.; da ultimo, R.W. CAMPBELL, *The End of Law Schools: Legal Education in the Era of Legal Service Businesses*, in *85 Miss. L.J.* (2016), 1 ss., prec. 6-7; A. CARREL, *Legal Intelligence through Artificial Intelligence Requires Emotional Intelligence: A New Competency Model for The 21st Century Legal Professional*, in *35 Ga. St. U.L. Rev.* (2019), 1153 ss., prec. 1164 ss.

¹⁰ Così J. MACFARLANE, *The New Lawyer*, cit., Ch. 1.

¹¹ È questo quanto ricorda M. CAPPELETTI, *Alternative Dispute Resolution Process within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement*, in *56 Modern L. Review* (1993), 282 ss., prec. 287. L'ideologia dell'accesso alla giustizia inteso come *rights-based process* non è però sconosciuta neppure al mondo anglo-americano, dove la via giurisdizionale è talvolta scelta per questione di principio più che quale strategia mediata e intenzionale modulata sul modo d'essere del caso concreto: così J. MACFARLANE, *The New Lawyer*, cit., Ch. 3, § *Access to Justice and the World Wide Web*, che, in

da investire, al sorgere della lite, della tutela in giudizio dell'interesse dell'assistito-rappresentato, intendendosi per tale l'interesse al miglior risultato processuale per costui – in una ponderata valutazione tra richieste del cliente e loro sostenibilità, da un lato, e difese dell'avversario, dall'altro, pur sempre nel rispetto del principio del giusto processo e del diritto di difesa¹².

In un tale contesto socio-culturale, buon avvocato si definiva chi possedeva una profonda conoscenza teorica del diritto e una lunga esperienza pratica¹³. Oltre al sapere legale, l'avvocato non era richiesto di conoscere altre discipline, con la conseguenza che per qualsiasi necessità non squisitamente giuridica egli ricorreva a esperti di quei saperi 'altri'¹⁴.

Era, questo, quello che in inglese si è definito, con immagine efficace, il c.d. *I-shaped lawyer*, stando la lettera "I" a indicare la sola colonna che segnava il sapere dell'avvocato: la sua padronanza della scienza giuridica, unita alle sue capacità logico-retoriche¹⁵.

A questa figura di avvocato seguiva un rapporto con il cliente che rispondeva a ben precise coordinate: quelle di una relazione paternalisti-

una sorta di forse ardito accostamento al motto di R. Jehring "Kampf um's Recht", discorre del puntiglio del dire "I always go to court / fight to the last ditch".

¹² Riassume così con efficacia, in un confronto tra avvocato 'classico' e avvocato 'collaborativo', D. STALLA, *L'avvocato*, in M. SALA, C. MENICHINO (a cura di), *La Pratica Collaborativa. Tra teoria e prassi*, Torino, 2017, 148 ss., prec. 154.

¹³ J. MACFARLANE, *The New Lawyer*, cit., Ch. 1, § *Changes the Norm of Legitimacy*, che peraltro ricorda come non a caso "the popular stereotype of lawyers focuses on several behaviours: aggressive argument, positional bargaining, formalistic rituals and procedures, and the conduct of a single strategy (to win)"; ID., *Culture Change? A Tale of Two Cities and Mandatory Court-Connected Mediation*, in 2 *J. Disp. Resol.* (2002), 241 ss., prec. 316.

¹⁴ In questo senso R. AMANI SMATHERS, *The 21st Century T-Shaped Lawyer*, in *Law Practice*, Jul.-Aug. 2014, 32 ss., prec. 34; nonché F. GARCIA, *The 'Plus-Shaped' Lawyer for the 21st Century*, in *Canadian Law* (Apr. 17, 2017), che riconosce come "lawyers have traditionally had very deep legal knowledge and an understanding of legal practice to the point that they are almost insular. They had blinders on for other subject matter expertise. This is referred to as an I-shaped lawyer. Where needed, external consultants and experts were used for even the most basic of understandings of non-legal areas. The lawyer was the specialist and gate-keeper of legal knowledge and practice!".

¹⁵ L'immagine e il concetto sono tratteggiati da ID., *op. loc. ult. cit.*

ca tra delegato (l'avvocato) e delegante (il cliente assistito e rappresentato), che si modulava secondo il paradigma esperto/inesperto-*naïf*¹⁶. Si trattava di un modello basato sulla c.d. mistica della delega professionale, e così sull'attribuzione da parte del cliente all'avvocato non solo della propria difesa legale ma anche, più nel profondo, della gestione e soluzione della lite, in una sorta di *spoliatio*, a opera del vero protagonista del conflitto, di questo come del suo epilogo¹⁷.

Dato un paradigma siffatto, dal primo colloquio-incontro tra avvocato e cliente sino alla conclusione del processo, gli aspetti più squisitamente emotivi venivano non di rado messi ai margini, in quanto avvertiti come elementi perturbatori della necessitata qualificazione giuridica del fatto litigioso¹⁸. Il rapporto con il cliente diveniva così per l'avvocato, non di rado, l'aspetto più difficile – e persino fastidioso – da gestire nello svolgimento della professione, che meglio si sarebbe condotta in assenza di contatti con l'assistito che non fossero quelli strettamente necessari ad acquisire dati utili alla impostazione e prosecuzione delle strategie processuale¹⁹.

I percorsi universitari in scienze giuridiche preparavano a (e davano ragione di) una tale impostazione, esaltando l'acquisizione della cono-

¹⁶ Così J. MACFARLANE, *The New Lawyer*, cit., Ch. 3, § *Dispute Ownership*; nonché Ch. 5, § *Client Autonomy and Lawyer Direction*. Calzante la definizione di "paradigma" delineata da C. MORDIGLIA, *Il cambio di paradigma*, in M. SALA, C. MENICHINO, *La Pratica Collaborativa. Tra teoria e prassi*, cit., 127 ss., prec. 138, che intende per tale "un sapere codificato e accettato dalla comunità".

¹⁷ Sulla c.d. mistica professionale e la sua crisi v. D.A. SCHÖN, *The Reflective Practitioner*, New York, 3 ss.

¹⁸ In questo senso J. MACFARLANE, *The New Lawyer*, cit., Ch. 6, § *Affective Lawyering*, che evidenzia come "in the traditional paradigm, lawyers keep their interactions with their clients focused on law and legal solutions, conveying the message that emotional reactions to conflict are at best irrelevant and at worst an indication of embarrassing weakness. An imaginary but rigid boundary between a technical-rational analysis and an analysis influenced by emotions or intuition is maintained by the lawyer-in-charge".

¹⁹ Lo riporta ancora ID., *The New Lawyer*, cit., Ch. 3, § *A Common Core*, dove si riporta che tratto comune del sentire dell'avvocato tradizionale è quello per cui "the only thing I don't love about legal practice is the clients".

scenza legale e dei fondanti strumenti di logica e retorica²⁰. Disegnavano, invece, il cliente (futuro) in modo astratto e asettico, quale mero protagonista di casi di scuola, scarnificato di quel corpo e di quei sentimenti di cui sono portatori i clienti veri²¹. Lo spaesamento dei laureati nello scontro con la realtà, una volta usciti dalle aule universitarie, non era pertanto infrequente²².

3. Autodeterminazione dei singoli e tecnologia: le spinte verso un nuovo modello di avvocato e un nuovo paradigma del rapporto avvocato-cliente. Le competenze tecnologiche quali abilità indispensabili per l'avvocato di oggi che deve 'praticare in rete' e 'a fianco' dell'intelligenza artificiale (il c.d. T-shaped lawyer)

La crescente affermazione del principio di autodeterminazione dei singoli e la diffusione su larga scala della tecnologia, in particolare dell'accesso alla rete²³, hanno messo in crisi, in via graduale ma inesorabi-

²⁰ Così, per tutti, A. SARAT, W. FELSTINER, *Law and Strategy in the Divorce Lawyer's Office*, in R. ABEL (ed.), *Lawyers: A Critical Reader*, New York, 1997, 47.

²¹ Lo denuncia J. MACFARLANE, *The New Lawyer*, cit., Ch. 3, § *Limiting the Lawyer's Role*, che evidenzia come "clients are rarely, if ever, mentioned in law school classrooms; they are invisible as real or even straw people. It is not surprising, then, that the arrival of real-life clients who are experiencing anxiety, uncertainty, and fear of conflict is an unwelcome intrusion for many".

²² Iastica la descrizione offerta da ID., *The New Lawyer*, cit., Ch. 6, § *Affective Lawyering*, "Many lawyers describe their first encounters with clients, either in a law school clinic or in a law firm, as something of a seismic shock. They are meeting with real human beings who bring emotion, either under control or not, and who raise an emotional response in them", e ancora "they had no idea what to do. They understood their role as providing legal advice (in this simulation) and not as offering Kleenex or understanding the impact of the matter on their client".

²³ Sull'affermarsi del principio di autodeterminazione degli individui e le sue conseguenze nella percezione e soluzione del conflitto da parte del singolo che ne sia coinvolto v. G. COSÌ, *Conoscere il conflitto*, in P. LUCARELLI, G. CONTE, *Mediazione e Progresso. Persona, società, professione, impresa*, Torino, 2012, 12 ss.; nonché, da una prospettiva sociologica, M.R. FERRARESE, *Formante giudiziario e mediazione: confluenze e differenze*, in N. TROCKER, A. DE LUCA (a cura di), *La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52/CE*, Firenze, 2011, 1 ss., prec. 11, per la quale la pluralità

le, la tradizionale visione dell'avvocato così come il modello paternalistico-delegatorio avvocato-cliente²⁴.

L'emancipazione dalla mistica della delega, sospinta dall'agile accesso a informazioni giuridiche per il tramite dei grandi motori di ricerca in *internet* anche in capo a 'profani', ha rivoluzionato la prospettiva di chi si trova coinvolto nel conflitto, e così nel contenzioso civile²⁵. La possibilità di raccogliere con facilità quelle informazioni, infatti, ha conferito al potenziale cliente dell'avvocato potere e consapevolezza con riguardo al suo conflitto. Un *empowerment* del *legal consumer* – come si dice nel mondo anglo-americano – che ha segnato il declino del classico modo di intendere l'avvocato e di vivere il rapporto del cliente con lui²⁶. L'avvento dell'intelligenza artificiale ha fatto il resto²⁷.

L'istantaneità delle operazioni in rete – sempre a portata di mano, o meglio, di *click* – ha favorito la crescente esigenza di soluzioni rapide e

di valori, istanze, culture e ruoli che segnano l'attuale contesto globale sospingono non tanto verso la soluzione del conflitto mediante un ordine imposto, ma un ordine negoziato tra le parti in conflitto, idoneo a produrre norme che, in quanto volute dai litiganti stessi, risultano loro meglio accette.

²⁴ Parla del tradizionale modello di avvocato nel suo rapporto con il cliente come di c.d. "*lawyer-in-charge*" model, segnato da un distacco rispetto al cliente tenuto a fidarsi dell'avvocato ("*trust-me*" detachment) cui il primo deve 'rimettere' *in toto* la gestione e soluzione della causa ("just leave to me", "I'll take care of it"), J. MACFARLANE, *The New Lawyer*, cit., *passim*.

²⁵ Sull'emancipazione dalla mistica della delega v. C. MORDIGLIA, *Il cambio di paradigma*, cit., 128; sull'estrema, ma rivelatrice, affermazione da parte dei 'profani' per cui "Google is my lawyer" v. l'interessante studio empirico condotto da J. MACFARLANE, *The National Self-Represented Litigants Project: Identifying and Meeting the Needs of Self-Represented Litigants: Final Report* (May 2013), 35.

²⁶ Così ID., *The New Lawyer*, cit., Ch. 1, § *The Evolution of the New Lawyer*, che mette in risalto come "the empowered twenty-first-century legal consumer directly challenges the ingrained paternalism of the profession. Many clients no longer want to be told that lawyers know better what is good for them; they want to be talked to as peers. Many are no longer content with "trust me, I'll take care of it"; they want to know exactly what they are paying for, and why. This decline in deference is a phenomenon not limited to lawyers".

²⁷ Per tutti, ancora, R. SUSSKIND, *The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services*, Oxford, 2008, *passim*; nonché ID., *Tomorrow's Lawyer*, cit., *passim*.

poco dispendiose del contenzioso, tanto più se transfrontaliero²⁸. Di qui, l'affacciarsi di negoziato e mediazione in rete, in sostituzione di una via processuale troppo spesso lunga e costosa.

Accade così, per un verso, che il cliente, non più necessariamente inesperto-*naïf*, abbisogni di un avvocato che lo indirizzi e/o accompagni in questi nuovi percorsi; per l'altro, che l'avvocato sia richiesto di fornire risposte non più dall'alto di un sapere cui egli ha accesso in via esclusiva. Le sfide tecnologiche – che vanno dalla comunicazione, negoziazione e mediazione in rete, alla convivenza con l'intelligenza artificiale che si insinua quale meccanismo rapido di predizione e/o soluzione del contenzioso – impongono così all'avvocato di stare al passo.

In questo rinnovato orizzonte, il sapere giuridico non gli è più sufficiente: l'avvocato è chiamato ad arricchire il suo bagaglio di conoscenze legali con quelle tecnologiche²⁹ – dall'impiego dei diversi dispositivi, all'analisi dei dati informatici, alla loro gestione in sicurezza, al funzionamento dell'intelligenza artificiale, e, di qui, nella velocità e interdisciplinarietà che la telecomunicazione spinge, alla pur epidermica conoscenza di altre aree del sapere, quali la gestione del rischio, lo sviluppo di progetti, la gestione del personale e così via.

Si delinea quello che in inglese si definisce il *T-shaped lawyer*, laddove il tratto orizzontale, sopra la colonna della "I", indica la conoscenza almeno basilica di quei saperi³⁰. Il giurista così formato presenta infat-

²⁸ Così *Cheaper, Faster, Better: Changing Client Expectations*, Litera, <<https://perma.cc/3RHT-HN5G>>; A. CARREL, *Legal Intelligence through Artificial Intelligence Requires Emotional Intelligence: A New Competency Model for The 21st Century Legal Professional*, cit., 1153 ss. Sottolinea questa esigenza dall'angolatura del contenzioso consumeristico il mio precedente contributo al presente volume.

²⁹ In questo senso, per tutti, R. SUSSKIND, *The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services*, cit., *passim*.

³⁰ Si tratta del concetto e dell'espressione coniate da R. AMANI SMATHERS, *The 21st Century T-Shaped Lawyer*, cit., 32 ss., ad adattamento del concetto, già in voga dagli anni Novanta del secolo scorso, di *T-shaped professional* – v. D.A. LEONARD-BARTON, *Wellsprings of Knowledge: Building and Sustaining the Sources of Innovation*, Boston, 1995 – impiegato per descrivere la necessità dei professionisti del giorno d'oggi di sviluppare non solo una conoscenza approfondita della propria disciplina di elezione, ma anche una diffusa, ancorché più superficiale, comprensione di aree del sapere complementari con i cui professionisti si debba collaborare.

ti una padronanza “in profondità” della sua disciplina specifica – quella legale – e al contempo una conoscenza “in superficie ma diffusa” delle discipline che tangenzialmente tocchino la sua di elezione³¹. È questa conoscenza che gli consente di entrare in efficace collaborazione con altri professionisti, esperti di tali discipline, allorché, come ovvio, egli debba ingaggiarli per la migliore soluzione del conflitto per il suo cliente³².

I percorsi universitari dovrebbero allinearsi alle nuove esigenze del reale³³. Non sempre, invero, ci riescono. Il giurista di oggi e del futuro, però, non ne può essere privo, pena il venir meno dello scopo ultimo della sua professione – *i.e.* la difesa dell’interesse del cliente – la conseguente insoddisfazione di quest’ultimo e la prosaica quanto fatale uscita dal mercato dell’avvocato.

4. Il plus dell’intelligenza emotiva: bagaglio imprescindibile dell’avvocato che si muove in rete e ‘a fianco’ dell’intelligenza artificiale (il c.d. Plus-shaped lawyer)

Se l’avvento della tecnologia richiede un aumento delle conoscenze – almeno diffuse ancorché non profonde – dell’avvocato, in particolare

³¹ Ancora R. AMANI SMATHERS, *The 21st Century T-Shaped Lawyer*, cit., 33.

³² Le ricadute della figura del *T-shaped lawyer* sono state sviluppate da ampia dottrina. Tra gli altri v. S. ALMEIDA LOPES, *High Performers Are Not Superheroes: Bridging Exclusive and Inclusive Talent Management Approaches for Law Firm Sustainability*, in *23 Int’l J. Legal Prof.* (2016), 207 ss., prec. 209; I. TIMMER, *Changing Roles of Legal: On the Impact of Innovations on the Role of Legal Professionals and Legal Departments in Contracting Practice*, in *2 J. Strategic Contracting & Negot.* (2016), 34 ss., prec. 46; K. AUSTIN, E. CHU, J. LIEBMAN, *Re-envisioning Professional Education*, 5 n. 149 (Colum. Univ. Ctr. for Pub. Research & Leadership, White Paper 1, Mar. 2017); S. CASERTA, M. RASK MADSEN, *The Legal Profession in the Era of Digital Capitalism: Disruption or New Dawn?* 13 (Univ. of Copenhagen, iCourts Working Paper Series No. 149, 2019).

³³ A riguardo v. per tutti E. MAK, *The T-Shaped Lawyer and Beyond: Rethinking Legal Professionalism and Legal Education for Contemporary Societies*, The Netherlands, 2017, *passim*.

verso la dimensione digitale e dell'intelligenza artificiale, ciò però non basta.

Come detto, il facile accesso alla rete unitamente all'inarrestabile affermarsi del senso di autodeterminazione degli individui, sempre meno proni all'obbedienza verso un ordine imposto e precostituito, hanno condotto alla crescente esigenza di giungere a una soluzione autonoma del conflitto³⁴. Una soluzione, cioè, che provenga dai litiganti stessi e non si risolva nella fissazione da parte di un terzo – giudice statale o privato che sia – della loro regola di condotta per il futuro, decidendo chi abbia torto o ragione³⁵.

In questo cammino verso la piena realizzazione dell'autodeterminazione dell'individuo, l'avvocato gioca un ruolo decisivo. Per non fallire, egli deve però possedere quell'intelligenza emotiva basata sui fondamenti dell'efficace comunicazione interpersonale che spaziano dall'ascolto attivo, a quello empatico, alla capacità di porre domande aperte al fine di scoprire i reali interessi del cliente, all'abilità di offrire un riscontro costruttivo – fondamenti che, in ultima analisi, concorrono a determinare la capacità dell'avvocato di risolvere problemi³⁶.

È solo ove possedga questo ventaglio di abilità, d'altronde, che il giurista-avvocato potrà 'fare l'interesse del cliente', intendendosi con questo qualcosa di ben più ampio di quello processuale di cui poc'anzi si è detto, e cioè "utilità" diverse e più estese di quelle filtrate e cristallizzate dalle specifiche disposizioni normative, non necessariamente coincidenti con l'ottenimento di una decisione giurisdizionale che gli dia ragione³⁷. Si pensi al bisogno del cliente di preservare una relazione

³⁴ Si richiamano qui, di nuovo, le puntuali riflessioni di G. COSÌ, *Conoscere il conflitto*, cit., 12 ss.; nonché da una prospettiva sociologica, M.R. FERRARESE, *Formante giudiziario e mediazione: confluenze e differenze*, cit., 11.

³⁵ Per tutti, ancora una volta, F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*. V, cit., 3 ss., 30 ss.

³⁶ È il passo avanti compiuto da F. GARCIA, *The 'Plus-Shaped' Lawyer for the 21st Century*, cit., il quale, riconoscendo l'importanza delle abilità di cui nel testo, arricchisce l'immagine e il concetto di *T-shaped lawyer*, aggiungendo un tratto sopra la "T" e facendola così diventare un "+".

³⁷ Sulla definizione di interessi v. G. COSÌ, *Conoscere il conflitto*, cit., 15; N. TROCKER, *La Direttiva CE 2008/52 in materia di mediazione: una scelta per il rinnovamento della giustizia civile in Europa*, in N. TROCKER, A. DE LUCA (a cura di), *La mediazione*

sociale destinata a durare, pur nel mutamento provocato dal conflitto – come accade nei contenziosi familiari – o all’esigenza di conservare un rapporto economico – come può succedere nelle liti endo-societarie o commerciali tra *partner* di lungo corso³⁸.

La comunicazione, oggi anche in rete, dell’avvocato con il cliente risulta a questo riguardo dirimente, sin dal primo colloquio.

Nella consapevolezza che il rapporto avvocato-cliente non può più viversi secondo il modello tradizionale più sopra richiamato, un mutamento di paradigma appare necessario³⁹. È, infatti, il cliente l’unico e vero protagonista nonché ‘padrone’ del conflitto, dal momento che è costui a esservi coinvolto in prima persona e a dividerlo con l’‘altra parte’: a lui spetta, pertanto, la scelta su come gestirlo e risolverlo⁴⁰. Affermazione, questa, all’apparenza banale – perché assunto anche del paradigma tradizionale – ma che nell’orizzonte di un rivisitato rapporto avvocato-cliente si arricchisce di inediti contorni, tanto più ove la comunicazione tra costoro avvenga in rete.

Che il cliente sia protagonista e *dominus* del suo conflitto, significa infatti, alla luce del pensiero oramai dominante a favore dell’auto-determinazione degli individui come della constatata diffusione della tecnologia, che l’avvocato deve essere in grado, per il tramite della sua

civile alla luce della direttiva 2008/52/CE, cit., 159 ss., prec. 161-2, 167; F.P. LUIO, *Diritto processuale civile*. V, cit., 20 ss.; e in una prospettiva pratico-applicativa, *si vis*, il mio *Per un’efficace gestione del tavolo di mediazione*, in S. DALLA BONTÀ (a cura di), *Le parti in mediazione: strumenti e tecniche. Dall’esperienza pratica alla costruzione di un metodo*, Trento, 2020 (libro in accesso aperto al seguente sito <<https://iris.unimn.it/>>), 11 ss., prec. 12 ss.; nonché R. BERETTA, *Educating the Parties and the Attorneys to Mediation. Tips for Managing the Process Effectively*, *ivi*, 41 ss., prec. 42.

³⁸ Restituiscono testimonianza di questi casi concreti e dell’importanza, in quelli, di una soluzione diversa da quella giudizial-avversariale per il reale superamento del conflitto, gli scritti, raccolti in questo volume, di Corrado Mora e Jacopo Mosca.

³⁹ Parla di “paradigm shift” J. MACFARLANE, *The New Lawyer*, cit., Ch. 1, § *Rethinking Practice Habits*; nonché C. MORDIGLIA, *Il cambio di paradigma*, cit., 127 ss.

⁴⁰ Contrasta questa evidenza il modello tradizionale di rapporto avvocato-cliente, ben descritto da J. MACFARLANE, *The New Lawyer*, cit., Ch. 3, § *Dispute Ownership*. Calzante la metafora impiegata da W. SIMON, *The Ideology of Advocacy: Procedural Justice and Professional Ethics*, in *29 Wis. L. Rev.* (1978), 29 ss., prec. 96, secondo cui nella cornice classica di tale rapporto “the litigants are not the subject of the ceremony, but rather the pretext for it”.

capacità comunicativa interpersonale e intelligenza emotiva, di responsabilizzare il cliente circa la gestione e soluzione del proprio conflitto, evitando l'effetto di 'delega' acritica nei suoi confronti. Ciò è possibile, da un lato, facilitando l'emersione degli interessi-utilità sottesi alle iniziali posizioni (giuridiche) di facciata del cliente, dall'altro, offrendo a costui una panoramica esaustiva e ragionata delle diverse opzioni percorribili per risolvere il conflitto.

Riuscire in questo vuol dire partire sin da subito con il piede giusto, e quindi con un primo colloquio con il cliente che veda l'avvocato porre le giuste domande, intendendosi per tali quelle che consentano a lui – come al cliente – di guadagnare la più ampia fotografia possibile del conflitto dal quale la lite è emersa⁴¹. Questa 'indagine' completa potrà aprire, infatti, quelle pluralità di porte che conducono alla 'giustizia' che il cliente avverta come tale nel suo conflitto (*justice in many rooms*)⁴².

⁴¹ In questo senso J. MACFARLANE, *The New Lawyer*, cit., Ch. 2, § *Life and Practice*; Ch. 6, § *Personal Clients*. Sullo strumento delle domande aperte quali quesiti che consentono di guadagnare una 'fotografia completa' del conflitto perché sollecitano nel loro destinatario una risposta articolata ed esauriente che non si limiti a un semplice "sì" o "no", e che pertanto iniziano con i pronomi interrogativi "chi", "cosa", "come", "dove", "quando", "perché" e "quale", v., *si vis*, il mio *Per un'efficace gestione del tavolo di mediazione*, cit., 28 ss.; E. CAMPI, *Fare la differenza al tavolo di mediazione. La comunicazione efficace*, in S. DALLA BONTÀ (a cura di), *Le parti in mediazione: strumenti e tecniche*, cit., 123 ss., prec. 126; nonché R. BERETTA, *Educating the Parties and the Attorneys to Mediation. Tips for Managing the Process Effectively*, cit., 52 ss.

⁴² L'inclusiva immagine di una 'giustizia pluralista' che possa essere guadagnata in modi e sedi diverse, laddove ritenute appropriate da coloro che sono coinvolti nel conflitto, è ripresa da N. TROCKER, *La Direttiva CE 2008/52 in materia di mediazione: una scelta per il rinnovamento della giustizia civile in Europa*, cit., 161-2, a sviluppo del pensiero, di M. CAPPELLETTI, *Alternative Dispute Resolution Process within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement*, cit., 282 ss., e a sua volta sollecitato dalle riflessioni di F.E.A. SANDER, *Varieties of Dispute Processing, The Pound Conference*, in *70 F.R.D.* (1976), 111 ss., elaborate in occasione della *Pound Conference* del 1976 tenutasi a St. Paul, Minnesota.

5. *L'integrazione delle competenze legali, tecnologiche ed emotive nell'avvocato di oggi e del futuro (il c.d. Delta-shaped lawyer)*

Il quadro che emerge da questi rinnovati orizzonti è quello che offre una visione olistica dell'avvocato e della sua professione. Un avvocato, cioè, che sospinto dalle nuove sfide culturali, sociali e tecnologiche unisca in sé a una solida conoscenza legale – inclusiva, per quel che qui preme, del ventaglio di vie solutorie del conflitto – una preparazione tecnologica di base e l'intelligenza emotiva.

La co-esistenza e co-essenzialità di questi tre tratti del nuovo avvocato sono con efficacia rappresentati da quello che viene descritto in inglese come il *Delta-shaped lawyer*⁴³. Un avvocato, cioè, che presenta, come il triangolo che raffigura il delta dell'alfabeto greco, tre lati, ossia tre sfaccettature: alla base, il suo sapere legale esperto; in uno dei due lati del triangolo, le conoscenze tecnologiche, nel terzo lato, l'intelligenza emotiva⁴⁴.

Queste tre sfaccettature sarebbero tutte ugualmente essenziali, come lo sono i tre lati nella formazione del triangolo, ancorché quella legale ne costituisca senza dubbio la conoscenza di base, e quindi alla base.

In quest'armonica e completa compenetrazione di competenze affonderebbero le loro radici la sopravvivenza come il successo dell'avvocato in un mondo segnato dalla tecnologia e dal valore dell'autodeterminazione degli individui. Solo dall'unione di questi tre fasci di competenze emergerebbe il differenziale irripetibile e unico dell'avvocato-(essere) umano rispetto alla macchina-tecnologia, sia essa rappresentata dal mezzo di telecomunicazione impiegato che dall'algoritmo

⁴³ Per lo sviluppo di questo concetto v. N. RUNYON, *The "Delta" Lawyer Competency Model Discovered through LegalRnD Workshop*, Thompson Reuters (June 14, 2018), <<http://www.legalexecutiveinstitute.com/delta-lawyer-competency-model/>>, 11.05.2021; N. RUNYON *et al.*, *The Delta Model: Simple, Accurate, Versatile (125)*, Legal Evolution (Nov. 10, 2019), <https://www.legalevolution.org/2019/11/the-delta-model-simple-accurate-versatile-125/>, 11.05.2021.

⁴⁴ *Ibidem*; nonché A. CARREL, *Legal Intelligence through Artificial Intelligence Requires Emotional Intelligence: A New Competency Model for The 21st Century Legal Professional*, cit., 1173 ss.

che informa l'intelligenza artificiale usata per la soluzione della controversia⁴⁵.

Sarebbero, infatti, la combinazione di questi tre elementi e, in particolare la capacità 'gestionale' assicurata dall'intelligenza emotiva, a consentire all'avvocato di offrire al cliente quel 'qualcosa in più' che la macchina non può dare, e cioè quella guida che – una volta trasmessi o analizzati i dati consegnati dalla rete o dall'intelligenza artificiale – serva al cliente per individuare la soluzione per lui più congrua, e così più giusta, per la soluzione del suo conflitto⁴⁶.

6. E vi è chi parla di Vitruvian lawyer: quando il novum viene affrontato con tutto il potenziale creativo-innovativo dell'essere umano. La forza della visione olistica e interdisciplinare

Il ripensamento della figura e del ruolo dell'avvocato alla prova della tecnologia e del valore dell'autodeterminazione degli individui non è cosa né immediata né semplice. Richiede, infatti, per essere portato a compimento, non solo uno sforzo individuale, ma anche, e non da ultimo, sociale, culturale e collettivo in merito al modo di vedere l'avvocato, le sue funzioni e competenze.

Facili, d'altronde, si rivelano un atteggiamento e approccio recessivi innanzi al percepito dominio della tecnologia – mezzo di telecomunicazione o intelligenza artificiale che sia. Il sentimento subitaneo all'incal-

⁴⁵ Così ancora N. RUNYON, *The "Delta" Lawyer Competency Model Discovered through LegalRnD Workshop*, cit.

⁴⁶ In questi termini, per tutti, J. MACFARLANE, *The New Lawyer*, cit., Ch. 1, § *The New Lawyer*. Di qui il "nuovo paradigma" del rapporto avvocato-cliente, di cui con efficacia parla anche C. MORDIGLIA, *Il cambio di paradigma*, cit., 138, secondo cui si intende per "nuovo" paradigma "la proposizione di un diverso corpus di teorie, strumenti, metodi e pratiche d'uso che porta a modificare i fondamenti del paradigma precedente impostando un sistema a partire dall'insieme delle manifestazioni di disagio e di insofferenza maturati nel tempo. Il nuovo modello quindi ripensa dalle fondamenta il ruolo dell'avvocato, il suo modo di porsi, le sue capacità di ascolto, l'intero processo, introducendo il lavoro di *team*, il coinvolgimento dei clienti in prima persona, con lo scopo di farne attori consapevoli e responsabili, oltre l'approccio interdisciplinare e multidisciplinare".

zare e diffondersi degli strumenti tecnologici, infatti, è spesso quello dello scontro uomo(-avvocato) *versus* macchina(-tecnologia) – una cifra caratteristica, questa, di qualsiasi rivoluzione industriale⁴⁷. La macchina, più rapida e capace nel ‘macinare’ distanze e dati, pare sopraffare e così sopravanzare l’essere umano, disumanizzandone il vivere e la professione – per quel che ivi interessa, di avvocato⁴⁸.

A contraltare di una tale, quasi istintiva, reazione e visione si pone, però, tutta la potenza dell’essere umano e delle risorse che egli possiede. Creatività, curiosità, intelligenza emotiva, interdisciplinarietà appaiono, infatti, quelle qualità e potenzialità intrinseche dell’uomo destinate a segnare il passaggio dal paradigma *homo versus machina* al diverso e costruttivo modello di ‘uomo a fianco e in corsa con la macchina’, con dominio del primo sulla seconda⁴⁹.

In un orizzonte che pare pessimisticamente evocare un avvocato spogliato e così disumanizzato dalla tecnologia, piace così restituire l’immagine di chi indica invece, quale modello vincente, quello del *Vitruvian lawyer* – dell’“avvocato vitruviano” – in un suggestivo richiamo del famoso disegno a penna e inchiostro leonardesco⁵⁰.

In un tempo di sfide, quelle caratteristiche tipiche dell’uomo al centro del mondo, frutto della genialità rinascimentale, infatti, tornano prepotenti e in grado di ridisegnare correttamente i termini della questione.

L’immagine è così di un avvocato che, come l’uomo vitruviano, è capace di allargare sino alle estremità del cerchio e del quadrato che lo circondano – il mondo – i propri arti, in un’apparente staticità, ma invero potente dinamismo, evocativo delle potenzialità dell’essere umano⁵¹. Curiosità, creatività, interdisciplinarietà, sperimentalismo del genio

⁴⁷ Così E. BRYNJOLFSSON, A. MCAFEE, *The Second Machine Age: Work, Progress, and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies*, New York, 2014, 187; EID., *Race Against The Machine*, 2011, 36.

⁴⁸ Avanza questa lettura H.G. ESCAJEDA, *The Vitruvian Lawyer: How To Thrive in an Era of AI and Quantum Technologies*, in *29 Kan. J. L. & Pub. Pol’y* (2020), 421 ss., prec. 451 ss.

⁴⁹ Ancora ID., *op. cit.*

⁵⁰ ID., *op. cit.*, 486 ss.

⁵¹ Così ancora ID., *op. cit.*, 448 ss., secondo cui “close observation reveals a man in constant motion stretching his body to its limits. We can see that his arms extend and

che quel disegno confezionò – Leonardo da Vinci – costituirebbero pertanto il modello ispirativo dell’avvocato di oggi e del domani⁵². Un avvocato chiamato a estendere e unire più saperi nella sua persona e pronto a quella flessibilità, adattabilità e comunicazione tra contesti e discipline diversi, che gli permettano di immaginare, realizzare e vivere scenari nuovi della sua professione⁵³.

reach outward and upward, his legs shift between a vertical position and a wide stance, and his fingers stretch and push to touch both the circle and square”.

⁵² È il parallelismo avanzato di nuovo da ID., *op. cit.*, 432 ss., 486 ss., 517 ss., che giunge, in questo suggestivo accostamento, a stilare una *Leonardo’s “To-Do-List” updated for Quantum Lawyers*, che dettaglia le ramificazioni delle caratteristiche menzionate nel testo, ricordando come, se la tecnologia, anche nella sua forma di intelligenza artificiale, può duplicare e imitare l’intelligenza umana, non può invero ‘iniziare’ un suo pensiero e quindi creare. L’A. riprende così le considerazioni di J. CROAK, *Fear of A God, The Redux*, in J. BROCKMAN (ed.), *What to Think about Machines that Think*, 2015, 499: “A machine could have a database of which has been done in the past but cannot free-associate the myriad irrational influences of our inherited and layered brain, which the variations that form from environmental insult in daily living. They can duplicate but not initiate”; nonché S. RUSSELL, P. NORVIG, *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, I, III ed., London, 2010, 1020, che distinguono tra imitazione e vero pensare.

⁵³ Di qui la conclusione ottimista e costruttiva di H.G. ESCAJEDA, *The Vitruvian Lawyer: How To Thrive in an Era of AI and Quantum Technologies*, cit., 487: “for lawyers, the task at hand begins by nurturing these uniquely human skills, so we can effectively team with cognitive technologies. In so doing, we will continuously demonstrate our professional value by uniting organic and synthetic intelligences to design modern legal infrastructure, expand access to justice, and shape a future where humans, smart machines, and legal structures work in harmony. Importantly, because only human lawyers can seamlessly combine and deploy the emotional intelligence and problem-solving skills required to serve clients humanely and ethically, our social and professional value appears generally secure”.

7. Il cambio di paradigma del rapporto avvocato-cliente: non una rivoluzione ma un'evoluzione. Dalla mistica della delega professionale alla sfida del modello di collaborazione – pur nel rispetto dei relativi ruoli – tra avvocato e cliente

Se è vero che l'avvento della tecnologia nelle sue diverse forme e del principio di autodeterminazione dei singoli impongono all'avvocato, pronto alle sfide del presente e del futuro, di mutare il paradigma del suo rapporto con il cliente, ciò non significa distruzione del passato né una de- e ri-costruzione da zero⁵⁴. Al contrario, quel cambiamento si rivela frutto, anziché di una rivoluzione, di un'evoluzione, che vede il giurista-avvocato capace di forgiare nuove abilità muovendo da quelle che tradizionalmente hanno connotato la sua professione.

Fedeltà al cliente, puntualità nell'acquisizione e analisi di informazioni sulla lite, capacità di delineare e pianificare una strategia a tutela del cliente sulla base di una competente qualificazione giuridica dei fatti, abilità di previsione dell'esito e dei costi di un eventuale processo nonché delle prese di posizione dell'altra parte⁵⁵: si tratta di profili tipici della tradizionale professionalità dell'avvocatura che necessitano non tanto di essere sostituiti, bensì declinati alle esigenze di un rinnovato contesto tecnologico come arricchiti in vista della soddisfazione degli emergenti bisogni del cliente⁵⁶.

⁵⁴ Lo rimarca J. MACFARLANE, *The New Lawyer*, cit., Ch. 1, § *Rethinking Practice Habits*, laddove evidenzia come il richiamo a un "paradigm shift" sia stato, invece, foriero di confusioni e financo di polarizzazioni, quasi a sostenere che questo cambiamento comporti "the elimination of the old paradigm (characterized by the old lawyer) and its replacement with a new one (the new lawyer)".

⁵⁵ Sono, queste, solo talune delle principali tradizionali caratteristiche e abilità richieste all'avvocato: v. H.G. ESCAJEDA, *The Vitruvian Lawyer: How To Thrive in an Era of AI and Quantum Technologies*, cit., 492; J. MACFARLANE, *The New Lawyer*, cit., Ch. 1, § *Rethinking Practice Habits*.

⁵⁶ Rammenta d'altronde ID., *op. loc. ult. cit.*, che se le sfide del presente portano a rafforzare le abilità del giurista-avvocato nella promozione e soluzione in via consensual-autonoma del conflitto, quella giurisdizional-eteronoma resta sempre lì, parallela alla prima e quale termine di paragone nel ventaglio di scelte possibili.

L'evoluzione dovrebbe essere, d'altronde, il tratto distintivo di una professione vitale e responsabile, pronta a (ri)esaminarsi senza timore allo scopo di offrire un servizio migliore a chi si rivolga all'avvocato⁵⁷.

Una tale evoluzione è chiamata a scorrere su un duplice binario: quello di una rinnovata riflessione in merito ai valori della professione forense⁵⁸, nonché quello contiguo di una continua verifica e un conseguente sviluppo delle nuove competenze richieste dal quadro attuale, segnato dall'impiego delle tecnologie come dalla primazia dell'autodeterminazione degli individui⁵⁹.

Ne deriva che il nuovo avvocato dovrebbe, per un verso, acquisire la capacità di gestire efficacemente le tecnologie, dall'uso della rete e delle piattaforme telematiche di comunicazione, all'analisi e interpretazione dei dati forniti dall'intelligenza artificiale. Per l'altro, egli è chiamato a riconoscere che, pur permanendo nell'avvocato il ruolo di esperto di diritto, il suo rapporto con il cliente appare sempre più votato alla centralità di quest'ultimo⁶⁰. Ne consegue la rivisitazione del modello di rapporto fondato sul 'controllo dell'avvocato sul cliente'⁶¹ – che risponde alla logica del totale affidamento della lite dal secondo al primo⁶² – in favore di un diverso schema, improntato a una sorta di partenariato tra avvocato e cliente⁶³. In questo, nel rispetto dei relativi ruo-

⁵⁷ Lo ricorda J. MACFARLANE, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁸ ID., *op. cit.*, Ch. 2; C. MORDIGLIA, *Il cambio di paradigma*, cit., 137.

⁵⁹ Efficace l'immagine a questo riguardo del cliente odierno quale "Internet-savvy empowered consumer", di cui discorre J. MACFARLANE, *The New Lawyer*, cit., Ch. 2, e che richiede un nuovo servizio legale da parte dell'avvocato; così anche A. GERKMAN, Z. DEMEOLA, *Foundations for Practice: The "Whole Lawyer" and the Path to Competency for New Lawyers*, in *87 B. Examiner* (2018), 17, prec. 18.

⁶⁰ A riguardo, per tutti, D.A. BINDER, P. BERGMAN, S.C. PRICE, P.R. TREMBLAY, *Lawyers as Counsellors: A Client-Centered Approach*, II ed., St. Paul, 2004, *passim*.

⁶¹ Così J. MACFARLANE, *The New Lawyer*, cit., Ch. 3, § *Lawyers in Charge*, che descrive il vecchio modello come segnato da "a persistent air of paternalism" e dalla convinzione negli avvocati che "we know best what is good for you".

⁶² In questa logica il rapporto avvocato-cliente è improntato allo schema esperto-novizio: così ancora ID., *op. loc. ult. cit.*

⁶³ In questo senso già D. ROSENTHAL, *Lawyer and Client: Who's in Charge?*, New York, 1974, 7, che delinea due tipologie di dinamiche del rapporto avvocato-cliente nell'assunzione della decisione sulla risoluzione del conflitto: una tradizionale, in cui il cliente, passivo, viene relegato sullo sfondo, riconoscendo all'avvocato una considere-

li⁶⁴, il cliente dovrebbe vedersi riconosciuta (e ricordata) la sua centralità nella gestione del conflitto, in quanto colui che ne è protagonista e quindi motore di soluzione⁶⁵; l'avvocato, al contempo e in conseguenza, dovrebbe porsi quale guida esperta (in senso legale, ma non solo) in siffatto cammino e, in quanto tale, essere in grado di mettere a compiuta conoscenza il cliente di tutte le possibili vie per risolvere il proprio conflitto, comprese quelle dirette al raggiungimento di una soluzione condivisa con l'altra parte⁶⁶.

vole autonomia decisionale; l'altra, maggiormente partecipativa, in cui il cliente gioca un ruolo più attivo. Su quest'ultima linea D.A. BINDER, P. BERGMAN, S.C. PRICE, P.R. TREMBLAY, *Lawyers as Counsellors: A Client-Centered Approach*, cit., che immaginano la relazione avvocato-cliente come improntata a una maggiore perequazione di ruoli e secondo un "working partnership".

⁶⁴ J. MACFARLANE, *The New Lawyer*, cit., Ch. 6, § *Affective Lawyering*, che ricorda come nel rapporto avvocato-cliente la misura del potere di ciascuno deve essere pur sempre chiara: l'avvocato è il depositario di una conoscenza legale superiore; il cliente è il 'padrone' del conflitto.

⁶⁵ Così L. BREGGIA, *La giustizia del XXI secolo dentro e fuori la giurisdizione: una riflessione sul principio di effettività*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 755 ss., § 6, che ben sottolinea come porre fine al conflitto significhi "tener conto dei bisogni, degli interessi delle parti, rispettando il loro diritto all'autodeterminazione. Chi meglio delle parti conosce i propri interessi, i motivi del conflitto, le possibilità di cooperazione?". Per questo "è necessario mettere al centro le persone che vogliono essere valorizzate come risorse per il benessere loro e dell'intera collettività e ascoltate per le loro conoscenze, bisogni, idee ed emozioni": così C. MORDIGLIA, *Il cambio di paradigma*, cit., 132, che parla di autodeterminazione delle parti come di "partecipazione attiva ai processi che li riguardano" – cosa che però significa riconoscere che "le loro azioni possono creare reazioni diverse da quelle che si aspettavano e accettino di accollarsi il compito impegnativo di scoprire quali effettivamente queste conseguenze siano". In altri termini "le parti dovrebbero rimanere sempre 'custodi del sapere', o 'signori' della lite, ovvero i soggetti maggiormente in grado di leggere e interpretare la propria vicenda, e ciò non soltanto nella sua dimensione fisiologica ma altresì in quella patologica, essendo più di chiunque altro a conoscenza delle cause del conflitto, delle sue ricadute e conseguenze e (almeno in astratto) anche dei suoi possibili rimedi": così puntualmente F. DANOVÌ, *Il prisma della giustizia e i suoi possibili modelli*, in M. SALA, C. MENICHI-NO (a cura di), *La Pratica Collaborativa. Tra teoria e prassi*, cit., 1 ss., prec. 4-5.

⁶⁶ Penetranti le osservazioni qui di L. BREGGIA, *Il tentativo di conciliazione e l'imparzialità del giudice*, in *Giust. mer.*, 2008, 571 ss., § 12.1, che nota come "al riguardo occorre un profondo mutamento di mentalità: occorre che si riconosca un ruolo poliedrico dell'avvocato quale figura che orienti il cliente nell'individuazione del metodo

Esito ultimo di un tale nuovo rapporto risulta l'esaltazione della funzione sociale dell'avvocato, quale promotore di una soluzione del conflitto che ne eviti l'esacerbarsi e, con ciò, l'automatico e acritico suo indirizzo al contenitore avversariale del processo⁶⁷.

8. Il vantaggio per il cliente (e non solo): verso l'individuazione della più appropriata soluzione del contenzioso civile. L'avvocato come promotore nel cliente di una gestione responsabile del conflitto

Se gli orizzonti descritti e i sentieri profilati sono quelli possibili per l'avvocato di oggi e del futuro che voglia rimanere al passo con i tempi della tecnologia ed esaltare la funzione nobile della sua professione, chiaro è come molteplici siano i 'campi' sui quali è richiesto il suo aggiornamento. Questo sarà, però, di sicuro beneficio per il cliente, dal momento che cospira all'individuazione della soluzione più appropriata della lite, o meglio del conflitto⁶⁸. In ciò risiederebbe, d'altronde, il valore aggiunto dell'avvocato odierno tale da disinnescare il timore di uno

migliore di risolvere il conflitto, non necessariamente contenzioso e che sia in grado di assisterlo comunque: sia come consulente di parte nelle conciliazioni (stragiudiziali o giudiziali) sia tramite la difesa nel giudizio in sede contenziosa". Una delle maggiori abilità del professionista-avvocato dovrebbe essere così (anche) quella di dare avvio al "cambiamento del cliente", intendendosi per tale quel percorso di responsabilizzazione ed emancipazione (*empowerment*) in ragione del quale il cliente risulta maggiormente coinvolto e capace di agire e trovare la sua soluzione al conflitto: così, ancora, C. MORDIGLIA, *Il cambio di paradigma*, cit., 133.

⁶⁷ La funzione sociale dell'avvocato è menzionata esplicitamente nel commento n. 6 della Carta dei Principi fondamentali dell'Avvocato europeo, adottata nella Sessione Plenaria del CCBE, ovvero dal Consiglio degli Ordini Forensi Europei, dell'11 maggio 2007, secondo cui "L'avvocato che, riunendo in sé tutti questi elementi, persegue fedelmente gli interessi del suo cliente e garantisce il rispetto dei suoi diritti, svolge anche una funzione sociale, che è quella di prevenire ed evitare i conflitti [...]".

⁶⁸ L'avvocato diventa così colui che aiuta la parte coinvolta nel conflitto "nel difficile labirinto della controversia" in cui essa "finisce spesso per perdere il proprio orientamento e non comprendere più con lucidità il contesto nel quale trova a muoversi, né i passi che è opportuno compiere". L'avvocato sarà quindi colui che saprà "aiutare le parti a ritrovare la via, per mezzo di un filo che, pur se invisibile, esiste sempre": così F. DANOVI, *Il prisma della giustizia e i suoi possibili modelli*, cit., 5.

scontro *homo versus machina* in favore, invece, del più calzante e promettente modello dell'‘uomo(-avvocato) a fianco a e così in corsa con la macchina(-tecnologia)’.

La realizzazione di questo cambiamento di prospettiva muove, come già accennato, dal primo abboccamento tra cliente e avvocato, momento elettivo di percezione e valorizzazione della c.d. fattualità del conflitto e del diritto⁶⁹.

In quel primo colloquio, infatti, l'avvocato si trova nella posizione migliore per indagare e scavare, con accorte domande, i fatti che segnano il conflitto vissuto dal cliente. Fatti che l'avvocato di oggi e di domani è sempre più richiesto di raccogliere in una visione ampia, che superi la ricerca dei soli fatti ‘costitutivi del diritto/posizione giuridica’ eventualmente azionabili in giudizio per indirizzarsi anche a quelli che informano in via più generale il conflitto da cui è sorta la lite⁷⁰. In quella ‘matassa fattuale’ affondando infatti le radici gli interessi del cliente, ossia quelle sue utilità altre rispetto alle posizioni giuridiche di vantaggio riconosciute e fissate dalle norme adottate da un ordinamento giuridico, e che sono base per l'individuazione di appropriate e opportune – per il cliente – soluzioni del conflitto⁷¹.

⁶⁹ Ritornano qui le acute considerazioni di L. BREGGIA, *La giustizia del XXI secolo dentro e fuori la giurisdizione: una riflessione sul principio di effettività*, cit., § 6, secondo cui la vicinanza alle persone assegna agli avvocati il ruolo primario di rilevatori della dimensione fattuale del diritto. Al punto che la responsabilità sociale della professione forense, quale enunciata nel codice deontologico europeo sin dal 1988 e poi nelle linee guida del Consiglio degli ordini forensi europei del 2002, dovrebbe rinvenirsi anche e soprattutto in questa opera di scavo dell'avvocato nei fatti umani e sociali. Sono d'altronde gli avvocati che per primi selezionano i casi, indagano, prospettano soluzioni dentro e fuori delle corti affinché si innalzi il livello di tutela dei diritti e dei bisogni. Sono pertanto costoro a poter valorizzare la giustizia pluralista che si svolge in sedi diverse, da quella a-giurisdizionale a quella giurisdizionale.

⁷⁰ Per una ficcante esemplificazione della (nuova) sfida richiesta all'avvocato di guadagnare, sin dal primo colloquio con il cliente, una fotografia d'insieme del conflitto che coinvolge quest'ultimo v. J. MACFARLANE, *The New Lawyer*, cit., Ch. 6, § *Analysis: What Would the New Lawyer Do?*

⁷¹ In questo senso G. COSÌ, *Conoscere il conflitto*, cit., 16, il quale evidenzia come il rapporto tra interessi e posizioni giuridiche-diritti è, similmente a quello tra la parte immersa e quella emergente di un *iceberg*, di circa 10 a 1, nel senso che i “diritti” sono spesso solo il “sintomo” delle vere cause del conflitto, situate, invece, sempre nella

Ebbene, un colloquio tra avvocato e cliente così condotto, tanto più se svolto da remoto, richiede nel primo la padronanza di competenze comunicative, interpersonali ed emotive non scontate, che in quanto tali implicano educazione, allenamento e attenta preparazione⁷².

È una tale indagine scrupolosa e di ampio respiro sui fatti e, da questi, sugli interessi del cliente, infatti, che costituisce il primo importante tassello del mosaico destinato a tratteggiare la costellazione di possibili metodi di soluzione del conflitto di cui il cliente è parte. Metodi che spaziano da quelli consensuali (negoziato, mediazione) a quelli aggiudicativi (processo), a quelli per così dire consensual-aggiudicativi (arbitrato) o a svolgimento, in un *climax* ascendente di eteronomia, che muove dal consensuale all'aggiudicativo (i c.d. metodi di soluzione del conflitto a multi-livello, quali quelli che si fondano su clausole di negoziato, fallito il quale si muove alla mediazione, fallita la quale si passa all'arbitrato o al processo)⁷³.

Dato un tale mosaico, la scelta tra le vie percorribili nella soluzione del conflitto non potrà che avvenire pur sempre all'ombra della legge – e così all'ombra del luogo di sua attuazione eteronoma, *i.e.* il processo avanti al giudice statale: e, a questo riguardo, le competenze tradizionali squisitamente legali dell'avvocato non possono né debbono venir meno⁷⁴.

zona degli interessi. Con la conseguenza, secondo l'A., che “gestire il conflitto sul solo piano del diritto possa assomigliare a voler curare una malattia agendo solo sui sintomi, senza aggredirne significativamente le cause”.

⁷² Per un approfondimento a riguardo v. J. MACFARLANE, *The New Lawyer*, cit., Ch. 6, § *Personal Clients*.

⁷³ Di nuovo, in questo senso, L. BREGGIA, *Il tentativo di conciliazione e l'imparzialità del giudice*, § 12.1. Chiaro è come ciò comporti abilità e competenza dell'avvocato nel sapere assistere il cliente allorché venga intrapresa ciascuna di queste vie. In particolare, con riguardo a quelle di soluzione autonoma, l'avvocato dovrebbe essere consapevole del fatto che queste sottendano una concezione ontocentrica del conflitto, secondo cui le parti sono al *servizio* della sua soluzione, anziché ciascuna portatrice della propria posizione antagonista in vista della vittoria di una sull'altra: così G. COSI, *Conoscere il conflitto*, cit., 20 ss.

⁷⁴ Il riferimento è qui all'appropriata quanto suggestiva formula coniata da R.H. MNOOKIN, L. KORNHAUSER, *Bargaining in the Shadow of the Law: the Case of Divorce*, in *Yale L. Journal* (1979), 950 ss., prec. 968, che ammoniscono sul fatto che la via di soluzione della lite alternativa al processo non deve svolgersi “nel vuoto”, ma al-

All'ombra di quei costanti e imprescindibili termini di paragone che sono l'applicazione della legge e la sua attuazione nella decisione del giudice, l'avvocato sarà però tenuto ad aprire la visuale del cliente anche a percorsi consensuali di soluzione del conflitto. Questi, per un verso, dovranno essere compiutamente illustrati dall'avvocato al cliente, secondo una logica, cara all'odierno rapporto medico-paziente, del consenso informato⁷⁵; per l'altro, già in sede di colloquio tra avvocato e cliente, il primo dovrà preparare la strada al possibile impiego delle vie autonome di soluzione del conflitto, ponendo a lato della soluzione avversariale quella consensuale⁷⁶. In questo, il ruolo dell'avvocato si rivela essenziale come dirimenti si mostreranno, in particolare ove il colloquio si svolga in rete, le sue capacità comunicative, interpersonali e di intelligenza emotiva.

Laddove l'avvocato apra il suo rapporto con il cliente a una dimensione non più improntata alla paternalistica delega *in toto* del secondo al primo della gestione e soluzione del conflitto, ma alla centralità del

l'"ombra della legge", nel senso che è proprio ciò che la legge assicura alle parti in caso di mancato accordo, a costituire per loro, nel negoziato, una "merce di scambio", una sorta di "dotazione". È, questo, d'altronde, ciò che preserva le parti da un negoziato senza regole, e così al ribasso, come ben rimarca H. GENN, *Judging Civil Justice*, Cambridge, 2010, 125, secondo cui la mediazione senza la credibile minaccia di una possibile decisione giudiziaria appare come il "suono di una sola mano che applaude" ("Mediation without the credible threat of judicial determination is the sound of one hand clapping"). Sul rilievo del diritto quale termine di paragone per predire le alternative a soluzioni conciliative della lite e quale strumento per rendere comprensibili e credibili le proprie offerte nel corso di un procedura autonoma di soluzione del conflitto v. anche J. MACFARLANE, *The New Lawyer*, cit., Ch. 7, § *The Role of Legal Expertise in Legal Negotiation and Consensus Building*.

⁷⁵ In questo senso ancora ID., *The New Lawyer*, cit., Ch. 6, § *Planning and Decision Making*, che evidenzia come consenso informato non possa considerarsi quello dato dal cliente cui l'avvocato abbia illustrato uno solo dei mezzi di soluzione del conflitto.

⁷⁶ Così ancora ID., *Experiences of Collaborative Law: Preliminary Results from the Collaborative Lawyering Research Project*, in *I J. Disp. Resol.* (2004), 179 ss., prec. 210. Pertanto il ruolo dell'avvocato nel momento della scelta della via da abbracciare per risolvere la lite appare oltremodo cruciale.

cliente e alla tutela dei suoi interessi ampiamente intesi, il salto professionale richiesto è arduo⁷⁷.

Se il suo fine è chiaro – far emergere gli interessi più profondi del cliente sì da rinvenire la via più appropriata di risoluzione della lite – non altrettanto è, soprattutto agli occhi di un avvocato vecchio stampo, il modo di giungervi. In tale nuova cornice, infatti, evidente è che la dimensione emotiva del conflitto – messa ai margini e ripudiata dal più stretto paradigma tradizionale⁷⁸ – diventa ora elemento chiave nel colloquio avvocato-cliente⁷⁹. Un elemento, questo, non facile da gestire⁸⁰,

⁷⁷ ID., *The New Lawyer*, cit., Ch. 6, § *Planning and Decision Making*, che constata come “finding the balance between continuing to offer expertise and respecting the autonomy of clients in setting their goals is key to successful lawyer/client relationships for the New Lawyer. It is what modern-day clients expect”.

⁷⁸ Così icasticamente G. SPENCE, *Win Your Case: How to Present, Persuade and Prevail: Every Place, Every Time*, New York, 2005, che ricorda l’approccio ‘anestetizzante’ rispetto alle emozioni, che fisiologicamente segnano il conflitto, trasmesso dalle *Law Schools*: “What we really experienced at law school was a lobotomy of sorts, one that anesthetizes the law student against his emotions and attempts to reduce law to some sort of science”. Negli stessi termini A. SARAT, W. FELSTINER, *Law and Strategy in the Divorce Lawyer’s Office*, cit., 47.

⁷⁹ Nel rivisitato rapporto tra avvocato e cliente si realizza uno ‘scambio’ che si muove anche sul piano delle emozioni, con il che la capacità di empatia del primo verso il secondo diventerebbe l’abilità numero uno richiesta all’avvocato odierno: così in D. LINDER, N. LEVIT, *The Good Lawyer: Seeking Quality in the Practice of Law*, New York, 2014, 7, secondo cui “clients place a higher value on the ‘soft skills’ of lawyers than lawyers generally imagine. What clients want most from their lawyers is a sense that they really care about them and their problem”. Tale empatia – intesa come la capacità di mettersi nei panni del cliente e accettare almeno temporaneamente i suoi fini e in via ipotetica immaginare le conseguenze di perseguirli, figurando di dover prendere una decisione sul punto come se fosse su cosa propria: A. KRONMAN, *The Lost Lawyer: Failing Ideals of the Legal Profession*, Cambridge, 1993, 130 – poggerrebbe sullo sviluppo di un ben preciso approccio: quello fondato su una visione olistica della professione forense (“be curious about your client’s entire story”); su una strategia di assistenza del cliente basata (anche) sui suoi interessi e non solo sulle sue posizioni giuridiche ‘di facciata’ (“ask your client open-ended questions”); e su un rapporto di *partnership* con il cliente (“think of yourself as a coach as well as a provider of legal services”): così D. LINDER, N. LEVIT, *The Good Lawyer: Seeking Quality in the Practice of Law*, cit., 17.

⁸⁰ Si affaccia l’idea di una c.d. avvocatura sensibile agli aspetti emotivi, che applica un c.d. *affective method*, che “acknowledges that clients demand an emotional response,

e che schiude interrogativi professionali di non poco conto⁸¹. Dove si ponga il confine tra le competenze dell'avvocato e di coloro – che con ben diversa professionalità – esaminano e curano le emozioni degli individui, non è cosa agevole da individuare⁸². Anche queste sfide, però, sono quelle dell'avvocato odierno e del futuro che, come detto, da (solo) esperto del diritto dovrebbe diventare soggetto in grado di vantare una conoscenza non profonda ma diffusa di diversi saperi, e così professionista legale capace di collaborare efficacemente con altri esperti, conoscendone almeno superficialmente le loro discipline di settore.

Ove sapientemente gestito il primo colloquio, con le sfide che questo implica se realizzato da remoto, esso dovrebbe peraltro preparare la strada alla responsabilizzazione ed emancipazione del cliente, e così alla sua presa di coscienza della complessità del conflitto che ha generato la lite in cui è coinvolto. Di qui deriverebbe il suo c.d. *empowerment* nella scelta della via più appropriata di gestione e soluzione di quel conflitto⁸³.

Nel caso in cui questa sia individuata in un metodo autonomo-consensuale di soluzione della lite (negoziato o mediazione), proprio l'accorto colloquio tra avvocato e cliente sopra richiamato rappresenterà il punto di partenza per affrontare al meglio il tavolo (anche virtuale) cui

explicitly or implicitly, and that lawyers must have the skills to address the anger, frustration, despair or even indifference that legal interactions evoke”: così L. MILLS, *Affective Lawyering: Emotional Dimensions of the Lawyer-Client Relationship*, in D. STOLLE, D. WEXLER, B. WINICK, *Practicing Therapeutic Jurisprudence*, Durham, 2000, 419 ss., prec. 422.

⁸¹ Lo denuncia J. MACFARLANE, *The New Lawyer*, cit., Ch. 6, § *Affective Lawyering*, che accortamente evidenzia come rimuovere la tradizionale convinzione del ‘distanziamento emotivo’ dell’avvocato dal cliente spinge il primo in un territorio nuovo e inesplorato, con tutti gli interrogativi che ciò comporta, sia da un punto di vista deontologico che etico.

⁸² Il discutibile orizzonte è quello del c.d. *Guru lawyer*, che investe il cliente con la paternalistica imposizione del suo sistema valoriale: così T.L. SHAFFER, R.F. COCHRAN, *Lawyers as Strangers and Friends: A Reply to Professor Sammons*, in *18 U. Ark. Little Rock L. Rev.* (1995), 69 ss., prec. 83. L’avvocato non è infatti né autorizzato né abilitato ad assumere un ruolo terapeutico, cosa che assistenti sociali e professionisti della salute mentale prontamente denunciano.

⁸³ Per tutti, ancora, F. DANOVÌ, *Il prisma della giustizia e i suoi possibili modelli*, cit., 5.

il secondo, affiancato dal primo, si siederà con l'altra parte, per tentare la soluzione condivisa del conflitto⁸⁴.

Lo stesso linguaggio impiegato dall'avvocato nella prima conversazione con il cliente – un linguaggio attento a neutralizzare l'istintiva terminologia 'bellica' che segna l'esperienza del conflitto e del processo (vittoria, sconfitta, avversario, lotta, armi difensive, ecc.)⁸⁵ – porterà ad affrontare il tavolo di negoziato e mediazione in modo costruttivo. Non solo. La responsabilità del cliente e la ricentrata funzione dell'avvocato, quale guida e accompagnatore del cliente nella *sua* soluzione del *suo* conflitto, costituiranno il fondamento di un'efficace ripartizione dei ruoli al tavolo di negoziato e mediazione⁸⁶.

Lungi dal prendere la scena, quale delegato del proprio cliente, l'avvocato saprà invece muoversi al tavolo di negoziato o mediazione come assistente attento, e ove necessario assertivo, nella tutela degli interessi ad ampio spettro del cliente, ponendosi quale negoziatore accorto con l'altra parte⁸⁷. In questo modo, egli saprà creare un terreno fertile per il

⁸⁴ Il cambio di prospettiva nel rapporto tra avvocato e cliente dovrebbe mutare anche il modo di vivere i tavoli di negoziato e mediazione che vedano l'avvocato seduto a fianco al cliente. In particolare, essi risulteranno preparati con attenzione e non semplicemente da un fugace scambio di parole tra avvocato e cliente alle porte della stanza in cui negoziato o mediazione avranno luogo: così, sulla base di un studio empirico, J. MACFARLANE, *Court-Based Mediation in Civil Cases: An Evaluation of the Toronto General Division ADR Centre*, Ottawa, 1995, 41.

⁸⁵ Lo mettono ben in luce G. COSI, *Conoscere il conflitto*, cit., 18, 32; nonché J. MACFARLANE, *The New Lawyer*, cit., Ch. 3, § "Real" Lawyering, che sottolinea come "successful marketing strategies promote lawyers as 'fighters', 'warriors', and even 'sharks'".

⁸⁶ Dovrebbe, cioè, evitare il verificarsi di quelle situazioni in cui – e si veda a tal riguardo anche il contributo di Corrado Mora in questo volume – l'avvocato usa il suo potere di controllo sul cliente per ridurlo al minimo la partecipazione, appropriandosi della discussione e rendendo il proprio assistito mera "tappezzeria" – così, con vividezza, J. MACFARLANE, *The New Lawyer*, cit., Ch. 6, § *Client Participation in Settlement Processes*. Al contrario, l'avvocato dovrebbe preparare al meglio il cliente al tavolo di negoziato e mediazione, rendendolo edotto e consapevole della procedura in anticipo e assicurandone, durante lo svolgimento, coinvolgimento e centralità.

⁸⁷ Così ID., *Culture Change? A Tale of Two Cities and Mandatory Court-Connected Mediation*, cit., 275, che da un attento studio empirico restituisce come gli avvocati realmente capaci di gestire un tavolo di negoziato e mediazione siano consapevoli del-

raggiungimento di una soluzione reciprocamente vantaggiosa per le parti, foriera di una definitiva e compiuta soluzione del conflitto. Ove il tavolo sia virtuale, e cioè gestito mediante piattaforme telematiche, questo comporterà l'accortezza dell'avvocato di lasciare il dovuto spazio visivo e verbale al cliente, non sovrapponendosi a costui né sopravanzandolo⁸⁸.

Maggiore sarà il numero di avvocati che saprà muoversi in tale direzione, più rapidamente ne uscirà rinnovata la stessa immagine dell'avvocatura, che si mostrerà perciò capace di cogliere le sfide lanciate dall'attuale e futuro mondo tecnologico⁸⁹. Ché l'interazione tra professionisti preparati è il motore migliore per promuovere una nuova identità professionale dell'avvocato e un nuovo senso di comunità.

l'importanza della loro appropriata preparazione e di come portarvi un cliente impreparato – e cioè non educato dall'avvocato a comprendere se, come e quando disvelare al tavolo determinate informazioni, effettuare una proposta, accettarla, e così via – possa essere la garanzia di un fatale disastro.

⁸⁸ Rivelatrice, a riguardo, l'esperienza, in senso contrario a quanto auspicato nel testo, di Corrado Mora, al cui contributo in questo volume si rimanda.

⁸⁹ Così J. MACFARLANE, *The New Lawyer*, cit., Ch. 3, § *Changing the Norms of Legitimacy*, che acutamente sottolinea come una nuova identità professionale si fondi sull'esistenza di una "supportive community within which to work". Questa conforta e rinsalda, infatti, la percezione che determinati valori e pratiche siano meritevoli e da applicare. Per questo l'A. sottolinea, con riguardo all'approccio nei confronti dei metodi di soluzione autonomi del conflitto, che "one indicator of change would be a situation where lawyers in a community find themselves regularly facing opponents who have a similar level of skill and commitment to engaging in serious settlement processes".

COLLANA
‘QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA’

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

1. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del IV Convegno Antitrust tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2014)

2. *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GIANNI SANTUCCI, ANNA SIMONATI (2014)

3. *Il riconoscimento dei diritti storici negli ordinamenti costituzionali* - (a cura di) MATTEO COSULICH, GIANCARLO ROLLA (2014)

4. *Il diritto del lavoro tra decentramento e ricentralizzazione. Il modello trentino nello spazio giuridico europeo* - (a cura di) ALBERTO MATTEI (2014)

5. *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice* - JOHN A.E. VERVAELE, with a prologue by Gabriele Fornasari and Daria Sartori (Eds.) (2014)

6. *I beni comuni digitali. Valorizzazione delle informazioni pubbliche in Trentino* - (a cura di) ANDREA PRADI, ANDREA ROSSATO (2014)

7. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2015)

8. *Il coordinamento dei meccanismi di stabilità finanziaria nelle Regioni a Statuto speciale* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI, FLAVIO GUELLA (2014)

9. *Reti di libertà. Wireless Community Networks: un'analisi interdisciplinare* - (a cura di) ROBERTO CASO, FEDERICA GIOVANELLA (2015)

10. *Studies on Argumentation and Legal Philosophy. Further Steps Towards a Pluralistic Approach* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2015)

11. *L'eccezione nel diritto. Atti della giornata di studio (Trento, 31 ottobre 2013)* - (a cura di) SERGIO BONINI, LUCIA BUSATTA, ILARIA MARCHI (2015)

12. José Luis Guzmán D'Albora, *Elementi di filosofia giuridico-penale* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ALESSANDRA MACILLO (2015)

13. *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto* - (a cura di) GIANDOMENICO FALCON, BARBARA MARCHETTI (2015)

14. *Convergences and Divergences between the Italian and the Brazilian Legal Systems* - (Ed. by) GIUSEPPE BELLANTUONO, FEDERICO PUPPO (2015) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/116513>)

15. *La persecuzione dei crimini internazionali. Una riflessione sui diversi meccanismi di risposta. Atti del XLII Seminario internazionale di studi italo-tedeschi, Merano 14-15 novembre 2014 - Die Verfolgung der internationalen Verbrechen. Eine Überlegung zu den verschiedenen Reaktionsmechanismen. Akten des XLII. Internationalen Seminars deutsch-italienischer Studien, Meran 14.-15. November 2014* - (a cura di / herausgegeben von) ROBERTO WENIN, GABRIELE FORNASARI, EMANUELA FRONZA (2015)

16. *Luigi Ferrari Bravo. Il diritto internazionale come professione* - (a cura di) GIUSEPPE NESI, PIETRO GARGIULO (2015)
17. *Pensare il diritto pubblico. Liber Amicorum per Giandomenico Falcon* - (a cura di) MAURIZIO MALO, BARBARA MARCHETTI, DARIA DE PRETIS (2015)
18. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del V Convegno biennale Antitrust. Trento, 16-18 aprile 2015* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2015)
19. *From Contract to Registration. An Overview of the Transfer of Immoveable Property in Europe* - (Ed. by) ANDREA PRADI (2015) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/140085>)
20. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo. Volume II* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2016) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/143369>)
21. *Democrazie e religioni: libertà religiosa, diversità e convivenza nell'Europa del XXI secolo. Atti del convegno nazionale Adec Trento, 22 e 23 ottobre 2015* - (a cura di) ERMINIA CAMASSA (2016)
22. *Modelli di disciplina dell'accoglienza nell'“emergenza immigrazione”*. La situazione dei richiedenti asilo dal diritto internazionale a quello regionale - (a cura di) JENS WOELK, FLAVIO GUELLA, GRACY PELACANI (2016)
23. *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione* - (a cura di) MARCO BOMBARDELLI (2016)

24. *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Atti del IV Congresso nazionale SIRD. Trento, 24-26 settembre 2015* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE GRAZIADEI (2016)

25. *Fiat Intabulatio. Studi in materia di diritto tavolare con una raccolta di normativa* - (a cura di) ANDREA NICOLUSSI, GIANNI SANTUCCI (2016)

26. *Le definizioni nel diritto. Atti delle giornate di studio, 30-31 ottobre 2015* - (a cura di) FULVIO CORTESE, MARTA TOMASI (2016)

27. *Diritto penale e modernità. Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali. Atti del convegno. Trento, 2 e 3 ottobre 2015* - (a cura di) ROBERTO WENIN, GABRIELE FORNASARI (2017)

28. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 2. Multimodality and Reasonableness in Judicial Rhetoric* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/106571>)

29. *Il Giudice di pace e la riforma della magistratura onoraria. Atti del Convegno. Trento, 3-4 dicembre 2015* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/178978>)

30. *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GRACY PELACANI (2017)

31. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo. Volume III* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/184772>)

32. *Carlo Beduschi. Scritti scelti* - (a cura di) LUCA NOGLER, GIANNI SANTUCCI (2017)

33. *Diplomatici. 33 saggi su aspetti giuridici e politici della diplomazia contemporanea* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2018)
34. *Sport e fisco* - (a cura di) ALESSANDRA MAGLIARO (2018)
35. *Legal Conversations Between Italy and Brazil* - (a cura di) GIUSEPPE BELLANTUONO, FABIANO LARA (2018)
36. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 3. Multimodal Argumentation, Pluralism and Images in Law* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2018) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/218719>)
37. *Assetti istituzionali e prospettive applicative del private antitrust enforcement nell'Unione europea. Atti del VI convegno biennale antitrust. Facoltà di Giurisprudenza. Trento, 6-8 aprile 2017* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2018)
38. *La Direttiva quadro sulle acque (2000/60/CE) e la Direttiva alluvioni (2007/60/CE) dell'Unione europea. Attuazione e interazioni con particolare riferimento all'Italia* - (a cura di) MARIACHIARA ALBERTON, MARCO PERTILE, PAOLO TURRINI (2018)
39. *Saggi di diritto economico e commerciale cinese* - (a cura di) IGNAZIO CASTELLUCCI (2019)
40. *Giustizia riparativa. Responsabilità, partecipazione, riparazione* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2019) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/234755>)
41. *Prevenzione dei sinistri in area valanghiva. Attività sportive, aspetti normativo-regolamentari e gestione del rischio* - (a cura di) ALESSANDRO MELCHIONDA, STEFANIA ROSSI (2019)

42. *Pubblica amministrazione e terzo settore. Confini e potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico* - (a cura di) SILVIA PELLIZZARI, ANDREA MAGLIARI (2019)

43. *Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato. Atti del VII Convegno Antitrust di Trento, 11-13 aprile 2019* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2019)

44. *Conciliazione, mediazione e deflazione nel procedimento davanti al giudice di pace. Esperienze euroregionali. Atti del Convegno. Trento, 10 maggio 2019* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ, ELENA MATTEVI (2020) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/259285>)

45. *Diritto e genere. Temi e questioni* - (a cura di) STEFANIA SCARPONI (2020)

46. *Le parti in mediazione: strumenti e tecniche. Dall'esperienza pratica alla costruzione di un metodo* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ (2020) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/269082>)

47. *Effettività delle tutele e diritto europeo. Un percorso di ricerca per e con la formazione giudiziaria* - (a cura di) PAOLA IAMICELI (2020)

48. *Infermità mentale, imputabilità e disagio psichico in carcere. Definizioni, accertamento e risposte del sistema penale* - (a cura di) ANTONIA MENGHINI, ELENA MATTEVI (2020)

49. *Le (in)certezze del diritto. Atti delle giornate di studio. 17-18 gennaio 2019* - (a cura di) CINZIA PICIOCCHI, MARTA FASAN, CARLA MARIA REALE (2021)

50. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 4. Ragioni ed emozioni nella decisione giudiziale* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2021) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/296052>)

51. *Comunicare, negoziare e mediare in rete. Atti del Convegno. Trento, 25 settembre 2020* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ (2021) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/306972>)

