



GLI AVVOCATI E LE NUOVE FORME DI ADR: IL DIRITTO COLLABORATIVO

MARIA ANTONIETTA FODDA

Università di Sassari

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Il diritto collaborativo. - 3. Il ruolo degli avvocati nello sviluppo del diritto collaborativo: Stati Uniti. - 4. Il diritto familiare collaborativo in Canada. - 5. Forme 'ibride' di diritto collaborativo: la convenzione di procedura partecipativa francese. - 6. Dal diritto collaborativo alla negoziazione assistita: Italia. - 7. Riflessioni conclusive. - Abstract.

1. – Introduzione

Nel corredo degli strumenti extragiurisdizionali di risoluzione delle controversie, basati su un approccio consensuale e partecipativo, ha fatto la sua recente comparsa il diritto collaborativo. Si tratta di un metodo di gestione dei conflitti che si basa sul dialogo e la negoziazione condotta dalle parti e dai loro avvocati nella ricerca di una soluzione della controversia[1]. La grande diffusione di queste procedure, nate negli Stati Uniti e in Canada meno di venti anni or sono e ormai praticate e disciplinate in vari Stati europei, sollecita alcune riflessioni sul nuovo ruolo assunto dagli avvocati nel radicale mutamento di prospettiva che investe i sistemi di giustizia dell'Occidente[2]. Oltre a rappresentare un nuovo strumento ascrivibile alle *Alternative Dispute Resolution*, il diritto collaborativo infatti annuncia la comparsa di un nuovo protagonista sulla scena della giustizia alternativa: l'avvocato. Messa in secondo piano dall'avvento della mediazione e degli strumenti di giustizia informale che favoriscono lo sviluppo di nuove figure professionali e le riservano una funzione ancillare e consultiva, la classe forense in questi ultimi decenni ha subito una grande trasformazione, sviluppando nuove competenze professionali che ridefiniscono la pratica giuridica e assegnano un ruolo di primo piano all'avvocato nella soddisfazione degli interessi delle parti[3].

Se la negoziazione costituisce da sempre uno strumento largamente impiegato nell'esercizio della professione legale, è l'etica collaborativa che caratterizza questa nuova pratica, basata sui principi del dialogo, della trasparenza, della riservatezza, a distanziarla dal modello competitivo che ha finora rappresentato il ruolo dell'avvocato e a segnalare un rilevante cambiamento nell'esercizio della professione legale. Nata negli Stati Uniti come una pratica risolutiva delle controversie in ambito familiare, a partire dagli anni 2000 si è affermata come uno strumento efficace in numerosi ambiti del diritto civile e commerciale. La rapida diffusione delle pratiche collaborative sollecita alcune riflessioni sulle origini e lo sviluppo di questo nuovo fenomeno giuridico.

Il contributo si articola in due parti. Nella prima parte vengono illustrate le pratiche di diritto collaborativo e si descrivono le origini e lo sviluppo del fenomeno negli Stati Uniti e in Canada. Nella seconda parte, si considera la sua diffusione in ambito europeo con particolare riferimento all'esperienza francese e italiana della negoziazione assistita. Nella conclusione si prendono in esame le differenze tra diritto collaborativo e negoziazione assistita per rilevare che la nuova procedura negoziale, introdotta recentemente in Francia e Italia, non rispetta i principi collaborativi, ma incoraggia il tradizionale modello competitivo, che ormai gli stessi avvocati cominciano a considerare inadeguato alla nuova domanda di giustizia.

2. – Il Diritto Collaborativo

Con l'espressione "diritto collaborativo" si intende una modalità consensuale di risoluzione delle controversie che prevede la presenza attiva delle parti, assistite dai loro avvocati, nella ricerca di una soluzione alla loro disputa. Questa pratica, che si inserisce nel corredo degli strumenti di giustizia informale, esclude la figura di un terzo soggetto imparziale e facilitatore dell'accordo che caratterizza quegli strumenti informali, come la mediazione e la conciliazione, intorno alle quali si è costruita l'immagine di una giustizia alternativa alla giurisdizione. Per questo rappresenta una novità nel panorama degli strumenti extragiurisdizionali, perché infrange la logica triadica e partecipativa affermata dalla mediazione per riproporre una struttura binaria che sembra superare lo schema oppositivo tradizionale del negoziato.

Sebbene sia affine alla negoziazione, che si basa su un confronto condotto dagli avvocati delle parti, questa pratica se ne distanzia, perché associa allo schema classico della procedura negoziale un impegno etico formale delle parti che esclude la strategia processuale e avvia un dialogo leale, finalizzato alla risoluzione consensuale della disputa.

Particolare caratteristica di questa forma di intervento giuridico è infatti la stipula di un accordo preliminare, definito "accordo di partecipazione", in cui le parti e i loro avvocati si impegnano a risolvere la disputa in modo collaborativo, condividendo informazioni rilevanti, rispettando il dovere di riservatezza e adottando un comportamento leale nella negoziazione[4]. L'accordo di partecipazione prevede una clausola di esclusione che, in caso di insuccesso della procedura consensuale e di ricorso in giudizio, dispone che gli avvocati non possano rappresentare il proprio cliente in giudizio e debbano lasciare l'incarico[5]. È questo l'elemento che differenzia il diritto collaborativo da ogni altra pratica di risoluzione consensuale delle controversie, ormai nota e impiegata dai professionisti del diritto. Con la nozione di diritto collaborativo, scrive Macfarlane, si passa dall'idea di affidare ad un solo avvocato il compito di lavorare a soluzioni extragiudiziarie a quella di vincolare tutti gli avvocati che lavorano ad uno stesso caso all'adozione esclusiva di metodi consensuali di risoluzione della controversia[6]. Firmatari dell'accordo sono infatti sia le parti della controversia, sia i loro avvocati che sottoscrivono l'impegno a non ricorrere a una procedura giudiziale per risolvere la disputa. In un caso di diritto collaborativo – continua Macfarlane – l'avvocato ha il «solo compito di consigliare e illustrare al suo cliente le soluzioni extragiudiziali e negoziali basate sul consenso»[7].

Tra gli elementi che gli studiosi ritengono debbano essere parte integrante di un accordo di diritto collaborativo questi risultano i più rilevanti:

- a) Il divieto di rappresentare in giudizio il proprio cliente, in seguito al fallimento della procedura negoziale. Questo permette di escludere dall'approccio negoziale la minaccia del processo per forzare il raggiungimento dell'accordo. Saranno nuovi avvocati a poter rappresentare in giudizio le parti per la medesima controversia[8].
- b) La volontaria, rapida e completa condivisione di tutte le informazioni ritenute rilevanti per la risoluzione della controversia[9].
- c) L'attiva e diretta partecipazione dei soggetti della controversia. Sebbene gli avvocati abbiano un ruolo determinante nell'andamento delle fasi negoziali, la decisione ultima spetta alle parti che negli incontri si devono impegnare attivamente per la rapida risoluzione della disputa[10].
- d) Un impegno etico ad agire in buona fede e lealtà. Questo non impedisce che il dialogo abbia ad oggetto un vivace e intenso confronto in cui vengono vagliate tutte le opzioni, sulla base degli interessi delle parti e delle loro pretese giuridiche. Ma implica che tutto ciò accada in un clima di reciproca fiducia e trasparenza, in cui si abbandonano le tipiche strategie processuali a favore di un approccio cooperativo.

3. – Il ruolo degli avvocati nello sviluppo del diritto collaborativo: Stati Uniti

La storia del diritto collaborativo è molto recente e risale all'inizio degli anni Novanta quando Stuart Webb, avvocato familiarista di Minneapolis, riflettendo sul ruolo dell'avvocato nel processo, cominciò a elaborare un nuovo approccio basato sulla collaborazione tra le parti rappresentate nel processo, piuttosto che sulla competizione tra esse. Questo approccio, che successivamente venne costruito come un modello di intervento giuridico, basato su accordi e regole, prevedeva una serie di incontri tra le parti e i loro avvocati, volti al raggiungimento di un accordo e all'esclusione del ricorso al giudice ordinario[11]. Il problema iniziale considerato da Webb, che permise la definizione di un protocollo di intervento collaborativo, fu la ricerca di una soluzione strategica in caso di fallimento della procedura negoziale. La soluzione individuata fu che in tal caso gli avvocati non avrebbero potuto trasformarsi da 'collaborativi' in 'competitivi', ma avrebbero dovuto lasciare l'incarico e affidarlo ad altri avvocati che rappresentassero le pretese delle parti in giudizio.

Nella rigorosa distinzione tra specialisti del modello negoziale e specialisti del modello processuale che distingue il diritto collaborativo dagli altri tipi di risoluzione delle controversie, Webb individuò una serie di vantaggi, relativi alle finalità e ai metodi impiegati dai professionisti[12]. Non avendo più l'alternativa del processo, gli avvocati si concentrano esclusivamente sulla fase negoziale e su un unico obiettivo: quello di raggiungere un accordo soddisfacente piuttosto che una vittoria processuale. Ne consegue un impiego di differenti abilità e metodi, che non tutti gli avvocati necessariamente possiedono, come la capacità di analizzare il caso sotto molteplici profili e di ricorrere a tecniche di *problem solving*, in un clima disteso che viene favorito dagli incontri programmati tra le parti e gli avvocati[13].

Da questa presa di posizione derivarono una serie di questioni etiche e giuridiche, relative al ruolo degli avvocati e all'adeguata tutela degli interessi delle parti che favorirono una serie di confronti critici e un dibattito che definì e rafforzò ulteriormente la specificità di questa forma di approccio[14].

Nel 2004, con il supporto del *Collaborative Law Institute of Texas*[15], una delle organizzazioni più attive nella diffusione del diritto collaborativo, venne costituito il *Texas Collaborative Law Council*, con la finalità di impiegare il processo collaborativo anche nelle controversie civili e commerciali, formare gli avvocati a questa pratica, informare i cittadini sui suoi benefici e preservare l'integrità della procedura[16]. A tal fine è stato elaborato un protocollo per gli avvocati che si impegnano nel processo collaborativo e un modello di accordo preliminare di partecipazione[17].

Gli elementi essenziali di questa procedura sono l'individuazione dei fini e interessi delle parti, una piena e completa divulgazione delle informazioni rilevanti; una comunicazione efficace; rafforzare la capacità delle parti di assumere decisioni in condizioni di parità; dovere di riservatezza e buona fede nella negoziazione.

La diffusione e il favore che queste iniziative hanno incontrato in seno alle categorie professionali ha generato una spinta verso la definizione e regolamentazione giuridica del *Collaborative Law*. L'affermarsi di organizzazioni di avvocati specializzati nel diritto collaborativo ha prodotto infatti una serie di modifiche legislative che hanno introdotto modelli di pratiche collaborative in Texas, North Carolina e California[18].

4. – Il diritto familiare collaborativo in Canada

Un'esperienza analoga a quella statunitense viene maturata dal Canada, dove le pratiche di diritto collaborativo si diffondono sul finire degli anni Novanta, fino ad imporsi come un fenomeno giuridico emergente. A riprova della grande attenzione suscitata nel mondo giuridico canadese dal *Collaborative Law*, nel 2005 il Ministero della giustizia del Canada pubblica una ricerca, condotta sullo studio di casi di diritto collaborativo negli Stati Uniti e in Canada nel triennio 2001-2004. Il rapporto, intitolato "*Le nouveau phénomène du droit de la famille collaboratif (DFC) étude de cas qualitative*", prende in esame le principali questioni etiche, pratiche e concettuali suscitate dall'impiego del DC e analizza il rilevante cambiamento che questo produce nella pratica professionale e nella relazione tra l'avvocato e il suo cliente[19]. L'autrice della ricerca parte dall'assunto condiviso della crisi del processo come strumento di risoluzione dei conflitti familiari e del limitato accesso ai servizi di consulenza giuridica cui ricorrono le famiglie in crisi. Basandosi su una serie di interviste condotte in Canada e negli Stati Uniti, Macfarlane sottolinea, sullo sfondo di un processo sempre più evanescente, lo sviluppo impetuoso del diritto familiare collaborativo come uno dei fenomeni più rilevanti degli ultimi venticinque anni nell'ambito dei servizi giuridici. Sebbene il suo carattere distintivo consista in un limite posto al mandato dell'avvocato, relativo alla esclusiva ricerca di una soluzione negoziale ed extraprocessuale della controversia, questa pratica ha suscitato un grande entusiasmo presso i professionisti del diritto, che ne sono infatti i principali promotori, per

la sua efficacia, rapidità e per il grado di soddisfazione che suscita presso i clienti.

Dal rapporto emergono le differenti aspettative e motivazioni che muovono i professionisti legali e i loro clienti verso le pratiche di diritto collaborativo.

I primi ritengono che il diritto collaborativo permetta una pratica del diritto più coerente con i loro valori e convinzioni rispetto al modello tradizionale della professione, orientata alla pratica processuale e alla negoziazione strategica. Accanto al rifiuto di un approccio competitivo, ritenuto ormai inadeguato alla gestione dei conflitti familiari, gli avvocati collaborativi esprimono tuttavia anche il rifiuto della mediazione familiare, ritenuta meno efficace della pratica collaborativa dalla maggioranza degli intervistati[20]. A questo proposito, appare rilevante l'affermazione di Stuart Webb, l'inventore del *Collaborative Law*: «Un punto debole della mediazione credo che sia il fatto che il lavoro degli avvocati venga lasciato fuori da tale processo ai suoi esordi (...). In realtà si lascia fuori non solo l'atteggiamento fazioso e conflittuale ma anche la capacità analitica e l'abilità di trovare soluzioni ragionevoli ai problemi creando alternative costruttive ed un ambiente favorevole al reperimento di un nuovo assetto»[21]. Gli avvocati ritengono che la mediazione non garantisca ai clienti la sicurezza e le tutele che un'adeguata consulenza giuridica potrebbe fornire fin dall'avvio della mediazione. Nella maggior parte dei modelli, gli avvocati entrano in scena a mediazione conclusa, quando i punti salienti dell'accordo sono stati definiti con il mediatore[22].

In questo giudizio, che sembra accomunare la maggior parte degli avvocati sia nordamericani che europei[23] si nasconde, secondo alcuni studiosi, una lotta di potere per il controllo del nuovo mercato degli strumenti extragiudiziali di risoluzione delle dispute che stanno ricomponendo il panorama dell'offerta di giustizia e ridefinendo l'identità professionale dell'avvocato[24].

Sembra quindi che il *Collaborative Law* rappresenti una terza via per la gestione della disputa, alternativa sia alla *litigation* e alle deformazioni che genera nella professione, sia alla *mediation*, che privilegia il ruolo del mediatore e relega l'avvocato al ruolo di comparsa sulla scena della risoluzione del conflitto.

Differenti appaiono le motivazioni che spingono i clienti verso le pratiche di diritto collaborativo: questi si affidano principalmente ai consigli dei loro avvocati nella scelta dello strumento ritenuto più idoneo a risolvere il conflitto familiare; escludono il processo[25], ed esprimono alcune riserve verso la mediazione, derivanti dal fatto che in quest'ultima l'avvocato ricopre un ruolo esterno, in qualità di consulente, mentre nella pratica collaborativa l'avvocato assume un ruolo decisivo nella difesa del loro interesse. Le loro maggiori aspettative verso il diritto collaborativo riguardano la riduzione dei costi e dei tempi e un modo costruttivo di risolvere la loro crisi familiare, a vantaggio dei figli e di una crescita personale[26].

Se da un lato il diritto collaborativo sembra offrire la possibilità di concordare soluzioni durevoli, soddisfacenti ed eque, dall'altro mostra una serie di problemi, relativi alla formazione degli avvocati, ai costi e ai tempi che non sempre sono così limitati, ma talvolta vengono raddoppiati in caso di fallimento della procedura negoziale e di un successivo giudizio.

5. – Forme 'ibride' di diritto collaborativo: la convenzione di procedura partecipativa francese

Il fenomeno del diritto collaborativo è giunto anche in Europa, come attestato dalla nascita di associazioni di professionisti in diritto collaborativo nei vari paesi europei e dall'istituzione, nel 2015, della "Associazione europea di diritto collaborativo" (*European Network for Collaborative Practice*)[27]. In Francia l'attenzione per le forme collaborative è testimoniata, oltre che dall'attività delle associazioni forensi, dall'iniziativa degli organi istituzionali che, ispirandosi al modello nordamericano, hanno introdotto la "*Convention de procédure participative*". La *Loi Beteille* n. 2010-1609 del 22 dicembre 2010, entrata in vigore il 23 gennaio 2012, all'art.37 modifica il libro terzo del codice civile, prevedendo un nuovo titolo XVII, espressamente dedicato alla "*Convention de procédure participative*", regolata negli articoli 2062-2068. L'art. 2062 definisce la convenzione di procedura partecipativa come «una convenzione attraverso la quale le parti di una controversia per la quale non è stata ancora presentata domanda davanti a un giudice o a un arbitro si impegnano a operare congiuntamente e in buona fede per la risoluzione amichevole del loro conflitto»[28].

Il nuovo istituto, che si rivela particolarmente adeguato nelle dispute familiari, è applicabile a tutte le controversie aventi ad oggetto diritti disponibili, fatta eccezione per le controversie di lavoro. Tra i suoi caratteri principali rileviamo l'assistenza obbligatoria degli avvocati, la possibilità di omologazione giudiziale dell'accordo risultante dalla procedura collaborativa, o di parti di esso (art. 2066), l'impossibilità di intraprendere un'azione giudiziale relativa alla medesima disputa fino a quando la procedura partecipativa sia in corso di svolgimento[29].

La procedura è del tutto volontaria; le parti infatti potranno liberamente decidere se intraprendere la via collaborativa o giudiziale, dopo aver vagliato con il loro avvocato le opzioni risolutive.

Di particolare interesse è il fatto che la 'procedura partecipativa', ascritta dai giuristi francesi ai metodi giuridici collaborativi, si distanzia dal corrispondente modello statunitense e canadese, in quanto consente che il medesimo avvocato che assiste la parte nel percorso collaborativo la rappresenti anche nel processo. Viene a mancare una delle condizioni essenziali che, secondo Stuart Webb, definiscono il *Collaborative Law*, la netta differenziazione tra approccio partecipativo-negoziale e approccio competitivo-giudiziale che consente di considerare una pratica svolta da professionisti del diritto come collaborativa.

La ragione di questa scelta del legislatore francese trova una giustificazione politica nel *Rapporto* della Commissione Guinchard[30] del 2008 che, rispondendo all'obiettivo di una razionalizzazione della giurisdizione, raccomanda lo sviluppo di modi alternativi di risoluzione delle dispute e propone l'introduzione della «procedura partecipativa di negoziazione assistita dall'avvocato»[31]. Enunciando i caratteri essenziali del diritto collaborativo, il rapporto si sofferma in particolare sulla clausola di esclusione, prevista nell'accordo preliminarmente stipulato tra le parti e gli avvocati. Questo rappresenta il punto di forza che spinge i partecipanti ad agire utilmente ed efficacemente per concludere la disputa, ma ne costituisce allo stesso tempo il punto debole, perché il fallimento della procedura negoziale precluderebbe la possibilità di proseguire davanti al giudice il procedimento avviato in ambito collaborativo, imponendo alle parti eccessivi oneri processuali e spese.[32] A parere della Commissione, una simile condizione posta al mandato dell'avvocato limiterebbe l'accesso alla giustizia. Per queste ragioni, nel Rapporto vi è un esplicito riferimento al diritto collaborativo, a cui il nuovo istituto «si ispira, per incitare le parti alla risoluzione negoziata della loro controversia, ma viene salvaguardato il loro effettivo accesso alla giustizia»[33].

Oltre a questo argomento di politica del diritto, ve ne sono altri meno nobili che vengono avanzati dal ceto dei giuristi, secondo i quali le nuove misure extragiurisdizionali introducono un privilegio a vantaggio della classe forense. Prescrivendo l'assistenza obbligatoria ed esclusiva degli avvocati alla procedura partecipativa, la *Loi Beteille* di fatto opera un'esclusione a carico di altre categorie professionali che, come i notai, avrebbero avuto titolo per entrare nella rosa degli esperti negoziatori[34].

Forse è dovuto a questa ambiguità di fondo lo scarsissimo successo che la procedura partecipativa ha finora riscosso. Nel Rapporto redatto dai senatori Tasca e Mercier, sull'accesso alla giustizia in materia di controversie familiari, vengono riportati i dati del Ministero secondo i quali nel 2013 sarebbero stati omologati solo sette accordi risultanti dalla conclusione di una procedura partecipativa[35].

6. – Dal diritto collaborativo alla negoziazione assistita: Italia

In questi ultimi anni, le pratiche del diritto collaborativo hanno fatto la loro comparsa anche in Italia, soprattutto nell'ambito familiare. La rinnovata attenzione per l'approccio consensuale è segnalata dalla nascita nel 2010 dell'*Istituto italiano di diritto collaborativo*, ad opera di avvocati formati al modello statunitense del *Collaborative Law*, e nel 2014 dell'*Associazione Italiana dei professionisti collaborativi*[36]. Nello sviluppo del diritto collaborativo che in questi anni ha mosso i primi passi nella pratica giudica italiana, si inserisce l'iniziativa del legislatore che, sia per snellire il contenzioso, sia per rispondere alle pressanti richieste della classe forense, ha introdotto l'istituto della negoziazione assistita, chiaramente ispirato al modello francese. Il nuovo istituto è disciplinato dal decreto legge n. 132 del 12 settembre 2014 che prevede «*Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione*» volte a indirizzare verso strumenti alternativi di risoluzione una quota consistente delle controversie civili[37]. La negoziazione quindi si inserisce a pieno titolo nel corredo italiano degli ADR ai quali il nostro legislatore continua a guardare con fiducia, ma con scarsa attenzione.

La procedura si basa sull'accordo di negoziazione «mediante il quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza dei propri avvocati» (art. 2). Anche in Italia, come in Francia, il legislatore ha disatteso il principio fondante del diritto collaborativo, preferendo adottare una forma di negoziazione ispirata ai valori collaborativi che tuttavia garantisce alle parti l'assistenza degli avvocati per tutto il corso del procedimento, negoziale e giudiziale, e agli avvocati la gestione integrale della disputa. Il richiamo ai valori presenti in un approccio collaborativo è quello contenuto nell'art. 2 che fa esplicito riferimento alla lealtà e alla buona fede che debbono orientare la cooperazione tra le parti, e nell'art.9 che sancisce il principio di riservatezza, replicando in materia la medesima disciplina della mediazione civile e commerciale[38]. Invero il richiamo appare molto scarso rispetto alla linea eticamente orientata del modello nordamericano che, a differenza di quello nazionale, pone il rispetto di tali principi come vincolo per la prosecuzione della procedura collaborativa[39].

Rispetto all'esperienza francese, l'istituto italiano della negoziazione istituisce una condizione di procedibilità per tutte le controversie aventi ad oggetto il risarcimento dei danni derivanti dalla circolazione di veicoli e natanti e domande di pagamento a qualsiasi titolo per un valore inferiore a 50.000 euro (art.3)[40]. Accanto a questa forma obbligatoria, la disciplina ne prevede una volontaria (art.2), che può avere ad oggetto diritti disponibili, ed all'art. 6 una «per le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio». Quest'ultima previsione, relativa alla materia delle controversie familiari, rappresenta una novità molto importante per i cittadini, perché introduce un vero e proprio strumento alternativo al - finora esclusivo - procedimento giudiziale e sottrae la competenza ai giudici per affidarla agli avvocati. [41] Questi infatti sono chiamati ad espletare una funzione analoga a quella finora svolta dai giudici attraverso l'omologa degli atti, esercitando non solo il dovere di assistenza nei confronti delle parti, ma anche quello di garanzia verso la legittimità degli atti conclusivi del procedimento, che hanno il medesimo valore dei provvedimenti giudiziari corrispondenti[42]. Come stabilito dall'art. 5 del decreto, l'accordo conclusivo della procedura di negoziazione costituisce titolo esecutivo e titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Nel caso della negoziazione in materia familiare, l'accordo concluso deve essere sottoposto al vaglio del procuratore della Repubblica, perché ne verifichi la regolarità o, nel caso in cui vi siano figli minori, o incapaci, o economicamente dipendenti dalla famiglia, perché accerti che il loro interesse sia stato tutelato.

L'esercizio di questa autonomia, se da un lato è stato salutato come uno strumento che restituisce ai cittadini la libertà di esercitare il potere di sciogliere il vincolo matrimoniale in tempi più brevi e con meno formalismi, dall'altro è stato guardato con sospetto, per ciò che riguarda l'estensione di questa autonomia alle questioni riguardanti i figli, il cui garante è stato finora il giudice[43]. Per Dalfino, il legislatore avrebbe dovuto escludere la previsione relativa ai figli, oppure prevedere l'omologazione da parte del giudice, poiché l'attuale disciplina che affida al pubblico ministero un controllo finale sull'accordo, appare del tutto inadeguata a garantire l'effettiva tutela dei minori coinvolti[44].

A differenza della disciplina della mediazione che prevede un'attività di gestione e controllo da parte del Ministero della Giustizia, sui centri abilitati a erogare servizi di mediazione, quella della negoziazione ha affidato interamente la responsabilità della procedura, il suo monitoraggio e la raccolta dei dati ai professionisti legali. Gli avvocati, infatti, sono i veri e gli unici protagonisti nel nuovo scenario tratteggiato dal legislatore: non solo devono sottoscrivere l'accordo, certificare l'autografia delle firme delle parti e la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico, ma devono trasmetterne la copia al Consiglio dell'ordine forense del luogo in cui l'accordo stesso è stato stipulato. È infatti competenza del Consiglio Nazionale forense il controllo e la trasmissione degli atti al Ministero. Non vi è quindi alcun passaggio (se non per alcuni casi espressi) negli uffici giudiziari: l'intera procedura si apre e si conclude in uno spazio alternativo al Palazzo di giustizia e di fronte a soggetti che non hanno alcun ruolo aggiudicativo.

7. – Riflessioni conclusive

A conclusione di questa breve analisi della disciplina della negoziazione assistita, viene da chiedersi cosa rimanga dell'approccio collaborativo; come possa svilupparsi, in questo sistema formalista e burocratizzato[45] di 'giustizia alternativa', l'etica del dialogo, della trasparenza, dell'azione leale e non strategica che dovrebbe consentire un raggiungimento consensuale della soluzione. I nuovi avvocati, oltre ad avere una solida competenza giuridica, dovrebbero avere una specifica formazione negoziale e collaborativa, una conoscenza di metodi e principi che ancora i percorsi

universitari non forniscono[46]. La norma infatti non prevede alcuno specifico sistema di accreditamento per l'esercizio di questa delicata procedura. Ciò appare particolarmente urgente ed evidente nella materia familiare «in cui l'avvocato non è semplicemente l'avvocato della parte, bensì deve favorire la conciliazione tra i coniugi, deve mettere in campo tutte le competenze necessarie per far sì che l'accordo definito in sede di negoziazione sia già regolare, conforme alle norme imperative e risponda all'interesse di eventuali figli minori, incapaci o non autosufficienti economicamente»[47].

Esattamente come è accaduto per la mediazione civile e commerciale nel 2010, anche la negoziazione assistita nasce con una funzione deflativa, con il dichiarato scopo, da parte del legislatore, di alleggerire il carico della giustizia ordinaria. Tuttavia, anche per questo strumento possono riproporsi le osservazioni che a suo tempo sono state avanzate in relazione alla funzione deflativa assegnata alla mediazione[48]. Siamo in presenza dell'ennesima riforma della giustizia che intende superarne le inadeguatezze aggiungendo un nuovo utensile al corredo dei suoi strumenti, senza avviare una riflessione politica sulla crisi irreversibile del modello giurisdizionale[49] e sui nuovi principi che devono animare una nuova teoria generale della giustizia civile.[50] La debolezza della riforma e la conferma della riproposizione di un modello ormai inadeguato alle esigenze dei cittadini e al fenomeno di internazionalizzazione del diritto, è confermata dall'abbandono dei principi del diritto collaborativo e dalla riproposizione di un modello negoziale competitivo e strategico, caratteristico di un approccio tradizionale che gli stessi avvocati cominciano a considerare con un nuovo spirito critico.

Abstract

The Collaborative Law is a new form of alternative Dispute Resolution, in which the parties and their lawyers commit to resolve the legal dispute without going to Court. The central concept of the collaborative practice, conceived in 1990 by Stuart Webb, a Minnesota family lawyer, is that the legal services provided by counsel are limited to advice regarding the negotiated resolution of the conflict focusing exclusively on developing a consensual outcome. The cornerstone of the collaborative approach is the "collaborative commitment" that requires that lawyers withdraw if the case is not settled. In twenty years, the collaborative law approach has known a great development in U.S.A., Canada and in many European countries. This rapid success of Collaborative law is due to the new role of the lawyers that govern the whole process. Although mediation remains a good dispute resolution method for many cases, it presents some characteristic that make it unacceptable choice for a growing numbers of lawyers. As Stuart Webb wrote: «One of the aspect of mediation that I feel is a weakness is that it basically leaves out input by the lawyer at the early stages». The new collaborative practice reshape the landscape of ADR methods and indicates a change in the legal practice. This article focuses on the concept of collaborative law and the development of the collaborative practices in the United States and in the Canadian Federation. After describing the basic elements of collaborative approach, this essay describes the "Commitment of Participative Procedure", introduced by the French legislator in 2010 and the "Assisted Negotiation", introduced by Italian lawmakers in 2014.

Parole chiave: Diritto collaborativo; negoziazione assistita; avvocati.

[Per la pubblicazione degli articoli della sezione "Contributi" si è applicato, in maniera rigorosa, il procedimento di *peer review*. Ogni articolo è stato valutato positivamente da due referees, che hanno operato con il sistema del *double-blind*]

[1] Cfr. D. HOFFMAN and P. TESLER, *Collaborative Law and the Use of Settlement Counsel*, in B. ROTH, *The Alternative Dispute Resolution Practice Guide*, edited by West Publishing, New York, 2002.

[2] Cfr. M. CAPPELLETTI, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, Il Mulino, Bologna 1994, 100.; J. MACFARLANE, *Evolution of the New Lawyer: How Lawyers are Reshaping the Practice of Law*, in «Journal of Dispute Resolution», 2008, 1, 62-81.

[3] Cfr. J. MACFARLANE, *The New Lawyer: How Settlement is transforming the Practice of Law*, Vancouver Toronto, UBC Press, 2008.

[4] S. M. GUTTERMAN, J.D, M. A., and a PANEL OF COLLABORATIVE LAW EXPERTS, *Collaborative Law. A New Model for Dispute Resolution*, Denver (Colorado) Bradford Publishing Company, 2004, Cfr. D.C. REYNOLDS and D. F. TENNANT, *Collaborative Law. An Emerging Practice*, in «Boston Bar Journal», vol. 45, n.5, November/December 2001, 1-5.

[5] Il modello di "Participation Agreement" è disponibile nel sito del *Global Collaborative Law Council*, http://www.collaborativelaw.us/articles/GCLC_Participation_Agreement_With_Addendum.pdf

[6] J. MACFARLANE, *Le nouveau phénomène du droit de la famille collaborative (DFC): étude de cas qualitative, Rapport de recherche*, Ministère de la Justice du Canada, 2005, http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/lf-fl/famil/2005_1/, 5.

[7] Ibidem.

[8] D. HOFFMAN and P. TESLER, *Collaborative Law and the Use of Settlement Counsel*, cit., 2.

[9] S.M. GUTTERMAN, J.D, M.A., and A PANEL OF COLLABORATIVE LAW EXPERTS, *Collaborative Law. A New Model for Dispute Resolution*, «In collaborative law (...) focus is on full, voluntary disclosure and interest-based narrative, not positional problem solving», cit., 32.

[10] D.C. REYNOLDS and D. F. TENNANT, *Collaborative Law. An Emerging Practice*, cit., 1.

[11] Cfr. S. WEBB and R. OUSKY, *The Collaborative Way to Divorce: The Revolutionary Method that Results in Less Stress, Lower Costs, and Happier Kids Without Going to the Court*, New York, USA, Penguin Books, 2007, 6.

[12] Cfr. la lettera di S. WEBB all'On.le A.M. "Sandy" Keith, Justice Minnesota Supreme Court, in cui Webb enuncia sinteticamente le caratteristiche e i vantaggi del diritto collaborativo rispetto alle altre pratiche giuridiche di risoluzione delle dispute, disponibile in http://www.collaborativelaw.us/articles/Webb_ltr_re_Collaborative_Law_1990.pdf

[13] Cfr. R. W. RACK, JR., *Settle or Withdraw: Collaborative Lawyering Provides Incentive to Avoid Costly Litigation*, in «ABA Dispute Resolution Magazine», 1998, n. 8 (Summer), 1-12.

[14] Cfr. C. M. FAIRMAN, *A Proposed Model Rules for Collaborative Law*, in «Ohio State Journal on Dispute Resolution», 2005, 21, 73; in replica alla proposta di Fairman cfr. J. LANDE, *Principles for Policymaking About Collaborative Law and Other ADR Processes*, in «Ohio State Journal on Dispute Resolution», 2007, vol. 22, 619-675.

[15] Per le informazioni relative alle attività dell'Istituto, cfr. www.collablawtexas.com

[16] L. MAXWELL, *The Development of Collaborative Law*, in *Alternative Resolutions*, Summer/Fall 2007, vol. 16, no.3-4, 22-26 (23).

[17] D. HOFFMAN and P. TESLER, *Collaborative Law and the Use of Settlement Counsel*, cit., 5.

[18] L. MAXWELL, *The Development of Collaborative Law*, cit., 23.

[19] J. MACFARLANE, *Le nouveau phénomène du droit de la famille collaborative (DFC): étude de cas qualitative*, cit.

[20] Ivi, 81-83.

[21] S. WEBB, *Lettera all'On.le A. M. Sandy Keith*, cit.

[22] Cfr. D. HOFFMAN- P. TESLER, *Collaborative Law and the Use of Settlement Counsel*, cit., 4.

[23] Cfr. D. DALFINO, *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati, tra "collaborative law" e "procédure participative" - Negotiation Procedure Assisted by Lawyers between Collaborative Law and "Procédure Participative"* in «Il Foro italiano», 2015, fasc. 1, 28-34; T. CALFAPIETRO, *La mitezza nella professionalità dell'avvocato familiare e minorile*, in «Minorigiustizia», n.1- 2015, 146-155, (147). Cfr. per l'ambito nordamericano W. SCHWAB, *Collaborative Lawyering: a Close Look at an Emerging Practice*, in «Pepperdine Dispute Resolution Law Journal», 2004, vol.4, n.3, 351-399.

[24] J. MACFARLANE, *Le nouveau phénomène du droit de la famille collaborative (DFC): étude de cas qualitative*, cit., 79. Si veda inoltre ID., *Evolution of the New Lawyer: How Lawyers are Reshaping the Practice of Law*, in «Journal of Dispute Resolution», 2008, n. 1, art. 6,

[25] Cfr. D. CHARTRAND, Y. PROULX, P. ROBERGE, L. WOODFINE, *Le droit collaboratif*, in *Justice participative*. Collection des habilités 2013-2014, École du Barreau du Québec, 2013, 133.

[26] J. MACFARLANE, *Le nouveau phénomène du droit de la famille collaborative (DFC): étude de cas qualitative*, cit., 26-27.

[27] D. LOPEZ EYCHENIÉ, *Etre ou devenir un professionnel collaboratif européen du XXIème siècle*, in <http://www.village-justice.com>, (10 mars 2015), 1.

[28] A seguito dell'emanazione del decreto attuativo n.66 del 20 gennaio 2012. Art. 2062 code civil français: «la convention de procédure participative est une convention par laquelle les parties à un différend qui n'a pas encore donné lieu à la saisine d'un juge ou d'un arbitre s'engagent à oeuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend».

[29] Cfr. J. BONNARD, *Les nouveaux privilèges des avocats: fiducie, convention de procédure participative, acte privé contresigné*, 2011, <halshs-00654252>, 11 ss.

[30] La Commissione, presieduta dal Professor SERGE GUINCHARD, incaricata dal Ministero della giustizia francese di svolgere uno studio sulla degiurisdizionalizzazione di parte del contenzioso e su una migliore ripartizione delle competenze giurisdizionali, ha pubblicato il suo Rapporto dal titolo "L'ambition raisonnée d'une justice apaisée", La Documentation Française, 2008, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/084000392/>

[31] COMMISSION SUR LA RÉPARTITION DES CONTENTIEUX PRÉSIDÉE PAR S. GUINCHARD, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, cit., 169.

[32] *Ibidem*: «Lorsque l'accès à la justice est en jeu, il paraît difficilement acceptable de raisonner en termes de « tout ou rien » et de placer en situation d'échec insurmontable tous ceux qui ne seront pas parvenus à un accord total».

[33] *Ibidem*. Cfr. sul punto le osservazioni di M. GEORGETTI, *Negoziazione assistita*, Milano, Giuffrè, 2015, 6.

[34] Cfr. J. BONNARD, *Les nouveaux privilèges des avocats: fiducie, convention de procédure participative, acte privé contresigné*, cit., 11.

[35] Rapport d'information n 404 (2013-2014) de Mme Catherine Tasca et M. Michel Mercier, fait au nom de la commission des lois, déposé le 26 février 2014, *Justice aux affaires familiales: pour un règlement pacifié des litiges*, <http://www.senat.fr/rap/r13-404/r13-4041.html>.

[36] Cfr. T. CALFAPIETRO, *La mitezza nella professionalità dell'avvocato familiare e minorile*, cit., 147.

[37] Decreto legge 12 settembre 2014 n. 132, recante "Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile", convertito con modifiche dalla legge 10 novembre 2014 n.162, e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 261 del 10 novembre 2014. Cfr. sul punto l'intervento critico di G. SCARSELLI, *Luci ed ombre sull'ennesimo progetto di riforma del processo civile*, in «www.questionegiustizia.it»; cfr. inoltre per un'analisi del nuovo istituto, M. GEORGETTI, *Negoziazione assistita*, cit.

[38] Cfr. D. DALFINO, *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati, tra "collaborative law" e "procédure participative"*, cit., 15-16,

[39] Cfr. C. M. FAIRMAN, *A Proposed Model Rules for Collaborative Law*, cit., 75.

[40] Art. 3 D.L. 132/2014.

[41] Cfr. E. QUADRI, *Procedure concorsuali di separazione personale e divorzio: un decreto-legge da rimeditare*, in «Giustizia civile.com», 2014, n.5

[42] Art. 6 3° comma sancisce che l'accordo «produce gli effetti e tiene luogo dei procedimenti giudiziali che definiscono i procedimenti di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio».

[43] Cfr. D. Dalfino, *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati, tra "collaborative law" e "procédure participative"*, cit., 25.

[44] Cfr. F. FRADEANI, E. PICOZZI, D. MARTORANO, R. FAVA, *Il processo civile dopo il decreto legge 12 settembre 2014 n. 132: ciò che resta*

tra degiurisdizionalizzazione, sommarietà e depositi telematici, Roma, Nel diritto editore, 54 ss.

[45] Cfr. D. DALFINO, *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati, tra "collaborative law" e "procédure participative"*, cit.

[46] È il problema affrontato da J. MACFARLANE, *Culture Change – A Tale of Two Cities and Mandatory Court-Connected Mediation*, in «Journal of Dispute Resolution», 2002, n.2, 251-321.

[47] M. GEORGETTI, *Negoziazione assistita*, cit., 31.

[48] Cfr. M. A. FODDAI, *Accesso alla giustizia e modelli partecipativi in Canada. Spunti di riflessione per l'Italia*, in AA. VV., *Il Canada come laboratorio giuridico*, a cura di M. A. FODDAI, Napoli, Jovene, 2013, 81-116 (115).

[49] M. GALANTER, *The Vanishing Trial: An Examination of Trial and Related Matters in Federal and State Courts*, in «Journal of Empirical Legal Studies», 2004, vol. 1, n. 3, 459-570.

[50] Cfr. J. G. BELLEY *Une justice de la seconde modernité: proposition des principes généraux pour le prochaine code de procédure civile*, in «McGill Law Journal», 2001, 46, 317-372.