



**Università
di Genova**

**TESI DI DOTTORATO IN DIRITTO PROCESSUALE CIVILE
CURRICULUM PRIVATISTICO – XXXV CICLO**

**COLLABORAZIONE FRA GIUDICE E AVVOCATI
NELLA DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSA**

*Inadeguatezza ed esigenze di riforme in un raffronto
comparato*

Candidata:

Dottoressa Ludovica De Barbieri

Relatore e tutor:

Professor Angelo Dondi

Un ringraziamento

Questa indagine tenta di seguire le tracce di un percorso di ricerca già tracciato e sapientemente battuto dal mio Maestro, il Professor Angelo Dondi. A lui un sentito ringraziamento per avermi indicato la strada verso il traguardo di questa ricerca, per avermi impedito di prendere scorciatoie e per avermi aiutato ai bivi o nei momenti di smarrimento.

Questa tesi rappresenta però solo una piccola frazione del tesoro culturale accumulato in questi tre anni di preziosa interazione. Similmente a quanto avveniva in una bottega rinascimentale, il mio Maestro mi ha insegnato a essere (o a cercare di essere) un'artigiana del diritto: a lavorare di fino, con dedizione e scrupolosa attenzione; a scrivere, cancellare e riscrivere ancora; a smussare gli angoli, ripassare il colore, impreziosire la frase; soprattutto, a leggere e a guardarmi intorno, ad avere una visione e un approccio culturale da tradurre, solo in un secondo momento, nel lavoro manuale di scrittura. Solo in questo modo quanto scriviamo evita di essere una riproduzione meccanica e seriale di quanto già scritto da altri e a essere, invece, un lavoro di manifattura per l'appunto artigianale.

E come gli allievi di bottega si spostavano in altri luoghi per apprendere nuove tecniche artistiche, anche questa tesi deriva da un'indagine svolta in parte altrove. Il carattere comparatistico di questa ricerca, che si giustifica in ragione della scuola di appartenenza del mio Maestro, ha infatti reso necessario volgere lo sguardo oltre i confini dell'ordinamento processuale italiano.

A questo proposito i miei ringraziamenti vanno al Professor Ronald Allen per avermi accolto presso la Northwestern Pritzker School of Law di Chicago, e al Professor Loïc Cadet per l'attenzione riservatami durante il mio periodo di ricerca presso la Bibliothèque Cujas di Parigi.

INDICE

CAPITOLO I

Il parametro della cooperazione – Metodologia e prospettiva dell’indagine.

1. La riconfigurazione in senso collaborativo dei ruoli di giudice e parti quale effettivo *trend* di riforma statunitense ed europeo-continentale..... p. 2
2. Le possibili accezioni della nozione di “collaborazione processuale”..... p. 8
3. Indicazioni di carattere metodologico riguardo all’impostazione dell’indagine.....p. 15
- Bibliografia**p. 18

CAPITOLO II

Il parametro della cooperazione fra giudice e avvocati nella prospettiva della chiarificazione dell’oggetto della controversia. Il caso statunitense.

1. Il *discovery* statunitense quale terreno di confronto e scontro.....p. 24
2. Il *discovery abuse* quale fenomeno multifattoriale.....p. 33
3. Le soluzioni tradizionalmente prospettate.....p. 38
4. La riconfigurazione dei ruoli di giudice e avvocato come soluzione prevalente..... p. 43
5. Il XXI secolo e la definitiva attuazione di un *paradigm shift* verso la *culture cooperation*.....p. 64
- Bibliografia**..... p. 83

CAPITOLO III

Il principio di collaborazione quale *principe directeur* del processo civile francese – La *contractualisation de la procédure*

1. Il progressivo riconoscimento del principio di collaborazione fra i *principes directeurs* del processo civile francese e sua implicita codificazione nel *Nouveau Code* del 1975.....p. 96
2. Collaborazione processuale e *contractualisation de la procédure*.....p. 111
3. Minimi raffronti con l'ordinamento italiano in tema di accordo processuale.....p. 131
- Bibliografia**.....p. 143

CAPITOLO IV

Risultati dell'indagine e raffronti con lo stato delle cose nell'ordinamento italiano

1. Ciò che illustrano e segnalano i percorsi dell'ordinamento statunitense e francese in tema di cooperazione processuale.....p. 154
2. Minimi raffronti con lo stato delle cose attuale nell'ordinamento italiano, anche a seguito della recente riforma del processo civile.....p. 161
3. Ciò che sembra possibile derivare dall'ordinamento statunitense e francese in chiave di suggestione applicativa per il nostro ordinamento.....p. 174
- Bibliografia**.....p. 177

CAPITOLO I

Il parametro della cooperazione – Metodologia e prospettiva dell'indagine.

Abstract: In questo primo capitolo viene delimitata l'area del tema d'indagine prescelto, esplicitandone contestualmente le prospettive metodologiche. Il problema che si intende esaminare è, in particolare, quello della collaborazione processuale fra giudice e parti, e ciò a intendere questo termine quale regola comportamentale che ciascuno dei soggetti tecnici del processo deve rispettare ai fini di un'efficiente gestione della controversia. In questa accezione la collaborazione vede nel dialogo fra le parti e il giudice lo strumento essenziale all'attuazione di una comunione di lavoro indirizzata alla ricerca della verità. Si tratta di una questione che, come si rileverà nella fase conclusiva della ricerca, non costituisce ancora un tema dotato di un'autonomia d'indagine in senso proprio all'interno del dibattito scientifico italiano, ma che ha invece assunto un ruolo del tutto centrale in altre culture del processo. Proprio l'impossibilità di un mero riferimento all'assetto italiano rende necessario uno sguardo di raffronto come essenziale sollecitazione a una visione critica, in tal modo giustificando l'approccio comparatistico della ricerca. Quanto raccolto potrà allora forse suggerire, in prospettiva di riforma, possibili soluzioni da adottare con riferimento al modello processuale italiano, pur tenendo conto delle peculiarità proprie del nostro ordinamento.

Sommario: 1. La riconfigurazione in senso collaborativo dei ruoli di giudice e parti quale effettivo *trend* di riforma statunitense ed europeo-continentale; 2. Le possibili accezioni della nozione di “collaborazione processuale”; 3. Indicazioni di carattere metodologico riguardo all’impostazione dell’indagine.

1. La riconfigurazione in senso collaborativo dei ruoli di giudice e parti quale effettivo *trend* di riforma statunitense ed europeo-continentale.

È circostanza nota che in Europa, a partire dalla seconda metà del XX secolo, le riforme o quantomeno i tentativi di riforma del processo civile abbiano rivelato un’aspirazione comune: la realizzazione di un processo civile più efficiente e quindi più rapido¹. In particolare, in molti ordinamenti il ripensamento del processo si è realizzato contestualmente a una rielaborazione ideologica idonea a costituire il supporto culturale di dette riforme, così da riuscire a tradurre le opzioni in senso lato politiche in effettive opzioni scientifiche e viceversa². È in questo senso quasi scontato il riferimento alla *Ley de Enjuiciamiento Civil 2000* spagnola e alle

¹ Per una panoramica dei movimenti di riforma che hanno interessato gli ordinamenti europeo-continentali negli ultimi decenni, si v. per tutti DONDI, ANSANELLI, COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione*, Milano 2018, *passim*.

² Sulla necessità di promuovere riforme del processo dotate di un’effettiva base culturale e ideologica, si v. DONDI, *Impostazione ideologica e funzionalità nella riforma italiana recente del processo civile*, in *Pol. dir.* 2004, p. 251 ss.; TARUFFO, *Cultura e processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2009, p. 63 ss.; CARRATTA, *Funzione sociale e processo civile fra XX e XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2017, p. 579 ss.

Civil Procedure Rules inglesi del 1999, nonché alle più recenti riforme attuate nell'ordinamento francese³.

In queste culture la soluzione generale di fondo, pur

³ Si vedano, a titolo di esempio, i *rappports* introduttivi ad alcune delle più significative riforme francesi realizzatesi negli ultimi anni, MAGENDIE, *Célérité et qualité de la justice – La gestion du temps dans le procès*, in *Rapport au Garde des Sceaux*, Paris, 2004; AGOSTINI, MOLFESSIS, *Amélioration et simplification de la procédure civile*, in *Rapport sur les Chantiers de la Justice*, Paris, 2018. Con riferimento a quest'ultima riforma si v. peraltro anche i *dossier* di commento AA.VV., *Modernisation et simplification de la procédure civile*, in *Gaz. Pal. Rec.* 2017, p. 2410 ss. (oppure in *Gaz. Pal. J.* 25 juill. 2017, p. 55 ss.); AA.VV., *Premières réactions aux chantiers de la justice – Transformation numérique, Amélioration et simplification de la procédure civile et Adaptation du réseau des juridictions*, in *Gaz. Pal. Rec.* 2018, p. 613 ss. (oppure in *Gaz. Pal. J.* 6 févr. 2018, p. 66 ss.); AA.VV., *Réforme de la procédure civile: ce qu'il faut retenir*, in *Gaz. Pal. J.* 28 jan. 2020, p. 68 ss. Con riferimento, invece, ai movimenti di riforma nell'ordinamento spagnolo si v. DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre los criterios inspiradores del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 30 de octubre de 1998*, in *Rev. der. proc.* 1999, p. 359 ss.; MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN REDONDO, BARONA VILAR, *El nuevo proceso civil – Ley 1/2000*, Valencia, 2001. Relativamente all'ordinamento inglese si v. i due *reports* introduttivi alla riforma del 1999 di LORD WOOLF, *Access to Justice (Interim Report)*, London, 1995, e *Access to Justice (Final Report)*, London, 1996. Per alcuni commenti su questa riforma si v., pur nell'ambito di una letteratura alquanto vasta, ANDREWS, *English Civil Procedure: A Synopsis*, in 25 *Ritsumeikan L. Rev.* 2008, p. 25 ss; ID., *Fundamental Principles of Civil Procedure: Order Out Of Chaos*, in 17 *R. Proc. Geral. Mun. Fortaleza* 2009, p. 9 ss., ma spec. p. 14 ss.; ZUCKERMAN, *Lord Woolf's Access to Justice: Plus ça Change...*, in 59 *The Modern Law Rev.* 1996, p. 773 ss.; BURN, *The Civil Justice Reforms in England and Wales: Will Lord Woolf Succeed Where Others Have Failed?*, in 17 *Windsor Y.B. Access Just.* 1999, p. 221 ss.

declinandosi in modo variabile in relazione alle caratteristiche proprie di ciascun ordinamento, ha determinato un rimodellamento della disciplina processuale in funzione dei caratteri peculiari di ciascuna controversia. In questo senso, è altrettanto noto che la riconfigurazione dei poteri del giudice e della fase di trattazione abbiano rappresentato un passaggio propedeutico rispetto a tale risultato⁴.

Il ripensamento del meccanismo processuale ha tuttavia inevitabilmente interessato anche l'operare congiunto del giudice e delle parti, talché fra i tratti comuni delle riforme europeo-continentali è possibile rilevare una progressiva valorizzazione dell'aspetto dialettico-processuale e comunque della loro reciproca interazione⁵. Si è invero assistito a una rimodulazione del processo

⁴ Per alcuni riscontri di questa tendenza nei diversi ordinamenti continentali, si v. fin d'ora CADIET, *Case Management judiciaire et déformalisation de la procédure*, in *Rev. fr. admin. pub.* 2008, p. 133 ss.; DE LA OLIVA SANTOS, *El papel del Juez en el Proceso Civil – Frente a ideología*, Madrid, 2012; DE CRISTOFARO, *Case management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo*, in *Riv. dir. proc.* 2010, p. 294 ss.; FICCARELLI, *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, Napoli, 2011, p. 11 ss. Per uno sguardo comparato sulla rimodulazione della fase di trattazione, si v. per tutti ANSANELLI, *Profili comparati della trattazione civile*, in *Pol. dir.* 2012, p. 289 ss. e, più recentemente, ID., *Culture della riforma, modulazione del rito e sommarizzazione delle tutele. Sulle più recenti modifiche del nostro processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2019, p. 967 ss.; ID., *Filosofie di riforma della fase preparatoria nel processo civile*, Genova, 2021, spec. p. 89 ss.

⁵ Così, ad esempio, FERRAND, *The Respective Role of the Judge and the Parties in the Preparation of the Case in France*, in TROCKER, VARANO (a cura

improntata - quantomeno virtualmente e, come vedremo, in alcuni casi anche effettivamente - al canone della collaborazione⁶. È in ciò che consisterà l'oggetto di questo lavoro, che invero si propone di sondare e discutere le varie configurazioni della nozione di collaborazione processuale.

Infatti, sebbene - quantomeno nella nostra cultura giuridica - quello della cooperazione fra parti e giudice non sia probabilmente un tema dotato di un'autonomia d'indagine in senso proprio, costituendo piuttosto un fenomeno collaterale, negli ordinamenti di cui si è detto il dibattito intorno alla riforma del processo sembra tuttavia ormai aver preso ampia consapevolezza di come la collaborazione configuri un problema in grado di contaminare altri problemi.

di), *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Torino, 2005, spec. p. 91 ss.; CADIET, *Introduction to French Civil Justice System and Civil Procedural Law*, in 28 *Ritsumeikan L. Rev.* 2011, p. 331 ss.; ID., *Avenir des catégories, catégories de l'avenir: perspectives*, in WALKER, CHASE (a cura di), *Common Law, Civil Law and the Future of Categories*, Toronto, 2010, p. 635 ss.

⁶ Emblematici in tal senso sono i due reports di LORD WOOLF, *Access to Justice (Interim Report)* e *Access to Justice (Final Report)*, op. cit.; nonché, per quanto riguarda l'ordinamento francese, le considerazioni di CADIET, JEULAND, *Droit judiciaire privé*, XI éd., Paris, 2020, spec. p. 481 ss.; CADIET, *Les jeux du contrat et du procès*, in AA.VV., *Philosophie du droit et droit économique – Quel dialogue?*, *Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, 1999, p. 23 ss., ma spec. p. 33; ID., *Et les principes directeurs des autres procès?*, *Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès*, in AA.VV., *Justice et Droits Fondamentaux - Études offertes à J. Normand*, Paris, 2003, spec. p. 90; ID., *Introduction to French Civil Justice System and Civil Procedural Law*, op. cit., ma spec. p. 349 ss.

Oltre a costituire un dato comune se non un effettivo *trend* di riforma, la riconfigurazione in senso collaborativo dei ruoli dei protagonisti del processo segnala altresì un graduale avvicinamento dei modelli processuali di matrice europeo-continentale a quelli anglosassoni, confermando ancora una volta l'anacronismo della dicotomia fra ordinamenti di *common law* e *civil law*⁷.

Sotto questo profilo, sarà in effetti l'ordinamento statunitense a costituire uno dei principali referenti delle considerazioni che qui concerneranno le trasformazioni relative al rapporto triangolare esistente fra giudice e parti. Negli Stati Uniti, infatti, a partire dagli anni '80, le riforme del processo civile sono state connotate da un manifesto *sanctioning approach* al fine di indurre i difensori delle parti a tenere un comportamento più collaborativo nei confronti del giudice⁸. Come si avrà modo di spiegare, il contesto che ha

⁷ Sulla tendenza ad abbandonare progressivamente la distinzione fra *civil law* e *common law* quale criterio metodologico di impostazione delle analisi comparatistiche, si v. ad esempio, HAZARD, DONDI, *Responsibilities of Judges and Advocates in Civil and Common Law: Some Lingering Misconceptions Concerning Civil Lawsuits*, in 39 *Cornell Int' L.J.* 2006, p. 59 ss.; TARUFFO, *Transcultural Dimension of Civil Justice*, in 23 *Comp. L. Rev.* 2000, p. 1 ss.; ID., *Il processo civile di civil law e di common law: aspetti fondamentali*, in ID., *Sui confini*, Bologna, 2002, p. 67 ss.; DAMAŠKA, *The Common Law / Civil Law Divide: Residual Truth of a Misleading Distinction*, in WALKER, CHASE (a cura di), *Common Law, Civil Law and the Future Categories*, op. cit., p. 3 ss.; CAPPELLETTI, *Il processo civile italiano nel quadro della contrapposizione «civil law» - «common law»*, in ID., *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, p. 287 ss.

⁸ Si v. fin d'ora le considerazioni a questo riguardo di NOTE, *The Emerging Deterrence Orientation in the Imposition of Discovery Sanctions*, in 91 *Harvard*

maggiormente risentito di un simile cambiamento è quello della fase introduttiva del processo e, in particolare, già adottando una prospettiva di comparazione, del *discovery*⁹.

Il riferimento all'ordinamento statunitense offre peraltro l'occasione di precisare fin d'ora la prospettiva della presente ricerca. Il rilievo di essa si ritiene possa soprattutto consistere nel recupero di problemi di aspirazione alla rimodulazione dei rapporti fra avvocati e giudice nel corso dello svolgimento della controversia al fine sia di una trasformazione di tali rapporti sia della configurazione meno conflittuale del percorso verso la definizione della controversia stessa¹⁰. Il tutto nella direzione appunto del

L. Rev. 1978, p. 1033 ss.; DRESCHER, *Discovery Sanctions under the Federal Rules of Civil Procedure: A Goal-Oriented Mission for Rule 37*, in 29 *Case W. Rsv.* *L. Rev.* 1979, p. 603 ss.; BRAZIL, *Improving Judicial Controls over the Pretrial Development of Civil Actions: Model Rules for Case Management and Saction*, in 4 *Am. B. Found. Res. J.* 1979, p. 873 ss.; DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova, 1985, spec. p. 202 ss.; TARUFFO, *Il processo civile adversary nell'esperienza americana*, Padova, 1979, p. 11 ss.; DONDI, ANSANELLI, COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione*, op. cit., ma spec. p. 173 ss.

⁹ Per alcuni riferimenti sul tema, basti per il momento ricordare HAZARD, TARUFFO, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bologna, 1993, spec. pp. 130-137; TARUFFO, voce *Diritto processuale civile nei paesi anglosassoni*, in *Dig. disc. civ.*, IV, 1990, p. 347 ss.; DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, op. cit., spec. p. 135 ss.; FICCARELLI, *Esibizione di documenti e discovery*, Torino, 2004, p. 119 ss.; BRAZIL, *The Adversary Character of Civil Discovery: A Critique and Proposals for Change*, in 31 *Vand. L. Rev.* 1978, p. 1295 ss.; FRANKEL, *The Search for Truth: An Umpireal View*, in 123 *U. Pa. L. Rev.* 1975, p. 1031 ss.; ID., *Partisan Justice*, New York, 1980.

¹⁰ Si anticipano a questo riguardo alcuni riferimenti bibliografici, fra cui ad

recupero di una vitalità di interesse per questo approccio che risulta particolarmente notevole e attuale in gran parte degli ordinamenti del processo.

2. Le possibili accezioni della nozione di “collaborazione processuale”.

Occorre peraltro notare come il termine “collaborazione” possa intendersi sotto due diverse accezioni, delle quali solo la prima costituirà il nucleo della presente indagine:

a) collaborazione intesa quale regola comportamentale che ciascuno dei protagonisti del processo deve rispettare nella gestione della controversia, e ciò tanto sotto il profilo organizzativo quanto e soprattutto con riferimento allo svolgimento delle singole attività processuali (fra cui, in particolare, la fase di trattazione e quella di raccolta del materiale probatorio). In questa accezione la collaborazione vede nel dialogo fra le parti e il giudice lo strumento essenziale all’attuazione di una comunione di lavoro indirizzata alla

esempio LONDON, *Resolving the Civil Litigant's Discovery Dilemma*, in 26 *Geo. J. Legal Ethics* 2013, p. 837 ss.; SHAFFER, *Deconstructing Discovery about Discovery*, in 19 *Conf. J.* 2018, p. 215 ss.; GENSLER, *A Bull's-Eye View of Cooperation in Discovery*, in 10 *Sedona Conf. J.* 2009, p. 363 ss.; KOURLIS, KAUFFMAN, *The America Civil Justice System: From Recommendations to Reform in the 21st Century*, in 61 *U. Kan. L. Rev.* 2013, p. 877 ss., ma spec. p. 889; e, in particolare, GRIMM, *The State of Discovery Practice in Civil Cases: Must the Rules Be Changed to Reduce Costs and Burden, or Can Significant Improvements Be Achieved within the Existing Rules?*, in 12 *Sedona Conf. J.* 2011, p. 47 ss.

ricerca della verità¹¹;

b) collaborazione quale strumento di definizione *quelle que soit* della controversia. Qui la collaborazione si realizza e si esaurisce nell'individuazione di un punto d'intesa fra le parti, raggiunto tramite reciproche concessioni. In questo senso, collocandosi su un terreno neutro e sostanzialmente a-processuale, il rapporto cooperativo si riduce a mera transazione, che - in quanto tale - non persegue la ricerca della verità quale proprio obiettivo precipuo¹².

¹¹ In questo senso si v. le considerazioni contenute nel più noto saggio in tema di collaborazione all'interno del dibattito italiano, GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1966, p. 580 ss., ma spec. p. 587 ss., tratto dalla prolusione al corso di diritto processuale civile letta nell'Università di Catania (30 aprile 1965). Lo stesso Grasso scrive, a p. 588, "*Può anche dubitarsi che ciò assicuri il raggiungimento della verità; è certo, tuttavia, che serve ad avvicinarla più di quanto giovi a tal fine, nel momento della decisione, la mera giustapposizione di fatti e delle diverse opinioni*".

¹² Si coglie qui l'occasione per escludere fin d'ora dall'oggetto di ricerca del presente lavoro l'analisi degli strumenti di risoluzione alternativa della controversia (*ADR*), rispetto alle quali la collaborazione figura solo quale presupposto di funzionamento. Sarà così ad esempio esclusa dalla trattazione del Cap. II, nonostante l'espressione definitoria possa creare una qualche confusione, la c.d. *Collaborative Law* di origine statunitense. Sintetizzando molto, con tale espressione si intende fare riferimento a una tecnica di risoluzione della controversia non contenziosa ideata negli anni '90 dall'avvocato Stuart Webb con speciale riferimento alle controversie familiari. Tale "diritto collaborativo" si fonda sulla sottoscrizione di un *agreement* con cui le parti si accordano per accedere a un "procedimento collaborativo" finalizzato a una definizione amichevole della controversia, escludendo (totalmente o solo in parte) il ricorso all'autorità giudiziaria. Per le stesse ragioni non verranno presi in considerazione, se non nei limiti di cui si dirà nel Cap. III, il *droit collaboratif* e/o la *procédure*

La prima accezione trova per lo più riscontro immediato nella cultura processuale statunitense e, come accennato, nella configurazione del *discovery* quale strumento precipuamente inteso a favorire o quantomeno incentivare la collaborazione fra le parti nell'acquisizione di elementi di prova utili per la decisione della controversia¹³. L'imposizione coattiva di uno scambio di

participative francesi. Si tratta, anche in questo caso, di tecniche di definizione della controversia di natura a-processuale, che si realizzano cioè al di fuori del rapporto triangolare fra giudice e parti, e pertanto non rilevanti nella prospettiva di questa ricerca. In ogni caso, per indicazioni di carattere bibliografico a questo riguardo si v. WEBB, *Collaborative Law: A Practitioner's Perspective on Its History and Current Practice*, in 21 *J. Am. Acad. Matrimonial Law* 2008, p. 155 ss.; SCHWAB, *Collaborative Lawyering: A Closer Look at an Emerging Practice*, in 4 *Pepp. Disp. Resol. L.J. Iss.* 2004, p. 3 ss.; SCHNEYER, *The Organized Bar and The Collaborative Law Movement: A Study In Professional Change*, in 50 *Arizona L. Rev.* 2008, p. 289 ss.; GARRET, HENRY GUILLERMARD, LABADIE, *Les principes fondamentaux du processus collaboratif*, in *Procédures* 11/2018, p. 2 ss.; CADIET, *I modi alternativi di regolamento dei conflitti in Francia tra tradizione e modernità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2006, p. 1169 ss.; CADIET, CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, III éd., Paris, 2019; AMRANI MEKKI, *La résolution amiable des différends comme mesure de modernisation et simplification de la procédure civile*, in *Gaz. Pal. Rec.* 2017, p. 2415 ss. (oppure in *Gaz. Pal. J.* 25 juill. 2017, p. 61 ss). Nella letteratura italiana con riferimento a questi temi si v., ad esempio, DALFINO, *La procedura di negoziazione assistita da uno più avvocati, tra "collaborative law" e "procédure participative"*, in *Foro it.* 2015, p. 28 ss.; DALLA BONTÀ (a cura di), *Le parti in mediazione: strumenti e tecniche dall'esperienza pratica alla costruzione di un metodo*, Trento, 2020, *passim*; ID., *Giustizia consensuale*, in *Giust. consensuale* 2021, p. 3 ss.

¹³ Dell'evoluzione del meccanismo processuale del *discovery* si parlerà ampiamente nel Cap. II. Per il momento siano sufficienti i richiami a MILLER,

informazioni obbliga infatti le parti a un'effettiva interazione e permette loro di conoscere le rispettive forze così da favorirne la conciliazione prima della fase dibattimentale¹⁴. È dunque evidente come un simile approccio permetta di pensare che la qualità di parte imponga una modalità di stare nel processo che deve essere anche eticamente configurata al fine di ottenere la verità e di cooperare alla sua ricerca.

The Adversary System: Dinosaur or Phoenix, in 69 *Minn. L. Rev.* 1984, p. 1 ss.; SCHWARZER, *The Federal Rules, the Adversary Process, and Discovery Reform*, in 50 *U. Pitt. L. Rev.* 1989, p. 703 ss.; SWARD, *Values, Ideology and the Evolution of the Adversary System*, in 64 *Indiana L. J.* 1989, p. 303 ss.; LANDSMAN, *The Adversary System: A Description and Defense*, Washington, 1984; RESNIK, *Changing Practices, Changing Rules: Judicial and Congressional Rulemaking on Civil Juries, Civil Justice and Civil Judging*, in 49 *Ala. L. Rev.* 1997, p. 133 ss.; si v. ancora anche DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, op. cit., spec. p. 202 ss.; FICCARELLI, *Esibizione di documenti e discovery*, op. cit., p. 119 ss.

¹⁴ A questo proposito si v. ad esempio DAMAŠKA, *The Faces of Justice and State Authority*, New Haven, 1986, (trad. it. a cura di GIUSSANI, ROTA, *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*, Bologna, 1988), spec. p. 225 ss. Si v. fin d'ora anche SEGAL, *Survey of the Literature on Discovery from 1970 to the Present: Expressed Dissatisfactions and Proposed Reforms*, Washington, 1978, *passim*; SHAPIRO, *Some Problems of Discovery in an Adversary System*, in 63 *Minn. L. Rev.* 1979, p. 1055 ss.; MARCUS, *Discovery Containment Redux*, in 39 *B. C. L. R.* 1998, p. 747 ss.; ID., *"Looking Backward" to 1938*, in 162 *U. Pa. L. Rev.* 2014, p. 1691 ss.; WOLFSON, *Addressing the Adversarial Dilemma of Civil Discovery*, in 36 *Clev. St. L. Rev.* 1988, p. 17 ss. Più recentemente, GRIMM, *Are We Insane? The Quest for Proportionality in the Discovery Rules of the Federal Rules of Civil Procedure*, in 36 *Rev. Litig.* 2017, p. 117 ss.

Di questa prima accezione si trova in parte riscontro anche nel contesto europeo-continentale. Così, ad esempio, nell'ordinamento processuale francese la collaborazione, oltre a costituire il parametro a cui riferirsi nella fase di acquisizione del materiale probatorio, configura - come si avrà modo di spiegare - anche il necessario presupposto per forme di gestione "concordata" della controversia fra il giudice e le parti (c.d. *contractualisation de la procédure*)¹⁵.

Emblematico della seconda accezione della collaborazione è, invece, l'esempio offerto dalla normativa di cui all'art. 185 del codice di procedura civile italiano, la cui formulazione delinea un meccanismo di soluzione meramente negoziale della controversia. Infatti, pur offrendo, quantomeno in astratto, l'occasione di un dialogo sulla materia del contendere, detta disposizione palesemente non incentiva un'effettiva collaborazione in termini di raccolta del materiale probatorio e quindi di ricerca della verità, ma si limita a promuovere il raggiungimento di un compromesso. A ciò si aggiunga che una norma come quella in esame finisce altresì per circoscrivere la cooperazione (pur così riduttivamente intesa) a un

¹⁵ Si rimanda alle considerazioni (e alle relative indicazioni bibliografiche) di cui al Cap. III § 2. Sarà per il momento sufficiente richiamare ANCEL, voce *Contractualisation*, in CADIET (a cura di), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, 2004, p. 231 ss.; CADIET, NORMAND, AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, III éd., Paris, 2020, p. 469 ss., par. "Les accords processuels"; CADIET, *Les accords sur la juridiction dans le procès*, in ANCEL, RIVIER (a cura di), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Paris, 2001, p. 34 ss., ma spec. p. 37 ss.; ID., *Bref retour sur la justice contractuelle en ses deux sens*, in AA.VV., *Droit sans frontières - Mélanges en l'honneur d'Éric Loquin*, Paris, 2018, p. 603 ss.

momento specifico, peraltro eventuale, del processo, quando invece essa dovrebbe piuttosto individuare – secondo una visione risalente e notoria ma certo ancora valida - “*un modo di svolgere ogni operazione processuale*”¹⁶.

Per come risulta attualmente configurato, lo strumento proposto dall’art. 185 c.p.c. è dunque per certo utile alla parte che sa di avere torto, ma può – un po’ incoerentemente, bisogna ammetterlo - risultare conveniente anche alla parte potenzialmente vittoriosa ogniqualevolta questa (o piuttosto come si rileverà il suo avvocato) percepisca lo strumento processuale come inefficiente e inidoneo al raggiungimento del proprio scopo. È specialmente sotto questo profilo che può ulteriormente cogliersi e quindi apprezzarsi la cooperazione intesa secondo la prima accezione di cui si è detto: quest’ultima intende introdurre, al contrario, un’efficienza dello strumento processuale.

Del resto, occorre notare come l’art. 185 c.p.c. rimandi a una constatazione di carattere più generale con riferimento all’ordinamento processuale italiano: ossia quella di una sua quasi congenita inadeguatezza alla realizzazione di effetti di cooperazione indirizzati in capo ai soggetti tecnici del processo civile. Una circostanza che può agevolmente intendersi se si considera, da un lato, la carenza del dibattito sul piano scientifico nel momento attuale, e dall’altro e in qualche misura di conseguenza, la mancanza di riforme o comunque il carattere sostanzialmente *tentative* di

¹⁶ Così ancora GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, op. cit., ma spec. p. 606.

quelle realizzatesi negli ultimi anni a questo riguardo¹⁷.

Questo scarto rispetto agli ordinamenti anglosassoni e alcuni degli ordinamenti continentali segnala e riflette una differenziazione

¹⁷ Sul punto si v. SASSANI, *Il mito della riforma perenne*, in *Riv. dir. proc.* 2012, p. 1429 ss.; DONDI, *Impostazione ideologica e funzionalità nella riforma italiana recente del processo civile*, op. cit., spec. p. 253 ss.; ID., *Su alcune carenze tecniche e ideologiche nella recente riforma del processo civile italiano (Legge 18 giugno 2009, n. 69)*, in *Rass. Forense*, 2009, p. 755 ss.; DONDI, ANSANELLI, *Qualche (ulteriore) rilievo su cultura del processo, comparazione e riforme*, op. cit., p. 1437 ss.; TARUFFO, *Cultura e processo*, op. cit., p. 63 ss.; CARPI, *La semplificazione dei modelli di cognizione ordinaria e l'oralità per un processo civile efficiente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2009, p. 1283 ss. Sulla recente riforma c.d. Cartabia, dei cui risultati in tema di collaborazione si darà conto nell'ultimo capitolo, si v. fin d'ora BIAVATI, *L'architettura della riforma del processo civile*, Bologna, 2021; ID., *La riforma del processo civile: motivazioni e limiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2022, p. 45 ss., nonché gli scritti raccolti in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 4/2021, fra cui in particolare DONDI, *Obiettivi e risultati della recente riforma del processo civile. La disciplina della cognizione a una prima lettura*, ivi, p. 927 ss.; nonché i lavori contenuti in *Pol. dir.* 4/2021, fra cui in particolare le riflessioni di DONDI, *Prime impressioni su una riforma forse non tentate*, ivi, p. 557 ss.; CONSOLO, *Pro futuro. Considerazioni sui problemi della riforma del processo civile (titolava Franz Klein, 1891). Un mero flash qui e ora ad instar sulla tormentata fase introduttiva*, ivi, p. 547 ss.; PAGNI, *Gli obiettivi del disegno di legge delega tra efficienza del processo, effettività della tutela e ragionevole durata*, ivi, p. 573 ss.; DALLA BONTÀ, *La (nuova) introduzione e trattazione della causa nel processo di prime cure e i poteri latu sensu conciliativi del giudice. Un innesto possibile?*, in *Giust. Consensuale* 2022, p. 587 ss. Si v. infine, molto di recente, CECHELLA (a cura di), *Il processo civile dopo la riforma – D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, Torino, 2023, *passim*; SCARSELLI, *Mala tempora currunt – Scritti sull'ultima riforma del processo civile*, Pisa, 2023, *passim*.

non meramente tecnica ma anche un vero e proprio iato culturale da riferire al nostro ordinamento, le cui motivazioni e le possibili soluzioni saranno oggetto di analisi della parte finale del presente lavoro di ricerca.

3. Indicazioni di carattere metodologico riguardo all'impostazione dell'indagine.

I brevi cenni che precedono suggeriscono quindi un'indicazione di carattere sostanzialmente metodologico riguardo all'impostazione dell'indagine, consistente l'impossibilità di un mero riferimento all'assetto italiano e, di conseguenza, la necessità di uno sguardo di raffronto come essenziale sollecitazione a una visione critica.

Per quanto si è accennato, sarà il modello statunitense a rappresentare il termine di raffronto più interessante per lo studio circa il fenomeno della cooperazione fra giudici e avvocati quale utile strumento per la definizione della controversia. Parimenti suggestivo, in questa prospettiva di lavoro, appare essere altresì un ordinamento dell'area europeo-continentale, ossia l'ordinamento francese, le cui recenti trasformazioni ispirano e stimolano un'indagine poi da riferire al nostro ordinamento.

Come anticipato, detti ordinamenti sembrano essersi posti, specie negli ultimi anni, il problema del processo in termini di efficienza; ciò in coerenza con la coscienza che questo genere di problemi debba essere affrontato in un contesto di assetto sociale e industriale tipico delle società complesse, della cultura post-

industriale e del vasto dibattito sulla post-modernità¹⁸. È peraltro evidente che si tratta nel complesso di riferimenti a ordinamenti “tradizionali”, in quanto referenti tipici del raffronto comparatistico, specie in una prospettiva di effettiva riforma del nostro ordinamento. Ed è altrettanto evidente che la scelta di riferirsi a sole società occidentali determina l’implicita esclusione di *altri* ordinamenti. Il che appare in larga misura inevitabile, pur dando per scontato che nuovi mondi stanno probabilmente sviluppando ulteriori modalità di interrelazione processuale (ma forse fondate su culture molto radicate sul piano etico-religioso e quindi di non immediato interesse per il presente lavoro).

Sia chiaro - e per quanto possa suonare prevedibile, si ritiene di dover precisare questa formulazione - che il carattere comparatistico della presente ricerca non vuole tuttavia tradursi in un mero raffronto delle esperienze straniere né nel tentativo di un loro possibile asettico travaso nell’ordinamento italiano¹⁹. Lo sguardo agli altri sistemi processuali intende piuttosto costituire un ausilio potente all’indagine circa il modo in cui altri legislatori hanno

¹⁸ In tal senso, si v. DONDI, *Aspetti della complessità e riscontri nella nozione di complessità processuale*, in ID. (a cura di), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, Milano, 2011, spec. p. 4 ss. Sulla nozione di postmodernità si v. per tutti LYOTARD, *La condition postmoderne - Rapport sur le savoir*, Paris, 1979 (trad. it. a cura di FORMENTI, *La condizione postmoderna - Rapporto sul sapere*, Milano, 1981).

¹⁹ Sull’utilizzo e sui fini dello strumento comparatistico a cui s’intende fare riferimento, si v. per tutti le riflessioni di DENTI, *Diritto comparato e scienza del processo*, in SACCO (a cura di), *L’apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano, 1980, p. 204 ss.

già affrontato un problema, quello della collaborazione fra i soggetti tecnici del processo, ancora irrisolto nel nostro ordinamento. Quanto raccolto potrà allora forse suggerire, in prospettiva di riforma, possibili soluzioni da adottare con riferimento al modello processuale italiano, pur tenendo conto delle peculiarità proprie del nostro ordinamento.

Pur nei limiti imposti dalla specifica prospettiva d'indagine, a chi scrive sembra infine evidente come la ricerca non possa non tener conto della forte interdisciplinarietà non solo di contesti processuali ma anche di prospettive di analisi culturale, all'interno della quale si colloca la necessità di fare riferimento alla strutturazione delle professionali legali, avvocatura e giudiziario, nonché alla presenza di una normazione etico professionale incisiva a questo riguardo.

BIBLIOGRAFIA DEL CAPITOLO I

- AA.VV., *Modernisation et simplification de la procédure civile*, in *Gaz. Pal. Rec.* 2017, p. 2410 ss. (oppure in *Gaz. Pal. J.* 25 juill. 2017, p. 55 ss.).
- AA.VV., *Premières réactions aux chantiers de la justice – Transformation numérique, Amélioration et simplification de la procédure civile et Adaptation du réseau des juridictions*, in *Gaz. Pal. Rec.* 2018, p. 613 ss. (oppure in *Gaz. Pal. J.* 6 févr. 2018, p. 66 ss.).
- AA.VV., *Réforme de la procédure civile: ce qu'il faut retenir*, in *Gaz. Pal. J.* 28 jan. 2020, p. 68 ss.
- AGOSTINI, MOLFESSIS, *Amélioration et simplification de la procédure civile*, in *Rapport sur les Chantiers de la Justice*, Paris, 2018.
- AMRANI MEKKI, *La resolution amiable des différends comme mesure de modernisation et simplification de la procédure civile*, in *Gaz. Pal. Rec.* 2017, p. 2415 ss. (oppure in *Gaz. Pal. J.* 25 juill. 2017, p. 61 ss).
- ANCEL, voce *Contractualisation*, in CADDIET (a cura di), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, 2004.
- ANDREWS, *English Civil Procedure: A Synopsis*, in *25 Ritsumeikan L. Rev.* 2008, p. 25 ss.
- ANDREWS, *Fundamental Principles of Civil Procedure: Order Out Of Chaos*, in *17 R. Proc. Geral. Mun. Fortaleza* 2009, p. 9 ss.
- ANSANELLI, *Profili comparati della trattazione civile*, in *Pol. dir.* 2012, p. 289 ss.
- ANSANELLI, *Culture della riforma, modulazione del rito e sommarizzazione delle tutele. Sulle più recenti modifiche del nostro processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2019, p. 967 ss.
- ANSANELLI, *Filosofie di riforma della fase preparatoria nel processo civile*, Genova, 2021, spec. p. 123 ss.
- BIAVATI, *L'architettura della riforma del processo civile*, Bologna, 2021.
- BIAVATI, *La riforma del processo civile: motivazioni e limiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2022, p. 45 ss.
- BRAZIL, *The Adversary Character of Civil Discovery: A Critique and Proposals for Change*, in *31 Vand. L. Rev.* 1978, p. 1295 ss.
- BRAZIL, *Improving Judicial Controls over the Pretrial Development of Civil Actions: Model Rules for Case Management and Saction*, in *4 Am. B. Found. Res. J.* 1979, p. 873 ss.
- BURN, *The Civil Justice Reforms in England and Wales: Will Lord Woolf Succeed Where*

Others Have Failed?, in 17 *Windsor Y.B. Access Just.* 1999, p. 221 ss.

CADIET, *Les jeux du contrat et du procès*, in AA.VV., *Philosophie du droit et droit économique – Quel dialogue?*, *Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, 1999, p. 23 ss.

CADIET, *Les accords sur la juridiction dans le procès*, in ANCEL, RIVIER (a cura di), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Paris, 2001, p. 34 ss., ma spec. p. 37 ss.

CADIET, *Et les principes directeurs des autres procès? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès*, in AA.VV., *Justice et Droits Fondamentaux - Études offertes à J. Normand*, Paris, 2003, p. 71 ss.

CADIET, *I modi alternativi di regolamento dei conflitti in Francia tra tradizione e modernità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2006, p. 1169 ss.

CADIET, *Case Management judiciaire et déformalisation de la procédure*, in *Rev. fr. admin. pub.* 2008, p. 133 ss.

CADIET, *Avenir des catégories, catégories de l'avenir: perspectives*, in WALKER, CHASE (a cura di), *Common Law, Civil Law and the Future of Categories*, Toronto, 2010, p. 635 ss.

CADIET, *Introduction to French Civil Justice System and Civil Procedural Law*, in 28 *Ritsumeikan L. Rev.* 2011, p. 331 ss.

CADIET, *Bref retour sur la justice contractuelle en ses deux sens*, in AA.VV., *Droit sans frontières - Mélanges en l'honneur d'Éric Loquin*, Paris, 2018, p. 603 ss.

CADIET, CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, III éd., Paris, 2019.

CADIET, NORMAND, AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, III éd., Paris, 2020.

CADIET, JEULAND, *Droit judiciaire privé*, XI éd., Paris, 2020.

CAPPELLETTI, *Il processo civile italiano nel quadro della contrapposizione «civil law» - «common law»*, in ID., *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, p. 287 ss.

CARPI, *La semplificazione dei modelli di cognizione ordinaria e l'oralità per un processo civile efficiente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2009, p. 1283 ss.

CARRATTA, *Funzione sociale e processo civile fra XX e XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2017, p. 579 ss.

CECHELLA (a cura di), *Il processo civile dopo la riforma – D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, Torino, 2023.

CONSOLO, *Pro futuro. Considerazioni sui problemi della riforma del processo civile (titolava Franz Klein, 1891). Un mero flash qui e ora ad instar sulla tormentata fase introduttiva*, in *Pol. dir.* 2021, p. 547 ss.

DALFINO, *La procedura di negoziazione assistita da uno più avvocati, tra "collaborative*

law" e "procédure participative", in *Foro it.* 2015, p. 28 ss.

DALLA BONTÀ (a cura di), *Le parti in mediazione: strumenti e tecniche dall'esperienza pratica alla costruzione di un metodo*, Trento, 2020, *passim*.

DALLA BONTÀ, *Giustizia consensuale*, in *Giust. consensuale* 2021, p. 3 ss.

DALLA BONTÀ, *La (nuova) introduzione e trattazione della causa nel processo di prime cure e i poteri latu sensu conciliativi del giudice. Un innesto possibile?*, in *Giust. Consensuale* 2022, p. 587 ss.

DAMAŠKA, *The Faces of Justice and State Authority*, New Haven, 1986, (trad. it. a cura di GIUSSANI, ROTA, *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*, Bologna, 1988).

DAMAŠKA, *The Common Law / Civil Law Divide: Residual Truth of a Misleading Distinction*, in WALKER, CHASE (a cura di), *Common Law, Civil Law and the Future Categories*, Toronto, 2010, p. 3 ss.

DE CRISTOFARO, *Case management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo*, in *Riv. dir. proc.* 2010, p. 294 ss.

DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre los criterios inspiradores del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 30 de octubre de 1998*, in *Rev. der. proc.* 1999, p. 359 ss.

DE LA OLIVA SANTOS, *El papel del Juez en el Proceso Civil – Frente a ideología*, Madrid, 2012.

DENTI, *Diritto comparato e scienza del processo*, in SACCO (a cura di), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano, 1980, p. 204 ss.

DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova, 1985.

DONDI, *Impostazione ideologica e funzionalità nella riforma italiana recente del processo civile*, in *Pol. dir.* 2004, p. 251 ss.

DONDI, *Su alcune carenze tecniche e ideologiche nella recente riforma del processo civile italiano (Legge 18 giugno 2009, n. 69)*, in *Rass. Forense* 2009, p. 755 ss.

DONDI, *Aspetti della complessità e riscontri nella nozione di complessità processuale*, in ID. (a cura di), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, Milano, 2011, p. 4 ss.

DONDI, *Obiettivi e risultati della recente riforma del processo civile. La disciplina della cognizione a una prima lettura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2021, p. 927 ss.

DONDI, *Prime impressioni su una riforma forse non tentata*, in *Pol. dir.* 2021, p. 557 ss.

DONDI, ANSANELLI, COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione*, Milano 2018.

DRESCHER, *Discovery Sanctions under the Federal Rules of Civil Procedure: A Goal-Oriented Mission for Rule 37*, in 29 *Case W. Rsrv. L. Rev.* 1979, p. 603 ss.

FERRAND, *The Respective Role of the Judge and the Parties in the Preparation of the Case in France*, in TROCKER, VARANO (a cura di), *The Reforms of Civil Procedure in*

Comparative Perspective, Torino, 2005, spec. p. 91 ss.

FICCARELLI, *Esibizione di documenti e discovery*, Torino, 2004.

FICCARELLI, *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, Napoli, 2011.

FRANKEL, *The Search for Truth: An Umpireal View*, in 123 *U. Pa. L. Rev.* 1975, p. 1031 ss.

FRANKEL, *Partisan Justice*, New York, 1980.

GARRET, HENRY GUILLERMARD, LABADIE, *Les principes fondamentaux du processus collaboratif*, in *Procédures* 11/2018, p. 2 ss.

GENSLER, *A Bull's-Eye View of Cooperation in Discovery*, in 10 *Sed. Conf. J.* 2009, p. 363 ss.

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

GRIMM, *The State of Discovery Practice in Civil Cases: Must the Rules Be Changed to Reduce Costs and Burden, or Can Significant Improvements Be Achieved within the Existing Rules?*, in 12 *Sedona Conf. J.* 2011, p. 47 ss.

GRIMM, *Are We Insane? The Quest for Proportionality in the Discovery Rules of the Federal Rules of Civil Procedure*, in 36 *Rev. Litig.* 2017, p. 117 ss.

HAZARD, DONDI, *Responsibilities of Judges and Advocates in Civil and Common Law: Some Lingering Misconceptions Concerning Civil Lawsuits*, in 39 *Cornell Int' L.J.* 2006, p. 59 ss.

HAZARD, TARUFFO, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bologna, 1993.

KOURLIS, KAUFFMAN, *The America Civil Justice System: From Recommendations to Reform in the 21st Century*, in 61 *U. Kan. L. Rev.* 2013, p. 877 ss.

LANDSMAN, *The Adversary System: A Description and Defense*, Washington, 1984.

LONDON, *Resolving the Civil Litigant's Discovery Dilemma*, in 26 *Geo. J. Legal Ethics* 2013, p. 837 ss.

LYOTARD, *La condition postmoderne - Rapport sur le savoir*, Paris, 1979 (trad. it. a cura di FORMENTI, *La condizione postmoderna - Rapporto sul sapere*, Milano, 1981).

MAGENDIE, *Célérité et qualité de la justice – La gestion du temps dans le procès*, in *Rapport au Garde des Sceaux*, Paris, 2004.

MARCUS, *Discovery Containment Redux*, in 39 *B. C. L. R.* 1998, p. 747 ss.

MARCUS, *“Looking Backward” to 1938*, in 162 *U. Pa. L. Rev.* 2014, p. 1691 ss.

MILLER, *The Adversary System: Dinosaur or Phoenix*, in 69 *Minn. L. Rev.* 1984, p. 1 ss.

MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN REDONDO, BARONA VILAR, *El nuevo proceso civil – Ley 1/2000*, Valencia, 2001.

NOTE, *The Emerging Deterrence Orientation in the Imposition of Discovery Sanctions*, in 91 *Harvard L. Rev.* 1978, p. 1033 ss.

PAGNI, *Gli obiettivi del disegno di legge delega tra efficienza del processo, effettività*

della tutela e ragionevole durata, in *Pol. dir.* 2021, p. 573 ss.

RESNIK, *Changing Practices, Changing Rules: Judicial and Congressional Rulemaking on Civil Juries, Civil Justice and Civil Judging*, in 49 *Ala. L. Rev.* 1997, p. 133 ss.

SASSANI, *Il mito della riforma perenne*, in *Riv. dir. proc.* 2012, p. 1429 ss.

SCARSELLI, *Mala tempora currunt – Scritti sull’ultima riforma del processo civile*, Pisa, 2023, *passim*.

SCHNEYER, *The Organized Bar and The Collaborative Law Movement: A Study In Professional Change*, in 50 *Arizona L. Rev.* 2008, p. 289 ss.

SCHWAB, *Collaborative Lawyering: A Closer Look at an Emerging Practice*, in 4 *Pepp. Disp. Resol. L.J. Iss.* 2004, p. 3 ss.

SCHWARZER, *The Federal Rules, the Adversary Process, and Discovery Reform*, in 50 *U. Pitt. L. Rev.* 1989, p. 703 ss.

SEGAL, *Survey of the Literature on Discovery from 1970 to the Present: Expressed Dissatisfactions and Proposed Reforms*, Washington, 1978.

SHAFFER, *Deconstructing Discovery about Discovery*, in 19 *Conf. J.* 2018, p. 215 ss.

SHAPIRO, *Some Problems of Discovery in an Adversary System*, in 63 *Minn. L. Rev.* 1979, p. 1055 ss.

SWARD, *Values, Ideology and the Evolution of the Adversary System*, in 64 *Indiana L. J.* 1989, p. 303 ss.

TARUFFO, *Il processo civile adversary nell’esperienza americana*, Padova, 1979, p. 11 ss.

TARUFFO, voce *Diritto processuale civile nei paesi anglosassoni*, in *Dig. disc. civ.*, IV, 1990, p. 347 ss.

TARUFFO, *Transcultural Dimension of Civil Justice*, in 23 *Comp. L. Rev.* 2000, p. 1 ss.

TARUFFO, *Il processo civile di civil law e di common law: aspetti fondamentali*, in *ID.*, *Sui confini*, Bologna, 2002, p. 67 ss.

TARUFFO, *Cultura e processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2009, p. 63 ss.

WEBB, *Collaborative Law: A Practitioner's Perspective on Its History and Current Practice*, in 21 *J. Am. Acad. Matrimonial Law* 2008, p. 155 ss.

WOLFSON, *Addressing the Adversarial Dilemma of Civil Discovery*, in 36 *Clev. St. L. Rev.* 1988, p. 17 ss.

WOOLF, *Access to Justice (Interim Report)*, London, 1995.

WOOLF, *Access to Justice (Final Report)*, London, 1996.

ZUCKERMAN, *Lord Woolf's Access to Justice: Plus ça Change...*, in 59 *The Modern Law Rev.* 1996, p. 773 ss.

CAPITOLO II

Il parametro della cooperazione fra giudice e avvocati nella prospettiva della chiarificazione dell'oggetto della controversia. Il caso statunitense.

Abstract: L'ordinamento statunitense costituisce il principale referente delle considerazioni concernenti le trasformazioni relative al rapporto triangolare esistente fra giudice e parti. Negli Stati Uniti, infatti, specie a partire dagli anni '80, è costante il dibattito relativo alla necessità di indurre i difensori delle parti a tenere un comportamento più collaborativo. Come si avrà modo di spiegare, il contesto che ha maggiormente risentito di un simile cambiamento è quello della fase introduttiva del processo e, in particolare, della fase di *discovery*. Il presente capitolo intende quindi analizzare il *modus* attraverso cui l'ordinamento statunitense, nonostante un *background* tradizionalmente *adversarial*, ha fatto (o quantomeno ha tentato di fare) della cooperazione uno dei principali parametri dell'agire dei soggetti tecnici del processo.

Sommario: 1. Il *discovery* statunitense quale terreno di confronto e scontro; 2. Il *discovery abuse* quale fenomeno multifattoriale; 3. Le soluzioni tradizionalmente prospettate; 4. La riconfigurazione dei ruoli di giudice e avvocato come soluzione prevalente; 5. Il XXI secolo e la definitiva attuazione di un *paradigm shift* verso la *culture cooperation*.

1. Il *discovery* statunitense quale terreno di confronto e scontro.

Quella del gioco per descrivere il processo civile è una metafora risalente e ripetuta, ma senz'altro ancora attuale²⁰. Ciò probabilmente in ragione della sua capacità efficacemente sintetica nel descrivere le tradizionali dinamiche dell'interazione fra le parti (*rectius* gli avvocati) e fra il giudice e le parti all'interno di una qualsiasi controversia.

L'efficacia di questa metafora si spiega inoltre in ragione della sua vocazione applicativa pressoché universale: per quanto le regole e i caratteri del processo si differenzino da ordinamento a ordinamento, l'elemento della “sfida” sembra costituire un minimo comune denominatore ineliminabile per ogni sistema processuale.

Ciò posto in linea generale, è tuttavia innegabile la circostanza che in alcuni ordinamenti il gioco si faccia – per così dire – più duro che in altri: è questo il caso dei sistemi *adversarial*, caratterizzati da una difesa partigiana e feroce degli interessi del cliente, nonché tradizionalmente refrattari all'adozione di un appropriato *fair play*

²⁰ Il riferimento è, ovviamente, a CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Riv. dir. proc.* 1950, p. 23 ss., recentemente ristampato in *Opere Giuridiche, Vol. I - Problemi generali del diritto e del processo*, Roma, 2019, p. 537 ss.

nella gestione della controversia²¹.

Fra tali sistemi è, in particolare, l'ordinamento statunitense a costituire il principale referente delle considerazioni che seguiranno

²¹ Per una descrizione dei caratteri del sistema *adversarial* si v. BRAZIL, *The Adversary Character of Civil Discovery: A Critique and Proposals for Change*, in 31 *Vand. L. Rev.* 1978, p. 1295 ss.; FRANKEL, *The Search for Truth: An Umpireal View*, in 123 *U. Pa. L. Rev.* 1975, p. 1031 ss.; ID., *Partisan Justice*, New York, 1980; SUBRIN, *How Equity Conquered Common Law: the Federal Rules of Civil Procedure in Historical Perspective*, in 135 *U. Pa. L. Rev.* 1987, p. 932 ss.; BURBANK, *Vanishing Trials and Summary Judgment in Federal Civil Cases: Drifting Toward Bethlehem or Gomorrah?*, in 1 *J. Empirical Studies* 2004, p. 591 ss.; MILLER, *The Adversary System: Dinosaur or Phoenix*, in 69 *Minn. L. Rev.* 1984, p. 1 ss.; SCHWARZER, *The Federal Rules, the Adversary Process, and Discovery Reform*, in 50 *U. Pitt. L. Rev.* 1989, p. 703 ss.; SWARD, *Values, Ideology and the Evolution of the Adversary System*, in 64 *Indiana L. J.* 1989, p. 303 ss.; LANDSMAN, *The Adversary System: A Description and Defense*, Washington, 1984; RESNIK, *Changing Practices, Changing Rules: Judicial and Congressional Rulemaking on Civil Juries, Civil Justice and Civil Judging*, in 49 *Ala. L. Rev.* 1997, p. 133; più recentemente si v. PURCELL, *Exploring the Origins of America's Adversarial Legal Culture*, in 70 *Stanford L. Rev.* 2017, p. 37 ss.; BURBANK, FARHANG, *Litigation Reform: An Institutional Approach*, in 162 *U. Pa. L. Rev.* 2014, p. 1543 ss.; VAN CAENEGEM, *Adversarial System and Adversarial Mindset: Do We Need Either?*, in 15 *Bond L. Rev.* 2003, p. 113 ss. Nella letteratura italiana, anche con riferimento alle considerazioni che seguiranno, si v. per tutti TARUFFO, *Il processo civile «Adversary» nell'esperienza americana*, Padova, 1979; ID., voce *Diritto processuale civile nei paesi anglosassoni*, in *Dig., disc. civ.*, IV, 1990, p. 347 ss.; HAZARD, TARUFFO, *La giustizia civile negli Stati Uniti d'America*, Bologna, 1993; DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova, 1985, spec. p. 135 ss.; ID., *Questioni di efficienza della fase preparatoria nel processo civile statunitense (e prospettive italiane di riforma)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, p. 171 ss.

a questo riguardo. L'attenzione rivolta a questo sistema si giustifica infatti in ragione del ruolo centrale che qui assume la fase iniziale del *pretrial* e, specialmente, del *discovery*.

Come noto, il *discovery* – realizzandosi per tramite del reciproco scambio di informazioni fra le parti – costituisce uno strumento rispondente a una duplice finalità: per un verso, è utile alla chiarificazione dell'oggetto della controversia; per altro verso, consente a ciascuna parte di acquisire dall'avversario quanto necessario per realizzare la propria strategia difensiva e, in definitiva, per vincere²². Quest'ultimo scopo, in particolare, spiega il motivo per cui oggi il *discovery* rappresenta, per rimanere nell'ambito della metafora del gioco, l'arena perfetta di confronto e scontro fra i due avversari e il terreno elettivo su cui sviluppare le

²² Oltre ai riferimenti di cui alla nota precedente, si v. anche SEGAL, *Survey of the Literature on Discovery from 1970 to the Present: Expressed Dissatisfactions and Proposed Reforms*, Washington, 1978, *passim*; SHAPIRO, *Some Problems of Discovery in an Adversary System*, in 63 *Minn. L. Rev.* 1979, p. 1055 ss.; MARCUS, *Discovery Containment Redux*, in 39 *B. C. L. R.* 1998, p. 747 ss.; ID., *"Looking Backward" to 1938*, in 162 *U. Pa. L. Rev.* 2014, p. 1691 ss. Per un'approfondita descrizione dell'evoluzione dell'istituto del *discovery* si v. WOLFSON, *Addressing the Adversarial Dilemma of Civil Discovery*, in 36 *Clev. St. L. Rev.* 1988, p. 17 ss. Più di recente si v. GRIMM, *Are We Insane? The Quest for Proportionality in the Discovery Rules of the Federal Rules of Civil Procedure*, in 36 *Rev. Litig.* 2017, p. 117 ss. Nella letteratura italiana si v. sul punto DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, op. cit., spec. p. 139 ss.; DONDI, ANSANELLI, COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione – Una prospettiva comparata*, Milano, 2018, spec. p. 172 ss.; FICCARELLI, *Esibizione dei documenti e discovery*, Torino, 2004, spec. p. 119 ss.; GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, Torino, 2018, spec. p. 207 ss.

tattiche difensive più ostili e aggressive²³.

Invero, per quanto nelle intenzioni del legislatore del 1938 il *discovery* avrebbe dovuto assicurare “*the just, speedy, and inexpensive determination of every action*” e garantire dunque un’integrale e preventiva *disclosure* di tutti i fatti più rilevanti, costituisce una considerazione ormai pressoché generalizzata che tali aspirazioni siano state largamente tradite dalla prassi giudiziaria²⁴. È questo un dato che si spiega in considerazione del fatto che, specialmente a partire dalla metà del Novecento, si assiste a un utilizzo del meccanismo di *discovery* con fini sostanzialmente opposti rispetto a quelle aspirazioni, con ciò dando luogo a un fenomeno successivamente (e ormai notoriamente) definito come *abuse of discovery*²⁵.

²³ Si v. a questo riguardo le considerazioni svolte da GERBER, *Victory vs. Truth: The Adversary System and Its Ethics*, in 19 *Ariz. St. L.J.* 1987, p. 3 ss.; YABLON, *Stupid Lawyer Tricks: An Essay on Discovery Abuse*, in 96 *Colum. L. Rev.* 1996, p. 1618 ss.; SUBRIN, *Fishing Expeditions Allowed: The Historical Background of the 1938 Federal Discovery Rules*, in 39 *B.C. L. Rev.* 1998, p. 691 ss.; JONES, *Lawyers and Justice: The Uneasy Ethics of Partisanship*, in 23 *Vill. L. Rev.* 1977, p. 957 ss., spec. p. 968 ss.; PARKER, EVANS, *Inside Lawyers’ Ethics*, New York, 2007, spec. p. 66 ss.; più recentemente si v. le considerazioni di PACINI, YOUNG, HOPWOOD, *Fighting Discovery Abuse in Litigation*, in 6 *J. Foren. & Invest. Acc.* 2014, p. 52 ss.

²⁴ Si v. a questo proposito MILLER, *The Adversary System: Dinosaur or Phoenix*, op. cit., ma spec. p. 15 ss.; GRIMM, *Are We Insane? The Quest for Proportionality in the Discovery Rules of the Federal Rules of Civil Procedure*, op. cit., spec. p. 120 ss.

²⁵ Si v. FREEDMAN, *The Tort of Discovery Abuse*, Westport-Connecticut, 1989, spec. p. 109 ss.; SETEAR, *The Barrister and the Bomb: The Dynamics of*

Riguardo a tale fenomeno, occorre fin d'ora ricordare – anche ai fini di una delimitazione del campo d'indagine – che esso tende a manifestarsi con frequenza decisamente maggiore in un contesto processuale del tutto particolare: quello dei *big* o *complex cases*²⁶. È

Cooperation, Nuclear Deterrence, and Discovery Abuse, in 69 *B.U.L. Rev.* 1989, p. 569 ss.; EASTERBROOK, *Discovery as Abuse*, in 69 *Boston Univ. L. Rev.* 1989, p. 635 ss.; BEISNER, *Discovering a Better Way: The Need for Effective Civil Litigation Reform*, in 60 *Duke L.J.* 2010, p. 547 ss.; BRAZIL, *Civil Discovery: Lawyers' Views of Its Effectiveness, Its Principal Problems and Abuses*, in 5 *Am. B. Found. Res. J.* 1980, p. 789 ss. In senso contrario circa l'effettiva sussistenza di un problema di abuso nel *discovery* si v. MULLENIX, *Discovery in Disarray: The Pervasive Myth of Pervasive Discovery Abuse and the Consequences for Unfounded Rulemaking*, in 46 *Stan. L. Rev.* 1994, p. 1393 ss.; ID., *The Pervasive Myth of Pervasive Discovery Abuse: The Sequel*, in 39 *B.C.L. Rev.* 1998, p. 683 ss. Sulla nozione di *abuse* nella letteratura italiana si v. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, op. cit., spec. p. 191 ss.; ID., *Cultura dell'abuso e riforma del processo civile negli Stati Uniti*, in *Riv. dir. proc.* 1995, p. 787 ss.; FICCARELLI, *Esibizione di documenti e discovery*, op. cit., spec. p. 145 ss.

²⁶ A questo riguardo si rimanda in particolare ad AA.VV., *Manual for Complex Litigation*, IV ed., Federal Judicial Center, 2004; a questo proposito si v. anche BRAZIL, *Views from the Front Lines: Observations by Chicago Lawyers About the System of Civil Discovery*, in 5 *Am. Bar Found. Research J.* 1980, p. 219 ss., ove l'Autore precisa che “*The world of discovery is so far from being monolithic that it makes little sense to conceive of it or to treat it as if it were one integrated whole. Instead, the world of civil discovery appears to be composed of subworlds. In the subworld of the smaller, simpler, more routinized cases discovery appears to play a less dominant role in the litigation process than it does in the subworld of large, complex lawsuits*”. Sempre dello stesso Autore si vedano anche le osservazioni in tema *big* e *small cases* contenute in ID., *Civil Discovery: How Bad Are the Problems?*, in 67 *Am. Bar Ass. Journal* 1981, p. 450 ss.

in tale contesto, così definito già a partire dagli anni '60 con riguardo sempre più specifico alle controversie di grande valore economico (appunto *big cases*), che si perviene a realizzare numerose elaborazioni e inquadramenti di un tema che nel tempo diverrà del tutto centrale. In particolare, tali elaborazioni perverranno soprattutto, e nella sostanza, ad individuare lo specifico dei problemi afferenti alla cosiddetta *procedural complexity* nel comportare tali controversie una serie iper-complicata di attività processuali sul piano probatorio e di gestione strategica; una duplice circostanza che conduce appunto alla definizione di *complex cases*²⁷.

In tale contesto, il fenomeno dell'*abuse* tende a configurarsi secondo modalità quasi tipiche e ormai diffusamente note, che si possono sinteticamente definire come segue:

a) in un uso eccessivo o comunque sproporzionato degli strumenti di *discovery* (*overuse*), e ciò allo scopo di sfinire l'avversario e costringerlo quindi ad abbandonare le proprie istanze se non addirittura la controversia²⁸.

²⁷ Si v. a questo riguardo SUGARMAN, *Coordinating Complex Discovery*, in 15 *Litig. Discovery* 1988, p. 41 ss.; BSCHORR, *Complex Cases Squeeze Out Advocacy*, in 20 *Litig.* 1993, p. 16 ss.; MARCUS, SHERMAN, *Complex Litigation: Cases and Materials on Advanced Civil Procedure*, St. Paul, Minn., 1998, *passim*; MULLENIX, *Complex Litigation Reform and Article III Jurisdiction*, in 59 *Fordham L. Rev.* 1990, p. 169 ss. Sul tema della complessità all'interno della letteratura italiana, v. DONDI (a cura di), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, Milano, 2011.

²⁸ WOLFSON, *Addressing the Adversarial Dilemma of Civil Discovery*, op. cit., spec. p. 39 ss.; FREEDMAN, *The Tort of Discovery Abuse*, op. cit., p. 109 ss.; EASTERBROOK, *Discovery as Abuse*, op. cit., p. 635 ss.; BRAZIL, *Civil Discovery: Lawyers' Views of Its Effectiveness, Its Principal Problems and Abuses*, op. cit.,

b) in un uso improprio del *discovery* (*misuse*), che si declina a seconda delle circostanze in “*evasive or incomplete answers, frivolous or marginal objections, and prolonged delays*”, anche qui al precipuo fine di eludere le legittime richieste di informazioni avanzate dalla controparte²⁹. Sotto questo profilo, particolare rilievo riveste l’*evasion*, per tale intendendosi qualsiasi forma diretta o indiretta di resistenza all’attività di *disclosure*, dalla risposta carente e imprecisa alle richieste di controparte fino ad arrivare all’integrale distruzione della documentazione richiesta³⁰.

Peraltro, è noto che le disfunzioni legate all’utilizzo del meccanismo di *discovery* abbiano subito un non marginale incremento nel momento in cui si è realizzata, specie a partire dagli anni ’90, una progressiva sostituzione del documento cartaceo con il documento elettronico³¹. Tale circostanza ha imposto ai difensori e

p. 789 ss.

²⁹ Per un elenco approfondito delle principali forme di utilizzo improprio del *discovery* si rimanda a SARAZEN, *An Ethical Approach to Discovery Abuse*, in 4 *Geo. J. Legal Ethics* 1980, p. 459 ss., spec. p. 460-465; e ancora WOLFSON, *Addressing the Adversarial Dilemma of Civil Discovery*, op. cit., spec. p. 39 ss.

³⁰ A questo proposito si v. ad esempio le considerazioni contenute in HICKS, *Strategies and Tips for Dealing with Dirty Litigation Tactics by Opposing Counsel*, in *Employment and Labor Law* 2013, p. 153 ss., ma spec. p. 156-157; BRAZIL, *Civil Discovery: Lawyers' Views of Its Effectiveness, Its Principal Problems and Abuses*, op. cit., p. 789 ss., ma spec. p. 829.

³¹ Così ad esempio in MARCUS, *E-Discovery & Beyond: Towards Brave New World or 1984?*, in 25 *Rev. Litg.* 2006, p. 633 ss.; BENNETT, *E-Discovery: Reasonable Search, Proportionality, Cooperation and Advancing Technology*, in 30 *J. Marshall J. Info. Tech. & Privacy L.* 2014, p. 433 ss.; LOSEY, *Lawyers Behaving Badly: Understanding Unprofessional Conduct in E-Discovery*, in 60

al giudice la necessità di confrontarsi con nuove modalità di produzione documentale, le cui specificità hanno portato alla diffusione di una particolare forma di *discovery* che prende per l'appunto il nome di *electronic discovery* (c.d. *e-discovery*)³². Occorre infatti rilevare come la diffusione del computer quale principale dispositivo di scrittura abbia determinato non solo un aumento esponenziale del quantitativo dei documenti “*discoverable*”, ma anche maggiori difficoltà di conservazione e archiviazione dei dati³³. Aspetti, questi, che hanno per un verso

Mercer L. Rev. 2009, p. 983 ss.; ALLMAN, *E-Discovery Standard in Federal and State Courts after the 2006 Federal Amendments*, in *1/7 Elec. Discovery Law* 2012, website; KELLY, *The Tech Side of E-Discovery: Understanding Electronically Stored Information*, in *17 Business L. Tod.* 2007, p. 42 ss.; JOSEPH, *Internet and Email Evidence (Part 1)*, in *Pract. Lit.* 2012, p. 19 ss. Nella letteratura italiana si v. P. COMOGLIO, *Nuove tecnologie e disponibilità della prova. L'accertamento del fatto nella diffusione delle conoscenze*, Torino, 2018, spec. p. 266 ss.; PAILLI, *Produzione di documenti elettronici (e-discovery) negli Stati Uniti e nell'Unione Europea*, in *Riv. dir. civ.* 2012, p. 409 ss.; GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, op. cit., spec. p. 207 ss.

³² Particolarmente interessanti a questo riguardo sono le considerazioni svolte in LOSEY, *Lawyers Behaving Badly: Understanding Unprofessional Conduct in E-Discovery*, op. cit., p. 983 ss.; GENSLER, *Some Thoughts on the Lawyer's e-Volving Duties in Discovery*, in *36 North. Kentucky L. Rev.* 2009, p. 521 ss.; ROSENTHAL, *A Few Thoughts on Electronic Discovery After December 1, 2006*, in *116 Yale L.J. Pocket Part* 2006, p. 167 ss.; YABLON, LANDSMAN-ROOS, *Discovery about Discovery: Sampling Practice and the Resolution of Discovery Disputes in an Age of Ever-Increasing Information*, in *34 Cardozo L. Rev.* 2012, p. 719 ss.

³³ Sul punto si v. ROITBLAT, KERSHAW, OOT, *Document Categorization in Legal Electronic Discovery: Computer Classification versus Manual Review*, in

aggravato la preesistente situazione di abuso e, per altro verso, consentito ai difensori di escogitare nuove tattiche distorsive³⁴. Ad esempio, la circostanza che molte imprese si siano rivelate incapaci di adottare (soprattutto per ragioni di costi) protocolli di conservazione dei documenti sul lungo periodo, non di rado induce una parte degli avvocati a domandare alla controparte la produzione di un'ingente documentazione elettronica (c.d. *electronically stored information*), e ciò non perché effettivamente utile alla causa, bensì nella speranza di vedere sanzionata la controparte per l'impossibilità di produrli³⁵.

Di immediata percezione sono le conseguenze dei fenomeni abusivi così descritti:

- a) l'impossibilità per il meccanismo di *discovery* di realizzare gli scopi a cui lo stesso risulta preordinato, e in particolare quello di chiarificazione dell'oggetto della controversia;
- b) nel contempo e di conseguenza, un gravoso ingolfamento

61 *J. Am. Soc. For Info. Sci. & Tech.* 2010, p. 70 ss.

³⁴ Si v. a questo proposito GRAY, KOH, *Transparency in E-Discovery*, in *The Benchers – American Inns of Court*, Nov-Dec., 2010, p. 13 ss.; TEW, *Electronic Discovery Misconduct in Litigation: Letting the Punishment Fit the Crime*, in 61 *U. Miami L. Rev.* 2007, p. 289 ss.; BENNETT, *E-Discovery: Reasonable Search, Proportionality, Cooperation and Advancing Technology*, op. cit., p. 483 ss.; MARCUS, *E-Discovery & Beyond: Towards Brave New World or 1984?*, op. cit., p. 633 ss.

³⁵ Si v. sul punto BEISNER, *Discovering a Better Way: The Need for Effective Civil Litigation Reform*, op. cit., p. 547 ss., ma specialmente quanto riportato alle p. 570 ss.; KELLY, *The Tech Side of E-Discovery: Understanding Electronically Stored Information*, op. cit., p. 42 ss.; TADLER, WITHERS, *Toward a Less Hostile Discovery Process*, in 46 *Wash. American Ass. for Justice* 2010, p. 30 ss.

della macchina giudiziaria in ragione del carattere cronico che assume un simile disfunzionamento quantomeno a partire dagli anni '60;

c) ma soprattutto, per ciò che interessa ai fini della presente indagine, appare del tutto evidente come l'*abuse* si contrapponga, impedendola, a qualsiasi forma di collaborazione fra le parti, e ciò a intendere questo quale regola processuale volta a un'efficiente gestione della controversia³⁶.

2. Il *discovery abuse* quale fenomeno multifattoriale.

Pur nell'ovvietà della constatazione, è innegabile che la configurazione abusiva del *discovery* costituisca una sorta di *byproduct* del sistema *adversary*. Invero, come si accennava in apertura, il carattere tradizionalmente *adversarial* della cultura processualistica statunitense determina una svalutazione del valore della ricerca della verità e della giustizia, il cui perseguimento viene sacrificato sull'altare della difesa dell'interesse del cliente³⁷.

³⁶ Si v. ad es. BECKERMAN, *Confronting Civil Discovery's Fatal Flaws*, in 84 *Minn. L. Rev.* 2000, p. 505 ss.; SETEAR, *The Barrister and the Bomb: The Dynamics of Cooperation, Nuclear Deterrence, and Discovery Abuse*, op. cit., p. 569 ss.

³⁷ Si v. a questo riguardo SCHWARZER, *The Federal Rules, the Adversary Process, and Discovery Reform*, op. cit., ma spec. p. 703 ss.; nonché ancora le considerazioni di BRAZIL, *The Adversary Character of Civil Discovery: A Critique and Proposals for Change*, op. cit., p. 1295 ss.; FRANKEL, *The Search for Truth: An Umpireal View*, op. cit., p. 1031 ss.; ID., *Partisan Justice*, op. cit., *passim*; SUBRIN, *How Equity Conquered Common Law: the Federal Rules of*

Peraltro, accanto a un simile dato culturale, è possibile rilevare ulteriori circostanze che agevolano l'abuso, che può dunque definirsi come fenomeno a tutti gli effetti multifattoriale³⁸.

In particolare, un chiaro rilievo a questo riguardo assume la strutturazione originaria del *discovery* come spazio di scambio lasciato alla libera iniziativa delle parti, rispetto alle quali il giudice si pone quale figura terza e quasi estranea³⁹. In effetti, una simile configurazione "liberale" del *discovery* ha per lungo tempo favorito un atteggiamento di disinteresse da parte del giudiziario nella gestione di questa fase e, di conseguenza, un approccio di chiara indulgenza nei confronti delle scorrettezze dei difensori. Come si vedrà nel seguito del presente lavoro, tale indirizzo di clemenza verrà in parte superato da un contrario *sanctioning approach* caratterizzante la giurisprudenza a partire dagli anni '80; tuttavia, non può non rilevarsi come la possibilità per l'avvocato statunitense di contare sull'occhio permissivo (*lenient*) del giudice abbia per

Civil Procedure in Historical Perspective, op. cit., p. 932 ss.; BURBANK, *Vanishing Trials and Summary Judgment in Federal Civil Cases: Drifting Toward Bethlehem or Gomorrah?*, op. cit., p. 591 ss.; MILLER, *The Adversary System: Dinosaur or Phoenix*, op. cit., p. 1 ss.

³⁸ Cfr. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, op. cit., spec. p. 191 ss.

³⁹ A questo proposito si v. ad esempio SHAPIRO, *Some Problems of Discovery in an Adversary System*, op. cit., p. 1055 ss.; MARCUS, "Looking Backward" to 1938, op. cit., p. 1691 ss.; WOLFSON, *Addressing the Adversarial Dilemma of Civil Discovery*, op. cit., p. 17 ss.; GRIMM, *Are We Insane? The Quest for Proportionality in the Discovery Rules of the Federal Rules of Civil Procedure*, op. cit., p. 117 ss.

lungo tempo costituito una delle principali ragioni di abuso⁴⁰.

Un altro fattore in grado di contribuire al disfunzionamento del *discovery* è rappresentato dalla c.d. *American Rule*⁴¹. Come noto, tale regola impone a ciascuna parte di sopportare le proprie spese processuali, fra cui rientrano inevitabilmente anche quelle riferite alla fase di *discovery*⁴². L'applicazione di una simile regola di

⁴⁰ Si v. già fin d'ora le considerazioni svolte in NOTE, *The Emerging Deterrence Orientation in the Imposition of Discovery Sanctions*, in 91 *Harvard L. Rev.* 1978, p. 1033 ss. Sull'atteggiamento *lenient* del giudiziario si v. altresì GLASER, *Pretrial Discovery and the Adversary System*, New York, 1968, spec. p. 154 ss.; ROSENBERG, *Sanctions to Effectuate Pretrial Discovery*, in 58 *Colum. L. Rev.* 1958, p. 480 ss.

⁴¹ Con riferimento all c.d. *American Rule* si v. ad esempio VARGO, *The American Rule on Attorney Fee Allocation: The Injured Person's Access to Justice*, in 42 *Am. Un. L. Rev.* 1993, p. 1567 ss.; EISENBERG, MILLER, *The English versus American Rule on Attorney Fees: An Empirical Study of Public Company Contracts*, in 98 *Cornell L. Rev.* 2013, p. 327 ss.; MAXEINER, *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure*, in 58 *Am. J. Comp. L. Supp.* 2010, p. 195; SHAVELL, *Suit, Settlement, and Trial: A Theoretical Analysis Under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs*, in 11 *J. Legal Stud.* 1982, p. 55 ss.; LEWIS, *Litigation Costs and Before-the-Event Insurance: The Key to Access to justice?*, in 74 *Mod. L. Rev.* 2011, p. 272 ss.; BEISNER, *Discovering a Better Way: The Need for Effective Civil Litigation Reform*, op. cit., ma spec. p. 551; ELLIOTT, *How We Got Here: A Brief History of Requester-Pays and Other Incentive Systems to Supplement Judicial Management of Discovery*, in 71 *Vand. L. Rev.* 2018, p. 1785 ss.

⁴² Con ciò contrapponendosi alla c.d. *English Rule*, a proposito della quale si v. ancora EISENBERG, MILLER, *The English versus American Rule on Attorney Fees: an Empirical Study of Public Company Contracts*, op. cit., p. 327 ss.; MAXEINER, *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure*, op. cit., p. 198 ss. Sull'ipotesi di sostituire all'*American Rule* la *English Rule* quale possibile

ripartizione dei costi costituisce per i difensori un incentivo a rivolgere alla parte avversaria richieste di *disclosure* dispendiose, tanto sotto il profilo dei costi quanto con riferimento al tempo necessario per adempiere ad esse, con ciò offrendo un'ulteriore occasione di impiego distorto della *machinery of discovery*. Una circostanza, questa, che assume profili ulteriormente problematici con riferimento all'*e-discovery*: occorre infatti rilevare che il costo di produzione di un documento elettronico è notevolmente maggiore rispetto a quello di un documento cartaceo, e ciò in quanto la produzione del primo richiede di processare i dati e di inserirli in appositi *database* che rendano disponibile la prova ai fini della sua consultazione⁴³.

Proprio con riferimento ai costi, una delle tattiche abusive maggiormente praticate è la c.d. "*scorched earth practice*" (lett. "terra bruciata") consistente nella richiesta di un numero sproporzionato di interrogatori, mozioni e documenti con il fine esclusivo di aumentare le spese di controparte fino al punto di indurla ad accordarsi o ad abbandonare la causa⁴⁴.

rimedia al *discovery abuse* v. anche GRIMM, *Are We Insane? The Quest for Proportionality in the Discovery Rules of the Federal Rules of Civil Procedure*, op. cit., spec. pp. 156-157.

⁴³ Sul punto si v. ancora BEISNER, *Discovering a Better Way: The Need for Effective Civil Litigation Reform*, op. cit., ma spec. p. 565

⁴⁴ L'espressione è ripresa da HICKS, *Strategies and Tips for Dealing with Dirty Litigation Tactics by Opposing Counsel, Employment and Labor Law*, op. cit., spec. p. 155.; sul punto si v. anche LOSEY, *Lawyers Behaving Badly: Understanding Unprofessional Conduct in E-Discovery*, op. cit., p. 983 ss.; ALLMAN, *E-Discovery Standard in Federal and State Courts after the 2006*

Infine, quale ulteriore fattore in grado di incidere sul corretto utilizzo del *discovery* e sul comportamento dei difensori, occorre menzionare il sistema di remunerazione degli onorari di difesa. Come è noto, nell'ordinamento statunitense l'avvocato non viene pagato in proporzione al valore della controversia o con riferimento a ciascuna fase processuale, bensì secondo tariffa oraria (c.d. *hourly billing*)⁴⁵. Posto dunque un rapporto direttamente proporzionale fra numero di ore impiegate e compenso, appare una conseguenza quasi immediata quella di individuare nel *discovery* la fase potenzialmente più redditizia per il difensore. Di qui un evidente incentivo per i difensori a ostacolare e complicare lo scambio informativo, così da protrarne i tempi e, di conseguenza, aumentare il profitto⁴⁶. Tale circostanza, che viene considerata dalla letteratura scientifica

Federal Amendments, op. cit.; TADLER, WITHERS, *Toward a Less Hostile Discovery Process*, op. cit., p. 30 ss.

⁴⁵ Si v. ad esempio GAROUPA, GOMEZ-POMAR, *Cashing by the Hour: Why Large Law Firms Prefer Hourly Fees over Contingent Fees*, in 24 *J. L. Ec. & Org.* 2008, p. 458 ss.; BRICKMAN, *The Market for Contingent Fee-Financed Tort Litigation: Is it Price Competitive?*, in 25 *Cardozo L. Rev.* 2003, p. 65 ss.; PARKER, EVANS, *Inside Lawyers' Ethics*, op. cit., ma spec. p. 182 ss.

⁴⁶ Così ad esempio WAXSE, *Cooperation-What Is It and Why Do It?*, in 18 *Rich. J.L. & Tech* 2012, p. 8 ss., ma spec. p. 11; BRAZIL, *The Adversary Character of Civil Discovery: A Critique and Proposals for Change*, op. cit., spec. pp. 1314-1315; WOLFSON, *Addressing the Adversarial Dilemma of Civil Discovery*, op. cit., ma spec. p. 46 ss.; BRAZIL, *Civil Discovery: Lawyers' Views of Its Effectiveness, Its Principal Problems and Abuses*, op. cit., p. 789 ss., ma spec. p. 873; MAXEINER, *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure*, op. cit., spec. p. 205; ROSS, *The Honest Hour - The Ethics of Time-Based Billing By Attorneys*, Durham, 1996, spec. p. 9 ss.

statunitense una delle maggiori cause di abuso, prende non a caso il nome di *discovery industry*⁴⁷.

3. Le soluzioni tradizionalmente prospettate.

L'affermarsi dell'abuso quale fenomeno caratterizzante in modo cronico la fase del *discovery* ha costituito e costituisce tuttora motivo di costante dibattito nell'ambito della discussione scientifica statunitense, e ciò specie sotto il profilo della ricerca di possibili soluzioni idonee, se non a risolvere, quantomeno ad arginare un simile disfunzionamento⁴⁸.

Non vi è dubbio che l'utilizzo del *discovery* in modo distorto e piegato a logiche quasi bellicose abbia offerto un'occasione di ripensamento circa l'opportunità di conservare un sistema integralmente *adversarial*⁴⁹. Note sono a questo riguardo le

⁴⁷ L'espressione *discovery industry* è tratta da ROSENBERG, KING, *Curbing Discovery Abuse in Civil Litigation: Enough is Enough*, 3 *BYU L. Rev.* 1981, p. 579 ss., ma v. spec. quanto a p. 582.

⁴⁸ A questo proposito si v. WOLFSON, *Addressing the Adversarial Dilemma of Civil Discovery*, op. cit., nonché ROSENBERG, KING, *Curbing Discovery Abuse in Civil Litigation: Enough is Enough*, op. cit., spec. p. 41, p. 579 ss.; GRIMM, *Are We Insane? The Quest for Proportionality in the Discovery Rules of the Federal Rules of Civil Procedure*, op. cit., p. 117 ss.; SHAPIRO, *Some Problems of Discovery in an Adversary System*, op. cit., p. 1090 ss.; HAINES, *Restraining the Overly Zealous Advocate: Time for Judicial Intervention*, in 65 *Ind. L. J.* 1990, p. 445 ss.

⁴⁹ Così ad esempio in GERBER, *Victory vs. Truth: The Adversary System and Its Ethics*, op. cit.; WOLFSON, *Addressing the Adversarial Dilemma of Civil Discovery*, op. cit., spec. pp. 46-47.

elaborazioni di alcuni importanti autori, come Marvin Frankel, che hanno evidenziato la necessità di sovvertire la qualità dei rapporti fra il valore della verità e quello dell'*adversariness* come tradizionalmente concepita, proponendo un progressivo allontanamento dal secondo a favore del primo⁵⁰. Trattasi di una prospettiva potenzialmente molto feconda, ma condizionata nelle proprie *chance* di successo dalle difficoltà riscontrate nella sua attuazione pratica. Difficoltà imputabili, per un verso, alla presunta costituzionalizzazione del sistema *adversarial* e, per altro verso, a ragioni di ordine culturale fondate sul valore dell'individualismo che permea la cultura statunitense⁵¹.

Peraltro, l'impossibilità di realizzare un integrale superamento dell'*adversary system of litigation* non ha impedito di procedere a una sua progressiva erosione, e ciò quantomeno nella

⁵⁰ Il riferimento è a FRANKEL, *The Search for Truth: An Umpireal View*, op. cit., spec. p. 1038 ss.; ID., *The Search for Truth Continued: More Disclosure, Less Privilege*, in 54 *U. Colo. L. Rev.* 1982, p. 51 ss. Sull'influenza delle elaborazioni di Frankel nel dibattito scientifico si v. in particolare WALFISH, *Making Lawyers Responsible for the Truth: The Influence of Marvin Frankel's Proposal for Reforming the Adversary System*, in 35 *Seton Hall L. Rev.* 2005, p. 613 ss. Sul dibattito sollevato da Frankel nella dottrina di allora si v. ad esempio FREEDMAN, *Judge Frankel's Search for Truth*, in 123 *U. PA. L. Rev.* 1975, p. 1060 ss.; UVILLER, *Advocate, the Truth, and Judicial Hackles: A Reaction to Judge Frankel's Idea*, in 123 *U. PA. L. Rev.* 1975, p. 1067 ss.; BRAZIL, *The Adversary Character of Civil Discovery: A Critique and Proposals for Change*, op. cit., spec. p. 1296 ss.

⁵¹ Si v. sul punto ancora HAINES, *Restraining the Overly Zealous Advocate: Time for Judicial Intervention*, op. cit., p. 445 ss., ma spec. p. 449 ss.; WOLFRAM, *Modern Legal Ethics*, St. Paul, 1986, spec. p. 581 ss.

fase di *pretrial*⁵². Negli ultimi decenni, in particolare, tale attenuazione si è realizzata per tramite del passaggio (*shift*) da una cultura pienamente *adversarial* alla c.d. *culture cooperation*⁵³. Un mutamento culturale compiuto attraverso l'adozione di soluzioni diversificate, delle quali nessuna appare risolutiva se adottata in via esclusiva ma che, combinandosi con le altre, ha contribuito alla riconfigurazione della fase di *discovery* in termini di maggiore collaborazione e, dunque, di maggiore efficienza.

A questo riguardo occorre rilevare come le soluzioni implicanti un ripensamento del ruolo dei soggetti tecnici del processo, e segnatamente del giudice e degli avvocati, si siano rivelate le soluzioni più riuscite. Invero, per l'adozione della cooperazione quale parametro di riferimento nello svolgimento delle attività di *discovery* è stata determinante, da un lato, l'assunzione da parte del giudice di un ruolo attivo con effettivi compiti e poteri manageriali, dall'altro, la riconfigurazione del ruolo dell'avvocato secondo parametri etico-professionali di maggiore cooperazione,

⁵² A questo riguardo si v. SHAPIRO, *Some Problems of Discovery in an Adversary System*, cit., spec. p. 1056 ss.; BRAZIL, *The Adversary Character of Civil Discovery: A Critique and Proposals for Change*, op. cit., spec. p. 1304 ss.; MULLENIX, *Adversarial Justice, Professional Responsibility, and the New Federal Discovery Rules*, 14 *Rev. Litig.* 1994, p. 13 ss., ma spec. le considerazioni a p. 47.

⁵³ Così SHAFFER, *Deconstructing Discovery about Discovery*, in 19 *Conf. J.*, 2018, p. 215 ss. Meno recentemente si v. anche GILSON, MNOOKIN, *Disputing Through Agents: Cooperation and Conflict Between Lawyers in Litigation*, in 94 *Colum. L. Rev.* 1994, p. 509 ss.; JONES, *Lawyers and Justice: The Uneasy Ethics of Partisanship*, op. cit., spec. 968 ss.; TADLER, WITHERS, *Toward a Less Hostile Discovery Process*, op. cit., ma spec. p. 30 ss.

tanto nei confronti del difensore di controparte quanto nei confronti del giudice⁵⁴.

Restano quindi sullo sfondo, quantomeno ai fini del presente lavoro, le modifiche legislative alle *Federal Rules of Civil Procedure* concernenti la strutturazione propria del *discovery*. Quello dell'analisi delle riforme normative costituisce indubbiamente l'approccio più tradizionale nell'indagine delle soluzioni alla problematica dell'*abuse*, ma tale approccio sconta i limiti dei risultati non soddisfacenti a cui quelle stesse riforme sono pervenute⁵⁵. È infatti ricorrente nella letteratura scientifica

⁵⁴ Si v. ad esempio GRIMM, WILLIAMS, *The Judicial Beatings Will Continue Until Morale Improves: The Prisoner's Dilemma of Cooperative Discovery and Proposals for Improved Morale*, in 43 *U. Balt. L. F.* 2013, p. 107 ss.

⁵⁵ Sulle più rilevanti riforme normative si v. MILLER, *The August 1983 Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure*, in *Federal Judicial Center*, 1984, p. 1 ss.; MARCUS, *The 2000 Amendments to the Discovery Rules*, 1 *Fed. Cts. L. Rev.* 2006, p. 289 ss.; WILLGING, STIENSTRA, SHAPARD, *An Empirical Study of Discovery and Disclosure Practice Under the 1993 Federal Rule Amendments*, in 39 *B.C.L. Rev.* 1998, p. 525 ss.; CRUMP, *Goodbye, "Reasonably Calculated"; You're Replaced by "Proportionality": Deciphering the New Federal Scope of Discovery*, in 23 *Geo. Mason L. Rev.* 2016, p. 1093 ss.; LAPORTE, REDGRAVE, *A Practical Guide to Achieving Proportionality Under New Federal Rule of Civil Procedure 26*, in 9 *Fed. Cts. L. Rev.* 2015, p. 19 ss.; SHORE, *A History of the 1999 Discovery Rules: The Debates & (and) Compromises*, in 20 *Rev. Litig.* 2000, p. 89 ss.; CHASE, *Reflections on Civil Procedure Reform in the United States: What Has Been Learned? What Has Been Accomplished?*, in TROCKER, VARANO (a cura di), *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective: An International Conference Dedicated to Mauro Cappelletti, Florence, 12-13 December, 2003*, Torino, 2005, p. 178 ss. Nella letteratura italiana si v. DONDI, *Questioni di efficienza della fase*

statunitense degli ultimi decenni la constatazione circa gli esiti fallimentari o comunque non risolutivi degli *amendment* alle *Rule* che si sono succeduti con una per certi versi preoccupante frequenza a partire dagli anni '70⁵⁶. Ciò principalmente in considerazione del fatto che tali riforme hanno trattato – per riprendere una metafora di particolare efficacia – i sintomi della malattia anziché le sue cause⁵⁷. In effetti, il legislatore, proponendosi di intervenire quasi esclusivamente sugli elementi costitutivi del *discovery* (ad esempio incidendo sulla sua strutturazione più o meno *broad*), appare aver trascurato un'ineliminabile circostanza di fondo: la modifica testuale di una o più norme non è sufficiente a promuovere un riorientamento della prassi applicativa se alla mera variazione normativa non si accompagna anche un effettivo mutamento della cultura giudiziale circostante⁵⁸.

preparatoria nel processo civile statunitense (e prospettive italiane di riforma), op. cit., p. 161 ss.

⁵⁶ Per alcuni commenti recenti a questo riguardo si v. MARCUS, *Looking Backward to 1938*, op. cit., p. 1691 ss.; KOH, *The Just, Speedy, And Inexpensive Determination of Every Action?*, in 162 *U. Pa. L. Rev.* 2014, p. 1525 ss.; BEISNER, *Discovering a Better Way: The Need for Effective Civil Litigation Reform*, op. cit., ma spec. p. 560 ss.

⁵⁷ La citazione è tratta da WOLFSON, *Addressing the Adversarial Dilemma of Civil Discovery*, op. cit., spec. p. 50 ss.

⁵⁸ A questo riguardo si v. C. SHAFFER, R. SHAFFER, *Looking Past the Debate: Proposed Revisions to The Federal Rules of Civil Procedure*, 7 *The Federal Courts L. Rev.* 2013, p. 178 ss.; MARCUS, *Confronting the Future: Coping with Discovery of Electronic Material*, in 64 *Law & Contemp. Probs.* 2001, p. 253 ss., ove a p. 256 si legge che “*sensible behavior by lawyers and judges may well be much more useful than Rules amendments*”. Si v. ancora anche SARAZEN, *An*

Al contrario, spostando la sguardo dalle cause “interne” di disfunzionamento del *discovery* alle cause per così dire “esterne”, e dunque modificando la prospettiva attraverso cui guardare a tali inefficienze, si perviene a una rielaborazione della soluzione del problema che passa, per l’appunto e necessariamente, attraverso una riconfigurazione in senso maggiormente collaborativo dei ruoli del giudice e del difensore⁵⁹.

4. La riconfigurazione dei ruoli di giudice e avvocato come soluzione prevalente.

Come del resto ormai ampiamente noto, fra i fattori che hanno favorito l’inefficienza del *discovery* riveste un ruolo di particolare rilievo l’atteggiamento indulgente e permissivo a lungo dimostrato dal giudiziario nei confronti degli abusi commessi dai difensori (e ciò, nonostante l’apparato sanzionatorio fornito dalla *Rule 37*)⁶⁰. Di

Ethical Approach to Discovery Abuse, op. cit., spec. p. 475; MOLOT, *How Changes in the Legal Profession Reflect Changes in Civil Procedure*, in 84 *Virg. L. Rev.* 1998, p. 955 ss.

⁵⁹ Si v. a questo riguardo LONDON, *Resolving the Civil Litigant's Discovery Dilemma*, in 26 *Geo. J. Legal Ethics* 2013, p. 837 ss.; WOLFSON, *Addressing the Adversarial Dilemma of Civil Discovery*, cit., spec. p. 53 ss.; SHAFFER, *Deconstructing Discovery about Discovery*, op. cit., p. 215 ss.; GILSON, MNOOKIN, *Disputing Through Agents: Cooperation and Conflict Between Lawyers in Litigation*, op. cit., p. 509 ss.

⁶⁰ A questo proposito si rinvia alle considerazioni contenute in NOTE, *The Emerging Deterrence Orientation in the Imposition of Discovery Sanctions*, op. cit., p. 1033 ss.; DRESCHER, *Discovery Sanctions under the Federal Rules of Civil*

qui, l'avvertita esigenza di un coinvolgimento della figura del giudice in termini di minore neutralità e lo sviluppo, a livello giurisprudenziale, di una tendenza quasi coercitiva della collaborazione nella fase di *discovery*. Tale c.d. *sanctioning approach* inizia per così dire con una famosa pronuncia della Corte Suprema, ma costituisce in realtà il risultato di un dibattito ormai da tempo in atto e caratterizzato dalla critica delle pratiche più diffuse nella gestione delle controversie civile ad opera dell'avvocatura statunitense.

Il *leading case* che, come si accennava, introduce questo nuovo approccio è la sentenza *National Hockey League v. Metropolitan Hockey Clubs, Inc.* del 1976, attraverso la quale, a fronte della necessità di ottenere un effettivo funzionamento della fase di *pre-trial*, la Corte Suprema perviene a ritenere doveroso un atteggiamento severamente sanzionatorio da parte del giudice con riguardo appunto alle attività di *discovery*, circostanza che implica la sottoposizione delle attività strategico difensive dell'avvocato a obblighi che già fin d'ora si possono definire di collaborazione/cooperazione sia nei confronti della controparte sia del giudice⁶¹.

Procedure: A Goal-Oriented Mission for Rule 37, in 29 *Case W. Rsrv. L. Rev.* 1979, p. 603 ss. Si v. altresì GLASER, *Pretrial Discovery and the Adversary System*, op. cit., spec. p. 154 ss.; CONNOLLY, HOLLEMAN, KUHLMAN, *Judicial Controls and the Civil Litigative Process: Discovery*, New York, 1978, *passim*; ROSENBERG, *Sanctions to Effectuate Pretrial Discovery*, op. cit., p. 480 ss.

⁶¹ Il riferimento è a *National Hockey League v. Metro. Hockey Club*, 427 U.S. 639 (1976). Per un commento a tale giurisprudenza si v. ad esempio DRESCHER, *Discovery Sanctions under the Federal Rules of Civil Procedure: A Goal-*

Si tratta, a tutti gli effetti, di una pronuncia che combina la funzione nomofilattica tipicamente svolta da tale organo con una funzione simbolica e quasi orientativa. L'indicazione che ne deriva è sostanzialmente un invito ad applicare le sanzioni della *Rule 37* a fini non soltanto strettamente punitivi, ma anche e soprattutto deterrenti, e cioè per scoraggiare l'attuazione di comportamenti abusivi anche nei procedimenti diversi da quello in corso⁶². Il raggiungimento di un tale obiettivo non può che avere quale immediata conseguenza quella di sottrarre anche le sanzioni più gravi (come, ad esempio, il rigetto della domanda) a quello stigma di eccezionalità fino a quel momento ad esse attribuito⁶³.

Va subito detto che l'autorevolezza di quella pronuncia non è stata in grado di orientare in senso univoco la giurisprudenza successiva, la quale negli anni immediatamente seguenti è stata caratterizzata da un effettivo strabismo giudiziale, che ha visto alternarsi sentenze di particolare rigore a sentenze connotate

Oriented Mission for Rule 37, op. cit., p. 603 ss.; EPSTEIN, CORCORAN, KRIEGER, CARR, *An Up-Date on Rule 37 Sanctions after National Hockey League v. Metropolitan Hockey Clubs, Inc.*, in 3 *Am. J. Trial Advoc.* 1980, p. 413 ss. Nella letteratura italiana si v. nuovamente DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, op. cit., spec. p. 199 ss.

⁶² A questo proposito v. MURPHY, *The Use of Rule 37(b) Sanctions to Enforce Jurisdictional Discovery*, in 50 *Fordham L. Rev.* 1982, p. 814 ss.; NOTE, *The Emerging Deterrence Orientation in the Imposition of Discovery Sanctions*, op. cit., p. 1040 ss.

⁶³ Così ad esempio, MAYER, *Prescribing Cooperation: The Mandatory Pretrial Disclosure Requirement of Proposed Rules 26 and 37 of the Federal Rules of Civil Procedure*, 12 *Rev. Litig.* 1992, p. 77 ss.

dall'usuale indulgenza⁶⁴. Invero, per quanto l'impiego delle sanzioni sia progressivamente aumentato a partire dagli anni '80, è solo a partire dalla c.d. *e-discovery era*, e dunque solo a partire dagli anni 2000, che si assiste a un utilizzo non più occasionale bensì sistematico dell'apparato sanzionatorio di cui alla *Rule 37*⁶⁵. Ciò in ragione del fatto che, come si ha già avuto occasione di ricordare, le caratteristiche quantitative e qualitative del documento elettronico determinano un ulteriore aggravamento dei problemi di disfunzionamento del *discovery* con la conseguenza di rendere il ricorso alle sanzioni un rimedio inevitabile per arginare i fenomeni di abuso⁶⁶.

In ogni caso, l'attribuzione al giudice del ruolo di "sanzionatore" costituisce solo una parte del complessivo ripensamento della sua figura realizzatosi negli ultimi decenni del secolo scorso. Anzi, posto che l'irrogazione delle sanzioni determina

⁶⁴ A questo riguardo si v. l'indagine proposta da EPSTEIN, CORCORAN, KRIEGER, CARR, *An Up-Date on Rule 37 Sanctions after National Hockey League v. Metropolitan Hockey Clubs, Inc.*, op. cit., ma spec. 415 ss.

⁶⁵ Di particolare rilievo a questo riguardo sono le considerazioni di SCHAEFER, *Attorneys, Document Discovery and Discipline*, in 30 *Geo. J. Legal Ethics* 2017, p. 1 ss.; WILLOUGHBY, *Sanctions For E-Discovery Violations: By The Numbers*, 60 *Duke L. Rev.* 2010, p. 789 ss.

⁶⁶ Si v. ALLMAN, *The Need for Federal Standards Regarding Electronic Discovery*, in 68 *Def. Couns. J.* 2001, p. 206 ss.; MARCUS, *E-Discovery & Beyond: Towards Brave New World or 1984?*, op. cit., p. 633 ss.; BENNETT, *E-Discovery: Reasonable Search, Proportionality, Cooperation and Advancing Technology*, op. cit., p. 433 ss.; LOSEY, *Lawyers Behaving Badly: Understanding Unprofessional Conduct in E-Discovery*, op. cit., p. 983 ss.; ROSENTHAL, *A Few Thoughts on Electronic Discovery After December 1, 2006*, op. cit., p. 167 ss.

un intervento per così dire a posteriori, sarebbe quasi riduttivo relegare a questo unico aspetto tale processo di riconfigurazione. Invero, per l'attuazione di un'effettiva *culture cooperation* appare imprescindibile che già a partire dalla fase iniziale della controversia, e dunque prima del verificarsi degli abusi e dell'intervento sanzionatorio, si realizzi fra il giudice e i difensori un dialogo collaborativo⁶⁷.

Con riferimento alla figura del giudice, è del tutto noto che ciò sia avvenuto per tramite dell'assunzione, specie a partire dagli anni '80, di un ruolo manageriale sostanziatesi nell'esercizio di poteri gestionali da riferire alle modalità e alle tempistiche di svolgimento della fase di *discovery* (c.d. *case management* giudiziale)⁶⁸.

⁶⁷ Così ad esempio in HAZARD, DONDI, *Responsibilities of Judges and Advocates in Civil and Common Law: Some Lingering Misconceptions Concerning Civil Lawsuits*, in 39 *Cornell Int'l. J.* 2006, p. 59 ss.; HAINES, *Restraining the Overly Zealous Advocate: Time for Judicial Intervention*, op. cit., p. 445 ss.

⁶⁸ Per riferimenti tradizionali quanto inevitabili, si v. RESNIK, *Managerial Judge*, in 96 *Harvard L. Rev.* 1982, p. 374 ss.; ELLIOTT, *Managerial Judging and the Evolution of Procedure*, in 53 *Un. Chic. L. Rev.* 1986, p. 306 ss.; PECKHAM, *The Federal Judge as a Case Manager: The New Role in Guiding a Case from Filing to Disposition*, in 69 *Cal. L. Rev.* 1981, p. 770 ss.; BRAZIL, *Improving Judicial Controls over the Pretrial Development of Civil Actions: Model Rules for Case Management and Sanctions*, in 6 *A.B. Found. Res. J.* 1981, p. 873 ss.; BUCKLO, *Case Management: How to Complete Discovery Without Growing Old*, in 14 *Litig.* 1987, p. 3 ss.; PETERSON, *Restoring Structural Checks on Judicial Power in the Era of Managerial Judging*, in 29 *U.C. Davis L. Rev.* 1995, p. 41 ss.; RENDELL, *What is the Role of the Judge in Our Litigious Society?*, in 40 *Vill. L. Rev.* 1995, p. 1115 ss.; CONNOLLY, *Why We Do Need Managerial Judges*, in

Sintetizzando molto, si può subito affermare che è l'attribuzione di tali poteri che, inevitabilmente, ha condotto a un sovvertimento della qualità dei rapporti fra avvocati e giudice. Ciò in quanto il giudice - assumendo una funzione quantomeno di controllo dell'individuazione e pre-assunzione competitiva dei mezzi di prova - viene da quel momento costretto a un'interazione fattiva con i difensori di parte⁶⁹. Interazione che, peraltro, consente al giudice di acquisire anche una preventiva conoscenza dei fatti di causa, utile ai fini di incentivare un eventuale *settlement* fra le parti con un'evidente riduzione dei costi⁷⁰.

23 *Judges's J.* 1984, p. 34 ss.; ENSLEN, *Should Judges Manage Their Own Caseloads*, 70 in *Judicature* 1987, p. 200 ss.; NEUBAUER, *Judicial Role And Case Management*, in 4 *Justice System J.* 1978, p. 223 ss.; MOLOT, *An Old Judicial Role for a New Litigation Era*, in 113 *Yale L. J.* 2003, p. 27 ss.; sull'importanza che il *case management* riveste tuttora si v. per tutti GENSLER, *Judicial Case Management: Caught In The Crossfire*, in 60 *Duke L. J.* 2010, p. 669 ss.; nella letteratura italiana si v. ancora FICCARELLI, *Esibizione dei documenti e discovery*, op. cit., ma spec. p. 148 ss.

⁶⁹ Si v. ancora BRAZIL, *Improving Judicial Controls over the Pretrial Development of Civil Actions: Model Rules for Case Management and Sanctions*, op. cit., p. 873 ss.; PECKHAM, *The Federal Judge as a Case Manager: The New Role in Guiding a Case from Filing to Disposition*, op. cit., p. 770 ss.; BUCKLO, *Case Management: How to Complete Discovery Without Growing Old*, op. cit., p. 3 ss.; ENSLEN, *Should Judges Manage Their Own Caseloads*, op. cit., p. 200 ss.; NEUBAUER, *Judicial Role And Case Management*, op. cit., p. 223 ss.

⁷⁰ Così ad esempio in GENSLER, ROSENTHAL, *The Reappearing Judge*, in 61 *Kansas L. Rev.* 2013, p. 849 ss., ma spec. p. 857. Sulla funzione del giudice con riferimento al possibile *settlement* della controversia si v. anche WILL, MERHIGE, RUBIN, *The Role of the Judge in the Settlement Process*, in 75 *F.R.D.* 1976, p. 203 ss.; SCHUCK, *The Role of Judges in Settling Complex Cases: The Agent*

Peraltro, della progressiva assunzione di un ruolo maggiormente propositivo da parte del giudice si trova un evidente riscontro anche nelle modifiche normative che nel corso degli anni hanno interessato la *Rule 16* e la *Rule 26*, rispettivamente concernenti la *pretrial conference* e la fase di *discovery* in senso proprio⁷¹.

Sotto questo profilo, fra gli interventi di maggior rilievo si segnalano soprattutto gli *amendment* del 1980 e del 1983, attraverso cui il legislatore, prendendo atto della trasformazione concernente il ruolo del giudice di fatto già in parte realizzatasi nella prassi, implementa gli strumenti utili a un suo coinvolgimento anticipato nella gestione della controversia⁷².

Orange Example, in 53 *Un. Chi. L. Rev.* 1986, p. 337 ss.; PECKHAM, *A Judicial Response to the Cost of Litigation: Case Management, Two-Stage Discovery Planning and Alternative Dispute Resolution*, in 37 *Rutgers L. Rev.* 1985, p. 253 ss.

⁷¹ Sulla *Rule 16* nell'ambito della letteratura italiana si v. DONDI, *Introduzione della causa e strategie di difesa - Il modello statunitense*, Padova, 1991; P. COMOGLIO, *La Federal Rule 16 statunitense e la disciplina italiana della conciliazione giudiziale*, in *Riv. dir. proc.* 2013, p. 1105 ss.

⁷² Nella relazione introduttiva agli *amendment* del 1983 dell'*Advisory Committee* si legge infatti che “*Empirical studies reveal that when a trial judge intervenes personally at an early stage to assume judicial control over a case and to schedule dates for completion by the parties of the principal pretrial steps, the case is disposed of by settlement or trial more efficiently and with less cost and delay than when the parties are left to their own devices*”. Per un'illustrazione della riforma e dei suoi intenti, si v. MILLER, *The August 1983 Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure*, op. cit., p. 1 ss.; ID., *The Pretrial Rush to Judgment: Are the “Litigation Explosion,” “Liability Crisis,”*

In particolare, con la modifica legislativa del 1983, nella *Rule 16* viene previsto che il giudice, dopo la *pretrial conference* o dopo aver ricevuto il *report* della *discovery conference*, disponga obbligatoriamente (“*must issue*”) un ordine di pianificazione delle attività da svolgere (*scheduling order*) nella fase di *pre-trial*, in tal modo assumendo rilevanti poteri organizzatori. Sulla stessa linea, e per tramite di una modifica alla *Rule 26*, viene attribuito al giudice il potere di limitare le richieste di *discovery* nonché l’obbligo di sanzionare i difensori in caso di utilizzo improprio di tale strumento⁷³.

Più in generale, anche nella letteratura scientifica recente, si evidenzia come il *case management* rappresenti ormai una condizione essenziale per garantire l’avvicinamento dell’ordinamento statunitense a quella *culture cooperation* di cui si

and Efficiency Clichés Eroding Our Day in Court and Jury Trial Commitments?, in 78 *N.Y.U. L. Rev.* 2003, p. 982 ss., ma spec. p. 1003 ss. Per un commento più recente sui risultati di quella riforma v. BECKERMAN, *Confronting Civil Discovery's Fatal Flaws*, op. cit., ma spec. p. 563; CAVANAGH, *The August 1, 1983 Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure: A Critical Evaluation and a Proposal for More Effective Discovery through Local Rules*, in 30 *Vill. L. Rev.* 1985, p. 767 ss.

⁷³ Le disposizioni legislative e le relative note agli *amendment* sono tratte dal testo normativo delle *Federal Rules of Civil Procedure*, reperibile nella sua versione più aggiornata sul sito di *United State Code* gestito dall’*Office of the Law Revision Counsel* dell’*House of Representatives* al seguente indirizzo <https://uscode.house.gov>. Sull’evoluzione della *Rule 16* si v. in particolare SHAPIRO, *Federal Rule 16: A Look at the Theory and Practice of Rulemaking*, in 137 *Un. Penn. L. Rev.* 1989, p. 1969 ss.

è già più volte detto⁷⁴. È infatti solo attraverso un coinvolgimento attivo della figura del giudice che può realizzarsi un'interazione fattiva e collaborativa con i difensori di parte idonea a garantire una gestione più efficiente della fase di *discovery*⁷⁵. Del resto, anche nelle modifiche legislative più recenti resta cruciale l'attenzione rivolta al ruolo interattivo del giudice: basti qui ricordare il commento di accompagnamento all'*amendment* del 2015, in cui si sottolinea come un effettivo *judicial involvement* costituisca un presupposto imprescindibile per la conduzione della lite⁷⁶.

⁷⁴ Di recente si v. a questo riguardo, GRIMM, *Are We Insane? The Quest for Proportionality in the Discovery Rules of the Federal Rules of Civil Procedure*, op. cit., p. 117 ss.; ELLIOTT, *How We Got Here: A Brief History of Requester-Pays and Other Incentive Systems to Supplement Judicial Management of Discovery*, op. cit., p. 1785 ss.; BUCKLO, *Case Management: How to Complete Discovery Without Growing Old*, op. cit., p. 3 ss.

⁷⁵ Sul punto si v. ad esempio le considerazioni di GENSLER, ROSENTHAL, *The Reappearing Judge*, op. cit., spec. p. 857 ss.; MAYER, *Prescribing Cooperation: The Mandatory Pretrial Disclosure Requirement of Proposed Rules 26 and 37 of the Federal Rules of Civil Procedure*, op. cit.; su come il *case management* costituisca uno degli elementi che hanno favorito la transizione dalla *third era* alla *fourth era* della procedura civile statunitense, si v. SUBRIN, MAIN, *The Fourth Era Of American Civil Procedure*, in 162 *Un. Penn. L. Rev.* 2014, p. 1839 ss., ma si v. spec. le considerazioni alle p. 1866-1867; LAHAV, *A Proposal to End Discovery Abuse*, in 71 *Vand. L. Rev.* 2019, p. 2037 ss.

⁷⁶ Si v. a questo riguardo la nota di commento agli Amendments del 2015 alla Rule 26, in cui si legge che “*The present amendment again reflects the need for continuing and close judicial involvement (...). It is expected that discovery will be effectively managed by the parties in many cases. But there will be important occasions for judicial management, both when the parties are legitimately unable to resolve important differences and when the parties fall short of effective,*

Si è detto finora della riconfigurazione che ha interessato la figura del giudice negli ultimi decenni e degli strumenti elaborati e sviluppati a suo favore per incentivare un'interazione fattiva con i difensori così da favorire la reciproca collaborazione. Tuttavia, posto che collaborare è *un jeu à deux* che implica la necessaria partecipazione di entrambe le parti coinvolte, appare ora inevitabile soffermarsi sulla figura del difensore di parte.

Come noto, a partire dagli anni '70, si manifesta, specie nel dibattito scientifico, una certa insofferenza per la tradizionale configurazione del ruolo dell'avvocato, i cui connotati tipicamente *adversarial* vengono diffusamente percepiti come una delle principali ragioni (se non la principale ragione) dell'inefficienza che in quegli anni caratterizza la fase di *discovery* e, di conseguenza, l'intera macchina giudiziaria⁷⁷.

cooperative management on their own". Sulla riforma del 2015 si v. anche LIN, *The Evolution of American Discovery in Light of Constitutional Challenges: The Role of the 2015 Rules Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure*, in 44 *Hast. Const. L. Q.* 2017, p. 225 ss.; CRUMP, *Goodbye, "Reasonably Calculated"; You're Replaced by "Proportionality": Deciphering the New Federal Scope of Discovery*, op. cit., p. 1093 ss.; GELBACH, KOBAYASHI, *The Law and Economics of Proportionality in Discovery*, in *Faculty Scholarship at Penn Law* 2016, p. 1093 ss.

⁷⁷ A questo riguardo si v. ancora FRANKEL, *The Search for Truth: An Umpireal View*, op. cit., spec. p. 1037 ss.; JONES, *Lawyers and Justice: The Uneasy Ethics of Partisanship*, op. cit., p. 957 ss.; HAINES, *Restraining the Overly Zealous Advocate: Time for Judicial Intervention*, op. cit., *passim*; LONDON, *Resolving the Civil Litigant's Discovery Dilemma*, op. cit., spec. p. 837 ss.; SETEAR, *The Barrister and the Bomb: The Dynamics of Cooperation, Nuclear Deterrence, and Discovery Abuse*, op. cit., p. 569 ss.; EASTERBROOK,

Di qui l'esigenza non più prorogabile di un ripensamento del ruolo dell'avvocato quale necessario presupposto dell'obiettivo o quantomeno del tentativo di realizzare una qualsiasi forma di interazione collaborativa con il difensore di controparte e con lo stesso giudice⁷⁸.

Si tratta di una trasformazione che ha trovato (e per certi versi tuttora trova) il principale ostacolo della sua attuazione nel difficile bilanciamento tra le due funzioni – pubblica e privata – che l'avvocato contemporaneamente riveste nell'ambito del giudizio⁷⁹.

Discovery as Abuse, op. cit., 1989, p. 635 ss.; BEISNER, *Discovering a Better Way: The Need for Effective Civil Litigation Reform*, op. cit., p. 547 ss.; BRAZIL, *Civil Discovery: Lawyers' Views of Its Effectiveness, Its Principal Problems and Abuses*, op. cit., p. 789 ss.; nonché le considerazioni contenute in DONDI, HAZARD, *A Short Historical Sketch of the Legal Professions*, in *ZZP Int.* 2001, p. 205 ss.

⁷⁸ A questo riguardo si v. MAYER, *Prescribing Cooperation: The Mandatory Pretrial Disclosure Requirement of Proposed Rules 26 and 37 of the Federal Rules of Civil Procedure*, op. cit., p. 77 ss. Nella letteratura italiana si v. DONDI, *Spunti minimi in tema di "legal ethics" come etica della difesa in giudizio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1995, p. 261 ss.; ID., *Introduzione*, in DONDI (a cura di), *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti*, Bologna, 1993, p. 15 ss.; ID., *Cultura dell'abuso e riforma del processo civile negli Stati Uniti*, in *Riv. dir. proc.* 1995, p. 787 ss.; ID., *Etica dell'avvocatura - Strategie difensive, conflitti di interesse e abuso nel processo civile*, in AA.VV., *Studi in onore di Vittorio Colesanti*, I, Napoli, 2009, p. 543 ss.

⁷⁹ Su tale duplice ruolo si v. WENDEL, *Rediscovering Discovery Ethics*, in *79 Marq. L. Rev.* 1996, p. 895 ss., ma spec. pp. 899-900; FRIED, *The Lawyer as Friend: The Moral Foundations of the Lawyer-Client Relation*, in *85 Yale L. J.* 1976, p. 1060 ss. Recentemente si v. anche DONDI, *Buona pratica della difesa in giudizio come law of lawyering – Un breve riepilogo*, forthcoming in *Riv. trim.*

Costituisce invero uno specifico dell'ordinamento statunitense la duplicità di funzioni (e di conseguenti responsabilità) riconducibili alla figura avvocato: quella di difensore di parte e quella di *officer of the court*⁸⁰. Con riferimento alla prima di dette funzioni si parla tradizionalmente di *zealous advocacy*, con tale espressione intendendosi quell'insieme di doveri di lealtà e di laica devozione nei confronti dell'assistito, scaturenti dal rapporto fiduciario intercorrente con quest'ultimo⁸¹.

L'espressione "*officer of the court*" comporta, invece, l'assunzione di un ruolo che potrebbe definirsi para-giudiziale, in virtù del quale l'avvocato deve comunque preservare, nell'attuazione della propria difesa, anche e soprattutto l'interesse pubblico a una corretta amministrazione della giustizia⁸².

dir. proc. civ. 2023.

⁸⁰ Sul punto, oltre all'articolo di cui alla nota precedente, si v. anche SCHWARZER, *The Federal Rules, the Adversary Process, and Discovery Reform*, op. cit.; SHAPIRO, *Some Problems of Discovery in an Adversary System*, op. cit.; SHAFFER, *Deconstructing Discovery about Discovery*, op. cit., p. 215 ss.; SCHILTZ, *On Being a Happy, Healthy, and Ethical Member of an Unhappy, Unhealthy, and Unethical Profession*, in 52 *Vand. L. Rev.* 1999, p. 871 ss.; BECKERMAN, *Confronting Civil Discovery's Fatal Flaws*, op. cit., ma spec. p. 527 ss. Si v. inoltre le considerazioni di SIMON, *The Ideology of Advocacy: Procedural Justice and Professional Ethics*, 29 *Wis. L. Rev.* 1978, p. 29 ss.

⁸¹ Per una recente analisi della nozione di *zealous advocacy* si v. SIEGEL, *Zealous Advocacy vs Truth*, in 33 *Litig.* 2006, p. 31 ss. Meno recentemente si v. invece BELLOW, MOULTON, *The Lawyering Process: Ethics and Professional Responsibility*, Mineola, New York, 1981, spec. p. 2 ss.; WOLFRAM, *Modern Legal Ethics*, op. cit., spec. p. 578 ss. (*Principle of Zealous Partisanship*).

⁸² Sulla nozione di *officer of the court* si v. in particolare GAETKE, *Lawyers*

La difficoltà di conciliare questo ruolo duplice e apparentemente contraddittorio nasce da un fraintendimento diffuso e per certi versi divenuto cronico della nozione di *zealous advocacy*. È infatti noto che dietro lo scudo formale della difesa strenuamente “zelante” abbiano trovato ampia giustificazione quei comportamenti abusivi e spregiudicati di cui si è ampiamente detto nei paragrafi precedenti⁸³. Con riferimento all’attività di difesa tecnica dell’avvocato si è invero realizzata una progressiva sovrapposizione e conseguente confusione fra la figura del *zealous attorney* e quella del difensore descritto per tramite di epiteti quali “*champion*” o “*hired gun*” del proprio assistito⁸⁴.

Una simile accezione della nozione di *zealous advocacy* si pone effettivamente in un contrasto irrisolvibile con la funzione di *officer of the court* e, più in generale, con un ruolo effettivamente

as Officers of the Court, in 42 *Vand. L. Rev.* 1989, p. 39 ss.; BALL, *Is a Lawyer an Officer of the Court?*, in AA.VV., *The Lawyer’s Professional Independence*, USA, 1985, spec. p. 1 ss.; WOLFRAM, *Modern Legal Ethics*, op. cit., ma spec. p. 17 ss. (*Officer of the Court*).

⁸³ Si rimanda sul punto a YABLON, *Stupid Lawyer Tricks: An Essay on Discovery Abuse*, op. cit., p. 1618 ss.; SUBRIN, *Fishing Expeditions Allowed: The Historical Background of the 1938 Federal Discovery Rules*, op. cit., p. 691 ss.; PACINI, YOUNG, HOPWOOD, *Fighting Discovery Abuse in Litigation*, op. cit., p. 52 ss.; JONES, *Lawyers and Justice: The Uneasy Ethics of Partisanship*, op. cit., p. 957 ss.

⁸⁴ Così ad esempio in WENDEL, *Rediscovering Discovery Ethics*, op. cit.; FRIED, *The Lawyer as Friend: The Moral Foundations of the Lawyer-Client Relation*, op. cit.; WOLFRAM, *Modern Legal Ethics*, op. cit., ma spec. p. 580 ss. Più recentemente si v. anche LUBAN, *Fiduciary Legal Ethics, Zeal and Moral Activism*, 33 *Geo. J. Legal Ethics* 2020, p. 275 ss.

collaborativo nei confronti del giudice e della controparte. È del tutto evidente, allora, come la riconfigurazione del ruolo dell'avvocato debba necessariamente passare attraverso una rimeditazione degli *standard* del proprio comportamento processuale.

A questo proposito, appare una circostanza non casuale che il dibattito scientifico di cui si è accennato in apertura si sia tradotto nel 1983 nell'elaborazione di una nuova normativa etico-professionale per l'avvocatura, *le Model Rules of Professional Conduct*⁸⁵.

Trattasi, come noto, di un apparato di regole deontologiche emanato in sostituzione del precedente *Model Code of Professional Conduct* del 1969, del quale si era evidenziata l'inadeguatezza complessiva a costituire la base normativa del necessario ripensamento del ruolo dell'avvocato⁸⁶. Invero, il *Model Code*, oltre

⁸⁵ Indice della rilevanza assunta dal dibattito scientifico intorno al ruolo dell'avvocato è la circostanza che la commissione incaricata dell'elaborazione delle *Model Rules* (la c.d. commissione KUTAK dal nome del suo presidente) impiega sei anni ad approvare il testo definitivo. Appare inoltre non trascurabile rilevare che di quella commissione facesse parte anche Marvin Frankel, di cui si è già avuto modo di parlare a proposito del ripensamento del sistema *adversarial* quale possibile soluzione alle inefficienze del *discovery*. A proposito dell'*iter* di riforma si v. in particolare le considerazioni di SCHNEYER, *Professionalism as Bar Politics: The Making of the Model Rules of Professional Conduct*, in 14 *Law & Social Inquiry* 1989, p. 677 ss. Sull'impianto complessivo della normativa etico-legale si v. anche SCHWARTZ, WYDICK, *Problems in Legal Ethics*, St. Paul, 1983, spec. parte II.

⁸⁶ Si v. ad esempio LIEBERMAN, *Crisis at the Bar: Lawyer's Unethical Ethics and What to Do About It*, New York, 1978, p. 216 ss.; LUMBARD, *Setting Standards: The Courts, the Bar, and the Lawyers' Code of Conduct*, in 30 *Cath.*

ad essere strutturato come un insieme di mere raccomandazioni più che come un effettivo quadro normativo (e in ciò rivelando la sua incapacità di conformare il comportamento dei difensori a parametri etici precisi), rifletteva la percezione comune dell'avvocato come soprattutto *zealous*, relegando a una posizione secondaria il ruolo di *officer of the court*⁸⁷.

Di qui l'esigenza di un testo nuovo, capace di delineare *standard* comportamentali di maggiore collaborazione, nonché di svolgere un'effettiva funzione di riorientamento culturale. Obiettivi, questi, di cui si trova un immediato riscontro programmatico nel preambolo introduttivo, la cui lettura combinata con il testo delle stesse *Model Rules* permette di individuarne la filosofia ispiratrice⁸⁸.

In primo luogo, e ciò specie al fine di evidenziare il cambio di passo rispetto al *Model Code*, può rilevarsi come molte delle *Rule* assumano una caratterizzazione doverosa, quasi imperativa⁸⁹. Si

U. L. Rev. 1981, p. 249 ss.; PATTERSON, *Wanted: A New Code of Professional Responsibility*, in 63 *Am. B. Ass. J.* 1977, p. 639 ss.

⁸⁷ A questo proposito si v. HAZARD, *The Future of Legal Ethics*, in 100 *Yale L. J.* 1991, p. 1239 ss.

⁸⁸ Si v. al riguardo il testo della prima proposta di riforma, KUTAK, *Proposed Model Rules of Professional*, in 36 *The Business Lawyer, Proceedings of "Corporate Law Department Forum"* 1980, p. 573 ss.; nonché il testo della riforma definitiva, KUTAK, *Final Draft: Model Rules of Professional Conduct*, in 68 *Am. Bar Ass. J.* 1982, p. 1 ss. e la relativa presentazione da parte dell'*American Bar Association*, ABA, *New Ethics Code: ABA Adopts Model Rules of Professional Conduct*, in 70 *ABA Journal* 1984, p. 1379 ss. Per una versione aggiornata delle *Model Rules of Professional Conduct* si rimanda invece al sito dell'*American Bar Association* (www.americanbar.org).

⁸⁹ A questo riguardo appaiono di particolare rilievo le riflessioni contenute in

tratta di un aspetto che si riflette nel linguaggio impiegato e, in particolare, nell'utilizzo dei verbi modali *shall* o *should* in luogo di *may*, che viene riservato alle sole disposizioni implicanti la discrezione del difensore⁹⁰. Per utilizzare le parole di uno dei più stimati esperti di etica legale, Geoffrey Hazard Jr. (che del resto partecipò ai lavori della commissione quale consulente), si passa dalle mere “ammonizioni fraterne” del *Model Code* a effettive regole legali, con ciò assumendo una posizione evidentemente indicativa dell'intenzione di individuare nelle *Rule* un effettivo e serio quadro normativo di riferimento per gli *standard* comportamentali dei difensori⁹¹.

HAZARD, *The Future of Legal Ethics*, op. cit., p. 1239 ss.; DAY, *Administrative Watchdogs or Zealous Advocates? Implications for Legal Ethics in the Face of Expanded Attorney Liability*, in 45 *Stan. L. Rev.* 1993, p. 645 ss.; LEVINE, *Taking Ethics Codes Seriously: Broad Ethics Provisions and Unenumerated Ethical Obligations in a Comparative Hermeneutic Framework*, in 77 *Tul. L. Rev.* 2003, p. 527 ss.; ZACHARIAS, *Specificity in Professional Responsibility Codes: Theory, Practice, and the Paradigm of Prosecutorial Ethics*, in 69 *Notre Dame L. Rev.* 1993, p. 223 ss.

⁹⁰ Si tratta di un aspetto di cui viene dato conto dallo stesso Kutak nel preambolo introduttivo al testo delle *Model Rules*, KUTAK, *Final Draft: Model Rules of Professional Conduct*, op. cit., spec. p. 4.

⁹¹ Così HAZARD, *The Future of Legal Ethics*, op. cit., ma spec. p. 1249; per un riferimento all'incarico di Hazard come consulente nella Commissione Kutak si v. invece ID., *Rules of Legal Ethics - The Drafting Task*, in 36 *Rec. Ass. Bar of the City of New York* 1981, p. 77 ss. Di questo Autore si v., pur nell'ambito di una produzione vastissima, alcuni dei suoi più importanti lavori in tema di *legal ethics*, fra cui in particolare HAZARD, HODES, *The Law of Lawyering*, 3ed., Vol. 1, New York, 2003, *passim*; ID., *Triangular Lawyer-Client Relationships: An Exploratory Analysis*, in 1 *Geo. J.L.E.* 1987, p. 15 ss.; ID., *Ethics in the Practice*

In secondo luogo, le *Model Rules* realizzano quello che potrebbe definirsi un tentativo di procedere a una più precisa perimetrazione dei ruoli tradizionalmente assunti dall'avvocato nell'ordinamento statunitense⁹². A dimostrazione di tale circostanza è sufficiente ricordare la scansione delle funzioni con cui si apre il preambolo introduttivo al testo normativo (“*A lawyer is a representative of clients, / an officer of the legal system / and a public citizen having special responsibility for the quality of justice*”) nonché il richiamo ivi contenuto a contemperare le esigenze della difesa con gli ideali di giustizia e a fare della professione forense anche un esempio di pubblico servizio⁹³. Il tutto in un'auspicata logica di cooperazione (definita dalla *Model Rule 3.3*. in termini di *candor toward the Tribunal*) fra giudice e avvocati⁹⁴.

Peraltro, pur essendo evidente il proposito di riabilitare la

of Law, New Haven, 1978, *passim*; HAZARD, DONDI, *Legal Ethics – A Comparative Study*, Stanford, 2004, p. 15 ss. (trad. it. a cura di LUCERTINI, *Etiche della professione legale - Un approccio comparato*, Bologna, 2005). Sul carattere maggiormente prescrittivo delle nuove *Model Rules* si v. anche ZACHARIAS, *Specificity in Professional Responsibility Codes: Theory, Practice, and the Paradigm of Prosecutorial Ethics*, op. cit., p. 223 ss.

⁹² Così SCHNEYER, *Professionalism as Bar Politics: The Making of the Model Rules of Professional Conduct*, op. cit., spec. p. 731 ss.; HAZARD, *The Future of Legal Ethics*, op. cit., p. 1249 ss.

⁹³ Si v. KUTAK, *Final Draft: Model Rules of Professional Conduct*, op. cit., spec. p. 4.

⁹⁴ Per il testo della *Model Rule 3.3*. si rimanda nuovamente a KUTAK, *Final Draft: Model Rules of Professional Conduct*, op. cit., ma spec. pp. 20-21; per una definizione di *candor* si v. invece SCHWARTZ, WYDICK, *Problems in Legal Ethics*, op. cit., ma spec. p. 144 ss.

funzione di *officer of the court* rispetto alla posizione subordinata ad essa riservata dal *Model Code*, non vi è a questo riguardo chi non abbia rilevato un qualche scarto fra l'intenzione e il risultato poi conseguito⁹⁵. Invero, mentre il *draft* originariamente proposto dalla commissione incaricata presentava diverse nuove *obligation* del difensore in qualità di *officer of the court*, la versione finale – a seguito della revisione operata dall'*American Bar Association* – risulta per così dire impoverita e per certi versi non poi così dissimile dal testo originario del *Model Code*.

Appare comunque apprezzabile il tentativo, che – sebbene solo parzialmente compiuto – resta sintomatico di un dibattito serio ed effettivo sul ruolo del difensore come anche collaboratore giudiziale⁹⁶.

Infine, appare una circostanza non trascurabile, specie in considerazione di quanto detto in precedenza, l'eliminazione dal testo delle *Model Rules* dell'aggettivo *zealous* con riferimento alla connotazione dell'attività difensiva. La *Rule* 1.3 si limita infatti a domandare all'avvocato di rappresentare il proprio assistito con “*reasonable diligence*” e “*promptness*”⁹⁷. Potrebbe apparire una

⁹⁵ Così ad esempio GAETKE, *Lawyers as Officers of the Court*, op. cit., spec. p. 69.

⁹⁶ A questo proposito si v. EIDSNESS, SPENCER, *Confronting Ethical Issues in Practice: The Trial Lawyer's Dilemma*, in 45 *Fam. L. Quart.* 2011, p. 21 ss.; WENDEL, *Rediscovering Discovery Ethics*, op. cit., p. 895 ss.

⁹⁷ Cfr. *Model Rule* 1.3 “*A lawyer shall act with reasonable diligence and promptness in representing a client*”, il cui testo completo è reperibile in KUTAK, *Final Draft: Model Rules of Professional Conduct* nonché, nella sua ultima edizione, sul sito dell'*American Bar Association* (www.americanbar.org).

modifica formale e quasi artificiosa (anche tenuto conto che persiste un riferimento alla *zealous advocacy* tanto nel preambolo quanto nella sezione di commento alla normativa), e tuttavia risulta del tutto rappresentativa di un'evidente inversione di tendenza⁹⁸. Invero, attraverso l'esclusione della *zealous advocacy* dall'elenco delle *ethical obligation* delle *Model Rules* (elenco che, lo si ripete ai fini di evidenziarne la crucialità, costituisce l'unica parte coattiva del testo) viene manifestata l'intenzione di rompere con la tradizione precedente e di realizzare un effettivo *paradigm shift* verso una strutturazione dell'avvocatura come più eticamente responsabile nei confronti del sistema giustizia.

Del resto, a dimostrazione del rilievo che assume questa semplice ma dirimpente modifica "per sottrazione", è sufficiente ricordare che di essa si trova, a partire dalla seconda metà degli anni '80, un concordante riscontro anche in molte delle normative etico-professionali locali⁹⁹.

Ciò posto, non appare superfluo rilevare che l'introduzione delle *Model Rules* costituisce solo un segmento del complessivo percorso di riforma tendente alla riconfigurazione del ruolo

⁹⁸ A questo proposito si v. VILARDO, DOYLE, *Where Did the Zeal Go?*, in 38 *Litig.* 2011, p. 53 ss.; WAXSE, *Cooperation-What Is It and Why Do It?*, op. cit., p. 8 ss.; ancora più recentemente LUBAN, *Fiduciary Legal Ethics, Zeal and Moral Activism*, op. cit., p. 275 ss.

⁹⁹ Si v. ad esempio le modifiche introdotte in questo senso alle normative etico-professionali di Ohio, Arizona, California e, più recentemente nel 2009, di New York, di cui si dà atto in RELIFORD, DAVIS, *Real Zeal: The Thin Line Between Zealous Advocacy and Unethical Conduct*, in www.bradley.com, 2019, *passim*.

dell'avvocato.

Invero, in quegli stessi anni, per certi versi con una funzione quasi complementare rispetto a quanto già realizzato in sede deontologico-sostanziale, si assiste all'adozione di rilevanti normative disciplinari¹⁰⁰. Il riferimento è all'entrata in vigore, nella seconda metà degli anni '80, delle *Model Rules for Lawyer Disciplinary Enforcement*, dedicate al *côté* disciplinare-sanzionatorio, nonché all'introduzione degli *ABA Standards for Lawyer Discipline And Disability Proceedings*, recanti appunto gli *standard* a cui fare riferimento per l'imposizione delle misure punitive (e successivamente incorporati nelle stesse *Model Rules for Lawyer Disciplinary Enforcement*)¹⁰¹.

Individuando fra le *Rule* disciplinari quella di maggiore interesse per l'indagine qui proposta, si può dire che la norma di riferimento a questo riguardo sia rappresentata dalla *Rule 10 MRLDE*. Tale norma si caratterizza per un ventaglio di sanzioni piuttosto variegato (dal *disbarment* alla *suspension*, dalla *probation* al pagamento di ingenti somme di denaro), che, avendo come unico destinatario lo stesso difensore, realizzano una funzione deterrente

¹⁰⁰ A questo riguardo di particolare rilievo appaiono le considerazioni di v. LEVIN, *The Emperor's Clothes and Other Tales About the Standards for Imposing Lawyer Discipline Sanctions*, in 48 *Ame. Un. L. Rev.* 1998, p. 1 ss.

¹⁰¹ Le *Model Lawyer Discipline Rules* sono state adottate nel 1985, ma già nel 1989 ne è stata proposta una nuova versione comprensiva dei *Lawyer Discipline Standards*, e ciò allo scopo di fornire all'avvocatura un unico testo di riferimento deontologico-disciplinare. Per uno studio approfondito dell'evoluzione di questa normativa si v. DEVLIN, *The Development of Lawyer Disciplinary Procedures in the United States*, in 1 *J. Prof. Law. Symp. Issues* 2008, p. 359 ss.

ben più efficace di quella attuata per tramite dell'imposizione delle sanzioni che puniscono il cliente per le scorrettezze del difensore (come, ad esempio, lo *striking out* della domanda)¹⁰².

Tale ultimo riferimento offre peraltro l'occasione di precisare il rapporto sussistente fra la normativa etico-disciplinare (le *Model Rules of Professional Conduct* e le *Model Rules for Lawyer Disciplinary Enforcement*) e la normativa processuale in senso proprio (le *Federal Rules of Civil Procedure* e, in particolare, la *Rule 37*). Come si è già avuto modo di ricordare, nel 1983 si realizza una riforma della *Rule 26* che in sostanza conferma anche a livello legislativo quel *sanctioning approach* già sperimentato a livello giurisprudenziale¹⁰³. Il giudice viene infatti sollecitato, per non dire forzato, a irrogare le sanzioni di cui alla *Rule 37* nell'ipotesi di verifica di comportamenti idonei a ostacolare il funzionamento del meccanismo di *discovery*¹⁰⁴. Questi stessi comportamenti integrano però anche un'utilizzazione deontologicamente impropria del *discovery*, con la conseguenza di realizzare una contestuale violazione della disciplina etico-professionale¹⁰⁵. Il riferimento è, in

¹⁰² Il testo completo della *Rule 10* è reperibile, nella sua versione più aggiornata, sul sito dell'*American Bar Association* (www.americanbar.org).

¹⁰³ Sul punto si v. ancora DRESCHER, *Discovery Sanctions under the Federal Rules of Civil Procedure: A Goal-Oriented Mission for Rule 37*, op. cit.; MILLER, *The August 1983 Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure: Promoting Effective Case Management and Lawyer Responsibility*, op. cit., spec. p. 11 ss.

¹⁰⁴ MURPHY, *The Use of Rule 37(b) Sanctions to Enforce Jurisdictional Discovery*, op. cit.

¹⁰⁵ A questo proposito si v. SCHAEFER, *Attorneys, Document Discovery and*

particolare, alla *Rule 3.4* delle *MRPC*, nel cui ambito sono menzionate le principali ipotesi di *discovery misconduct* (attività ostruttive e distruttive, richieste istruttorie improprie e mancata esecuzione degli ordini di *disclosure*), la cui realizzazione comporta l'applicazione delle sanzioni di cui alla già menzionata *Rule 10* delle *MRLDE*¹⁰⁶.

Appare dunque del tutto evidente come tale rinnovato *framework* normativo vada a costituire un importante strumento di ausilio alla riconfigurazione del ruolo dell'avvocato, il quale – in considerazione del duplice rilievo, processuale e disciplinare, assunto dalle attività deontologicamente improprie – viene così indotto a conformare il proprio comportamento a *standard* etico-professionali di maggiore cooperazione¹⁰⁷.

5. Il XXI secolo e la definitiva attuazione di un *paradigm shift* verso la *culture cooperation*.

È innegabile che il dibattito scientifico e le conseguenti riforme normative intervenute negli ultimi decenni del XX secolo abbiano scosso gli equilibri dei rapporti fra i soggetti tecnici del

Discipline, op. cit.

¹⁰⁶ Il testo della *Model Rule 3.4* “*Fairness to Opposing Party and Counsel*” è consultabile in KUTAK, *Final Draft: Model Rules of Professional Conduct* nonché, nella sua ultima edizione, sul sito dell'*American Bar Association* (www.americanbar.org).

¹⁰⁷ Si v. ancora SCHAEFER, *Attorneys, Document Discovery and Discipline*, op. cit.

processo come tradizionalmente intesi. Così come appare innegabile l'intenzione di individuare nella trasformazione del giudice in *manager* attivo e propositivo e nella rivalutazione etico-professionale del ruolo dell'avvocato le soluzioni cardinali per risolvere il fenomeno dell'*abuse* nei termini sopra descritti.

Ciò nonostante, a partire dalla fine degli anni '90, è ricorrente nell'ambito della discussione scientifica la constatazione di una certa insoddisfazione per lo stato delle cose e una qualche delusione per gli scarsi risultati derivati da quelle elaborazioni¹⁰⁸. Invero, quasi in contrapposizione con le aspirazioni del decennio precedente, ha inizio in quegli anni - per utilizzare un'efficace espressione di Richard Marcus, uno degli studiosi più attenti al tema del *discovery abuse* - la c.d. "*Rambo-lawyers Era*", il cui significato viene chiarito dalla dottrina più recente; con l'espressione "*Rambo lawyer*" si intende fare riferimento a quel tipo di avvocato capace di attuare strategie difensive particolarmente agguerrite, assimilabili a quelle

¹⁰⁸ Si v. a questo riguardo le considerazioni svolte da MORGAN, *The Fall and Rise of Professionalism*, in 19 *U. Rich. L. Rev.* 1985, p. 451 ss.; BROWN, *How to Stop the Decline of the American Law Profession: Divide the Bar and Raise a Cadre for Civilization*, in 1 *Geo. J. Legal Ethics* 1988, p. 653 ss.; BURGER, *The Decline of Professionalism*, in 63 *Fordham L. Rev.* 1995, p. 949 ss.; GARTH, *Two Worlds of Civil Discovery: From Studies of Cost and Delay to the Markets in Legal Services and Legal Reform*, in 39 *B.C. L. Rev.* 1998, p. 597 ss.; ASPEN, *Overcoming Barriers to Civility in Litigation*, in 69 *Miss. L.J.* 2000, p. 1049 ss.; HARRIS, *The Professionalism Crisis – The 'Z' Words and Other Rambo Tactics: the Conference of Chief Justices Solution*, in 53 *South Carolina L. Rev.* 2002, p. 549 ss.; GARTH, *From Civil Litigation to Private Justice: Legal Practice at War with the Profession and Its Values*, in 59 *Brook. L. Rev.* 1993, p. 931 ss.

di un “combattente” in senso proprio¹⁰⁹. Soprattutto, il *Rambo lawyer* si caratterizza per un comportamento complessivamente scorretto e sleale, nonché irrispettoso di quel *minimum* di regole riconducibili a una normale convivenza civile¹¹⁰. Peraltro, non è infrequente, quantomeno nell’ambito del dibattito dottrinale, imbattersi nella sovrapposizione fra la nozione di *Rambo lawyer* e quella di *zealous lawyer*¹¹¹.

In effetti, tale sovrapposizione appare giustificata dalla connotazione negativa assunta dalla *zealous advocacy* e derivante

¹⁰⁹ Si v. MARCUS, *Cooperation and Litigation: Thoughts on the American Experience*, in 61 *Kansas L. Rev.* 2013, p. 821 ss. (la citazione in particolare è tratta da p. 846); REAVLEY, *Rambo Litigators: Pitting Aggressive Tactics Against Legal Ethics*, in 17 *Pepp. L. Rev.* 1990, p. 637 ss.; KANNER, *Welcome Home Rambo: High-Minded Ethics and Low-Down Tactics in the Courts*, in 25 *Loy. L.A. L. Rev.* 1991, p. 81 ss.; più recentemente si v. CAMPBELL, *Raise Your Hand and Swear to Be Civil: Defining Civility as an Obligation of Professional Responsibility*, in 47 *Gonz. L. Rev.* 2001, p. 99 ss.

¹¹⁰ Sui comportamenti processuali ormai “tipizzati” dei *Rambo lawyer* v. BECKERMAN, *Confronting Civil Discovery's Fatal Flaws*, op. cit., spec. pp. 578-584; HICKS, *Strategies and Tips for Dealing with Dirty Litigation Tactics by Opposing Counsel, Employment and Labor Law*, op. cit., spec. p. 155 ss.; WILBERT, *Muzzling Rambo Attorneys: Preventing Abusive Witness Coaching by Banning Attorney-initiated Consultations with Deponents*, in 21 *Geo. J. Legal Ethics* 2008, p. 1129 ss.; KANNER, *Welcome Home Rambo: High-Minded Ethics and Low-Down Tactics in the Courts*, op. cit., p. 81 ss.; SAYLER, *Rambo Litigation: Why Hardball Tactics Don't Work*, in *A.B.A. J.* 1988, p. 79 ss.; CARY, *Rambo Depositions: Controlling an Ethical Cancer in Civil Litigation*, in 25 *Hofstra L. Rev.* 1996, p. 561 ss.

¹¹¹ Così ad esempio in BECKERMAN, *Confronting Civil Discovery's Fatal Flaws*, op. cit., ma spec. p. 579.

dalla sua impropria percezione come antitetica rispetto agli interessi di giustizia (e che di fatto ne ha giustificato l'eliminazione dal testo delle *Model Rules*). Come si è detto in apertura del precedente paragrafo, una simile interpretazione della *zealous advocacy* si fonda tuttavia su fraintendimento: quello di pensare alla *zealous advocacy* come a un contenitore virtuale idoneo a giustificare qualsiasi strategia difensiva purché adottata nell'interesse di parte¹¹². Al contrario, nel suo significato originario, la *zealous advocacy*, pur individuando nel perseguimento degli interessi del proprio assistito il proprio parametro di riferimento, trova nel rispetto degli interessi di verità e giustizia il limite del proprio agire. In questa veste, e come del resto si vedrà nelle battute finali del presente lavoro, anche la *zealous advocacy* risulta compatibile con una configurazione del rapporto triangolare giudice-difensori in senso maggiormente collaborativo.

Ciò posto, la proliferazione dei *Rambo Lawyers* sembra potersi imputare allo scarto realizzatosi fra il quadro normativo derivante dalle riforme intervenute a partire dagli anni '80 e la prassi forense, rimasta quantomeno in un primo momento pressoché insensibile a quei cambiamenti¹¹³. La difficoltà nel recepire quelle

¹¹² Si v. sul punto HICKS, *Strategies and Tips for Dealing with Dirty Litigation Tactics by Opposing Counsel*, op. cit., ma spec. p. 158 ss.; WOLFSON, *Addressing the Adversarial Dilemma of Civil Discovery*, op. cit., p. 17 ss.

¹¹³ MOLOT, *How Changes in the Legal Profession Reflect Changes in Civil Procedure*, op. cit., ma spec. p. 1010 ss.; KANNER, *Welcome Home Rambo: High-Minded Ethics and Low-Down Tactics in the Courts*, op. cit., p. 81 ss.; CAMPBELL, *Raise Your Hand and Swear to Be Civil: Defining Civility as an Obligation of Professional Responsibility*, op. cit., p. 99 ss., spec. p. 101 ss.

normative si spiega in considerazione del fatto che esse realizzano un mutamento culturale su carta non immediatamente trasferibile sul piano applicativo.

Appare una circostanza paradigmatica di tale rilievo lo scarso impiego, del resto ancora attuale, delle sanzioni disciplinari nei confronti dei difensori che utilizzino il meccanismo di *discovery* in modo deontologicamente improprio¹¹⁴. Invero, nonostante la *Model Rule* 8.3 domandi ai difensori di riferire alle autorità preposte (il giudice o il *Bar*) le violazioni deontologiche di cui vengano a conoscenza, è noto che gli avvocati siano tendenzialmente riluttanti a denunciare eventuali *misconduct*¹¹⁵. Ciò in quanto, per motivi che

¹¹⁴ Si v. a questo riguardo gli studi di BENÉ, *Why Not Fine Attorneys?: An Economic Approach to Lawyer Disciplinary Sanctions*, in 43 *Stan. L. Rev.* 1991, p. 907 ss.; MCMORROW, GARDINA, RICCIARDONE, *Judicial Attitudes Toward Confronting Attorney Misconduct: A View from the Reported Decisions*, in 32 *Hofstra L. Rev.* 2004, p. 1425 ss.; LEVIN, *The Emperor's Clothes and Other Tales About the Standards for Imposing Lawyer Discipline Sanctions*, op. cit., ma spec. p. 8 ss.; DEGRAW, BURTON, *Lawyer Discipline and Disclosure Advertising: Towards a New Ethos*, in 72 *N.C. L. Rev.* 1994, p. 351 ss.; WOLFRAM, *Modern Legal Ethics*, op. cit., ma spec. p. 79 ss. (*Lawyer Deviance and Bar Response*); e ancora SCHAEFER, *Attorneys, Document Discovery and Discipline*, op. cit., ma spec. p. 22 ss. Più in generale sul ruolo del giudice come “regolatore” dei comportamenti degli avvocati si v. il recente studio di WALD, *Should Judges Regulate Lawyers?*, in 42 *McGeorge L. Rev.* 2016, p. 149 ss.; MCMORROW, *The (F)Utility of Rules: Regulating Attorney Conduct in Federal Court Practice*, in 58 *Smu. L. Rev.* 2005, p. 3 ss.

¹¹⁵ Si v. a questo proposito in particolare le considerazioni di SCHNEYER, *Professional Discipline for Law Firms*, in 77 *Cornell L. Rev.* 1991, p. 1 ss.; ROTUNDA, *The Lawyer's Duty To Report Another Lawyer's Unethical Violations in the Wake of Himmel*, in *U. Ill. L. Rev.* 1988, p. 977 ss.

possono ricondursi a una cultura forense latente ma ancora presente, l'avvocato percepisce un simile comportamento di delazione come contrario alla propria...etica (!), perché in grado di ledere la propria e l'altrui immagine professionale e perché, fondamentalmente, si identifica nel suo collega e nelle sue azioni¹¹⁶.

Tuttavia, specie nell'ambito del *discovery abuse*, non sanzionare anche sotto il profilo disciplinare (oltre che processuale *ex Rule 37*) le scorrettezze del difensore ha quantomeno due rilevanti conseguenze: per un verso, si perde l'occasione di realizzare un'importante funzione di deterrenza nei confronti dell'avvocato, il quale non viene in tal modo incentivato a un comportamento che sia anche eticamente proprio¹¹⁷. Come si è visto, la sola applicazione delle sanzioni processuali non ha infatti come necessario destinatario il difensore, risolvendosi più spesso in una punizione nei confronti della parte assistita.

Per altro verso, e soprattutto, la *Model Rule 3.4*, imponendo all'avvocato di agire con lealtà e correttezza nella fase di *discovery*, indirettamente codifica i valori fondanti della professione; pertanto, ignorare l'aspetto disciplinare del *discovery abuse* significa ignorare

¹¹⁶ Si v. a questo riguardo, di recente, SCHAEFER, *Attorneys, Document Discovery and Discipline*, op. cit., spec. p. 22 ss.; LUBAN, *Fiduciary Legal Ethics, Zeal and Moral Activism*, op. cit., spec. p. 296, ove viene riportato un *joke* emblematico della riluttanza degli avvocati a denunciare le violazioni deontologiche dei propri colleghi: dopo un naufragio di una nave, alcuni squali mangiarono tutti i passeggeri fuorché gli avvocati; alla domanda sul perché gli avvocati fossero stati risparmiati, gli squali risposero "Professional courtesy".

¹¹⁷ Si v. MCMORROW, *The (F)Utility of Rules: Regulating Attorney Conduct in Federal Court Practice*, op. cit., p. 3 ss.

tali valori.

È del tutto evidente, dunque, come i problemi tuttora esistenti con riferimento alla riconfigurazione del ruolo dell'avvocato siano (ancora) problemi di matrice per così dire "culturale". E non appare allora sotto questo profilo una circostanza casuale che le soluzioni più recentemente avanzate proponano interventi di reindirizzamento della classe forense che insistono per l'appunto sul piano etico-professionale più che sulla normativa processuale in senso proprio¹¹⁸.

Avviando il discorso alla conclusione, qualche ulteriore osservazione può essere fatta proprio intorno a tali proposte.

Fra queste si segnala, in primo luogo, quella consistente in una parziale rimodulazione delle *Model Rules of Professional Conduct*, e ciò non tanto sotto un profilo strettamente sostanziale quanto piuttosto con riferimento a una loro più opportuna riconfigurazione formale¹¹⁹. Invero, già a verso la fine degli anni '90, si riscontra nell'ambito della letteratura scientifica un neanche troppo velato malcontento per quelle regole che, figlie dei non facili compromessi raggiunti dalla Commissione Kutak con l'*American Bar Association*, appaiono in effetti troppo generiche per esercitare

¹¹⁸ Così, ad esempio, GILSON, MNOOKIN, *Disputing Through Agents: Cooperation and Conflict Between Lawyers in Litigation*, op. cit.; MILLER, *Preventing Misconduct by Promoting the Ethics of Attorneys' Supervisory Duties*, in 70 *Notre Dame L. Rev.* 1994, p. 259 ss.

¹¹⁹ A questo proposito si v. LEVIN, *The Emperor's Clothes and Other Tales About the Standards for Imposing Lawyer Discipline Sanctions*, op. cit., ma spec. p. 38.

un'effettiva funzione di riorientamento dell'avvocatura¹²⁰.

Del resto, non appare trascurabile la circostanza che lo stesso Geoffrey Hazard, che, come detto, svolse funzioni di consulenza per la Commissione, avesse recentemente rilevato l'inadeguatezza dell'attuale configurazione delle *Model Rules* lamentando una loro eccessiva vaghezza d'espressione¹²¹. Si pensi, per non fare che un esempio, alla *Model Rule* 1.3: questa norma, limitandosi a statuire che il difensore debba agire con "*reasonable diligence*", non delinea uno *standard* comportamentale sufficientemente chiaro o comunque soddisfacente per una normativa etico-professionale che possa definirsi adeguata.

Peraltro, il carattere per certi versi ambiguo di molte delle disposizioni delle *Model Rules* viene di frequente indicato anche fra le ragioni che ostacolano un appropriato esercizio dell'azione disciplinare¹²². Si è infatti detto che gli avvocati, per ragioni di costume diffuso, mostrino non poche difficoltà a denunciare le

¹²⁰ ZACHARIAS, *What Lawyers Do When Nobody's Watching: Legal Advertising as a Case Study of the Impact of Underenforced Professional Rules*, in 87 *Iowa L. Rev.* 2002, p. 973 ss., ma spec. 998 ss.; BARTON, *The ABA, the Rules, and Professionalism: The Mechanics of Self-Defeat and a Call for a Return to the Ethical, Moral, and Practical Approach of the Canons*, in 83 *N.C. L. Rev.* 2005, p. 411 ss.; MOORE, *Lawyer Ethics Code Drafting in the Twenty-First Century*, in 30 *Hofstra L. Rev.* 2002, p. 923 ss.

¹²¹ Si v. infatti quanto rilevato da questo Autore in HAZARD, REMUS, *Advocacy Revalued*, in 159 *U. Pa. L. Rev.* 2011, p. 751 ss., ma spec. pp. 772-773.

¹²² A questo riguardo si v. ZHAO, *Rules, Morality, and Legal Ethics: Searching for the Underlying Principle of Lawyer Regulation*, in 25 *Geo. J. Legal Ethics* 2012, p. 857 ss.

violazioni disciplinari dei propri colleghi¹²³. Ma un simile atteggiamento di ritrosia appare del tutto agevolato dalla stessa normativa professionale. Invero, ai sensi della *Model Rule* 8.3, i difensori devono riferire delle violazioni disciplinari di cui vengono a conoscenza (“*which they know*”) quando queste sollevino questioni attinenti all’onestà, l’affidabilità o l’idoneità di un collega a svolgere la professione. Tuttavia, tanto la possibilità di interpretare più o meno estensivamente simili nozioni quanto la mancanza di un’indicazione precisa circa il livello di conoscenza effettivamente necessario a integrare gli estremi della denuncia, rendono di fatto facile per gli avvocati evitare la delazione¹²⁴.

È dunque evidente come la formulazione delle *Model Rules* per tramite di un linguaggio più stringente impedirebbe o comunque attenuerebbe simili aggiramenti, garantendo l’attuazione coattiva delle regole professionali e dei valori da esse veicolati¹²⁵.

Un’altra proposta che non di rado si riscontra nella letteratura

¹²³ Si v. ancora MILLER, *Preventing Misconduct by Promoting the Ethics of Attorneys’ Supervisory Duties*, op. cit., spec. 261 ss.

¹²⁴ A questo proposito si v. le riflessioni di GREENBAUM, *The Attorney’s Duty to Report Professional Misconduct: A Roadmap for Reform*, in 16 *Geo. J. Legal Ethics* 2003, p. 259 ss., ma spec. pp. 279-282; OTT, NEWTON, *A Current Look at Model Rule 8.3: How Is It Used and What Are Courts Doing About It*, in 16 *Geo. J. Legal Ethics* 2003, p. 747 ss.; LYNCH, *The Lawyer as Informer*, in *Duke L. J.* 1986, p. 491 ss. Sul livello di conoscenza necessario per integrare il presupposto della denuncia si v. ROTUNDA, *The Lawyer’s Duty To Report Another Lawyer’s Unethical Violations in the Wake of Himmel*, op. cit., p. 977 ss., ma spec. p. 986.

¹²⁵ Si v. ad esempio ZACHARIAS, *Effects of Reputation on the Legal Profession*, in 65 *Wash. & Lee L. Rev.* 2008, p. 173 ss., ma spec. 195 ss.; inoltre, si v. ancora HAZARD, REMUS, *Advocacy Revalued*, op. cit., spec. 773-774.

più recente è quella che insiste sulla necessità di intervenire con anticipo sulla formazione etica della classe forense. Si intende qui fare riferimento all'esigenza di incentivare, già durante il percorso formativo che avviene all'interno delle *law school*, gli avvocati del domani al rigoroso rispetto della normativa deontologica¹²⁶. Tale proposta si sostanzia nell'inserimento nei piani di studio, fin dal primo anno, di corsi di *legal ethics* come corsi principali e non meramente "opzionali"¹²⁷. Si ritiene infatti che una simile

¹²⁶ Si v. a questo proposito ad esempio GRIMM, WILLIAMS, *The Judicial Beatings Will Continue Until Morale Improves: The Prisoner's Dilemma of Cooperative Discovery and Proposals for Improved Morale*, op. cit., p. 107 ss., ma spec. p. 131; RHODE, *Ethics by the Pervasive Method*, in 42 *Journal of Legal Education* 1992, p. 31 ss.; DONDI, *Un-Horizontal Legal Upbringing as a Problem of Cultural and Professional Interaction - The U.S. and Italian Models Compared*, in 15 *ZZP Int.* 2010, p. 77 ss.; ID., *Qualche considerazione comparata in tema di educazione giuridica istituzionale*, in *Pol. dir.* 2013, p. 105 ss.

¹²⁷ Fondamentali a questo riguardo sono le considerazioni di PEARCE, *Legal Ethics Must Be the Heart of the Law School Curriculum Symposium: Recommitting to Teaching Legal Ethics - Shaping Our Teaching in a Changing World*, in 26 *J. Legal Prof.* 2002, p. 159 ss.; ID., *Teaching Ethics Seriously: Legal Ethics as the Most Important Subject in Law School*, in 29 *Loy. U. Chi. L. J.* 1998, p. 719 ss. Si v. anche SCHECHTER, *Changing Law Schools to Make Less Nasty Lawyers*, in 10 *Geo. J. Legal Ethics* 1997, p. 367 ss.; CRAMTON, KONIAK, *Rule, Story, and Commitment in the Teaching of Legal Ethics*, in 38 *Wm. & Mary L. Rev.* 1996, p. 145 ss. Per considerazioni più risalenti a questo proposito si v. anche ACKERMAN, *Law Schools and Professional Responsibility: A Task for All Seasons*, in 88 *Dick. L.Rev.* 1984, p. 202 ss.; PIPKIN, *Law School Instruction in Professional Responsibility: A Curricular Paradox*, in 4 *Am. B. Found. R. J.* 1979, p. 247 ss. Sulle possibili modalità di insegnamento di questa materia, si v.

implementazione del programma formativo possa favorire l'immediato sviluppo delle conoscenze e capacità necessarie per gestire responsabilmente la controversia, così da favorire sul lungo termine la creazione di una nuova generazione di difensori avente nel proprio bagaglio culturale una naturale predisposizione al rispetto della disciplina etico-professionale¹²⁸.

Quale ultima proposta di particolare rilievo, anche per la risonanza ottenuta a livello mediatico, si segnala la “*Cooperation Proclamation*” pubblicata dalla *Sedona Conference* nel 2008¹²⁹. Si tratta di un documento avente come scopo la promozione della cooperazione fra le parti e nei confronti del giudice nella fase di *pretrial discovery*. L'aspirazione di fondo è, in particolare, quella di risolvere le inefficienze del *discovery* dimostrando ai soggetti tecnici del processo i benefici della cooperazione e indicando loro gli strumenti a cui fare riferimento per realizzare questo *paradigm shift* verso una gestione collaborativa della controversia¹³⁰.

infine LERMAN, *Teaching Ethics In and Outside of Law Schools: What Works and What Doesn't*, in *57 Prof. Law.* 2006, p. 57 ss.

¹²⁸ Si v. ancora GRIMM, WILLIAMS, *The Judicial Beatings Will Continue Until Morale Improves*, op. cit., p. 131; ACKERMAN, *Law Schools and Professional Responsibility: A Task for All Seasons*, op. cit., p. 202 ss.

¹²⁹ *Sedona* è un noto istituto *nonprofit* per gli studi giuridici di cui fanno parte esponenti dell'accademia, del giudiziario e dell'avvocatura statunitense. Per il testo della *Proclamation* si rimanda a THE SEDONA CONFERENCE®, *The Sedona Conference Cooperation Proclamation*, in *10 Sedona Conf. J.* 2009, p. 331 ss. Per un commento di tale documento nella letteratura scientifica recente si v. LONDON, *Resolving the Civil Litigant's Discovery Dilemma*, op. cit., spec. p. 838 ss.

¹³⁰ SHAFFER, *Deconstructing Discovery about Discovery*, op. cit., p. 215 ss.;

La *Proclamation* si fonda invero sul presupposto che l'attuale configurazione delle *Federal Rules of Civil Procedure* e delle *Model Rules of Professional Conduct* offra in realtà un notevole supporto allo sviluppo della “*culture of cooperation*”, ma che tale apparato normativo non sia stato ancora pienamente valorizzato. Infatti, per quanto nessuna delle *Rule* richieda espressamente di cooperare, le *Rule* 1, 26 e 37 delle FRCP costituiscono un *framework* sufficientemente strutturato per favorire un approccio collaborativo alla controversia¹³¹.

In particolare, la *Rule* 26, domandando alle parti di svolgere un incontro preliminare per discutere sul merito della causa e per elaborare un *discovery plan*, incoraggia un dialogo fattivo fra i difensori e offre, di conseguenza, un'importante occasione di cooperazione. Parimenti espressiva di un simile indirizzo è la *Rule* 37, che – sanzionando tutti quei comportamenti che si identificano in un “*Failure to Make Disclosures or to Cooperate in Discovery*” –

GENSLER, *A Bull's-Eye View of Cooperation in Discovery*, in 10 *Sedona Conf. J.* 2009, p. 363 ss.; KOURLIS, KAUFFMAN, *The America Civil Justice System: From Recommendations to Reform in the 21st Century*, in 61 *U. Kan. L. Rev.* 2013, p. 877 ss., ma spec. p. 889; e soprattutto si v. GRIMM, *The State of Discovery Practice in Civil Cases: Must the Rules Be Changed to Reduce Costs and Burden, or Can Significant Improvements Be Achieved within the Existing Rules?*, in 12 *Sedona Conf. J.* 2011, p. 47 ss.

¹³¹ A questo riguardo, si v. di recente anche GRIMM, *Are We Insane? The Quest for Proportionality in the Discovery Rules of the Federal Rules of Civil Procedure*, op. cit. spec. p. 148. Si v. sul punto nuovamente GENSLER, *A Bull's-Eye View of Cooperation in Discovery*, op. cit., ma spec. p. 366 ss.; ID., *Some Thoughts on the Lawyer's e-Volving Duties in Discovery*, op. cit., ma spec. p. 545 ss.

costituisce un utile strumento di coazione indiretta alla collaborazione.

Allo stesso modo, anche le *Model Rules of Professional Conduct*, pur non individuando espressamente in capo alle parti uno specifico dovere di cooperazione, manifestano un'evidente propensione in tal senso. Invero, specialmente le *Model Rules* 3.2 e 3.4, vietando ai difensori comportamenti ostruttivi, distruttivi, dilatori o comunque scorretti nella fase di raccolta del materiale probatorio, vietano di fatto comportamenti non collaborativi, così domandando quantomeno indirettamente un atteggiamento cooperativo.

Peraltro, proprio con riferimento alla disciplina etico-professionale, si coglie qui l'occasione per ricordare che, fra i meriti di *Sedona*, vi è altresì quello di aver sancito la piena compatibilità della *zealous advocacy* con la *culture cooperation*¹³². Infatti, secondo quanto si legge nella *Proclamation*, la *zealous advocacy* risulta inconciliabile con la cooperazione solo se si confonde l'*advocacy* con l'*adversariness*. Se, invece, si riconosce che gli interessi di parte – per quanto strenuamente difesi – trovino pur sempre un limite necessario nel rispetto degli interessi pubblici di verità e giustizia, la *zealousness* non solo si concilia con la *cooperation*, ma può addirittura essere da questa valorizzata¹³³.

¹³² A questo riguardo si v. anche LOSEY, *Lawyers Behaving Badly: Understanding Unprofessional Conduct in E-Discovery*, op. cit., ma spec. p. 997.

¹³³ Cfr. THE SEDONA CONFERENCE®, *The Sedona Conference Cooperation Proclamation*, op. cit. Si v. sul punto anche GENSLER, *Some Thoughts on the Lawyer's e-Volving Duties in Discovery*, op. cit. spec. p. 555 ss.

Ciò posto, occorre precisare che la *Sedona Conference* non si limita a svolgere una mera funzione di *slogan*, ma tenta altresì un approccio per così dire pratico alla cooperazione¹³⁴.

Viene infatti proposto un *three-step process* attraverso cui realizzare definitivamente il cambiamento culturale fino a quel momento solo teorizzato¹³⁵. Tale percorso, conosciuto con l'acronimo *ACT*, si apre con una prima fase di *Awareness*, che consiste nella presa d'atto della necessità di una gestione più collaborativa della fase di *discovery* (questa fase corrisponde sostanzialmente alla pubblicazione della stessa *Proclamation*)¹³⁶.

La seconda fase, chiamata "*Commitment*", risulta dedicata all'analisi dei benefici, specialmente economici, che deriverebbero dalla cooperazione, nonché allo studio di quali correttivi sarebbe necessario apportare per favorirla. Il *Commitment* ha trovato pieno compimento nel 2009 attraverso la pubblicazione di un ulteriore documento denominato the "*Case for Cooperation*", nel quale si dà atto di come l'approccio collaborativo alla controversia rappresenti ormai l'unica soluzione possibile per un controllo efficiente dell'*e-discovery*¹³⁷.

¹³⁴ A questo proposito si v. ad esempio TADLER, WITHERS, *Toward a Less Hostile Discovery Process*, op. cit., p. 30 ss.; si v. ancora anche GENSLER, *Some Thoughts on the Lawyer's e-Volving Duties in Discovery*, op. cit., spec. p. 550 ss.

¹³⁵ Si v. HEDGES, *The Sedona Conference Points the Way Toward Control of the Costs and the Burden of E-Discovery*, in 59 *Fed. Law.* 2012, p. 46 ss.

¹³⁶ Si v. al riguardo WAXSE, *Cooperation-What Is It and Why Do It?*, op. cit., ma spec. p. 6 ss.

¹³⁷ Per il testo si rimanda a THE SEDONA CONFERENCE®, *The Case for Cooperation*, in 10 *Sedona Conf. J.* 2009, p. 339 ss. Con riferimento all'*e-*

Infine, l'ultima fase, che consiste nella creazione di *Tools* che forniscano a giudici e avvocati un ausilio per incentivare la cooperazione nel *discovery* sul piano pratico, è stata realizzata per tramite dell'emanazione di due ulteriori documenti collaterali, denominati “*Resources for the Judiciary*” e “*The Sedona Conference Cooperation Guidance for Litigators & In-House Counsel*”¹³⁸.

Il primo sottolinea l'importanza di un adeguato *case management* e suggerisce al giudiziario possibili strategie da adottare a questo fine in ciascuna delle fasi della controversia. Fra i suggerimenti ivi indicati si segnala, in particolare, quelli che propongono: a) di utilizzare con frequenza lo strumento della *conference*; b) di imporre rigorose *deadline*; c) di ricorrere al *cost shifting* per limitare le richieste di *discovery* che appaiano sproporzionate o eccessivamente costose; d) di rendersi disponibili per incontri informali al fine di interagire con i difensori; e) di accordarsi preliminarmente sulle modalità di produzione delle *ESI*; f) di utilizzare, ogniqualvolta si renda necessario per indurre

discovery si v. in particolare GROSSMAN, *Some Thoughts on Incentives, Rules, and Ethics Concerning the Use of Search Technology in E-Discovery*, in 12 *Sedona Conf. J.* 2011, p. 89 ss.; GRIMM, *The State of Discovery Practice in Civil Cases: Must the Rules Be Changed to Reduce Costs and Burden, or Can Significant Improvements Be Achieved within the Existing Rules?*, op. cit., spec. p. 50 ss.

¹³⁸ I testi di questi due ultimi documenti sono reperibili, nella loro versione più aggiornata, sul sito istituzionale di THE SEDONA CONFERENCE® a cui si rimanda: www.thesedonaconference.org. Al riguardo si v. anche HEDGES, *The Sedona Conference Points the Way Toward Control of the Costs and the Burden of E-Discovery*, op. cit., spec. p. 48 ss.

coattivamente la cooperazione, le sanzioni¹³⁹.

Il secondo documento offre invece alcune indicazioni ai difensori di parte con l'obiettivo di conformare l'attività tecnico-difensiva di questi ultimi a specifici parametri comportamentali.

Viene, ad esempio, fornita un'apposita *checklist* contenente una serie di domande da rivolgere al proprio assistito e alla parte avversaria con il precipuo fine di adeguare la configurazione delle successive *discovery request* alle caratteristiche proprie della controversia (oltre a costituire, come è evidente, una prima e importante occasione di dialogo fra le parti). Si tratta di una pratica particolarmente utile per gestire l'*e-discovery*, in quanto – consentendo di acquisire con anticipo alcune informazioni circa le modalità attraverso cui controparte controlla le proprie *ESI* (backup, programmi di conservazione, network, etc.) – permette di confezionare in modo più appropriato le successive richieste probatorie da avanzare all'avversario¹⁴⁰.

¹³⁹ A questo proposito si v. anche REDISH, MCNAMARA, *Back to the Future: Discovery Cost Allocation and Modern Procedural Theory*, in 79 *Geo. Wash. L. Rev.* 2011, p. 773 ss.; BENNETT, *How Can Courts Encourage Cooperation in Discovery?*, 82 in *N.Y.S. Bar Ass.* 2010, p. 27 ss.; KATZ, *A Balancing Act: Ethical Dilemmas in Retaining E-Discovery Consultants*, in 22 *Geo. J. Legal Ethics* 2009, p. 929 ss.

¹⁴⁰ Si v. ancora MARCUS, *E-Discovery & Beyond: Towards Brave New World or 1984?*, op. cit., spec. p. 659 ss.; BENNETT, *E-Discovery: Reasonable Search, Proportionality, Cooperation and Advancing Technology*, op. cit.; ROSENTHAL, *A Few Thoughts on Electronic Discovery After December 1, 2006*, op. cit., ma spec. p. 530 ss. Al riguardo si v. anche il documento dedicato THE SEDONA CONFERENCE®, *The Sedona Principles, Third Edition: Best Practices*,

La *Proclamation* di *Sedona* costituisce indubbiamente una delle più importanti elaborazioni intervenute a proposito di collaborazione processuale. Invero, tale documento, realizzando la più approfondita sintesi delle posizioni in tema fino a quel momento teorizzate, ma proponendo altresì nuove prospettive e con esse nuove soluzioni, costituisce ormai lo statuto teorico-pratico di riferimento su cui fondare il passaggio definitivo alla *culture cooperation*¹⁴¹.

Un passaggio che, va detto, non può dirsi ad oggi ancora completato, permanendo una situazione di inefficienza del *discovery* tuttora imputabile alla mancanza di una gestione collaborativa di questa fase. Invero, è indubbio che a partire dalla *Sedona Proclamation* si riscontri una maggiore attenzione al tema e che sia stato inaugurato in giurisprudenza quello che potrebbe definirsi un effettivo *cooperative approach*; in non poche pronunce compaiono infatti abbondanti riferimenti alla cooperazione e alla necessità di una sua attuazione, anche coattiva, da parte dei difensori su domanda dello stesso giudice¹⁴².

Recommendations & Principles for Addressing Electronic Document Production, in 19 *Sedona Conf. J.* 2018, spec. p. 11 ss.

¹⁴¹ Così TADLER, WITHERS, *Toward a Less Hostile Discovery Process*, op. cit., spec. p. 31 ss.; GRIMM, *The State of Discovery Practice in Civil Cases: Must the Rules Be Changed to Reduce Costs and Burden, or Can Significant Improvements Be Achieved within the Existing Rules?*, op. cit., p. 58 ss.

¹⁴² Una delle pronunce più emblematiche a questo riguardo è *Mancia v. Mayflower Textile Services Company* del 2008 (253 F.D.R. 354, D. Md), il cui testo completo è reperibile su *casetext.com*. La sentenza, citando espressamente la *Proclamation* di *Sedona*, sottolinea l'importanza e soprattutto la necessità di

E tuttavia, trattandosi di un effettivo mutamento culturale, è inevitabile constatare che il risultato non possa essere raggiunto sul breve periodo, essendo l'adeguamento ai nuovi parametri comportamentali necessariamente progressivo¹⁴³.

Resta, per chi guarda da fuori questo ordinamento, l'apprezzamento per il tentativo di una così profonda e necessariamente contestuale riconfigurazione dei ruoli di avvocato e giudice nel senso di una maggiore collaborazione. Un tentativo che, per quanto tuttora non pienamente compiuto, costituisce la manifestazione di un'opzione culturale di rilievo, rispetto alla quale assume, come visto, particolare importanza la dimensione etica dei problemi coinvolti.

È invero innegabile che a caratterizzare il fenomeno di trasformazione del ruolo dell'avvocato statunitense abbia contribuito in maniera sostanziale l'attenzione riservata al *coté* deontologico, e ciò sul presupposto che solo attraverso l'assunzione di una prospettiva eticamente propria si possa pervenire alla definitiva adozione di effettivi criteri di cooperazione. Un'indicazione, questa, che si ritiene possa fornire una proficua prospettiva d'azione anche per quelle altre culture del processo che, per quanto prive dello stigma conflittuale tipicamente *adversarial*,

tenere un comportamento collaborativo nella fase di *discovery*. A questo riguardo si v. anche WAXSE, *Cooperation-What Is It and Why Do It?*, op. cit., ma spec. p. 8.; GRAY, KOH, *Transparency in E-Discovery*, in *The Benchers – American Inns of Court*, op. cit., p. 13 ss.

¹⁴³ Si v. GRIMM, *Introduction: Reflections on the Future of Discovery in Civil Cases*, in *71 Vand. L. Rev.* 2018, p. 1175 ss.; GENSLER, *Judicial Case Management: Caught in The Crossfire*, op. cit., p. 669 ss.

potrebbero comunque trarre dalla cooperazione un utile parametro di riferimento per un'efficiente gestione della controversia.

BIBLIOGRAFIA DEL CAPITOLO II

- AA.VV., *Manual for Complex Litigation*, IV ed., Federal Judicial Center, 2004.
- ABA, *New Ethics Code: ABA Adopts Model Rules of Professional Conduct*, in 70 *ABA Journal* 1984, p. 1379 ss.
- ACKERMAN, *Law Schools and Professional Responsibility: A Task for All Seasons*, in 88 *Dick. L. Rev.* 1984, p. 202 ss.
- ALLMAN, *The Need for Federal Standards Regarding Electronic Discovery*, in 68 *Def. Couns. J.*, 2001, p. 206 ss.
- ALLMAN, *E-Discovery Standard in Federal and State Courts after the 2006 Federal Amendments*, in 1/7 *Elec. Discovery Law*, 2012, website.
- ASPEN, *Overcoming Barriers to Civility in Litigation*, in 69 *Miss. L.J.* 2000, p. 1049 ss.
- BALL, *Is a Lawyer an Officer of the Court?*, in AA.VV., *The Lawyer's Professional Independence*, USA, 1985, spec. p. 1 ss.
- BARTON, *The ABA, the Rules, and Professionalism: The Mechanics of Self-Defeat and a Call for a Return to the Ethical, Moral, and Practical Approach of the Canons*, in 83 *N.C. L. Rev.* 2005, p. 411 ss.
- BECKERMAN, *Confronting Civil Discovery's Fatal Flaws*, in 84 *Minn. L. Rev.* 2000, p. 505 ss.
- BEISNER, *Discovering a Better Way: The Need for Effective Civil Litigation Reform*, in 60 *Duke L.J.* 2010, p. 547 ss.
- BELLOW, MOULTON, *The Lawyering Process: Ethics and Professional Responsibility*, Mineola, New York, 1981.
- BENÉ, *Why Not Fine Attorneys?: An Economic Approach to Lawyer Disciplinary Sanctions*, in 43 *Stan. L. Rev.* 1991, p. 907 ss.
- BENNETT, *How Can Courts Encourage Cooperation in Discovery?*, 82 in *N.Y.S. Bar Ass.* 2010, p. 27 ss.
- BENNETT, *E-Discovery: Reasonable Search, Proportionality, Cooperation and Advancing Technology*, in 30 *J. Marshall J. Info. Tech. & Privacy L.* 2014, p. 433 ss.
- BRAZIL, *The Adversary Character of Civil Discovery: A Critique and Proposals for Change*, in 31 *Vand. L. Rev.* 1978, p. 1295 ss.
- BRAZIL, *Views from the Front Lines: Observations by Chicago Lawyers About the System of Civil Discovery*, in 5 *Am. Bar Found. Research J.* 1980, p. 219 ss.
- BRAZIL, *Civil Discovery: Lawyers' Views of Its Effectiveness, Its Principal Problems and Abuses*, in 5 *Am. B. Found. Res. J.* 1980, p. 789 ss.
- BRAZIL, *Civil Discovery: How Bad Are the Problems?*, in 67 *Am. Bar Ass. Journal* 1981,

p. 450 ss.

BRAZIL, *Improving Judicial Controls over the Pretrial Development of Civil Actions: Model Rules for Case Management and Sanctions*, in 6 *A.B. Found. Res. J.* 1981, p. 873 ss.

BRICKMAN, *The Market for Contingent Fee-Financed Tort Litigation: Is it Price Competitive?*, in 25 *Cardozo L. Rev.* 2003, p. 65 ss.

BROWN, *How to Stop the Decline of the American Law Profession: Divide the Bar and Raise a Cadre for Civilization*, in 1 *Geo. J. Legal Ethics* 1988, p. 653 ss.

BSCHORR, *Complex Cases Squeeze Out Advocacy*, in 20 *Litig.* 1993, p. 16 ss.

BUCKLO, *Case Management: How to Complete Discovery Without Growing Old*, in 14 *Litig.* 1987, p. 3 ss.

BURBANK, *Vanishing Trials and Summary Judgment in Federal Civil Cases: Drifting Toward Bethlehem or Gomorrah?*, in 1 *J. Empirical Studies* 2004, p. 591 ss.

BURBANK, FARHANG, *Litigation Reform: An Institutional Approach*, in 162 *U. Pa. L. Rev.* 2014, p. 1543 ss.

BURGER, *The Decline of Professionalism*, in 63 *Fordham L. Rev.* 1995, p. 949 ss.

CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Riv. dir. proc.* 1950, p. 23 ss., nonché in *Opere Giuridiche, Vol. I - Problemi generali del diritto e del processo*, Roma, 2019, p. 537 ss.

CAMPBELL, *Raise Your Hand and Swear to Be Civil: Defining Civility as an Obligation of Professional Responsibility*, in 47 *Gonz. L. Rev.* 2001, p. 99 ss.

CARY, *Rambo Depositions: Controlling an Ethical Cancer in Civil Litigation*, in 25 *Hofstra L. Rev.* 1996, p. 561 ss.

CAVANAGH, *The August 1, 1983 Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure: A Critical Evaluation and a Proposal for More Effective Discovery through Local Rules*, in 30 *Vill. L. Rev.* 1985, p. 767 ss.

CHASE, *Reflections on Civil Procedure Reform in the United States: What Has Been Learned? What Has Been Accomplished?*, in TROCKER, VARANO (a cura di), *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective: An International Conference Dedicated to Mauro Cappelletti, Florence, 12-13 December, 2003*, Torino, 2005, p. 178 ss.

P. COMOGLIO, *La Federal Rule 16 statunitense e la disciplina italiana della conciliazione giudiziale*, in *Riv. dir. proc.* 2013, p. 1105 ss.

P. COMOGLIO, *Nuove tecnologie e disponibilità della prova. L'accertamento del fatto nella diffusione delle conoscenze*, Torino, 2018, p. 266 ss.

CONNOLLY, *Why We Do Need Managerial Judges*, in 23 *Judges's J.* 1984, p. 34 ss.

CONNOLLY, HOLLEMAN, KUHLMAN, *Judicial Controls and the Civil Litigative Process: Discovery*, New York, 1978.

- CRAMTON, KONIAK, *Rule, Story, and Commitment in the Teaching of Legal Ethics*, in 38 *Wm. & Mary L. Rev.* 1996, p. 145 ss.
- CRUMP, *Goodbye, “Reasonably Calculated”; You’re Replaced by “Proportionality”*: *Deciphering the New Federal Scope of Discovery*, in 23 *Geo. Mason L. Rev.* 2016, p. 1093 ss.
- DAY, *Administrative Watchdogs or Zealous Advocates? Implications for Legal Ethics in the Face of Expanded Attorney Liability*, in 45 *Stan. L. Rev.* 1993, p. 645 ss.
- DEGRAW, BURTON, *Lawyer Discipline and Disclosure Advertising: Towards a New Ethos*, in 72 *N.C. L. Rev.* 1994, p. 351 ss.
- DEVLIN, *The Development of Lawyer Disciplinary Procedures in the United States*, in 1 *J. Prof. Law. Symp. Issues* 2008, p. 359 ss.
- DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova, 1985, spec. p. 135 ss.
- DONDI, *Introduzione della causa e strategie di difesa - Il modello statunitense*, Padova, 1991.
- DONDI, *Introduzione*, in DONDI (a cura di), *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti*, Bologna, 1993, p. 15 ss.
- DONDI, *Cultura dell’abuso e riforma del processo civile negli Stati Uniti*, in *Riv. dir. proc.* 1995, p. 787 ss.
- DONDI, *Spunti minimi in tema di “legal ethics” come etica della difesa in giudizio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1995, p. 261 ss.
- DONDI, *Questioni di efficienza della fase preparatoria nel processo civile statunitense (e prospettive italiane di riforma)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, p. 171 ss.
- DONDI, *Etica dell’avvocatura - Strategie difensive, conflitti di interesse e abuso nel processo civile*, in AA.VV., *Studi in onore di Vittorio Colesanti*, I, Napoli, 2009, p. 543 ss.
- DONDI, *Un-Horizontal Legal Upbringing as a Problem of Cultural and Professional Interaction - The U.S. and Italian Models Compared*, in 15 *ZZP Int.* 2010, p. 77 ss.
- DONDI (a cura di), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, Milano, 2011.
- DONDI, *Qualche considerazione comparata in tema di educazione giuridica istituzionale*, in *Pol. dir.* 2013, p. 105 ss.
- DONDI, *Buona pratica della difesa in giudizio come law of lawyering – Un breve riepilogo, forthcoming* in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2023.
- DONDI, HAZARD, *A Short Historical Sketch of the Legal Professions*, in *ZZP Int.* 2001, p. 205 ss.
- DONDI, ANSANELLI, COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione – Una prospettiva comparata*, Milano, 2018.

DRESCHER, *Discovery Sanctions under the Federal Rules of Civil Procedure: A Goal-Oriented Mission for Rule 37*, in 29 *Case W. Rsrv. L. Rev.* 1979, p. 603 ss.

EASTERBROOK, *Discovery as Abuse*, in 69 *Boston Univ. L. Rev.* 1989, p. 635 ss.

EIDSNESS, SPENCER, *Confronting Ethical Issues in Practice: The Trial Lawyer's Dilemma*, in 45 *Fam. L. Quart.* 2011, p. 21 ss.

EISENBERG, MILLER, *The English versus American Rule on Attorney Fees: an Empirical Study of Public Company Contracts*, in 98 *Cornell L. Rev.* 2013, p. 327 ss.

ELLIOTT, *Managerial Judging and the Evolution of Procedure*, in 53 *Un. Chic. L. Rev.* 1986, p. 306 ss.

ELLIOTT, *How We Got Here: A Brief History of Requester-Pays and Other Incentive Systems to Supplement Judicial Management of Discovery*, in 71 *Vand. L. Rev.* 2018, p. 1785 ss.

ENSLLEN, *Should Judges Manage Their Own Caseloads*, 70 in *Judicat.* 1987, p. 200 ss.

EPSTEIN, CORCORAN, KRIEGER, CARR, *An Up-Date on Rule 37 Sanctions after National Hockey League v. Metropolitan Hockey Clubs, Inc.*, in 3 *Am. J. Trial Advoc.* 1980, p. 413 ss.

FICCARELLI, *Esibizione dei documenti e discovery*, Torino, 2004.

FRANKEL, *The Search for Truth: An Umpireal View*, in 123 *U. Pa. L. Rev.* 1975, p. 1031 ss.

FRANKEL, *Partisan Justice*, New York, 1980.

FRANKEL, *The Search for Truth Continued: More Disclosure, Less Privilege*, in 54 *U. Colo. L. Rev.* 1982, p. 51 ss.

FREEDMAN, *Judge Frankel's Search for Truth*, in 123 *U. PA. L. Rev.* 1975, p. 1060 ss.

FREEDMAN, *The Tort of Discovery Abuse*, Westport-Connecticut, 1989.

FRIED, *The Lawyer as Friend: The Moral Foundations of the Lawyer-Client Relation*, in 85 *Yale L. J.* 1976, p. 1060 ss.

GAETKE, *Lawyers as Officers of the Court*, in 42 *Vand. L. Rev.* 1989, p. 39 ss.

GAROUPA, GOMEZ-POMAR, *Cashing by the Hour: Why Large Law Firms Prefer Hourly Fees over Contingent Fees*, in 24 *J. L. Ec. & Org.* 2008, p. 458 ss.

GARTH, *From Civil Litigation to Private Justice: Legal Practice at War with the Profession and Its Values*, in 59 *Brook. L. Rev.* 1993, p. 931 ss.

GARTH, *Two Worlds of Civil Discovery: From Studies of Cost and Delay to the Markets in Legal Services and Legal Reform*, in 39 *B.C. L. Rev.* 1998, p. 597 ss.

GELBACH, KOBAYASHI, *The Law and Economics of Proportionality in Discovery*, in *Faculty Scholarship at Penn Law* 2016, p. 1093 ss.

GENSLER, *Some Thoughts on the Lawyer's e-Volving Duties in Discovery*, in 36 *North. Kentucky L. Rev.* 2009, p. 521 ss.

GENSLER, *A Bull's-Eye View of Cooperation in Discovery*, in 10 *Sedona Conf. J.* 2009,

p. 363 ss.

GENSLER, *Judicial Case Management: Caught In The Crossfire*, in 60 *Duke L. J.* 2010, p. 669 ss.

GENSLER, ROSENTHAL, *The Reappearing Judge*, in 61 *Kansas L. Rev.* 2013, p. 849 ss.

GERBER, *Victory vs. Truth: The Adversary System and Its Ethics*, in 19 *Ariz. St. L.J.* 1987, p. 3 ss.

GILSON, MNOOKIN, *Disputing Through Agents: Cooperation and Conflict Between Lawyers in Litigation*, in 94 *Colum. L. Rev.* 1994, p. 509 ss.

GLASER, *Pretrial Discovery and the Adversary System*, New York, 1968.

GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, Torino, 2018.

GRAY, KOH, *Transparency in E-Discovery*, in *The Benchers – American Inns of Court*, Nov-Dec., 2010, p. 13 ss.

GREENBAUM, *The Attorney's Duty to Report Professional Misconduct: A Roadmap for Reform*, in 16 *Geo. J. Legal Ethics* 2003, p. 259 ss.

GRIMM, *The State of Discovery Practice in Civil Cases: Must the Rules Be Changed to Reduce Costs and Burden, or Can Significant Improvements Be Achieved within the Existing Rules?*, in 12 *Sedona Conf. J.* 2011, p. 47 ss.

GRIMM, *Are We Insane? The Quest for Proportionality in the Discovery Rules of the Federal Rules of Civil Procedure*, in 36 *Rev. Litig.* 2017, p. 117 ss.

GRIMM, *Introduction: Reflections on the Future of Discovery in Civil Cases*, in 71 *Vand. L. Rev.* 2018, p. 1175 ss.

GRIMM, WILLIAMS, *The Judicial Beatings Will Continue Until Morale Improves: The Prisoner's Dilemma of Cooperative Discovery and Proposals for Improved Morale*, in 43 *U. Balt. L. F.* 2013, p. 107 ss.

GROSSMAN, *Some Thoughts on Incentives, Rules, and Ethics Concerning the Use of Search Technology in E-Discovery*, in 12 *Sedona Conf. J.* 2011, p. 89 ss.

HAINES, *Restraining the Overly Zealous Advocate: Time for Judicial Intervention*, in 65 *Ind. L. J.* 1990, p. 445 ss.

HARRIS, *The Professionalism Crisis – The 'Z' Words and Other Rambo Tactics: The Conference of Chief Justices Solution*, in 53 *South Carolina L. Rev.* 2002, p. 549 ss.

HAZARD, *Ethics in the Practice of Law*, New Haven, 1978.

HAZARD, *Rules of Legal Ethics - The Drafting Task*, in 36 *Rec. Ass. Bar of the City of New York*, 1981, p. 77 ss.

HAZARD, *Triangular Lawyer-Client Relationships: An Exploratory Analysis*, in 1 *Geo. J.L.E.* 1987, p. 15 ss.

HAZARD, *The Future of Legal Ethics*, in 100 *Yale L. J.* 1991, p. 1239 ss.

HAZARD, DONDI, *Legal Ethics – A Comparative Study*, Stanford, 2004, p. 15 ss. (trad. it., a cura di LUCERTINI, *Etiche della professione legale - Un approccio comparato*,

Bologna, 2005).

HAZARD, DONDI, *Responsibilities of Judges and Advocates in Civil and Common Law: Some Lingering Misconceptions Concerning Civil Lawsuits*, in 39 *Cornell Int'l. J.* 2006, p. 59 ss.

HAZARD, HODES, *The Law of Lawyering*, 3ed., Vol. 1, New York, 2003.

HAZARD, REMUS, *Advocacy Revalued*, in 159 *U. Pa. L. Rev.* 2011, p. 751 ss.

HAZARD, TARUFFO, *La giustizia civile negli Stati Uniti d'America*, Bologna, 1993.

HEDGES, *The Sedona Conference Points the Way Toward Control of the Costs and the Burden of E-Discovery*, in 59 *Fed. Law.* 2012, p. 46 ss.

HICKS, *Strategies and Tips for Dealing with Dirty Litigation Tactics by Opposing Counsel*, in *Employment and Labor Law* 2013, p. 153 ss.

JONES, *Lawyers and Justice: The Uneasy Ethics of Partisanship*, in 23 *Vill. L. Rev.* 1977, p. 957 ss., spec. p. 968 ss.

JOSEPH, *Internet and Email Evidence (Part 1)*, in *Pract. Lit.* 2012, p. 19 ss.

KANNER, *Welcome Home Rambo: High-Minded Ethics and Low-Down Tactics in the Courts*, in 25 *Loy. L.A. L. Rev.* 1991, p. 81 ss.

KATZ, *A Balancing Act: Ethical Dilemmas in Retaining E-Discovery Consultants*, in 22 *Geo. J. Legal Ethics* 2009, p. 929 ss.

KELLY, *The Tech Side of E-Discovery: Understanding Electronically Stored Information*, in 17 *Business L. Tod.* 2007, p. 42 ss.

KOH, *The Just, Speedy, And Inexpensive Determination of Every Action?*, in 162 *U. Pa. L. Rev.* 2014, p. 1525 ss.

KOURLIS, KAUFFMAN, *The America Civil Justice System: From Recommendations to Reform in the 21st Century*, in 61 *U. Kan. L. Rev.* 2013, p. 877 ss.

KUTAK, *Proposed Model Rules of Professional*, in 36 *The Business Lawyer, Proceedings of "Corporate Law Department Forum"*, 1980, p. 573 ss.

KUTAK, *Final Draft: Model Rules of Professional Conduct*, in 68 *Am. Bar Ass. J.*, 1982, p. 1 ss.

LAHAV, *A Proposal to End Discovery Abuse*, in 71 *Vand. L. Rev.* 2019, p. 2037 ss.

LANDSMAN, *The Adversary System: A Description and Defense*, Washington, 1984.

LAPORTE, REDGRAVE, *A Practical Guide to Achieving Proportionality Under New Federal Rule of Civil Procedure 26*, in 9 *Fed. Cts. L. Rev.* 2015, p. 19 ss.

LERMAN, *Teaching Ethics in and Outside of Law Schools: What Works and What Doesn't*, in 57 *Prof. Law.* 2006, p. 57 ss.

LEVIN, *The Emperor's Clothes and Other Tales About the Standards for Imposing Lawyer Discipline Sanctions*, in 48 *Ame. Un. L. Rev.* 1998, p. 1 ss.

LEVINE, *Taking Ethics Codes Seriously: Broad Ethics Provisions and Unenumerated Ethical Obligations in a Comparative Hermeneutic Framework*, in 77 *Tul. L. Rev.* 2003,

p. 527 ss.

LEWIS, *Litigation Costs and Before-the-Event Insurance: The Key to Access to justice?*, in 74 *Mod. L. Rev.* 2011, p. 272 ss.

LIEBERMAN, *Crisis at the Bar: Lawyer's Unethical Ethics and What to Do About It*, New York, 1978, p. 216 ss.

LIN, *The Evolution of American Discovery in Light of Constitutional Challenges: The Role of the 2015 Rules Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure*, in 44 *Hast. Const. L. Q.* 2017, p. 225 ss.

LONDON, *Resolving the Civil Litigant's Discovery Dilemma*, in 26 *Geo. J. Legal Ethics* 2013, p. 837 ss.

LOSEY, *Lawyers Behaving Badly: Understanding Unprofessional Conduct in E-Discovery*, in 60 *Mercer L. Rev.* 2009, p. 983 ss.

LUBAN, *Fiduciary Legal Ethics, Zeal and Moral Activism*, 33 *Geo. J. Legal Ethics* 2020, p. 275 ss.

LYNCH, *The Lawyer as Informer*, in *Duke L. J.* 1986, p. 491 ss.

MARCUS, *Discovery Containment Redux*, in 39 *B. C. L. R.* 1998, p. 747 ss.

LUMBARD, *Setting Standards: The Courts, the Bar, and the Lawyers' Code of Conduct*, in 30 *Cath. U. L. Rev.* 1981, p. 249 ss.

MARCUS, *Confronting the Future: Coping with Discovery of Electronic Material*, in 64 *Law & Contemp. Probs.* 2001, p. 253 ss.

MARCUS, *E-Discovery & Beyond: Towards Brave New World or 1984?*, in 25 *Rev. Litig.* 2006, p. 633 ss.

MARCUS, *The 2000 Amendments to the Discovery Rules*, in 1 *Fed. Cts. L. Rev.* 2006, p. 289 ss.

MARCUS, *Cooperation and Litigation: Thoughts on the American Experience*, in 61 *Kansas L. Rev.*, 2013, p. 821 ss.

MARCUS, "Looking Backward" to 1938, in 162 *U. Pa. L. Rev.* 2014, p. 1691 ss.

MARCUS, SHERMAN, *Complex Litigation: Cases and Materials on Advanced Civil Procedure*, St. Paul, Minn., 1998.

MAXEINER, *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure*, in 58 *Am. J. Comp. L. Supp.* 2010, p. 195 ss.

MAYER, *Prescribing Cooperation: The Mandatory Pretrial Disclosure Requirement of Proposed Rules 26 and 37 of the Federal Rules of Civil Procedure*, 12 *Rev. Litig.* 1992, p. 77 ss.

MCMORROW, *The (F)Utility of Rules: Regulating Attorney Conduct in Federal Court Practice*, in 58 *Smu. L. Rev.* 2005, p. 3 ss.

MCMORROW, GARDINA, RICCIARDONE, *Judicial Attitudes Toward Confronting Attorney Misconduct: A View from the Reported Decisions*, in 32 *Hofstra L. Rev.* 2004, p. 1425

ss.

- MILLER, *The Adversary System: Dinosaur or Phoenix*, in 69 *Minn. L. Rev.* 1984, p. 1 ss.
- MILLER, *The August 1983 Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure*, in *Federal Judicial Center*, 1984, p. 1 ss.
- MILLER, *Preventing Misconduct by Promoting the Ethics of Attorneys' Supervisory Duties*, in 70 *Notre Dame L. Rev.* 1994, p. 259 ss.
- MILLER, *The Pretrial Rush to Judgment: Are the "Litigation Explosion," "Liability Crisis," and Efficiency Clichés Eroding Our Day in Court and Jury Trial Commitments?*, in 78 *N.Y.U. L. Rev.* 2003, p. 982 ss.
- MOLOT, *How Changes in the Legal Profession Reflect Changes in Civil Procedure*, in 84 *Virg. L. Rev.* 1998, p. 955 ss.
- MOLOT, *An Old Judicial Role for a New Litigation Era*, in 113 *Yale L. J.* 2003, p. 27 ss.
- MOORE, *Lawyer Ethics Code Drafting in the Twenty-First Century*, in 30 *Hofstra L. Rev.* 2002, p. 923 ss.
- MORGAN, *The Fall and Rise of Professionalism*, in 19 *U. Rich. L. Rev.* 1985, p. 451 ss.
- MULLENIX, *Complex Litigation Reform and Article III Jurisdiction*, in 59 *Fordham L. Rev.* 1990, p. 169 ss.
- MULLENIX, *Adversarial Justice, Professional Responsibility, and the New Federal Discovery Rules*, 14 *Rev. Litig.* 1994, p. 13 ss.
- MULLENIX, *Discovery in Disarray: The Pervasive Myth of Pervasive Discovery Abuse and the Consequences for Unfounded Rulemaking*, in 46 *Stan. L. Rev.* 1994, p. 1393 ss.
- MULLENIX, *The Pervasive Myth of Pervasive Discovery Abuse: The Sequel*, in 39 *B.C. L. Rev.* 1998, p. 683 ss.
- MURPHY, *The Use of Rule 37(b) Sanctions to Enforce Jurisdictional Discovery*, in 50 *Fordham L. Rev.* 1982, p. 814 ss.
- NEUBAUER, *Judicial Role And Case Management*, in 4 *Justice System J.* 1978, p. 223 ss.
- NOTE, *The Emerging Deterrence Orientation in the Imposition of Discovery Sanctions*, in 91 *Harvard L. Rev.* 1978, p. 1033 ss.
- OTT, NEWTON, *A Current Look at Model Rule 8.3: How Is It Used and What Are Courts Doing About It*, in 16 *Geo. J. Legal Ethics* 2003, p. 747 ss.
- PACINI, YOUNG, HOPWOOD, *Fighting Discovery Abuse in Litigation*, in 6 *J. Foren. & Invest. Acc.* 2014, p. 52 ss.
- PARKER, EVANS, *Inside Lawyers' Ethics*, New York, 2007.
- PATTERSON, *Wanted: A New Code of Professional Responsibility*, in 63 *Am. B. Ass. J.* 1977, p. 639 ss.
- PEARCE, *Teaching Ethics Seriously: Legal Ethics as the Most Important Subject in Law School*, in 29 *Loy. U. Chi. L. J.* 1998, p. 719 ss.
- PEARCE, *Legal Ethics Must Be the Heart of the Law School Curriculum Symposium:*

Recommitting to Teaching Legal Ethics - Shaping Our Teaching in a Changing World, in 26 *J. Legal Prof.* 2002, p. 159 ss.

PECKHAM, *The Federal Judge as a Case Manager: The New Role in Guiding a Case from Filing to Disposition*, in 69 *Cal. L. Rev.* 1981, p. 770 ss.

PECKHAM, *A Judicial Response to the Cost of Litigation: Case Management, Two-Stage Discovery Planning and Alternative Dispute Resolution*, in 37 *Rutgers L. Rev.* 1985, p. 253 ss.

PETERSON, *Restoring Structural Checks on Judicial Power in the Era of Managerial Judging*, in 29 *U.C. Davis L. Rev.* 1995, p. 41 ss.

PAILLI, *Produzione di documenti elettronici (e-discovery) negli Stati Uniti e nell'Unione Europea*, in *Riv. dir. civ.* 2012, p. 409 ss.

PIPKIN, *Law School Instruction in Professional Responsibility: A Curricular Paradox*, in 4 *Am. B. Found. R. J.* 1979, p. 247 ss.

PURCELL, *Exploring the Origins of America's Adversarial Legal Culture*, in 70 *Stanford L. Rev.* 2017, p. 37 ss.

REAVLEY, *Rambo Litigators: Pitting Aggressive Tactics Against Legal Ethics*, in 17 *Pepp. L. Rev.* 1990, p. 637 ss.

REDISH, MCNAMARA, *Back to the Future: Discovery Cost Allocation and Modern Procedural Theory*, in 79 *Geo. Wash. L. Rev.* 2011, p. 773 ss.

RELIFORD, DAVIS, *Real Zeal: The Thin Line Between Zealous Advocacy and Unethical Conduct*, in www.bradley.com, 2019.

RENDELL, *What is the Role of the Judge in Our Litigious Society?*, in 40 *Vill. L. Rev.* 1995, p. 1115 ss.

RESNIK, *Managerial Judge*, in 96 *Harvard L. Rev.* 1982, p. 374 ss.

RESNIK, *Changing Practices, Changing Rules: Judicial and Congressional Rulemaking on Civil Juries, Civil Justice and Civil Judging*, in 49 *Ala. L. Rev.* 1997, p. 133.

RHODE, *Ethics by the Pervasive Method*, in 42 *Journal of Legal Education* 1992, p. 31 ss.

ROITBLAT, KERSHAW, OOT, *Document Categorization in Legal Electronic Discovery: Computer Classification versus Manual Review*, in 61 *J. Am. Soc. For Info. Sci. & Tech.* 2010, p. 70 ss.

ROSENBERG, *Sanctions to Effectuate Pretrial Discovery*, in 58 *Colum. L. Rev.* 1958, p. 480 ss.

ROSENBERG, KING, *Curbing Discovery Abuse in Civil Litigation: Enough is Enough*, 3 *BYU L. Rev.* 1981, p. 579 ss.

ROSENTHAL, *A Few Thoughts on Electronic Discovery After December 1, 2006*, in 116 *Yale L.J. Pocket Part* 2006, p. 167 ss.

ROSS, *The Honest Hour - The Ethics of Time-Based Billing by Attorneys*, Durham, 1996.

ROTUNDA, *The Lawyer's Duty to Report Another Lawyer's Unethical Violations in the Wake of Himmel*, in *U. Ill. L. Rev.* 1988, p. 977 ss.

SARAZEN, *An Ethical Approach to Discovery Abuse*, in *4 Geo. J. Legal Ethics* 1980, p. 459 ss.

SAYLER, *Rambo Litigation: Why Hardball Tactics Don't Work*, in *A.B.A. J.* 1988, p. 79 ss.

SCHAEFER, *Attorneys, Document Discovery and Discipline*, in *30 Geo. J. Legal Ethics* 2017, p. 1 ss.

SCHECHTER, *Changing Law Schools to Make Less Nasty Lawyers*, in *10 Geo. J. Legal Ethics* 1997, p. 367 ss.

SCHILTZ, *On Being a Happy, Healthy, and Ethical Member of an Unhappy, Unhealthy, and Unethical Profession*, in *52 Vand. L. Rev.* 1999, p. 871 ss.

SCHNEYER, *Professionalism as Bar Politics: The Making of the Model Rules of Professional Conduct*, in *14 Law & Social Inquiry* 1989, p. 677 ss.

SCHNEYER, *Professional Discipline for Law Firms*, in *77 Cornell L. Rev.* 1991, p. 1 ss.

SCHUCK, *The Role of Judges in Settling Complex Cases: The Agent Orange Example*, in *53 Un. Chi. L. Rev.* 1986, p. 337 ss.

SCHWARZER, *The Federal Rules, the Adversary Process, and Discovery Reform*, in *50 U. Pitt. L. Rev.* 1989, p. 703 ss.

SCHWARTZ, WYDICK, *Problems in Legal Ethics*, St. Paul, 1983.

SEGAL, *Survey of the Literature on Discovery from 1970 to the Present: Expressed Dissatisfactions and Proposed Reforms*, Washington, 1978.

SETEAR, *The Barrister and the Bomb: The Dynamics of Cooperation, Nuclear Deterrence, and Discovery Abuse*, in *69 B.U.L. Rev.* 1989, p. 569 ss.

C. SHAFFER, R. SHAFFER, *Looking Past the Debate: Proposed Revisions to The Federal Rules of Civil Procedure*, *7 The Federal Courts L. Rev.* 2013, p. 178 ss.

SHAFFER, *Deconstructing Discovery about Discovery*, in *19 Conf. J.* 2018, p. 215 ss.

SHAPIRO, *Some Problems of Discovery in an Adversary System*, in *63 Minn. L. Rev.* 1979, p. 1055 ss.

SHAPIRO, *Federal Rule 16: A Look at the Theory and Practice of Rulemaking*, in *137 Un. Penn. L. Rev.* 1989, p. 1969 ss.

SHAVELL, *Suit, Settlement, and Trial: A Theoretical Analysis Under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs*, in *11 J. Legal Stud.* 1982, p. 55 ss.

SHORE, *A History of the 1999 Discovery Rules: The Debates & (and) Compromises*, in *20 Rev. Litig.* 2000, p. 89 ss.

SIEGEL, *Zealous Advocacy vs Truth*, in *33 Litig.* 2006, p. 31 ss.

SIMON, *The Ideology of Advocacy: Procedural Justice and Professional Ethics*, *29 Wis. L. Rev.* 1978, p. 29 ss.

SUBRIN, *How Equity Conquered Common Law: The Federal Rules of Civil Procedure in Historical Perspective*, in 135 *U. Pa. L. Rev.* 1987, p. 932 ss.

SUBRIN, *Fishing Expeditions Allowed: The Historical Background of the 1938 Federal Discovery Rules*, in 39 *B.C. L. Rev.* 1998, p. 691 ss.

SUBRIN, MAIN, *The Fourth Era Of American Civil Procedure*, in 162 *Un. Penn. L. Rev.* 2014, p. 1839 ss.

SUGARMAN, *Coordinating Complex Discovery*, in 15 *Litig. Discovery* 1988, p. 41 ss.

SWARD, *Values, Ideology and the Evolution of the Adversary System*, in 64 *Indiana L. J.* 1989 p. 303 ss.

TADLER, WITHERS, *Toward a Less Hostile Discovery Process*, in 46 *Wash. American Ass. for Justice* 2010, p. 30 ss.

TARUFFO, *Il processo civile «Adversary» nell'esperienza americana*, Padova, 1979.

TARUFFO, voce *Diritto processuale civile nei paesi anglosassoni*, in *Dig., disc. civ.*, IV, 1990, p. 347 ss.

TEW, *Electronic Discovery Misconduct in Litigation: Letting the Punishment Fit the Crime*, in 61 *U. Miami L. Rev.* 2007, p. 289 ss.

THE SEDONA CONFERENCE®, *The Sedona Conference Cooperation Proclamation*, in 10 *Sedona Conf. J.* 2009, p. 331 ss.

THE SEDONA CONFERENCE®, *The Case for Cooperation*, in 10 *Sedona Conf. J.* 2009, p. 339 ss.

THE SEDONA CONFERENCE®, *The Sedona Principles, Third Edition: Best Practices, Recommendations & Principles for Addressing Electronic Document Production*, in 19 *Sedona Conf. J.* 2018.

UVILLER, *Advocate, the Truth, and Judicial Hackles: A Reaction to Judge Frankel's Idea*, in 123 *U. PA. L. Rev.* 1975, p. 1067 ss.

VAN CAENEGEM, *Adversarial System and Adversarial Mindset: Do We Need Either?*, in 15 *Bond L. Rev.* 2003, p. 113 ss.

VARGO, *The American Rule on Attorney Fee Allocation: The Injured Person's Access to Justice*, in 42 *Am. Un. L. Rev.* 1993, p. 1567 ss.

VILARDO, DOYLE, *Where Did the Zeal Go?*, in 38 *Litig.* 2011, p. 53 ss.

WALD, *Should Judges Regulate Lawyers?*, in 42 *McGeorge L. Rev.* 2016, p. 149 ss.

WALFISH, *Making Lawyers Responsible for the Truth: The Influence of Marvin Frankel's Proposal for Reforming the Adversary System*, in 35 *Seton Hall L. Rev.* 2005, p. 613 ss.

WAXSE, *Cooperation-What Is It and Why Do It?*, in 18 *Rich. J.L. & Tech* 2012, p. 8 ss.

WENDEL, *Rediscovering Discovery Ethics*, in 79 *Marq. L. Rev.* 1996, p. 895 ss.

WILBERT, *Muzzling Rambo Attorneys: Preventing Abusive Witness Coaching by Banning Attorney-initiated Consultations with Deponents*, in 21 *Geo. J. Legal Ethics*

2008, p. 1129 ss.

WILL, MERHIGE, RUBIN, *The Role of the Judge in the Settlement Process*, in 75 *F.R.D.* 1976, p. 203 ss.

WILLGING, STIENSTRA, SHAPARD, *An Empirical Study of Discovery and Disclosure Practice Under the 1993 Federal Rule Amendments*, in 39 *B.C.L. Rev.* 1998, p. 525 ss.

WILLOUGHBY, *Sanctions For E-Discovery Violations: By The Numbers*, 60 *Duke L. Rev.* 2010, p. 789 ss.

WOLFRAM, *Modern Legal Ethics*, St. Paul, 1986.

WOLFSON, *Addressing the Adversarial Dilemma of Civil Discovery*, in 36 *Clev. St. L. Rev.* 1988, p. 17 ss.

YABLON, *Stupid Lawyer Tricks: An Essay on Discovery Abuse*, in 96 *Colum. L. Rev.* 1996, p. 1618 ss.

YABLON, LANDSMAN-ROOS, *Discovery about Discovery: Sampling Practice and the Resolution of Discovery Disputes in an Age of Ever-Increasing Information*, in 34 *Cardozo L. Rev.* 2012, p. 719 ss.

ZACHARIAS, *Specificity in Professional Responsibility Codes: Theory, Practice, and the Paradigm of Prosecutorial Ethics*, in 69 *Notre Dame L. Rev.* 1993, p. 223 ss.

ZACHARIAS, *What Lawyers Do When Nobody's Watching: Legal Advertising as a Case Study of the Impact of Underenforced Professional Rules*, in 87 *Iowa L. Rev.* 2002, p. 973 ss.

ZACHARIAS, *Effects of Reputation on the Legal Profession*, in 65 *Wash. & Lee L. Rev.* 2008, p. 173 ss.

ZHAO, *Rules, Morality, and Legal Ethics: Searching for the Underlying Principle of Lawyer Regulation*, in 25 *Geo. J. Legal Ethics* 2012, p. 857 ss.

CAPITOLO III

Il principio di collaborazione quale *principe directeur* del processo civile francese – Gli accordi processuali triangolari fra giudice e parti

Abstract: In questo terzo capitolo il tema di indagine viene analizzato nel contesto dell'ordinamento francese, il quale notoriamente si caratterizza per un'attenzione del tutto speciale riservata al problema della collaborazione processuale. Invero, nell'ambito di questa cultura giuridica la collaborazione configura, quantomeno a partire dalla riforma del 1975, un effettivo *principe directeur* del processo civile. Ed è sulla base di una simile impostazione culturale che appare ampiamente spiegabile il progressivo diffondersi in Francia dello strumento dell'accordo processuale quale utile strumento per una gestione concordata e dunque efficiente della controversia (c.d. *contractualisation de la procédure*). Come si rileverà nella parte conclusiva del capitolo, quello dell'accordo processuale, specie nella sua declinazione di accordo trilaterale fra il giudice e le parti, costituisce un istituto che, alla luce dei risultati ottenuti nel sistema francese, si ritiene meriterebbe una maggiore attenzione anche da parte del nostro ordinamento.

Sommario: 1. Il progressivo riconoscimento del principio di collaborazione fra i *principes directeurs* del processo civile francese e sua implicita codificazione nel *Nouveau Code* del 1975; 2. Collaborazione processuale e *contractualisation de la procédure*; 3. Minimi raffronti con l'ordinamento italiano in tema di accordo processuale.

1. Il progressivo riconoscimento del principio di collaborazione fra i *principes directeurs* del processo civile francese e sua implicita codificazione nel *Nouveau Code* del 1975.

Definire un ordinamento processuale come accusatorio o inquisitorio sembra costituire un'urgenza o comunque un'esigenza culturale manifestata da quasi ogni ordinamento europeo-continentale nel corso del XX secolo¹⁴⁴. A un simile tentativo classificatorio, e per certi versi semplificatorio, non fa eccezione l'ordinamento francese, nel cui dibattito scientifico l'interrogativo se il processo civile dovesse considerarsi *chose des parties* o *chose du juge* ha costituito un motivo ricorrente¹⁴⁵. Trattasi di una

¹⁴⁴ A questo proposito, per un riferimento di carattere generale, si v. ad esempio DAMAŠKA, *The Faces of Justice and State Authority*, New Haven, 1986 (trad. it. a cura di GIUSSANI, ROTA, *I volti della giustizia e del potere - Analisi comparatistica del processo*, Bologna, 1991); CAPPELLETTI, *Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato*, in *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, p. 169 ss.; ID., *Iniziativa probatorie del giudice e basi pregiudiziali della struttura del processo*, ivi, p. 143 ss.

¹⁴⁵ Sul punto si v. le riflessioni di CADIET, JEULAND, *Droit judiciaire privé*, XI éd., Paris, 2020, p. 483 ss.; AMBROISE-CASTÉROT, voce *Procédure accusatoire/Procédure inquisitoire*, in *Dictionnaire de la Justice*, Paris, 2004, p. 1058 ss.; MARTIN, *Principes directeurs du procès*, in *Rép. proc. civ. Dalloz* 2000,

discussione notoriamente alimentata dall'evoluzione che, specialmente a partire dagli anni Sessanta, interessa il ruolo del giudice¹⁴⁶. Il riferimento è, in particolare, all'introduzione nel 1965 della figura del *juge de la mise en état*, i cui ampi poteri di direzione materiale hanno messo in dubbio la tenuta del principio dispositivo e, più in generale, la percezione diffusa del processo civile francese come “questione privata”¹⁴⁷.

p. 1 ss., ma spec. p. 3 ss. Nella letteratura italiana si v. a questo riguardo le considerazioni di FICCARELLI, *Esibizione di documenti e discovery*, Torino, 2004, spec. p. 40 ss.

¹⁴⁶ Si v. a questo riguardo LAGRANGE, *La Collaboration en Droit Processuel*, Paris, 2010, spec. p. 460 ss.

¹⁴⁷ Sull'evoluzione del ruolo del giudice nell'ordinamento francese, si v. in particolare MINIATO, *L'évolution du rôle du juge de la mise en état*, in GINESTET (a cura di), *La spécialisation des juges*, Toulouse, 2012, p. 35 ss.; NORMAND, *Le juge et le litige*, Lille, 1965, *passim*; BELLAMY, *Le pouvoir de commandement du juge, ou le nouvel esprit du procès*, in *La Semaine Juridique* 1973, n. 2522, spec. p. 18 ss.; CADIET, *Case management judiciaire et déformalisation de la procédure*, in *Rev. fr. admin. pub.* 2008, p. 133 ss.; AMRANI MEKKI, *Les catégories de Common Law et Civil Law à l'épreuve de l'office du juge et des parties*, in AA.VV., *Justice et droit du procès - Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Paris, 2010, p. 157 ss.; FERRAND, *The Respective Role of the Judge and the Parties in the Preparation of the Case in France*, in TROCKER, VARANO (a cura di), *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective: An International Conference Dedicated to Mauro Cappelletti, Florence, 12-13 December, 2003*, Torino, 2005, p. 7 ss.; WATREMET, *Présentation critique de la mise en état*, in *Gaz. Pal.* 4 oct. 2008, p. 2 ss. L'attribuzione al giudice di poteri maggiori costituisce del resto una tendenza riscontrabile in molti degli ordinamenti europei a partire dalla fine del secolo scorso. A questo proposito si rinvia a DONDI,

È noto che una simile riconfigurazione della figura del giudice abbia trovato il proprio fondamento negli studi sul rapporto fra giudice e parti realizzati negli anni fra il '30 e il '50 del XX secolo da Henri Motulsky, largamente considerato come il padre per così dire ideologico del diritto processuale francese contemporaneo¹⁴⁸. Nell'opera di questo autore vengono in effetti poste le basi per un mutamento di prospettiva rispetto alla tradizionale concezione della relazione giudice/parti e della conseguente attribuzione dei rispettivi poteri di gestione del meccanismo processuale¹⁴⁹. È infatti del tutto evidente come il coinvolgimento del giudice nel *déroulement de l'instance* come gestore attivo della controversia rappresenti un

ANSANELLI, COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione – Una prospettiva comparata*, Milano, 2018, spec. p. 46 ss.

¹⁴⁸ Sull'influenza del pensiero di Henri Motulsky sul diritto processuale francese contemporaneo si v. il dossier *Qu'est devenue la pensée de H. Motulsky?*, in *Procédures*, 3/2012, p. 5 ss., fra cui si segnalano in particolare le riflessioni di BLÉRY, RASCHEL, *Motulsky - Les rôles respectifs du juge et des parties en droit interne et international*, ivi, p. 12 ss., AMRANI MEKKI, *Qu'est devenue la pensée de H. Motulsky? Les droits de la défense*, ivi, p. 18 ss., CHAINAIS, *Rapport de synthèse – Le destin d'une pensée visionnaire*, ivi, p. 55 ss. Sull'influenza della cultura giuridica tedesca sul pensiero di Motulsky si v. invece MARTIN, *Un autre procès possible ou est-il interdit de rêver ?*, in *RTD Civ.* 1994 p. 557 ss.

¹⁴⁹ Con riferimento a questo Autore, pur nell'ambito di una produzione molto vasta, si v. in particolare su questo tema MOTULSKY, *Prolègomènes pour un futur Code de procédure civile: la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971*, in *Écrits – Études et notes de procédure civile*, II ed., Paris, 2010, p. 275 ss.; ID., *La réforme du code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès*, ivi, p. 130 ss.

chiaro elemento di novità nell'ambito di un panorama fino a quel momento permeato dagli schemi culturali della scuola classica, che al contrario relegavano il giudice a un ruolo di arbitro meramente passivo¹⁵⁰.

Specie per quanto qui interessa, il ripensamento del ruolo del giudice in termini di maggiore dinamicità configura il necessario presupposto per la realizzazione del vero nucleo ideologico della visione motulskiana, consistente nell'attuazione di una reciproca collaborazione fra i soggetti tecnici del processo¹⁵¹. In tale visione, infatti, il progressivo riconoscimento di poteri gestionali più incisivi in capo al giudice viene visto come essenziale per una ripartizione maggiormente equilibrata dei doveri e delle incombenze processuali fra quest'ultimo e le parti, per così dire spezzando il monologo dei

¹⁵⁰ Sul punto si v. BLÉRY, RASCHEL, *Motulsky - Les rôles respectifs du juge et des parties*, op. cit., spec. p. 13 ss. Sullo scarto sussistente a questo proposito fra la cultura giuridica francese e quella italiana si v. DONDI, *Attentions et inattentions entre deux cultures du procès civil - Regards à la France du côté italien*, in 8 *IJPL* 2018, p. 133 ss., nonché in CADIET, DAUCHY, HALPÉRIN (a cura di), *Itinéraires d'histoire de la procédure civile - Regards étrangers*, Paris, 2020, p. 123 ss.

¹⁵¹ Cfr. MOTULSKY, *Prolègomènes pour un futur Code de procédure civile*, op. cit., spec. pp. 275-276, ove l'A. afferma che bisogna abbandonare “l’image du juge considéré comme un automate à qui l’on fournit les matériaux pour retirer ensuite un jugement”, e ciò al fine di “lui substituer une collaboration féconde entre juge et conseils des parties en vue de parvenir à une solution aussi juste que possible du conflit à trancher; [...] le résultat souhaité ne peut être obtenu que grâce à une coopération active de tous les rouages du mécanisme judiciaire”.

primi a favore di un effettivo dialogo con il secondo¹⁵². Non appare inoltre superfluo ricordare come la scelta per un intervento diretto del giudice nella narrazione processuale rifletta altresì un'opzione politico-culturale di rilievo, quale il superamento della configurazione strettamente liberale del processo a favore del riconoscimento al suo interno anche di un chiaro interesse pubblicistico¹⁵³.

Una simile impostazione ha trovato, come noto, ampio riconoscimento nel percorso di riforma avviato in Francia a partire dagli anni Settanta e conclusosi con l'emanazione del *Nouveau code de procédure civile* del 1975¹⁵⁴. Qui l'adesione all'elaborazione di

¹⁵² Si v. al riguardo BOLARD, *Les juges et les droits de la défense*, in AA.VV., *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, 1991, p. 49 ss., ma spec. p. 70; AMRANI MEKKI, *Qu'est devenue la pensée de H. Motulsky? Les droits de la défense*, op. cit., ma spec. p. 21; ALBIGES, *Les droits fondamentaux et la mise en état*, in *Gaz. Pal.* 4 oct. 2008, p. 21 ss.

¹⁵³ CADIET, *Et les principes directeurs des autres procès? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès*, in AA.VV., *Justice et Droits Fondamentaux - Études offertes à J. Normand*, Paris, 2003, p. 71 ss. Sulla necessità di ridimensionare la nozione tradizionale del principio dispositivo a favore di un maggior riconoscimento dell'interesse pubblicistico all'interno del processo si v. anche DONDI, *Conduite de l'avocat et loyauté procédurale – Une tentative de mise à jour*, in AA.VV., *Le droit, entre autonomie et ouverture – Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruxelles, 2013, p. 855 ss.

¹⁵⁴ Si v. sul punto i lavori dedicati alla riforma del 1975 raccolti in CADIET, CANIVET (a cura di), *De la commémoration d'un code à l'autre: 200 ans de procédure civile en France*, Paris, 2006. Si v. inoltre PERROT, *Il nuovo e futuro codice di procedura civile francese*, in *Riv. dir. proc.* 1975, p. 228 ss.; SOLUS, *Le riforme della procedura civile francese*, in *Riv. dir. proc.* 1960, p. 14 ss. Nell'ambito della letteratura italiana si v. invece DE VITA, *Il nuovo codice di*

Motulsky si traduce nell'adozione di soluzioni concrete, che individuano per l'appunto nella collaborazione il nuovo parametro di riferimento per un'efficiente gestione della controversia, rendendo di fatto superata la necessità di un inquadramento del sistema processuale nel rigido binario accusatorio/inquisitorio¹⁵⁵.

Invero, per quanto sia tuttora assente un'indicazione espressa in tal senso a livello di diritto positivo, risulta ormai del tutto acquisita nell'ambito della letteratura scientifica d'oltralpe la possibilità di individuare nell'architettura complessiva del *Nouveau code* un implicito riconoscimento della collaborazione quale nuovo e fondamentale *principe directeur* del processo civile francese¹⁵⁶.

procedura civile francese: prima tappa della riforma, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1973, p. 1414 ss.

¹⁵⁵ CADIET, *Et les principes directeurs des autres procès?*, *Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès*, in AA.VV., *Justice et Droits Fondamentaux - Études offertes à J. Normand*, op. cit., ma spec. p. 89 ss.; AMRANI MEKKI, STRICKLER, *Procédure civile*, Paris, 2014. p. 362 ss.; BLERY, RASCHEL, *Motulsky - Les rôles respectifs du juge et des parties*, op. cit., spec. pp. 13-14. Nella letteratura italiana si v. di recente a questo proposito GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, Torino, 2018, spec. p. 207 ss.

¹⁵⁶ L'intuizione di un'implicita codificazione del principio di collaborazione fra i principi fondamentali del processo civile francese si deve, in particolare, alle elaborazioni del professor Loïc Cadet. Si v. a questo riguardo CADIET, JEULAND, *Droit judiciaire privé*, op. cit., spec. p. 481 ss.; CADIET, *Les jeux du contrat et du procès*, in AA.VV., *Philosophie du droit et droit économique - Quel dialogue?*, *Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, 1999, p. 23 ss., ma spec. p. 33; ID., *Et les principes directeurs des autres procès?*, *Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès*, in AA.VV., *Justice et Droits Fondamentaux - Études offertes à J. Normand*, op. cit., ma spec. p. 90; ID., *Introduction to French Civil Justice System and Civil Procedural Law*, in 28 *Ritsumeikan L. Rev.* 2011,

Si tratta peraltro di un riconoscimento la cui portata può cogliersi specialmente se si tiene conto del fatto che, all'interno del sistema delle fonti dell'ordinamento che qui si considera, la qualificazione di *principe directeur* implica la possibilità di individuare nel dovere di collaborazione non una semplice manifestazione d'intenti o un generico obiettivo programmatico, bensì un'effettiva *règle de droit* (con la conseguenza, ad esempio, di poter collegare alla sua eventuale violazione un autonomo motivo di ricorso in Cassazione)¹⁵⁷.

È, in particolare, dalla lettura d'insieme dei primi dodici articoli del *Nouveau Code* che possono cogliersi i termini di una tale riconfigurazione in senso collaborativo dei ruoli dei soggetti tecnici del processo¹⁵⁸. Invero, e sempre sulla linea dell'elaborazione di Motulsky, tali norme introduttive realizzano una redistribuzione fra ruoli di giudice e parti fondata sulla valorizzazione dell'aspetto

p. 331 ss., ma spec. p. 349 ss.; ID., *Avenir des catégories, catégories de l'avenir: perspectives*, in WALKER, CHASE (a cura di), *Common Law, Civil Law and the Future of Categories*, Toronto, 2010, p. 635 ss.; JEULAND, *La conception du procès civil dans le code de procédure civile de 1975*, in CADIET, CANIVET (a cura di), *De la commémoration d'un code à l'autre: 200 ans de procédure civile en France*, op. cit., p. 101 ss. Sempre a questo proposito nella letteratura italiana si v. a questo riguardo FICCARELLI, *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, Napoli, 2011, spec. p. 64 ss.; ID., *Esibizione di documenti e discovery*, op. cit., spec. p. 55 ss.

¹⁵⁷ Così CORNU, *Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes*, in AA. VV., *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, 1991, p. 83 ss., ma spec. p. 85.

¹⁵⁸ Si v. ancora a questo proposito CADIET, *Et le principes directeurs des autres procès?*, op. cit., ma spec. p. 90; ma anche FICCARELLI, *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, op. cit., spec. p. 64 ss.

dialettico-processuale, con ciò pervenendo a configurare il processo non più come *chose* alternativamente *des parties* o *du juge*, ma come *chose des parties et du juge*¹⁵⁹.

È in particolare in questa chiave che si possono leggere gli articoli 1, 2 e 3 del *Nouveau Code*. In effetti, mentre le prime due disposizioni attribuiscono alle parti il potere-dovere di introdurre e “condurre” il procedimento, la terza specifica che ciò dovrà realizzarsi sotto il controllo del giudice, al quale viene riconosciuto il compito di vigilare sul “*bon déroulement de l'instance*”¹⁶⁰. Con una tale definizione del compito di controllo attribuito al giudice sembra di poter dire che non si intenda ridurre il suo ruolo a quello di un mero sorvegliante, tanto che alla previsione di un generico dovere di vigilanza si aggiunge subito, nella seconda parte della norma, il potere del giudice di fissare i termini e di disporre le misure necessarie alla gestione della controversia¹⁶¹.

¹⁵⁹ A questo riguardo si v. CADIET, JEULAND, *Droit judiciaire privé*, op. cit., spec. p. 482.

¹⁶⁰ Esigenze di spazio suggeriscono di riportare gli articoli esclusivamente in nota (il cui testo completo e aggiornato può in ogni caso essere reperito sul portale *Légifrance* dello Stato francese al seguente indirizzo: www.legifrance.gouv.fr): art. 1 NCPC: “*Seules les parties introduisent l'instance, hors les cas où la loi en dispose autrement. Elles ont la liberté d'y mettre fin avant qu'elle ne s'éteigne par l'effet du jugement ou en vertu de la loi.*”; art. 2 NCPC: “*Les parties conduisent l'instance sous les charges qui leur incombent. Il leur appartient d'accomplir les actes de la procédure dans les formes et délais requis.*”; art. 3 NCPC: “*Le juge veille au bon déroulement de l'instance ; il a le pouvoir d'impartir les délais et d'ordonner les mesures nécessaires.*”.

¹⁶¹ LAGRANGE, *La Collaboration en Droit Processuel*, op. cit., ma spec. p.

Tali ultime prerogative appaiono invero costituire entrambe un'indiretta manifestazione dell'esigenza di incentivare forme di collaborazione se non spontanea quantomeno indotta. Ed è questa una percezione che pare del resto giustificata anche da un rapido raffronto di carattere storico: fino agli anni '70, i termini processuali erano di regola fissati dal legislatore con disposizioni di carattere generale e applicabili a ogni controversia (c.d. *délais légaux*), rispetto ai quali al giudice non spettava alcun potere di intervento o modificazione¹⁶².

Al contrario, l'attuale possibilità di fissare termini discrezionali (c.d. *délais judiciaires*) assume, specie nella prospettiva di questa indagine, un duplice significato: per un verso, si consente al giudice di adattare il ritmo del procedimento alle caratteristiche proprie della controversia e alle esigenze delle parti, per altro verso, l'applicazione di termini per così dire personalizzati presuppone che il giudice abbia già acquisito una certa conoscenza

459. Occorre peraltro ricordare che queste disposizioni di carattere per così dire generale, collocate nella parte introduttiva del *Nouveau Code de Procédure Civile*, vengono ulteriormente sviluppate dagli articoli 760-762 con riferimento ai poteri del presidente del *Tribunal de grande instance*, e dagli articoli 763 e seguenti con riguardo alla figura del *juge de la mise en état*. Ad esempio, l'art. 764, sulla base dell'art. 3 di cui nel testo, prevede che il giudice fissi “*au fur et à mesure les délais nécessaires à l'instruction de l'affaire, eu égard à la nature, à l'urgence et à la complexité de celle-ci*”. Si v. al riguardo BLÉRY, REICHLING, *Fasc. 500-25: Principes directeurs du procès – Office du juge – Introduction – Déclenchement et extinction de l'instance*, in *JurisClasseur - Procédure civile*, 2020, spec. par. 9.

¹⁶² Si v. al riguardo CAYROL, *Les métamorphoses de l'office du juge*, in *Gaz. Pal. Rec.* 2014, p. 2599 ss. (oppure in *Gaz. Pal. J.* 31 juill. 2014, n. 212).

dell'*affaire*, con ciò ponendo le basi per un'interazione effettiva con le parti (interazione che risulta altresì rafforzata dalla previsione dell'articolo 8, in base alla quale al giudice è consentito invitare in qualsiasi momento le parti a fornire i chiarimenti che si rendano necessari)¹⁶³.

Occorre anche aggiungere che, come peraltro si vedrà nel seguito, con riferimento alla scansione del *timing* processuale la collaborazione raggiunge la sua massima espressione nel momento in cui, attraverso strumenti di gestione concordata della controversia quali il *calendrier de la mise en état*, i termini diventano da giudiziali addirittura convenzionali (c.d. *délais conventionnels*)¹⁶⁴.

Un tale obiettivo di cooperazione fra il giudice e le parti trova del resto riscontro anche nei principi generali che ispirano l'impostazione della fase istruttoria¹⁶⁵. Sintetizzando molto, in tale contesto trova applicazione quello che, con una terminologia appartenente al sistema giuridico-amministrativo italiano, potrebbe definirsi come una sorta di principio dispositivo con metodo acquisitivo. Invero, la connotazione tradizionalmente dispositiva

¹⁶³ Sul punto si v. AMRANI MEKKI, STRICKLER, *Procédure civile*, op. cit., p. 423.

¹⁶⁴ Sulla distinzione fra *délais légaux, judiciaires e conventionnels* si v. AMRANKI MEKKI, *Le temps et le procès civil*, Paris, 2002, spec. p. 221 ss.; CADIET, JEULAND, *Droit judiciaire privé*, op. cit., p. 500 ss. Per quanto riguarda lo strumento del *calendrier de la mise en état*, *infra* par. n. 2.

¹⁶⁵ A questo proposito si rimanda a STRICKLER, VARNEK, *Procédure civile*, XII ed., Paris/Bruxelles, 2022. p. 274, ma spec. pp. 276-277. Nella letteratura italiana si v. FICCARELLI, *Esibizione di documenti e discovery*, op. cit., spec. p. 59 ss.

dell'articolo 9, nella logica del quale spetta a ciascuna parte l'indicazione dei mezzi di prova a sostegno dei fatti posti a fondamento della propria pretesa, viene per così dire attenuata dalle norme immediatamente successive. Tali norme attribuiscono al giudice non solo ampi poteri istruttori esercitabili *ex officio* (purché sussista quantomeno un principio di prova) ma anche, e soprattutto nella prospettiva di quanto qui interessa, poteri di esecuzione indiretta del dovere di collaborazione, qui declinato in termini di *collaboration dans la preuve*¹⁶⁶. Si tratta di poteri che, per un verso, consistono nella possibilità di trarre *toute conséquence* dalla realizzazione di comportamenti contrari a un simile dovere e, per altro verso, nella facoltà di servirsi di uno strumento coercitivo quale quello dell'*astreinte* per attuare coattivamente gli ordini inadempiti di esibizione di documenti o altro materiale probatorio nella disponibilità di controparte¹⁶⁷. Come ormai ampiamente noto,

¹⁶⁶ Il riferimento è, in particolare, all'articolo 10 NCPC, ai sensi del quale “*Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles.*”, nonché all'articolo 11 NCPC, primo comma, “*Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus.*” e secondo comma, il quale dispone che “*Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime.*”.

¹⁶⁷ Si v. sul punto DONDI, *L'astreinte endoproceduale*, in *Riv. trim. proc. civ.* 1981, p. 524 ss.; ID., *Effettività dei provvedimenti del giudice civile*, Padova, 1985, spec. p. 71 ss.; PERROT, *La coercizione per dissuasione nel diritto francese*, in *Riv. dir. proc.* 1996, p. 658 ss., spec. p. 663 ss.; CORNU, *Les principes*

circostanza che rende qui superflua qualsiasi specifica e ulteriore illustrazione di tale istituto, l'*astreinte* può farsi consistere nella condanna della parte inadempiente al pagamento a favore di controparte di una somma di denaro per ogni giorno di ritardo nell'adempimento dell'ordine di esibizione, con ciò combinando alla citata funzione coercitiva anche una funzione sanzionatoria della mancata collaborazione¹⁶⁸.

Così sommariamente delineati i tratti essenziali delle disposizioni che introducono il *Nouveau code de procédure civile* e che in un certo senso costituiscono il preambolo ideologico dell'intera disciplina, appare condivisibile la lettura di quella parte della dottrina, ormai maggioritaria se non unanime, che individua in tali disposizioni una codificazione implicita del principio di collaborazione quale principio ispiratore e *directeur* del processo civile francese.

L'impostazione che si è delineata trova del resto conferma anche nei più recenti indirizzi di riforma, nei quali si manifesta una

directeurs du procès civil par eux-mêmes, op. cit., ma spec. p. 91 ss.; ESMEIN, *L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes*, in *RTD civ.* 1903, p. 5 ss.; CHABAS, DEIS-BEAUQUESNE, *Astreintes*, in *Rép. proc. civ. Dalloz* 2003, p. 1 ss.; PERROT, *L'astreinte à la française*, in AA.VV., *Mélanges en l'honneur de Jacques van Compernelle*, Bruxelles, 2004, p. 487 ss.; COUCHEZ, *Production forcée de pièces*, in *JurisClasseur Procédure civile* 1999, fasc. 623; BRAHIC LAMBREY, *Production forcée des pièces*, in *Rép. proc. civ.* 2007, p. 1 ss.; FICCARELLI, *Esibizione di documenti e discovery*, op. cit., ma spec. p. 104 ss.; molto recentemente si v. GIABARDO, *Effettività della tutela giurisdizionale e misure coercitive nel processo civile – Un'indagine di diritto comparato*, Torino, 2022, ma spec. p. 125 ss.

¹⁶⁸ *Supra* n. 167.

rinnovata esigenza di individuare nella collaborazione e, più in generale, nel dialogo fra giudice e parti uno dei principali parametri di riferimento nella gestione della controversia¹⁶⁹.

In linea generale, può dirsi che in tali riforme la valorizzazione del principio della collaborazione passa – ancora una volta e del resto quasi inevitabilmente in ragione delle considerazioni già svolte – attraverso un ulteriore aumento in capo al giudice dei poteri di direzione materiale dello svolgimento della fase e di trattazione e di istruzione. Si collocano all'interno di una simile impostazione specialmente le riforme del 1998, del 2004, del 2005, del 2010 e, più recentemente, del 2019¹⁷⁰.

¹⁶⁹ COUTURIER, *Un meilleur dialogue entre avocats et magistrats pour une meilleure administration du recours*, in *Gaz. Pal. Rec.* 2016. p. 3144 ss., ma spec. p. 3147 (oppure in *Gaz. Pal. J.* 31 oct. 2016, p. 54 ss.); GARAPON, *Magistrats - Avocats, Des relations sans règle du jeu*, in *Les Cahiers de la Justice*, 3/2020, p. 449 ss.; CRÉHANGE, *Quel est l'état des relations entre avocats et magistrats?*, in *Gaz. Pal. Rec.* 2014 p. 2485 ss. (oppure in *Gaz. Pal. J.* 4-5 luglio 2014, n. 185); LAGARDE, *L'esprit d'une réforme*, in *La Semaine Juridique*, 2018, n° spéc. 26 mars 2018, p. 15 ss., ma spec. p. 19; CADIET, *Réformer la justice en France - Sur quelques tendances à l'œuvre*, in BARSOTTI, SIMONI (a cura di) *Processo e cultura giuridica / Procedure and Legal Culture – Scritti per gli 80 anni di Vincenzo Varano*, Torino, 2020, p. 231 ss. Peraltro, proprio in considerazione del rilievo riconosciuto pressoché ormai unanimemente alla collaborazione nella gestione della controversia, alcuni autori sottolineano il rischio che un eccessivo impiego delle modalità telematiche da remoto o, più in generale, della c.d. digitalizzazione processuale promossa dalle più recenti riforme, possa impedire la realizzazione di un effettivo dialogo fra il giudice e le parti. Su questa linea v. JEULAND, *Réforme de la justice: pauvre principe de collaboration*, in *La Semaine Juridique* 2018, n° spéc. 26 mars 2018, p. 28 ss., ma spec. p. 30.

¹⁷⁰ Per un'approfondita analisi di queste riforme sotto il profilo della

Operando una drastica scelta selettiva fra questi interventi, nella prospettiva del presente lavoro si ritiene di fare riferimento soprattutto alle riforme che hanno elevato a rango normativo quelle modalità, già ampiamente diffuse nella prassi, di gestione

valorizzazione del principio della collaborazione per tramite dell'aumento dei poteri del giudice, v. CADIET, *Avenir des catégories, catégories de l'avenir: perspectives*, op. cit., p. 635 ss. LAGRANGE, *La Collaboration en Droit Processuel*, op. cit., spec. p. 471 ss.; FRICERO, *Le décret du 20 août 2004: une adaptation du procès civil aux exigences modernes d'une justice de qualité*, in *Droit et procédures* 1/2005, p. 4 ss. Sull'aumento che ha interessato lo spettro dei poteri del giudice, e specialmente del *juge de la mise en état*, nelle ultime riforme si v. ORIF, *Le juge de la mise en état*, in *Gaz. Pal. Rec.* 2015, p. 4040 ss. (oppure in *Gaz. Pal. J.* 29 dec. 2015, p. 15 ss.); ROCCATI, *Le renforcement de l'office du juge : analyse d'une réforme envisagée*, in *Petites Affiches*, 8 janvier 2019 – n. 6, p. 5 ss.; BLÉRY, REICHLING, *Fasc. 500-25: Principes directeurs du procès – Office du juge – Introduction – Déclenchement et extinction de l'instance*, op. cit.; AMRANI MEKKI, *Nouvelles réformes de procédure civile - Vous avez dit simplification?*, in *La Semaine Juridique* 20 jan. 2020, doct. n. 75. Sulla più recente riforma per la modernizzazione della giustizia civile (*Réforme de modernisation de la justice du 21e siècle*) si segnalano i dossier AA.VV., *Modernisation et simplification de la procédure civile*, in *Gaz. Pal. Rec.* 2017, p. 2410 ss. (oppure in *Gaz. Pal. J.* 25 juill. 2017, p. 55 ss.); AA.VV., *Premières réactions aux chantiers de la justice – Transformation numérique, Amélioration et simplification de la procédure civile et Adaptation du réseau des juridictions*, in *Gaz. Pal. Rec.* 2018, p. 613 ss. (oppure in *Gaz. Pal. J.* 6 févr. 2018, p. 66 ss.); AA.VV., *Réforme de la procédure civile: ce qu'il faut retenir*, in *Gaz. Pal. J.* 28 jan. 2020, p. 68 ss. Si v. altresì AGOSTINI, MOLFESSIS, *Chantiers de la Justice. Amélioration et simplification de la procédure civile*, Ministère de la Justice, Paris, 2018; LASSERRE, *Panorama des principales réformes de la procédure civile à la suite de la publication du décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile*, in *Gaz. Pal. J.* 7 janv. 2020, p. 13 ss.

concordata della controversia. Fra queste, come si vedrà, di particolare rilievo appare la riforma del 2005, con la quale viene introdotto il *calendrier de la mise en état*¹⁷¹.

Come ultimo rilievo di carattere generale, occorre anche constatare che, proprio negli ultimi interventi, il dovere di collaborazione ha assunto, in probabile assonanza con quanto già avvenuto nell'ordinamento statunitense, anche una netta connotazione etica. E ciò quantomeno per il fatto che, tanto nei testi normativi quanto nel dibattito scientifico, si registra un frequente accostamento fra il dovere di collaborazione e quello di lealtà processuale¹⁷². Un dovere che, non confondendosi né sovrapponendosi al concetto di collaborazione ma anzi rivestendo un ruolo a essa complementare, tende a configurarsi come attribuzione alle parti di un comportamento eticamente configurato in quanto fondato sul reciproco rispetto nello svolgimento delle attività processuali¹⁷³.

¹⁷¹ *Infra* par. n. 2.

¹⁷² Si v. a questo riguardo FRICERO, *La loyauté dans le procès civil*, in *Gaz. Pal. Rec.* 2012, p. 1842 ss. (oppure in *Gaz. Pal. J.* 26 mai 2012, p. 10 ss.); GILLET, *L'éthique et l'office chez le juge et l'avocat: double face d'une valeur*, in *Les Cahiers de la Justice*, 1/2022, p. 105 ss.; AMRANI MEKKI, *Le chantiers de la justice Numérique, Procédure civile et Réseau des juridictions: le rationnel est-il toujours raisonnable?*, in AA.VV., *Premières réactions aux chantiers de la justice*, op. cit., ma spec. p. 618; MAGENDIE, *Célérité et qualité de la justice – La gestion du temps dans le procès, Rapport au garde des Sceaux, Ministre de la Justice*, Paris, 2004, spec. p. 41 ss.

¹⁷³ Si v. ad esempio MORET-BAILLY, NOTO-JAFFEUX, *La spécificité de la déontologie de la profession d'avocat au regard de celles des autres professions du droit*, in *Les Cahiers de la Justice*, 3/2020, p. 469 ss., ma spec. p. 475.

In sostanza, ponendosi quale valido strumento di contrasto a strategie dilatorie o comunque abusive, la *loyauté* costituisce nel panorama attuale un importante ausilio per la realizzazione di una vera cultura della cooperazione nell'ordinamento francese¹⁷⁴.

2. Collaborazione processuale e *contractualisation de la procédure*.

È essenzialmente sulla base della complessiva impostazione culturale del *Nouveau code de procédure civile* che appare ampiamente spiegabile il progressivo diffondersi nell'ordinamento francese di un fenomeno quale quello della *contractualisation* processuale. Invero se, per un verso, la compiuta acquisizione della nozione di processo come *chose* appartenente tanto alle parti quanto al giudice permette di pensare alle regole processuali come a tutti gli effetti negoziabili, per altro verso, nel momento presente è proprio tale negoziazione a rappresentare l'espressione probabilmente più emblematica del principio di collaborazione di cui si è detto nel precedente paragrafo¹⁷⁵.

¹⁷⁴ FERRACCI, *Du principe de loyauté aux exigences du procès équitable : réflexion sur l'autonomie de la déontologie des avocats*, in BROCH, GASPARINI (a cura di), *Les Avocats et les principes*, Marseille, 2022, p. 311 ss.; JEULAND, *Réforme de la justice: pauvre principe de collaboration*, op. cit., p. 28.

¹⁷⁵ A questo proposito si v. in particolare CADIET, NORMAND, AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, III éd., Paris, 2020, p. 469 ss., par. “*Les accords processuels*”; CADIET, *Les accords sur la juridiction dans le procès*, in ANCEL, RIVIER (a cura di), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le*

Nell'ordinamento francese la contrattualizzazione processuale sembra configurare un fenomeno molto *à la page*, la cui diffusione testimonia non solo una crescente diffusione dello strumento contrattuale anche in ambiti diversi dai rapporti interpersonali a carattere privatistico, ma anche un evidente interesse dello Stato a rendere le parti partecipi dell'elaborazione delle stesse norme processuali¹⁷⁶. Circostanza, questa, del resto facilmente comprensibile ove solo si pensi che la contrattualizzazione implica un coinvolgimento diretto dei soggetti tecnici nella gestione della

règlement des différends, Paris, 2001, p. 34 ss., ma spec. p. 37 ss.; ID., *Les jeux du contrat et du procès*, in AA.VV., *Philosophie du droit et droit économique – Quel dialogue?*, Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, op. cit.; ID., *La qualification juridique des accords processuels*, in DO PASSO CABRAL, NOGUEIRA (a cura di), *Negócios processuais*, Salvador, 2015, p. 93 ss.; ID., *Les pouvoirs du juge dans le cours de la procédure civile et de la procédure pénale*, in *Les Cahiers de la Justice*, 3/2013, p. 63 ss.; ID., *Case management judiciaire et déformalisation de la procédure*, op. cit., ma spec. p. 141; CHAZAL, voce *Justice contractuelle*, in CADIET (a cura di), *Dictionnaire de la justice*, op. cit., p. 743 ss. Molto di recente si v. a questo proposito anche M. MEKKI, *Force obligatoire des conventions. Regard d'un contractaliste*, in *La Semaine Juridique* 12 déc. 2022, n. 1049.

¹⁷⁶ Si v. al riguardo CADIET, *Liens d'obligation, liens du procès: une introduction*, in AA.VV., *Obligations, procès et droit savant – Mélanges en hommage à Jean Beauchard*, Paris, 2013, p. 25 ss.; ID., *Le spectre de la société contentieuse*, in AA.VV., *Droit civil, procédure, linguistique juridique – Écrits en hommage à Gerard Cornu*, Paris, 1994, p. 29 ss., ma spec. p. 45 ss.; ID., *Réformer la justice en France - Sur quelques tendances à l'œuvre*, op. cit., p. 231 ss.; BLÉRY, *Les métamorphoses des sources. La contractualisation de la procédure civile*, in *Gaz. Pal. Rec.* 2014, p. 2595 ss. (oppure in *Gaz. Pal. J.* 31 juill. 2014, n. 212).

controversia, in tal modo favorendo un modello di amministrazione della giustizia definibile come “orizzontale” in luogo del più tradizionale modello “verticale” nel quale le regole processuali sono dettate unilateralmente dal legislatore¹⁷⁷.

Su questa linea di considerazioni, non appare superfluo sottolineare come la contrattualizzazione costituisca un fenomeno di non trascurabile rilievo anche nella prospettiva della complessità processuale¹⁷⁸. È infatti del tutto evidente come lo strumento dell’accordo processuale permetta di calibrare gli aspetti gestionali della controversia sulla base delle sue effettive peculiarità, secondo un modello procedurale per così dire *sur mesure* in luogo di una più generica in quanto generalizzata modalità *prêt-à-porter*¹⁷⁹. Sotto questo profilo, la contrattualizzazione consente anzi di compiere un passaggio ulteriore nella valorizzazione della complessità quale parametro di riferimento nella diversificazione dell’*iter* processuale. Per suo tramite sembra infatti possibile confezionare uno schema

¹⁷⁷ Si v. al riguardo BOSSAN, LHUILLIER, *Protocoles informatiques et administration coopérative de la justice*, in CADIET, JEAN, PAULIAT (a cura di), *Mieux administrer pour mieux juger – Essai sur l’essor et les enjeux contemporains de l’administration de la justice*, Paris, 2014, p. 207 ss.

¹⁷⁸ Sulla nozione di complessità si v. i lavori contenuti in DONDI (a cura di), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, Milano, 2011, fra cui in particolare le riflessioni di DONDI, *Aspetti della complessità e riscontri della nozione di complessità processuale*, p. 3 ss., e - con speciale riferimento all’ordinamento francese - CADIET, *Complessità e riforme del processo civile francese*, p. 103 ss.

¹⁷⁹ Si v. sul punto CADIET, *La justice face aux défis du nombre et de la complexité*, in *Les Cahiers de la Justice*, 1/2010, p. 13 ss.; ID., *Complessità e riforme del processo civile francese*, op. cit., spec. p. 120.

procedimentale unico in quanto unicamente riferito alla specifica controversia, rispetto al quale anche le tipologie procedurali eventualmente già configurate dal legislatore nell'ottica della differenziazione dei percorsi processuali rischiano di apparire quasi sorpassate¹⁸⁰.

Poste queste considerazioni di carattere generale, occorre però rilevare come, nell'ambito della cultura giuridica francese, il termine "contrattualizzazione" sia tuttora piuttosto *flou*, in quanto impiegato con significati fra loro diversi o comunque non sempre coincidenti¹⁸¹. Si tratta di problemi definitivi che appaiono facilmente spiegabili in considerazione del panorama fortemente variegato ed eterogeneo che il termine si propone di ricomprendere.

A questo proposito, si registra una tendenziale convergenza, quantomeno nel dibattito scientifico, a proporre una macro-distinzione fra accordi preposti all'organizzazione e alla pianificazione del procedimento (*contractualisation de la procédure*) e accordi che intendono invece sostituirsi a esso (*contractualisation du litige*)¹⁸². Nella prima ipotesi l'accordo tende

¹⁸⁰ Si v. ancora sul punto CADIET, *La justice face aux défis du nombre et de la complexité*, op. cit., ma spec. p. 21.

¹⁸¹ Così si v. ad esempio ANCEL, voce *Contractualisation*, in CADIET (a cura di), *Dictionnaire de la Justice*, op. cit., p. 231 ss.; CADIET, *La qualification juridique des accords processuels*, in DO PASSO CABRAL, NOGUEIRA (a cura di), *Négocios processuais*, op. cit., p. 93 ss.

¹⁸² A questo proposito si v. ad esempio JARROSSON, ANCEL, COUVRAT, NADAL, GAUDEMET, *La contractualisation de la justice: jusqu'où aller?*, in CADIET (a cura di), *Réforme de la justice, réforme de l'État*, Paris, 2003, p. 185 ss.; CADIET, *Bref retour sur la justice contractuelle en ses deux sens*, in AA.VV.,

a essere visto come una tecnica complementare di gestione dell'*instance*, mentre nel secondo caso l'accordo altro non è che uno strumento alternativo di soluzione della lite, riconducibile nel più ampio sistema delle *ADR* che, nell'ordinamento francese, prendono il nome autoctono di *MARC (les Modes Alternatifs de Résolution des Conflits)*¹⁸³.

Posto che il presente lavoro intende, fra le possibili configurazioni della nozione di collaborazione processuale, analizzare quella che vede nella collaborazione uno strumento utile

Droit sans frontières - Mélanges en l'honneur d'Éric Loquin, Paris, 2018, p. 603 ss.; ID., *Liens d'obligation, liens du procès: une introduction*, op. cit., p. 25 ss.; ID., *La qualification juridique des accords processuels*, in DO PASSO CABRAL, NOGUEIRA (a cura di), *Négocios processuais*, op. cit., p. 93 ss.; ANCEL, voce *Contractualisation*, op. cit., ma spec. p. 232.; FRICERO, *Force obligatoire des conventions. Regard du processualiste*, in *La Semaine Juridique* 12 déc. 2022, n. 1049.

¹⁸³ Si v. sul punto CADIET, *Les conventions relatives au procès en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges*, in AA.VV., *Accordi di parte e processo*, in *Quaderni Riv. trim. dir. proc. civ.* 2008, p. 7 ss., ma spec. p. 19 ss. Con riferimento alle modalità alternative di soluzione della lite nell'ordinamento francese si v. JARROSSON, ANCEL, COUVRAT, NADAL, GAUDEMET, *La contractualisation de la justice: jusqu'où aller?*, op. cit.; CADIET, *I modi alternativi di regolamento dei conflitti in Francia tra tradizione e modernità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2006, p. 1169 ss.; CLAY, *La mise en état conventionnelle et la césure du procès*, in *La Semaine Juridique*, n° spéc. 26 mars 2018, p. 49 ss.; CADIET, CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, III éd., Paris, 2019, p. 15 ss.; GARRET, GUILLERMARD, LABADIE, *Les principes fondamentaux du processus collaboratif*, in *Procédures* 2018, p. 2 ss.; AMRANI MEKKI, *Les contrats de résolution amiable des différends. Propos introductifs*, in *La Semaine Juridique* 12 déc. 2022, n. 1049.

a un'efficiente gestione della controversia e non uno strumento di definizione *quelles que soit* della stessa, appare opportuno circoscrivere l'oggetto dell'indagine ai soli accordi strettamente processuali¹⁸⁴. E degli accordi che realizzano la *contractualisation de la procédure* appare utile considerare in particolare gli accordi relativi al *deroulement de l'instance* che richiedono la necessaria partecipazione del giudice¹⁸⁵.

Solo questi accordi – in ragione della loro concreta trilateralità – sembrano invero consentire di realizzare una gestione della controversia che possa dirsi ispirata al principio di un'effettiva collaborazione fra giudice e parti¹⁸⁶. Sotto questo profilo, non appare

¹⁸⁴ Così ad esempio si v. le riflessioni di DIABATE, *Les procédures contractuelles*, Thèse, Paris-Saclay, 2021, spec. p. 14 ss.

¹⁸⁵ Gli accordi processuali che realizzano la *contractualisation de la procédure* possono infatti ulteriormente distinguersi fra accordi relativi all'*office du juge* e accordi relativi all'*instance*. Mentre con i primi le parti si accordano fra di loro su aspetti quali la competenza o la giurisdizione del giudice, per tramite dei secondi è possibile pervenire a una gestione concordata della controversia. Fra questi ultimi, tuttavia, interessano – nella prospettiva della presente indagine – solo quelli strettamente relativi all'*instance* e, fra questi, quelli che riferendosi al *deroulement* richiedono la necessaria partecipazione del giudice. Su questa distinzione v. CADIET, NORMAND, AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., spec. p. 470 ss., ANCEL, *L'encadrement de la juridiction par le contrat*, in ANCEL, RIVIER (a cura di), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Paris, 2001, p. 6 ss.; CADIET, *Les jeux du contrat et du procès*, in AA.VV., *Philosophie du droit et droit économique – Quel dialogue?*, *Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, op. cit., ma spec. p. 35.

¹⁸⁶ Si v. al riguardo CADIET, *La qualification juridique des accords processuels*, op. cit., p. 93 ss.

una circostanza casuale che esclusivamente con riferimento ad essi appaia propriamente utilizzata la definizione di *contrats de procédure* in luogo della più generica *accords processuels*¹⁸⁷.

Quanto a questa definizione, occorre subito rilevare che quella di *contrat de procédure* costituisce un'espressione che non può dirsi nuova né recente. Di essa è infatti possibile trovarne traccia, nella letteratura giuridica francese, già nei primi anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del *Nouveau code de procédure civile* del 1975¹⁸⁸. Risalgono invero ai primi anni Ottanta del XX secolo le prime forme embrionali di quello che sarebbe successivamente diventato l'archetipo dei *contrats de procédure* a partire dalla fine degli anni Novanta fino a tempi più recenti, ossia il *calendrier de la mise en état*¹⁸⁹.

¹⁸⁷ A questo proposito si v. ancora CADIET, NORMAND, AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., spec. p. 470 ss.

¹⁸⁸ Così, ad esempio, per indicazioni risalenti si v. ESTOUP, *Le contrat de procédure en appel*, in *Rec. Dalloz-Sirey* 1985, p. 195 ss.; CARATINI, *Le «contrat de procédure»: une illusion?*, in *Gaz. Pal. Rec.* 1985, p. 639 ss.; ID., *A propos du contrat de procédure*, in *Gaz. Pal. Rec.* 1986, p. 61 ss.; DU RUSQUEC, *A propos du contrat de procédure*, in *La Semaine Juridique*, 29 Juin 1994, doct. 3774; MAGENDIE, *Le nouveau « contrat de procédure » civile - Objectifs, exigences et enjeux de la réforme parisienne*, in *Gaz. Pal. J. avr.* 2001, p. 2 ss.

¹⁸⁹ Si v., nell'ambito di una letteratura ampia a questo riguardo, AMRANI MEKKI, JEULAND, SERINET, CADIET, *Procédure civile - Le procès civil français à son point de déséquilibre? À propos du décret « procédure »*, in *La Semaine Juridique*, 14 Juin 2006, doct. 146, p. 1159 ss.; LAGRANGE, *La Collaboration en Droit Processuel*, op. cit., p. 481 ss.; CADIET, *Les conventions relatives au procès en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges*, op. cit., spec. p. 24; WATREMET, *Présentation critique de la mise en état*, op. cit., p.

Tale istituto configura, come noto, un utile strumento di pianificazione per tramite del quale il giudice e le parti realizzano una scansione dei tempi processuali calibrata sulle esigenze di gestione proprie della controversia considerata, in tal modo rendendo fin da subito prevedibile la durata complessiva del procedimento¹⁹⁰.

Quello della gestione concordata dei tempi processuali costituisce un terreno elettivo per lo sviluppo della collaborazione fra giudice e parti e ciò probabilmente spiega l'ampia diffusione di una simile prassi organizzativa all'interno dell'ordinamento francese. Non stupisce, quindi, la scelta del legislatore del 2005 di attribuire dignità normativa a questa tipologia di *contrat* e a fare della calendarizzazione non più una mera prassi bensì una regola

2 ss. Nella letteratura italiana si v. CANELLA, *Gli accordi processuali francesi volti alla "regolamentazione collettiva" del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2010, p. 549 ss.; TORQUATO, *Di alcuni clichés in tema di calendrier du procès e calendario del processo – Qualche puntualizzazione in merito al nuovo art. 81-bis disp. att. c.p.c.*, in *Giusto proc. civ.* 2010, p. 1240 ss.; FICCARELLI, *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, op. cit., spec. p. 69 ss.; DE STEFANO, *La giustizia civile francese: spunti per un confronto*, in *Giusto proc. civ.* 2010, p. 917 ss.; DONDI, ANSANELLI, COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione – Una prospettiva comparata*, op. cit., ma spec. p. 189 ss.; ANSANELLI, *Filosofie di riforma della fase preparatoria nel processo civile*, Genova, 2021, spec. p. 123 ss.

¹⁹⁰ Inevitabile a questo riguardo il richiamo a AMRANKI MEKKI, *Le temps et le procès civil*, op. cit., ma spec. pp. 220-221. Si v. anche ID., *Le principe de célérité*, in *Rev. fr. admin. pub.* 2008, p. 43 ss., ma spec. p. 53; CADJET, *Case management judiciaire et déformalisation de la procédure*, op. cit., ma spec. pp. 140-141.

processuale a tutti gli effetti prescrittiva¹⁹¹. A questo proposito, appare interessante rilevare come il legislatore, pur non modificando nella sostanza la struttura del calendario sviluppatasi nella prassi, abbia sancito una sorta di imperatività dei termini in esso fissati, prevedendo l'impossibilità di prorogarli se non per motivi gravi e adeguatamente giustificati¹⁹². Trattasi di una previsione a cui si

¹⁹¹ Si v. AMRANI MEKKI, JEULAND, SERINET, CADIET, *Procédure civile - Le procès civil français à son point de déséquilibre? À propos du décret « procédure »*, in *La Semaine Juridique*, op. cit., p. 1159 ss.; TUDELA, *Décret du 28 décembre 2005: vers une contractualisation de la procédure civile*, in *Gaz. Pal. Rec.* 2006, p. 789 ss. (oppure in *Gaz. Pal. J.* 26 mars 2006, p. 13 ss.); FOYER, PUIGELIER (a cura di), *Le Nouveau Code de Procédure Civile (1975-2005)*, Paris, 2006, *passim*; VERDUN, *Décret n. 2005-1678 du 28 décembre 2005 relatif à la procédure civile: réflexions et commentaires*, in *Gaz. Pal. Rec.* 2006, p. 282 ss.

¹⁹² Il *calendrier de la mise en état* risulta attualmente disciplinato dai commi terzo, quarto e quinto dell'art. 781 del codice di procedura civile francese, il cui testo integrale nella sua versione più aggiornata è reperibile sul portale *Légifrance* dello Stato francese al seguente indirizzo: www.legifrance.gouv.fr. Si riportano qui di seguito le parti di maggior interesse per la prospettiva del presente lavoro: “*Il peut [il giudice], après avoir recueilli l'avis des avocats, fixer un calendrier de la mise en état.*” (terzo comma); “*Le calendrier comporte le nombre prévisible et la date des échanges de conclusions, la date de la clôture, celle des débats et, par dérogation aux premier et deuxième alinéas de l'article 450, celle du prononcé de la décision.*” (quarto comma); “*Les délais fixés dans le calendrier de la mise en état ne peuvent être prorogés qu'en cas de cause grave et dûment justifiée.*” (quinto comma). Con riferimento al terzo comma, occorre segnalare che l'art. 19 del decreto 2017-892 ha sostituito il termine “*accord*” con “*avis*”, con ciò rendendo sufficiente per il giudice, ai fini della redazione del calendario, richiedere il *parere* degli avvocati anziché il loro *consenso*. Si ritiene che ciò non incida tuttavia sulla configurazione del *calendrier* quale strumento a tutti gli effetti collaborativo, essendo la nuova previsione normativa ispirata alla

accompagna, con funzione complementare, la possibilità per il giudice di sanzionare le parti che non rispettino i termini del calendario, così da garantire un'esecuzione quantomeno indiretta del *calendrier*¹⁹³.

Un simile potere sanzionatorio non svilisce tuttavia l'idea di collaborazione su cui si fonda il funzionamento complessivo del calendario: invero, l'applicazione di sanzioni quali il *retrait du role* o l'emanazione di provvedimenti di carattere ingiuntivo non avviene automaticamente, bensì garantendo alle parti interessate il diritto al contraddittorio e con esso un momento di dialogo in grado di riportare anche una circostanza di carattere patologico come quella considerata alla dimensione appunto collaborativa¹⁹⁴.

Inoltre, e come già rilevato con anche con riferimento alla raccolta del materiale probatorio, la scelta da parte del legislatore francese di attribuire al giudice un potere sanzionatorio in caso di mancato rispetto del *timing* fissato dal calendario appare coerente con l'idea che la valorizzazione della nozione di collaborazione passi necessariamente anche attraverso la sua induzione o coercizione ove

mera necessità di accelerazione dei tempi. Si v. a questo riguardo BLÉRY, *De quelques dispositions rénovant le Code de procédure civile*, in *Gaz. Pal. Rec.* 2017, p. 2410 ss., ma spec. p. 2413 (oppure in *Gaz. Pal. J.* 25 juill. 2017, p. 55 ss.); CADIET, NORMAND, AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., ma spec. p. 490.

¹⁹³ A questo proposito si v. ad esempio TUDELA, *Décret du 28 décembre 2005: vers une contractualisation de la procédure civile*, op. cit., ma spec. p. 791 ss.

¹⁹⁴ Così FRICERO, *Motulsky - La mise en état: entre tradition et modernité*, in *Procédures*, 3/2012, dossier 7, p. 23 ss., ma spec. par. 9; STRICKLER, VARNEK, *Procédure civile*, op. cit., ma spec. pp. 275-276.

le parti non si comportino spontaneamente in questo senso.

Ciò posto, occorre rilevare come i calendari e, più in generale, i *contrats de procédure* abbiano assunto, specie nelle ultime due decadi, un'estensione i cui limiti applicativi sorpassano quelli della singola controversia¹⁹⁵. Può in effetti dirsi costituire un elemento di novità nella caratterizzazione del fenomeno della contrattualizzazione nell'epoca più recente la sua trasformazione da fenomeno meramente individuale a fenomeno a tutti gli effetti collettivo¹⁹⁶. Invero, il *contrat de procédure* ha progressivamente assunto (anche) una dimensione per così dire generalizzata, diventando uno strumento di ausilio utile per la gestione di determinati aspetti concernenti non più solo ed esclusivamente una determinata controversia, bensì categorie di controversie¹⁹⁷.

Il riferimento è ai c.d. *protocoles de procédure* che, come noto, possono essere conclusi fra determinate autorità giudiziarie

¹⁹⁵ Così CADIET, *Les conventions relatives au procès en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges*, op. cit., spec. p. 30, ove l'Autore sottolinea appunto che “...la technique contractuelle au sein de procès ne se limite pas au seul traitement procédural des cas individuels. Le contrat est également devenu, à la fois, un instrument de gestion collective des procès, avec les protocoles de procédure conclus entre les juridictions et les professions judiciaires...”; ID., *Les accords sur la juridiction dans le procès*, op. cit., p. 34 ss.

¹⁹⁶ Si v. sul punto CADIET, NORMAND, AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., spec. pp. 488-489.

¹⁹⁷ Si v. CADIET, *Les jeux du contrat et du procès*, in AA.VV., *Philosophie du droit et droit économique – Quel dialogue?*, *Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, op. cit., ma spec p. 35 ss.; ID., *La qualification juridique des accords processuels*, op. cit., p. 93 ss.

(specialmente Tribunali e Corti d'appello) e gli ordini forensi locali (*barreaux*) oppure fra le cancellerie (*service du greffe*) e determinate categorie di avvocati o, ancora, fra questi ultimi e i professionisti a vario titolo coinvolti nel contesto processuale, come ad esempio gli esperti chiamati a svolgere funzioni corrispondenti a quelle di consulente tecnico¹⁹⁸.

A questa varietà di possibili “contraenti” si accompagna anche una varietà di tipologie di protocollo. A questo proposito, assumono un rilievo particolare le convenzioni collettive di gestione dei tempi processuali e quindi di contenuto riconducibile a quello del *calendrier*, oppure le convenzioni relative alle modalità di redazione o configurazione degli atti processuali, come quello stipulato dalla Corte d'appello di Parigi nel 2011¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Per indicazioni di carattere generale a questo proposito si v. CADIET, JEULAND, *Droit judiciaire privé*, op. cit., ma spec. p. 26 ss.; AMRANI MEKKI, STRICKLER, *Procédure civile*, op. cit., spec. p. 424 ss. Nell'ambito della letteratura italiana si v. lo studio particolarmente approfondito svolto su questo tema da CANELLA, *Gli accordi processuali francesi volti alla “regolamentazione collettiva” del processo civile*, op. cit., p. 549 ss. Per un esempio di strutturazione di un possibile *protocole* si v. invece NADAL, *Signature d'un protocole de procédure*, in *Gaz. Pal. J.* 22 mai 2001, p. 40 ss.

¹⁹⁹ Il protocollo stipulato dalla *Cour d'Appel de Paris* nel 2011 prevede che le conclusioni in appello siano suddivise in quattro parti: l'esposizione in fatto e l'esposizione in diritto, la discussione della causa e le conclusioni, quest'ultime da strutturare allo stesso modo di un dispositivo di sentenza; in sostanza viene prevista un'articolazione della conclusionale che ricalca quella della stessa sentenza, così da facilitare il giudice nella redazione della decisione finale. A questo riguardo si v. TRAVIER, GUICHARD, *Les protocoles sur les écritures judiciaires. Justice coutumière ou justice moderne?*, in *La Semaine Juridique*, 11

Risultano parimenti diffusi i *protocoles* che stabiliscono, in via generale e preventiva, il procedimento da seguire in caso di nomina di un consulente tecnico (ad esempio, con riferimento alla metodologia di indagine da preferire) o, più recentemente, i protocolli intesi a favorire il ricorso agli strumenti telematici nell'ambito del procedimento²⁰⁰.

La diffusione quasi pervasiva dei *protocoles*, anche in ambiti ulteriori e diversi rispetto a quelli già interessati dai singoli *contrats*, ha sollevato nella discussione scientifica la necessità di una riflessione relativa al loro inquadramento nell'ambito delle fonti di regolazione del procedimento e al rapporto sussistente fra tale strumento e le stesse norme del codice di procedura civile²⁰¹. A

juin 2012, p. 1149 ss., ma spec. p. 1152, nonché LATASTE, *Le protocole sur la mise en œuvre des principes de concentration et de structuration des écritures est un guide de bonnes pratiques pour les avocats*, in *Gaz. Pal. J.* 2-3 mars 2012, p. 5, in cui si legge che “*Les auteurs du protocole ne s’en cachent d’ailleurs pas, dès lors que l’un d’eux affirme que le métier de l’avocat consiste notamment à faciliter le travail « du juge en lui apportant des écritures qu’il peut exploiter quitte à procéder à des « copier-coller »*”.

²⁰⁰ Si v. a questo proposito GRANET, *Protocole de procédure civile - Les bonnes pratiques devant le tribunal de grande instance de Paris*, in *La Semaine Juridique* 11 juin 2008, p. 6 ss.; BINOCHÉ, *Expertise et contractualisation: de nouvelles avancées*, in *Rec. Dalloz* 2007, p. 2380; BOSSAN, LHUILLIER, *Protocoles informatiques et administration coopérative de la justice*, op. cit, ma spec. p. 211 ss. e p. 215 ss.; CADIET, NORMAND, AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., pp. 490-491; AMRANI MEKKI, STRICKLER, *Procédure civile*, op. cit., spec. pp. 450-451.

²⁰¹ Si v. CADIET, *Les pouvoirs du juge dans le cours de la procédure civile et de la procédure pénale*, op. cit, p. 63 ss.

questo proposito, occorre subito rilevare che simili difficoltà di inquadramento si spiegano in considerazione dell'assenza, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, di un'interpretazione che possa dirsi univoca circa l'efficacia normativa dei *protocoles*, e ciò specie sotto il profilo della sussistenza o meno di una loro effettiva *force contraignante*²⁰². Semplificando molto, i *protocoles* sembrano dare luogo a una forma di impegno la cui giuridicità appare riconducibile a quella di c.d. *gentlemen's agreement* che, in quanto tali, non risulterebbero coercibili in caso di violazione²⁰³.

Tuttavia, la qualificazione in termini di *soft law* o *droit mou* o *droit souple* non impedisce a tali convenzioni collettive di conservare una certa imperatività²⁰⁴. Occorre infatti ricordare che, quale fenomeno derivante dalla prassi e ispirato al principio di collaborazione, il protocollo possiede una forza auto-applicativa che gli deriva dalla sua stessa legittimazione per così dire proveniente "dal basso"²⁰⁵. Di qui, la diffusa percezione di una loro forza

²⁰² Così ad esempio, COUTURIER, *La justice du 21e siècle: l'avocat en première ligne*, in *Gaz. Pal. Rec.* 2014, p. 1302 ss. (oppure in *Gaz. Pal. J.* 9-11 mars 2014, p. 11 ss.); ID., *Un meilleur dialogue entre avocats et magistrats pour une meilleure administration du recours*, op. cit., ma spec. p. 3147.

²⁰³ Così AMRANI MEKKI, STRICKLER, *Procédure civile*, op. cit., spec. p. 452.

²⁰⁴ Per un approfondimento della nozione di *droit mou* si v. in particolare le riflessioni di THIBIERGE, *Le droit souple – Réflexion sur les textures du droit*, in *RTD Civ.* 2003, p. 599 ss.; M. MEKKI, *Propos introductifs sur le droit souple*, in AA.VV., *Le droit souple*, Paris, 2009, p. 1 ss.

²⁰⁵ Si v. a questo proposito CADIET, *Les pouvoirs du juge dans le cours de la procédure civile et de la procédure pénale*, op. cit., p. 68.; più recentemente si v. M. MEKKI, *Force obligatoire des conventions. Regard d'un contractaliste*, op. cit.

tendenzialmente e officiosamente imperativa, che pare essere confermata dalla frequente previsione, in caso di mancata osservazione degli stessi, di sanzioni di carattere deontologico e disciplinare da riferire alla figura dell'avvocato²⁰⁶. Appare peraltro opportuno considerare che ogni protocollo si caratterizza per un contenuto specifico e calato nel sistema locale di appartenenza, con la conseguenza di rendere difficile se non impossibile pervenire a una qualificazione in termini di valore normativo che possa dirsi valida per ognuno di essi.

Come si accennava, dalla complessiva incertezza connessa all'inquadramento sistematico dei *protocoles* deriva anche un'evidente difficoltà interpretativa nella ricostruzione dei termini del rapporto sussistente fra questi ultimi e le norme del codice di procedura civile²⁰⁷. Invero, posto che le norme processuali possono ritenersi dispositive e dunque negoziabili solo nei limiti in cui le stesse non configurino norme di ordine pubblico, occorre domandarsi se i protocolli possano creare anche regole e prescrizioni ulteriori rispetto a quelle già codificate, assumendo con ciò un'evidente portata *extra legem*²⁰⁸.

²⁰⁶ A questo riguardo si v. in particolare BLÉRY, *Les métamorphoses des sources. La contractualisation de la procédure civile*, op. cit., ma spec. p. 2598.

²⁰⁷ Una problematica su cui si interroga ad esempio CADIET, *Les pouvoirs du juge dans le cours de la procédure civile et de la procédure pénale*, op. cit, ma spec. pp. 68-69.

²⁰⁸ Si v. HOFFSHIR, *Première réponse de la Cour de cassation sur le caractère contraignant des protocoles de procédure*, in *Gaz. Pal. J.* 6 février 2018, p. 60 ss. Sul limite dell'ordine pubblico si v. invece CADIET, *La qualification juridique des accords processuels*, in DO PASSO CABRAL, NOGUEIRA (a cura di), *Negócios*

A questo riguardo, appare di particolare rilievo una recente pronuncia della Corte di Cassazione francese intervenuta con riferimento alla validità di una norma protocollare pattuita fra la Corte d'appello di Rennes e il *barreau* locale di Nantes²⁰⁹. Tale norma, prescrivendo di confezionare l'atto di appello secondo determinate e specifiche modalità, imponeva alle parti il rispetto di *standard* di redazione dell'atto di impugnazione ulteriori rispetto a quanto già previsto dal codice di procedura civile, e ciò a pena di irricevibilità dello stesso²¹⁰.

Proprio la previsione di una simile sanzione processuale ha costituito per la Corte di Cassazione l'occasione di una riflessione circa l'efficacia normativa del protocollo. Due, invero, le possibili soluzioni: affermare la validità della sanzione di irricevibilità prevista dalla norma protocollare, con ciò attribuendo alla convenzione una forza normativa equiparabile a quella delle norme del codice di procedura civile; oppure, delegittimare una simile previsione, riconoscendo ai *protocoles* un'efficacia *extra legem*

processuais, op. cit., ma spec. p. 95.

²⁰⁹ Il riferimento è alla sentenza della Cassazione civile del 19 ottobre 2017, n. 16-24.234, con parti Époux X c/ Sté Loire Atlantique développement (SELA), per l'impugnazione della sentenza della Corte d'appello di Rennes del 22 luglio 2016 (presidente Mme Flise, cons. rapp. M. de Leiris, avv. gen. M. Girard), il cui testo completo può essere reperito sul portale *Légifrance* dello Stato francese al seguente indirizzo: www.legifrance.gouv.fr e per il cui commento si rimanda a HOFFSHIR, *Première réponse de la Cour de cassation sur le caractère contraignant des protocoles de procédure*, op. cit., pp. 60-61, nonché alle considerazioni di BLÉRY, *Les protocoles n'engagent que ceux qui les respectent*, in *Dalloz Actualité*, 7 nov. 2017, p. 1 ss.

²¹⁰ *Supra* nota n. 209.

attenuata in quanto non coercibile per tramite di sanzioni processuali in senso proprio. Per evidenti ragioni di prudenza, questa seconda soluzione è stata preferita dalla Corte, la cui decisione costituirà in futuro un ausilio di non trascurabile rilievo nell'interpretazione di ulteriori norme protocollari.

Peraltro, il riconoscimento di un pur limitato valore *extra legem* degli accordi collettivi, per l'appunto sostanzianti nella possibilità di prevedere prescrizioni anche aggiuntive rispetto alle regole contenute nel codice di procedura civile, consente di prendere in considerazione un ulteriore aspetto di criticità di tale strumento, che può farsi consistere nel pericolo di un'eccessiva differenziazione delle regole processuali da regione a regione. Si intende qui fare riferimento al possibile fenomeno di *balkanisation* processuale, da cui deriverebbe, quantomeno secondo una parte della dottrina, un rischioso ritorno al diritto *coutumier*²¹¹. Pur non intendendo sottovalutare questo fenomeno, si ritiene che simili timori vadano ridimensionati, e ciò proprio in considerazione dell'impossibilità di

²¹¹ Sul rischio della c.d. *balkanisation* e del ritorno a una Francia di diritto *coutumier*, si v. soprattutto BLÉRY, *De la contractualisation à la réglementation unilatérale : dérive des protocoles de la mise en état*, Procédures 2012, Alertes 1; ID., *Convention interbarreaux de la Cour d'appel de Toulouse du 20 mars 2013: et un protocole de plus*, in *La Semaine Juridique* 20 mai 2013, n. 556, p. 976 ss.; ID., *Les métamorphoses des sources. La contractualisation de la procédure civile*, op. cit., ma v. spec. p. 2597; TRAVIER, GUICHARD, *Les protocoles sur les écritures judiciaires. Justice coutumière ou justice moderne?*, op. cit., p. 1149 ss.; AMRANI MEKKI, STRICKLER, *Procédure civile*, op. cit., ma spec. p. 452.

riconoscere alle norme protocollari un'efficacia prescrittiva e coercitiva in senso proprio. Peraltro, l'assunzione di una sorta di dimensione locale da parte delle regole processuali è un fenomeno tanto risalente quanto diffuso, rispetto al quale i *protocoles* svolgono solo una funzione di "istituzionalizzazione".

In ogni caso, le conclusioni a cui è giunta la Corte di Cassazione e i dubbi sollevati dalla dottrina non impediscono di confermare il ruolo comunque centrale ormai assunto dai *protocoles* nel contesto delle fonti di regolazione del rapporto processuale. Va infatti ribadita la percezione diffusa di un'efficacia ormai imperativa degli stessi, e ciò in ragione del loro fondarsi su *bonnes pratiques* nate spontaneamente nel costume giudiziario. A ciò si aggiunga che il valore di mera *soft law* o *droit mou* di fatto implicitamente affermato dalla Cassazione non preclude un'evoluzione delle norme protocollari in *droit dur*²¹². Invero, non costituisce a questo proposito una circostanza casuale che non di rado il legislatore si sia ispirato agli accordi collettivi nella realizzazione di nuovi interventi normativi, come del resto si è avuto modo di notare con riferimento allo strumento del *calendrier*.

Soprattutto, come accennato in apertura del presente lavoro, nella valorizzazione dei *protocoles* e più in generale della *contractualisation de la procédure* si trova la conferma di una tendenza ormai diffusa nell'ordinamento giuridico francese ad affrontare i problemi di funzionamento del processo civile nella

²¹² Si v. nuovamente HOFFSHIR, *Première réponse de la Cour de cassation sur le caractère contraignant des protocoles de procédure*, op. cit., pp. 60-61.

prospettiva della collaborazione²¹³. Una tendenza, questa, di cui si trova del resto riscontro anche negli indirizzi di riforma più recenti, il cui richiamo consente di dedicare qualche battuta conclusiva a un fenomeno di ultima introduzione quale quello della *procédure participative aux fins de mise en état*²¹⁴.

Si è detto che nel presente lavoro, nell'intento dell'analisi fin qui realizzata, lo sguardo è stato rivolto alla collaborazione processuale prevalentemente in una dimensione di parametro a cui riferire la gestione della controversia, con ciò scartando quei fenomeni in cui la collaborazione tende a configurare un mero presupposto per il funzionamento di meccanismi sostituitivi del processo, privi cioè dell'intermediazione giudiziale. Tale delimitazione del campo d'indagine consentirebbe di escludere dalla trattazione istituti come, ad esempio, la *procédure participative*, che, presupponendo il raggiungimento di un accordo fra le parti per tramite della conclusione di un'apposita convenzione fra le stesse,

²¹³ Così CADIET, *Les pouvoirs du juge dans le cours de la procédure civile et de la procédure pénale*, op. cit., spec. pp. 68-69.

²¹⁴ Sulla configurazione della *procédure participative aux fins de mise en état* si v. AMRANI MEKKI, *La resolution amiable des différends comme mesure de modernisation et simplification de la procédure civile*, in *Gaz. Pal. Rec.* 2017, p. 2415 ss. (oppure in *Gaz. Pal. J.* 25 juill. 2017, p. 61 ss.); ID., *Le chantiers de la justice Numérique, Procédure civile et Réseau des juridictions: le rationnel est-il toujours raisonnable?*, op. cit., ma spec. p. 616; CLAY, *La mise en état conventionnelle et la césure du procès*, op. cit., p. 49 ss.; LASSERRE, *Panorama des principales réformes de la procédure civile à la suite de la publication du décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile*, op. cit., spec. p. 14.

configura un mezzo evidentemente alternativo alla giurisdizione²¹⁵.

Ma occorre dire che, fra il 2016 e il 2019, il legislatore francese ha configurato una variante della procedura partecipativa idonea ad assumere uno specifico interesse anche nella prospettiva qui considerata. Il riferimento è, in particolare, alla *procédure participative aux fins de mise en état*, il cui scopo può farsi consistere nel consentire alle parti, per tramite di un'effettiva cooperazione fra le stesse nella raccolta del materiale probatorio, di pervenire a una gestione concordata della sola fase istruttoria, così da *mettre l'affaire en état d'être jugé*²¹⁶. Il risultato è quello di una contrattualizzazione del solo segmento istruttorio e non dell'intero litigio; circostanza, questa, che impedisce di ricondurre la *procédure participative aux fins de mise en état* nell'alveo dei mezzi alternativi di soluzione del litigio in senso tradizionale²¹⁷. Certo, è pur vero che

²¹⁵ La *procédure participative* è prevista dall'art. 2062 del codice civile francese, ai sensi del quale “*La convention de procédure participative est une convention par laquelle les parties à un différend s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend ou à la mise en état de leur litige*”. Oltre ai riferimenti bibliografici di cui alla nota precedente si v. anche CROZE, V° *Procédure participative*, in *JurisClasseur Procédures Formulaire*, 15 oct. 2020, Fasc. 10.; e, ancora più recentemente, M. MEKKI, *Force obligatoire des conventions. Regard d'un contractaliste*, op. cit.

²¹⁶ Oltre ai riferimenti bibliografici di cui alla nota n. 71, si rimanda a CARINE DENOIT-BENTEUX, *Procédure participative de mise en état: la nouvelle procédure civile offre un peu d'amiable au contentieux*, in *Gaz. Pal. J.* 28 janv. 2020, p. 82 ss.

²¹⁷ Sul carattere ibrido della *procédure participative aux fins de mise en état* si v. nuovamente M. MEKKI, *Force obligatoire des conventions. Regard d'un contractaliste*, op. cit.

tale procedura si realizza *in absentia* del giudice, il quale non siede al tavolo della contrattazione, ma ciò non sembra comportare una sua effettiva “marginalizzazione”²¹⁸. Invero, l’inserimento della procedura partecipativa all’interno del procedimento ordinario, e non in sua sostituzione, consente al giudice di conservare il proprio ruolo di *gestionnaire de l’instance*. Inoltre, occorre rilevare che nell’ipotesi in cui la fase convenzionale non raggiunga, anche solo in parte, l’obiettivo preposto, il processo deve essere riassunto dinnanzi allo stesso giudice secondo le regole ordinarie²¹⁹.

Ciò che in definitiva anche uno strumento ibrido quale quello della *procédure participative aux fins de mise en état* sembra confermare è la tendenza, ancora attuale nell’ordinamento giuridico francese, a valorizzare la cooperazione quale principale parametro di riferimento per un’efficiente gestione della controversia nonché, di conseguenza, l’accordo processuale quale strumento elitario per la realizzazione di una simile risultato.

3. Minimi raffronti con l’ordinamento italiano in tema di accordo processuale.

Proprio con riferimento a tale ultimo rilievo, appare interessante rilevare, in chiave parzialmente conclusiva, un

²¹⁸ A una simile conclusione giungono del resto anche CADIET, *Le développement de la procédure participative*, in *Procédures* 3/2020, étude 5; CARINE DENOIT-BENTEUX, *Procédure participative de mise en état: la nouvelle procédure civile offre un peu d’amiable au contentieux*, op. cit., spec. p. 83.

²¹⁹ CROZE, V° *Procédure participative*, op. cit.

apparente disinteresse della nostra cultura giuridica nei confronti delle procedure riferibili alla logica dell'accordo processuale quale strumento di gestione concordata delle controversie civili. Il che, pur non intendendo calare questa indagine in una dimensione di mera giustapposizione fra ordinamenti con riguardo a un tema specifico, pone oggettivi problemi sul piano comparatistico, e ciò per l'appunto in ragione di una sostanziale assenza del secondo termine di paragone²²⁰.

Occorre infatti rilevare come gli studi dedicati all'accordo processuale nell'ambito della letteratura scientifica italiana siano piuttosto risalenti e per lo più inquadrati nell'ambito di una ricognizione della più complessa figura del negozio giuridico processuale, per tale intendendosi una manifestazione della volontà privata destinata a produrre effetti giuridici nel processo con riguardo alla formazione, modificazione o estinzione del rapporto processuale²²¹.

²²⁰ Nella letteratura scientifica più recente l'unica opera di rilievo dedicata al tema è un numero speciale della *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* (collana dei *Quaderni*) del 2008, il cui titolo è per l'appunto *Accordi di parte e processo*. Dei lavori contenuti in tale raccolta si darà conto nelle note successive, ma appare fin d'ora interessante rilevare che fra gli Autori vi è anche e non casualmente il professor Loïc Cadet, il cui contributo nello studio del fenomeno della *contractualisation* nell'ambito della cultura giuridica francese è stato – come può cogliersi dalla bibliografia dei paragrafi precedenti – del tutto fondamentale.

²²¹ Così ad esempio in DONÀ, *Del negozio giuridico processuale*, Milano, 1933, p. 27 ss., ma spec. p. 33.; COSTA, *Contributo alla teoria dei negozi giuridici processuali*, Bologna, 1921, p. 91 ss.; NOVELLI, voce *Contratto giudiziale*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1938, p. 107 ss.; REDENTI, voce *Atti processuali civili*,

Anche ove ritenuto meritevole di autonoma trattazione rispetto al negozio giuridico processuale, come nella voce enciclopedica di Salvatore Satta specificamente dedicata all'accordo processuale o nella monografia sul tema di De Stefano, l'accordo viene analizzato esclusivamente nella sua dimensione bilaterale di strumento in mano alle parti, senza alcun accenno alla sua possibile configurazione trilaterale di strumento di gestione concordata della controversia fra giudice e parti²²².

Sintetizzando molto, si può ipotizzare che un simile scarso

in *Enc. Dir.*, Varese, 1959, p. 105 ss. Sulla nozione di negozio giuridico processuale si v. anche l'importante ricostruzione di DENTI, voce *Negozio processuale*, in *Enc. Dir.*, Varese, 1958, p. 138 ss.

²²² Il riferimento è a SATTÀ, voce *Accordo – Diritto processuale civile*, in *Enc. Dir.*, Varese, 1958, p. 300 ss., in cui l'Autore distingue fra accordi con efficacia *sul* processo (fra cui, ad esempio, quelli relativi alla giurisdizione e alla competenza o quelli sulle prove) e accordi *nel* processo (come l'accordo sulla sospensione o sul giudizio di equità); DE STEFANO, *Studi sugli accordi processuali*, Milano, 1959, in cui l'analisi è dedicata soprattutto ai "patti sulle prove" (p. 3 ss.) e agli accordi processuali esecutivi (p. 119 ss.). Per una ricostruzione e classificazione più recente si v. l'introduzione di CARPI a AA.VV., *Accordi di parte e processo*, in *Quaderni Riv. trim. dir. proc. civ.*, op. cit., p. 1 ss., nonché CAPONI, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, ivi, p. 99 ss., ma anche in *Civil Procedure Review*, II, 2010, p. 42 ss.; di recente si v. anche le riflessioni di PATTI, *Diritto civile e diritto processuale civile: frammenti di un percorso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2013, p. 1 ss., ma spec. p. 13 ss., ove il riferimento è specialmente agli accordi pattizi sulla ripartizione dell'onere della prova e sull'utilizzo o meno di determinati mezzi di prova; nonché le considerazioni di CHIZZINI, *Konventionalprozess e poteri delle parti*, in *Riv. dir. proc.* 2015, p. 45 ss., e di MANIACI, *Autonomia privata e conflitto*, in *NGCC* 4/2019, p. 854 ss.

interesse verso la questione degli accordi processuali in generale e per l'accordo processuale trilaterale in particolare possa grossomodo giustificarsi sulla base di almeno tre ragioni.

In primo luogo, ciò appare riconducibile alla diffusa e consolidata percezione del rapporto processuale come essenzialmente ed esclusivamente pubblicistico, rispetto alla quale lo strumento tradizionalmente privatistico del contratto assume una posizione per così dire antinomica²²³. Per quanto tradizionalmente consolidata, si tratta di una constatazione che appare invero discutibile. Ciò specialmente alla luce delle elaborazioni di quella parte della dottrina che – a parere di chi scrive e certo sulla base di un indirizzo dottrinale ampiamente arrestato – correttamente riconosce al processo una duplice natura: pubblica per quanto attiene strettamente alla funzione giurisdizionale, privata con riferimento all'interesse alla base della giurisdizione stessa²²⁴.

²²³ Si v. al riguardo CHIZZINI, *Konventionalprozess e poteri delle parti*, op. cit., ma spec. p. 47; nonché CAPONI, ove l'Autore rileva come la caratterizzazione fortemente pubblicistica del codice di procedura civile del 1942 trovi un'evidente conferma nel declassamento della disciplina dei metodi alternativi di risoluzione della lite rispetto a quanto previsto nel codice del 1865, ove occupavano una posizione di rilievo all'inizio del testo normativo. Appare emblematico in questo senso anche il paragrafo dal titolo *Il fantasma del contratto giudiziale?* nella monografia di DONÀ sul negozio giuridico processuale, ove l'Autore rileva che “la figura del contratto non si adatta più al processo moderno”, essendo l'idea di contratto giudiziale coerente con la sola *contestatio litis* del processo civile romano (pp. 82-84).

²²⁴ Così già SATTA, voce *Accordo – Diritto processuale civile*, op. cit., spec. p. 300, e, ancora in precedenza, CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1935, I, p. 65, dove l'A., pur riconducendo la legge processuale

In secondo luogo, a spiegare il vuoto esistente intorno alla categoria dell'accordo processuale potrebbe contribuire il richiamo alla prospettiva costituzionale, come quella rappresentata dalla previsione di cui al primo comma dell'art. 111 della Costituzione. La norma, prevedendo che la giurisdizione si attui "mediante il giusto processo regolato dalla legge", configurerebbe infatti – quantomeno secondo una parte della dottrina – una riserva di legge impermeabile al rinvio a fonti diverse da quella legislativa nella regolazione dei rapporti processuali²²⁵. Sotto questo profilo, occorre tuttavia rilevare come la più attenta dottrina abbia osservato che tale riserva, se riferita alla figura dell'accordo processuale, sia superabile sulla base di due considerazioni. Per un verso, andando l'accordo a incidere per lo più sul profilo gestionale della controversia, non si realizzerebbe un'illegittima intrusione nell'esercizio del potere giurisdizionale in senso proprio, venendo piuttosto in considerazione il potere organizzativo. Per altro verso, la configurazione trilaterale del accordo processuale implicherebbe il necessario coinvolgimento

civile nell'ambito del diritto pubblico, gli riconosceva "*una posizione speciale, che deriva dall'intreccio continuo dell'interesse generale e dell'interesse individuale nel processo civile*". Più recentemente, si v. CHIZZINI, *Konventionalprozess e poteri delle parti*, op. cit., p. 45 ss.

²²⁵ Per un'attenta analisi dell'art. 111 Cost. e della sua portata applicativa con riferimento al processo civile, si v. soprattutto le riflessioni di CHIARLONI, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 2000, p. 1010 ss. Si v. inoltre CANELLA, *Gli accordi processuali francesi volti alla "regolamentazione collettiva" del processo civile*, op. cit, spec. p. 570, ove l'A. rileva che nell'ordinamento francese la Costituzione prevede la riserva di legge solo per la disciplina del diritto processuale penale, lasciando dunque un maggior spazio di manovra alle fonti non legislative nella regolazione del processo civile.

del giudice e, dunque, dello stesso potere giurisdizionale, con ciò vanificando la necessità di un'apposita garanzia contro il rischio di una sua marginalizzazione²²⁶.

Infine, e tale considerazione a differenza dalle precedenti non appare per il momento facilmente superabile, occorre rilevare come sia la stessa struttura del processo di cognizione ad assumere notevole rilievo fra i fattori che condizionano la sensibilità rispetto al tema qui considerato. Invero, la mancanza di elasticità del modello processuale italiano appare costituire un ostacolo irrimediabile all'attuazione di pratiche concordate di gestione della controversia. Il riferimento è, in particolare, all'ossatura notoriamente rigida della fase di trattazione, la cui refrattarietà a forme di personalizzazione della lite risulta non casualmente dimostrata dagli scarsi esiti a cui è pervenuto il tentativo di adozione nel nostro ordinamento dello strumento del calendario del processo²²⁷.

²²⁶ Così CANELLA, *Gli accordi processuali francesi volti alla "regolamentazione collettiva" del processo civile*, op. cit., ma spec. p. 575; CAPONI, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, op. cit., p. 118 ss.

²²⁷ Sulla rigidità della fase di trattazione del processo civile italiano, per limitarsi ad alcune indicazioni recenti, si v. DONDI, *Impostazione ideologica e funzionalità nella riforma italiana recente del processo civile*, in *Pol. dir.* 2004, p. 251 ss.; ID., *Iniziative istruttorie di giudice e parti nel processo civile in prospettiva europea*, in *Pol. dir.* 2011, pp. 467 ss.; ANSANELLI, *Contributo allo studio della trattazione nella storia del processo civile italiano 1815-1942*, Torino, 2017, spec. p. 32 ss.; ID., *Filosofie di riforma della fase preparatoria nel processo civile*, op. cit., spec. p. 265 ss.; ID., *Profili comparati della trattazione civile*, in *Pol. dir.* 2012, p. 289 ss.; ID., *Flessibilità, proporzionalità ed efficienza – Il nuovo articolo 183 bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2016, p. 339 ss.; ID., *Culture*

A rigore, non è questa la sede per un'analisi approfondita della riformulazione *à l'italienne* di tale istituto, anche sotto il profilo delle carenze tecniche e sanzionatorie che lo distinguono dal prototipo francese, del resto ben conosciute e analizzate dalla nostra dottrina²²⁸.

della riforma, modulazione del rito e sommarizzazione delle tutele. Sulle più recenti modifiche del nostro processo civile, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2019, p. 967 ss.; FICCARELLI, *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, op. cit., spec. p. 69 ss.; CAPONI, *Rigidità e flessibilità del processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 2016, p. 1442 ss. Per alcuni commenti sulla riforma attuata con la legge n. 69/2009 e, in particolare sull'introduzione del calendario, si v., ad esempio, PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una riforma a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2009, p. 221 ss.; CONSOLO, *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri problemi significativi a prima lettura*, in *Corr. Giur.* 7/2009, p. 877 ss.; BALENA, *La nuova pseudo-riforma del processo civile*, in *Giusto proc. civ.* 2009, p. 749 ss.; DONDI, COMOGLIO, *In tema di riforme e garanzie del processo civile - Questioni rilevanti in prospettiva europea*, in *Giusto proc. civ.* 2010, p. 555 ss.; ma spec. 573 ss.; SALVANESCHI, *La riduzione del tempo del processo nella nuova riforma dei primi due libri del codice di rito*, in *Riv. dir. proc.* 2009, p. 1560 ss., ma spec. p. 1577; FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, in *Corr. Giur.* 9/2009, p. 1161 ss. Sulla mancanza di un'effettiva utilizzazione del calendario nella prassi v. anche PAGANELLI, *Una nuova agenda per il giudice e il PNRR*, in *La Magistratura*, 24 ottobre 2021, ove l'A. rileva che da un sondaggio svolto fra magistrati appartenenti all'Associazione nazionale magistrati (ANM) solo due giudici su trenta partecipanti hanno risposto di utilizzare lo strumento del calendario.

²²⁸ Sul calendario si v. PICOZZA, *Il calendario del processo*, in *Riv. dir. proc.* 2009, p. 1650 ss.; DE CRISTOFARO, *Case management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo*, in *Riv. dir. proc.* 2010, p. 282 ss., ma spec. p. 297 ss.; FICCARELLI, *Fase*

Nella prospettiva di questa indagine sembra, tuttavia, di un qualche interesse rilevare che il nostro modo di configurare il calendario, per quanto dichiaratamente ispirato all'art. 764 del codice di procedura civile francese, non consente a tale istituto di assumere la caratterizzazione tipica di un *contrat de procédure* e, pertanto di un accordo processuale. E ciò non tanto per la mancanza di un'espressa configurazione in termini di accordo trilaterale fra il giudice e le parti (forse implicitamente ricavabile dall'inciso "*sentite le parti*"), quanto piuttosto per la limitatezza del possibile contenuto del calendario, riferibile esclusivamente alla fase istruttoria.

Invero, la calendarizzazione del processo avviene nel nostro ordinamento dopo la definizione del *thema decidendum* e del *thema probandum*, in tal modo vanificando le potenzialità di questo strumento nell'attuazione di una gestione della controversia effettivamente concordata²²⁹. Una circostanza, questa, che non trova appropriata soluzione neppure nella recente riforma cosiddetta Cartabia, nella quale allo "spostamento" del calendario all'interno

preparatoria del processo civile e case management giudiziale, op. cit., spec. p. 69 ss.; GHIRGA, *Le novità sul calendario del processo: le sanzioni previste per il suo mancato rispetto*, in *Riv. dir. proc.* 2012, p. 166 ss.; VACCARI, *Il "nuovo" art. 81 bis disp. att. c.p.c.: un tentativo di quadratura*, in *Judicium.it* 2011, pp. 1 ss. Per un raffronto fra il calendario francese e quello italiano si v. TORQUATO, *Di alcuni clichés in tema di calendrier du procès e calendario del processo – Qualche puntualizzazione in merito al nuovo art. 81-bis disp. att. c.p.c.*, op. cit., p. 1240 ss.; DONDI, COMOGLIO, *In tema di riforme e garanzie del processo civile - Questioni rilevanti in prospettiva europea*, op. cit., spec. p. 573 ss.

²²⁹ Così, ad esempio, FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, op. cit., spec. p. 1163.

della cornice normativa dell'art. 183 c.p.c. non fa da *pendant* l'assunzione di una funzione di *time scheduling* della fase di trattazione, ancora una volta irrigidita dalle “nuove” memorie integrative di cui all'art. 171-ter c.p.c.²³⁰.

In definitiva, quindi, sembra di poter dire che appaiono tuttora mancare all'interno del nostro ordinamento gli strumenti che consentano al giudice e alle parti di procedere, se non a una contrattualizzazione, quantomeno a una gestione maggiormente condivisa del procedimento e, in particolare, della fase di trattazione.

²³⁰ Così si rileva ad esempio anche nella Relazione della CORTE DI CASSAZIONE a commento della nuova riforma del processo civile, Rel. n. 10, Ufficio del Massimario e del Ruolo, 1° dicembre 2022, spec. p. 58 ss. Per alcuni commenti alla più recente riforma si v., pur nell'ambito di una letteratura già molto vasta, BIAVATI, *L'architettura della riforma del processo civile*, Bologna, 2021; ID., *La riforma del processo civile: motivazioni e limiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2022, p. 45 ss.; nonché gli scritti raccolti in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 4/2021, fra cui in particolare DONDI, *Obiettivi e risultati della recente riforma del processo civile. La disciplina della cognizione a una prima lettura*, ivi, p. 927 ss.; nonché i lavori contenuti in *Pol. dir.*, 4/2021, fra cui soprattutto le riflessioni di DONDI, *Prime impressioni su una riforma forse non tentative*, ivi, p. 557 ss.; CONSOLO, *Pro futuro. Considerazioni sui problemi della riforma del processo civile (titolava Franz Klein, 1891). Un mero flash qui e ora ad instar sulla tormentata fase introduttiva*, ivi, p. 547 ss.; PAGNI, *Gli obiettivi del disegno di legge delega tra efficienza del processo, effettività della tutela e ragionevole durata*, ivi, p. 573 ss.; DALLA BONTÀ, *La (nuova) introduzione e trattazione della causa nel processo di prime cure e i poteri latu sensu conciliativi del giudice. Un innesto possibile?*, in *Giust. Consensuale* 2022, p. 587 ss.; SCARSELLI, *Mala tempora currunt – Scritti sull'ultima riforma del processo civile*, Pisa, 2023, *passim*; CECHELLA (a cura di), *Il processo civile dopo la riforma – D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, Torino, 2023.

Si può derivare da ciò la constatazione forse azzardata di una quasi congenita inadeguatezza del nostro modello di giustizia civile alla realizzazione di pratiche di cooperazione caratterizzate da un'effettiva (e fattiva) interazione fra giudice e avvocati. Per superare un simile *impasse*, si ritiene che l'avvicinamento al modello francese – e più in generale agli altri ordinamenti europei – dovrebbe realizzarsi non tanto attraverso il recepimento di singoli istituti quali il *calendrier*, quanto piuttosto attraverso un ripensamento complessivo del rapporto fra giudici e parti ispirato a una prospettiva di maggior collaborazione²³¹.

Per riprendere le parole di Calamandrei, se si trapianta un albero (nel caso qui esaminato, il meccanismo del *calendrier*) in un clima diverso da quello di origine, l'albero diventa irriconoscibile²³². E in effetti, si ricorderà che nell'ordinamento francese il *calendrier* nato come fenomeno spontaneo dalla collaborazione fra i giudici e

²³¹ Sulla necessità di una maggior elasticità della fase di trattazione si v. molto di recente BIAVATI, *Elasticità e semplificazione: alcuni equivoci*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2019, p. 1151 ss., ove l'A. sottolinea la necessità che l'obiettivo della flessibilità vada perseguito sia dando al giudice “*opportuni spazi per fare le scelte utili ai fini della migliore trattazione della singola causa*” sia coinvolgendo “*le parti in queste fasi elastiche, non solo prescrivendo che le decisioni del giudice siano prese in contraddittorio, ma prevedendo come normale il consenso delle parti su queste scelte*” (pp. 1165-1166); ID., *Le categorie del processo civile alla luce del diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2018, p. 1323 ss.

²³² L'espressione è ripresa da CALAMANDREI, *Diritto processuale e costume giudiziario*, in BINDI, GROPPI, MILANI, PISANESCHI (a cura di), *Processo e democrazia - Le conferenze messicane di Piero Calamandrei*, Pisa, 2019, p. 29 ss.

le parti, è diventato solo in seguito uno strumento anche legislativamente disciplinato. Nel nostro ordinamento, per contro, la calendarizzazione è stata per così dire imposta unilateralmente e normativamente, senza il previo strutturarsi di una prassi così configurata all'interno delle aule giudiziarie.

In questo scarto sembra potersi far consistere l'effettiva distanza fra i due ordinamenti e la conseguente necessità di implementazione del nostro meccanismo processuale a forme fattive di interazione nella direzione dello sviluppo di un'effettiva cultura della collaborazione.

In questa prospettiva, sembrano per il momento muoversi le esperienze degli Osservatori sulla Giustizia Civile, le cui elaborazioni hanno permesso di pervenire alla redazione di norme protocollari di contenuto riconducibile ai *protocoles* di matrice francese²³³. Tali protocolli, variamente adottati dalle principali autorità giudiziarie italiane, istituzionalizzano norme di costume

²³³ Per approfondimenti a questo riguardo si rinvia a BERTI ARNOALDI VELI (a cura di), *Gli Osservatori sulla giustizia civile e i protocolli d'udienza*, Bologna, 2012, *passim*; DELLA PIETRA, *La second life dei protocolli sul processo civile*, in *Giusto proc. civ.* 2012, p. 895 ss.; CANELLA, *Gli accordi processuali francesi volti alla "regolamentazione collettiva" del processo civile*, op. cit., p. 573 ss.; FICCARELLI, *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, op. cit., ma spec. p. 177 ss.; BREGGIA, *Giustizia bene comune: il ruolo degli Osservatori sulla giustizia civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2015, p. 315 ss.; ID., *Giustizia diffusa e condivisa: la collaborazione nella gestione dei conflitti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2018, p. 391 ss.; CICCARELLI, *Collaborazione ed efficienza nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2012, p. 691 ss.; GUERNELLI, *Il linguaggio degli atti processuali fra norme, giurisprudenza e protocolli*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2017, p. 485 ss.

giudiziario indirizzate alla promozione di una maggiore efficienza del processo civile, con ciò assumendo una funzione di indirizzo e riorientamento culturale della prassi locale di riferimento²³⁴.

A questo proposito, appare curioso notare come nell'ordinamento francese i *protocoles* conservino un legame di diretta derivazione con il fenomeno dei *contrats* riferiti alla singola controversia, il cui successo a livello individuale ne ha appunto consentito una diffusione a livello collettivo. Nel nostro ordinamento, invece, manca – come visto – una prassi originaria in questo senso e, più in generale, una qualsiasi attenzione al tema dell'accordo processuale. Di qui una possibile proposta: con un percorso inverso rispetto a quello transalpino, dalla valorizzazione dei protocolli collettivi degli Osservatori si potrebbe pervenire a riconoscere anche nell'accordo processuale individuale fra giudice e parti uno strumento utile a una gestione concordata (e dunque efficiente) della controversia²³⁵.

²³⁴ Si v. a questo proposito CAPONI, *L'attività degli osservatori sulla giustizia civile nel sistema delle fonti del diritto*, in *Foro It.* 2007, p. 7 ss.; e nuovamente ID., *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, p. 117 ss.

²³⁵ In questo senso si v. anche le conclusioni di CANELLA, *Gli accordi processuali francesi volti alla "regolamentazione collettiva" del processo civile*, op. cit., spec. p. 579, ove l'A. rileva: "Se la discrezionalità del giudice limitatamente alla funzione più strettamente organizzativa del processo può essere legittimamente integrata a livello di «accordi collettivi», mi sembra che sia breve il passo per ammetterla senza riserve al differente livello di stipulazione di accordi ad hoc nell'ambito della singola causa, non implicando alcuna ingerenza dei privati sulla funzione più propriamente giurisdizionale". Sulla stessa linea sembra muoversi del resto anche CAPONI, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, op. cit., spec. p. 118 ss.

BIBLIOGRAFIA DEL CAPITOLO III

- AGOSTINI, MOLFESSIS, *Chantiers de la Justice. Amélioration et simplification de la procédure civile*, Ministère de la Justice, Paris, 2018.
- ALBIGES, *Les droits fondamentaux et la mise en état*, in *Gaz. Pal.* 4 oct. 2008, p. 21 ss.
- AMBROISE-CASTÉROT, voce *Procédure accusatoire/Procédure inquisitoire*, in *Dictionnaire de la Justice*, Paris, 2004, p. 1058 ss.
- AMRANKI MEKKI, *Le temps et le procès civil*, Paris, 2002.
- AMRANKI MEKKI, *Le principe de célérité*, in *Rev. fr. admin. pub.* 2008, p. 43 ss.
- AMRANI MEKKI, *Les catégories de Common Law et Civil Law à l'épreuve de l'office du juge et des parties*, in AA.VV., *Justice et droit du procès - Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Paris, 2010, p. 157 ss.
- AMRANI MEKKI, *Qu'est devenue la pensée de H. Motulsky? Les droits de la défense*, in *Procédures* 3/2012 (dossier *Qu'est devenue la pensée de H. Motulsky?*), p. 18 ss.
- AMRANI MEKKI, *La résolution amiable des différends comme mesure de modernisation et simplification de la procédure civile*, in *Gaz. Pal. Rec.* 2017, p. 2415 ss. (oppure in *Gaz. Pal. J.* 25 juill. 2017, p. 61 ss.).
- AMRANI MEKKI, *Nouvelles réformes de procédure civile - Vous avez dit simplification?*, in *La Semaine Juridique* 20 jan. 2020, doct. n. 75.
- AMRANI MEKKI, *Les contrats de résolution amiable des différends. Propos introductifs*, in *La Semaine Juridique* 12 déc. 2022, n. 1049.
- AMRANI MEKKI, JEULAND, SERINET, CADIET, *Procédure civile - Le procès civil français à son point de déséquilibre? À propos du décret « procédure »*, in *La Semaine Juridique*, 14 Juin 2006, doct. 146, p. 1159 ss.
- AMRANI MEKKI, STRICKLER, *Procédure civile*, Paris, 2014.
- ANCEL, *L'encadrement de la juridiction par le contrat*, in ANCEL, RIVIER (a cura di), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Paris, 2001, p. 6 ss.
- ANCEL, voce *Contractualisation*, in CADIET (a cura di), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, 2004, p. 231 ss.
- ANSANELLI, *Profili comparati della trattazione civile*, in *Pol. dir.* 2012, p. 289 ss.
- ANSANELLI, *Flessibilità, proporzionalità ed efficienza – Il nuovo articolo 183 bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2016, p. 339 ss.
- ANSANELLI, *Contributo allo studio della trattazione nella storia del processo civile italiano 1815-1942*, Torino, 2017.
- ANSANELLI, *Culture della riforma, modulazione del rito e sommarizzazione delle tutele*.

Sulle più recenti modifiche del nostro processo civile, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2019, p. 967 ss.

ANSANELLI, *Filosofie di riforma della fase preparatoria nel processo civile*, Genova, 2021, spec. p. 123 ss.

AA.VV., *Accordi di parte e processo*, in *Quaderni Riv. trim. dir. proc. civ.* 2008.

AA.VV., *Modernisation et simplification de la procédure civile*, in *Gaz. Pal. Rec.* 2017, p. 2410 ss. (oppure in *Gaz. Pal. J.* 25 juill. 2017, p. 55 ss.).

AA.VV., *Premières réactions aux chantiers de la justice – Transformation numérique, Amélioration et simplification de la procédure civile et Adaptation du réseau des juridictions*, in *Gaz. Pal. Rec.* 2018, p. 613 ss. (oppure in *Gaz. Pal. J.* 6 févr. 2018, p. 66 ss.).

AA.VV., *Réforme de la procédure civile: ce qu'il faut retenir*, in *Gaz. Pal. J.* 28 jan. 2020, p. 68 ss.

BALENA, *La nuova pseudo-riforma del processo civile*, in *Giusto proc. civ.* 2009, p. 749 ss.

BELLAMY, *Le pouvoir de commandement du juge, ou le nouvel esprit du procès*, in *La Semaine Juridique* 1973, n. 2522, spec. p. 18 ss.

BERTI ARNOALDI VELI (a cura di), *Gli Osservatori sulla giustizia civile e i protocolli d'udienza*, Bologna, 2012.

BIAVATI, *Le categorie del processo civile alla luce del diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2018, p. 1323 ss.

BIAVATI, *Elasticità e semplificazione: alcuni equivoci*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2019, p. 1151 ss.

BIAVATI, *L'architettura della riforma del processo civile*, Bologna, 2021.

BIAVATI, *La riforma del processo civile: motivazioni e limiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2022, p. 45 ss.

BINOCHE, *Expertise et contractualisation: de nouvelles avancées*, in *Rec. Dalloz* 2007, p. 2380.

BLÉRY, *De la contractualisation à la réglementation unilatérale : dérive des protocoles de la mise en état*, *Procédures* 2012, *Alertes* 1.

BLÉRY, *Convention interbarreaux de la Cour d'appel de Toulouse du 20 mars 2013: et un protocole de plus*, in *La Semaine Juridique* 20 mai 2013, n. 556, p. 976 ss.

BLÉRY, *Les métamorphoses des sources. La contractualisation de la procédure civile*, in *Gaz. Pal. Rec.* 2014, p. 2595 ss. (oppure in *Gaz. Pal. J.* 31 juill. 2014, n. 212).

BLÉRY, *De quelques dispositions rénovant le Code de procédure civile*, in *Gaz. Pal. Rec.* 2017, p. 2410 ss. (oppure in *Gaz. Pal. J.* 25 juill. 2017, p. 55 ss.).

BLÉRY, *Les protocoles n'engagent que ceux qui les respectent*, in *Dalloz Actualité*, 7 nov.

2017, p. 1 ss.

BLÉRY, RASCHEL, *Motulsky - Les rôles respectifs du juge et des parties en droit interne et international*, in *Procédures* 3/2012 (dossier *Qu'est devenue la pensée de H. Motulsky?*), p. 12 ss.

BLÉRY, REICHLING, *Fasc. 500-25: Principes directeurs du procès – Office du juge – Introduction – Déclenchement et extinction de l'instance*, in *JurisClasseur - Procédure civile*, 2020, spec. par. 9.

BOLARD, *Les juges et les droits de la défense*, in AA.VV., *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, 1991, p. 49 ss.

BOSSAN, LHUILLIER, *Protocoles informatiques et administration coopérative de la justice*, in CADIET, JEAN, PAULIAT (a cura di), *Mieux administrer pour mieux juger – Essai sur l'essor et les enjeux contemporains de l'administration de la justice*, Paris, 2014, p. 207 ss.

BRAHIC LAMBREY, *Production forcée des pièces*, in *Rép. proc. civ.* 2007, p. 1 ss.

BREGGIA, *Giustizia bene comune: il ruolo degli Osservatori sulla giustizia civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2015, p. 315 ss.

BREGGIA, *Giustizia diffusa e condivisa: la collaborazione nella gestione dei conflitti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2018, p. 391 ss.

CADIET, *Le spectre de la société contentieuse*, in AA.VV., *Droit civil, procédure, linguistique juridique – Écrits en hommage à Gerard Cornu*, Paris, 1994, p. 29 ss.

CADIET, *Les jeux du contrat et du procès*, in AA.VV., *Philosophie du droit et droit économique – Quel dialogue?*, in AA.VV., *Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, 1999, p. 23 ss.

CADIET, *Les accords sur la juridiction dans le procès*, in ANCEL, RIVIER (a cura di), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Paris, 2001, p. 34 ss.

CADIET, *Et les principes directeurs des autres procès? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès*, in AA.VV., *Justice et Droits Fondamentaux - Études offertes à J. Normand*, Paris, 2003, p. 71 ss.

CADIET, *I modi alternativi di regolamento dei conflitti in Francia tra tradizione e modernità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2006, p. 1169 ss.

CADIET, *Case management judiciaire et déformalisation de la procédure*, in *Rev. fr. admin. pub.* 2008, p. 133 ss.

CADIET, *Les conventions relatives au procès en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges*, in AA.VV., *Accordi di parte e processo*, in *Quaderni Riv. trim. dir. proc. civ.* 2008, p. 7 ss.

CADIET, *Avenir des catégories, catégories de l'avenir: perspectives*, in WALKER, CHASE (a cura di), *Common Law, Civil Law and the Future of Categories*, Toronto, 2010, p. 635

ss.

CADIET, *La justice face aux défis du nombre et de la complexité*, in *Les Cahiers de la Justice*, 1/2010, p. 13 ss.

CADIET, *Introduction to French Civil Justice System and Civil Procedural Law*, in 28 *Ritsumeikan L. Rev.* 2011, p. 331 ss., ma spec. p. 349 ss.

CADIET, *Complessità e riforme del processo civile francese*, in DONDI (a cura di), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, Milano, 2011, p. 103 ss.

CADIET, *Liens d'obligation, liens du procès: une introduction*, in AA.VV., *Obligations, procès et droit savant – Mélanges en hommage à Jean Beauchard*, Paris, 2013, p. 25 ss.

CADIET, *Les pouvoirs du juge dans le cours de la procédure civile et de la procédure pénale*, in *Les Cahiers de la Justice*, 3/2013, p. 63 ss.

CADIET, *La qualification juridique des accords processuels*, in DO PASSO CABRAL, NOGUEIRA (a cura di), *Negócios processuais*, Salvador, 2015, p. 93 ss.

CADIET, *Bref retour sur la justice contractuelle en ses deux sens*, in AA.VV., *Droit sans frontières - Mélanges en l'honneur d'Éric Loquin*, Paris, 2018, p. 603 ss.

CADIET, *Réformer la justice en France - Sur quelques tendances à l'œuvre*, in BARSOTTI, SIMONI (a cura di) *Processo e cultura giuridica / Procedure and Legal Culture – Scritti per gli 80 anni di Vincenzo Varano*, Torino, 2020, p. 231 ss.

CADIET, CANIVET (a cura di), *De la commémoration d'un code à l'autre: 200 ans de procédure civile en France*, Paris, 2006.

CADIET, CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, III éd., Paris, 2019.

CADIET, JEULAND, *Droit judiciaire privé*, XI éd., Paris, 2020.

CADIET, NORMAND, AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, III éd., Paris, 2020, p. 469 ss.

CALAMANDREI, *Diritto processuale e costume giudiziario*, in BINDI, GROPPI, MILANI, PISANESCHI (a cura di), *Processo e democrazia - Le conferenze messicane di Piero Calamandrei*, Pisa, 2019, p. 29 ss.

CANELLA, *Gli accordi processuali francesi volti alla "regolamentazione collettiva" del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2010, p. 549 ss.

CAPONI, *L'attività degli osservatori sulla giustizia civile nel sistema delle fonti del diritto*, in *Foro It.* 2007, p. 7 ss.

CAPONI, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, in *Civil Procedure Review*, II, 2010, p. 42 ss.

CAPONI, *Rigidità e flessibilità del processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 2016, p. 1442 ss.

CAPPELLETTI, *Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato*, in *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, p. 169 ss.

CAPPELLETTI, *Iniziative probatorie del giudice e basi pregiudiziali della struttura del*

processo, in *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, p. 143 ss.

CARINE DENOIT-BENTEUX, *Procédure participative de mise en état: la nouvelle procédure civile offre un peu d'amiable au contentieux*, in *Gaz. Pal. J.* 28 janv. 2020, p. 82 ss.

CORTE DI CASSAZIONE, Relazione a commento della nuova riforma del processo civile, Rel. n. 10, Ufficio del Massimario e del Ruolo, 1° dicembre 2022.

CAYROL, *Les métamorphoses de l'office du juge*, in *Gaz. Pal. Rec.* 2014, p. 2599 ss. (oppure in *Gaz. Pal. J.* 31 juill. 2014, n. 212).

CECHELLA (a cura di), *Il processo civile dopo la riforma – D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, Torino, 2023.

CHABAS, DEIS-BEAUQUESNE, *Astreintes*, in *Rép. proc. civ. Dalloz* 2003, p. 1 ss.

CHAINAIS, *Rapport de synthèse – Le destin d'une pensée visionnaire*, in *Procédures* 3/2012 (dossier *Qu'est devenue la pensée de H. Motulsky?*), p. 55 ss.

CHIARLONI, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 2000, p. 1010 ss.

CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1935, I.

CHIZZINI, *Konventionalprozess e poteri delle parti*, in *Riv. dir. proc.* 2015, p. 45 ss.

CICCARELLI, *Collaborazione ed efficienza nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2012, p. 691 ss.

CLAY, *La mise en état conventionnelle et la césure du procès*, in *La Semaine Juridique*, n° spéc. 26 mars 2018, p. 49 ss.

CONSOLO, *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri problemi significativi a prima lettura*, in *Corr. Giur.* 7/2009, p. 877 ss.

CONSOLO, *Pro futuro. Considerazioni sui problemi della riforma del processo civile (titolava Franz Klein, 1891). Un mero flash qui e ora ad instar sulla tormentata fase introduttiva*, in *Pol. dir.* 2021, p. 547 ss.

CORNU, *Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes*, in AA.VV., *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, 1991, p. 83 ss.

COSTA, *Contributo alla teoria dei negozi giuridici processuali*, Bologna, 1921, p. 91 ss.

COUCHEZ, *Production forcée de pièces*, in *JurisClasseur Procédure civile* 1999, fasc. 623.

COUTURIER, *La justice du 21e siècle: l'avocat en première ligne*, in *Gaz. Pal. Rec.* 2014, p. 1302 ss. (oppure in *Gaz. Pal. J.* 9-11 mars 2014, p. 11 ss.).

COUTURIER, *Un meilleur dialogue entre avocats et magistrats pour une meilleure administration du recours*, in *Gaz. Pal. Rec.*, 2016 p. 3144 ss. (oppure in *Gaz. Pal. J.* 31 oct. 2016, p. 54 ss.).

CRÉHANGE, *Quel est l'état des relations entre avocats et magistrats?*, in *Gaz. Pal. Rec.*

2014 p. 2485 ss. (oppure in *Gaz. Pal. J.* 4-5 luglio 2014, n. 185).

CROZE, V° *Procédure participative*, in *JurisClasseur Procédures Formulaire*, 15 oct. 2020, Fasc. 10.

DALLA BONTÀ, *La (nuova) introduzione e trattazione della causa nel processo di prime cure e i poteri latu sensu conciliativi del giudice. Un innesto possibile?*, in *Giust. Consensuale* 2022, p. 587 ss.

DAMAŠKA, *The Faces of Justice and State Authority*, New Haven, 1986 (trad. it. a cura di GIUSSANI, ROTA, *I volti della giustizia e del potere - Analisi comparatistica del processo*, Bologna, 1991).

DE CRISTOFARO, *Case management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo*, in *Riv. dir. proc.* 2010, p. 282 ss.

DELLA PIETRA, *La second life dei protocolli sul processo civile*, in *Giusto proc. civ.* 2012, p. 895 ss.

DENTI, voce *Negozi processuale*, in *Enc. Dir.*, Varese, 1958, p. 138 ss.

DE STEFANO, *Studi sugli accordi processuali*, Milano, 1959.

DE STEFANO, *La giustizia civile francese: spunti per un confronto*, in *Giusto proc. civ.* 2010, p. 917 ss.

DE VITA, *Il nuovo codice di procedura civile francese: prima tappa della riforma*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1973, p. 1414 ss.

DIABATE, *Les procédures contractuelles*, Thèse, Paris-Saclay, 2021.

DONÀ, *Del negozio giuridico processuale*, Milano, 1933, p. 27 ss., ma spec. p. 33.

DONDI, *L'astreinte endoprocedurale*, in *Riv. trim. proc. civ.* 1981, p. 524 ss.

DONDI, *Effettività dei provvedimenti del giudice civile*, Padova, 1985.

DONDI, *Impostazione ideologica e funzionalità nella riforma italiana recente del processo civile*, in *Pol. dir.* 2004, p. 251 ss.

DONDI (a cura di), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, Milano, 2011.

DONDI, *Iniziative istruttorie di giudice e parti nel processo civile in prospettiva europea*, in *Pol. dir.* 2011, p. 467 ss.

DONDI, *Conduite de l'avocat et loyauté procédurale – Une tentative de mise à jour*, in AA.VV., *Le droit, entre autonomie et ouverture – Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruxelles, 2013, p. 855 ss.

DONDI, *Attentions et inattentions entre deux cultures du procès civil - Regards à la France du côté italien*, in 8 *IJPL* 2018, p. 133 ss., nonché in CADIET, DAUCHY, HALPERIN (a cura di), *Itinéraires d'histoire de la procédure civile - Regards étrangers*, Paris, 2020, p. 123 ss.

DONDI, *Obiettivi e risultati della recente riforma del processo civile. La disciplina della*

cognizione a una prima lettura, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2021, p. 927 ss.

DONDI, *Prime impressioni su una riforma forse non tentative*, in *Pol. dir.* 2021, p. 557 ss.

DONDI, ANSANELLI, P. COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione – Una prospettiva comparata*, Milano, 2018.

DONDI, P. COMOGLIO, *In tema di riforme e garanzie del processo civile - Questioni rilevanti in prospettiva europea*, in *Giusto proc. civ.* 2010, p. 555 ss.

DU RUSQUEC, *A propos du contrat de procédure*, in *La Semaine Juridique*, 29 Juin 1994, doct. 3774.

ESMEIN, *L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes*, in *RTD civ.* 1903, p. 5 ss.

ESTOUP, *Le contrat de procédure en appel*, in *Rec. Dalloz-Sirey* 1985, p. 195 ss.;

CARATINI, *Le «contrat de procédure»: une illusion?*, in *Gaz. Pal. Rec.* 1985, p. 639 ss.

ESTOUP, *A propos du contrat de procédure*, in *Gaz. Pal. Rec.* 1986, p. 61 ss.

FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, in *Corr. Giur.* 9/2009, p. 1161 ss.

FERRACCI, *Du principe de loyauté aux exigences du procès équitable: réflexion sur l'autonomie de la déontologie des avocats*, in BROCH, GASPARINI (a cura di), *Les Avocats et les principes*, Marseille, 2022, p. 311 ss.

FERRAND, *The Respective Role of the Judge and the Parties in the Preparation of the Case in France*, in TROCKER, VARANO (a cura di), *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective: An International Conference Dedicated to Mauro Cappelletti, Florence, 12-13 December 2003*, Torino, 2005, p. 7 ss.

FICCARELLI, *Esibizione di documenti e discovery*, Torino, 2004.

FICCARELLI, *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, Napoli, 2011.

FOYER, PUIGELIER (a cura di), *Le Nouveau Code de Procédure Civile (1975-2005)*, Paris, 2006.

FRICERO, *Le décret du 20 août 2004: une adaptation du procès civil aux exigences modernes d'une justice de qualité*, in *Droit et procédures* 1/2005, p. 4 ss.

FRICERO, *La loyauté dans le procès civil*, in *Gaz. Pal. Rec.* 2012, p. 1842 ss. (oppure in *Gaz. Pal. J.* 26 mai 2012, p. 10 ss.

FRICERO, *Motulsky - La mise en état: entre tradition et modernité*, in *Procédures*, 3/2012, dossier 7, p. 23 ss.

FRICERO, *Force obligatoire des conventions. Regard du processualiste*, in *La Semaine Juridique* 12 déc. 2022, n. 1049.

GARAPON, *Magistrats - Avocats, Des relations sans règle du jeu*, in *Les Cahiers de la*

Justice, 3/2020, p. 449 ss.

GARRET, GUILLERMARD, LABADIE, *Les principes fondamentaux du processus collaboratif*, in *Procédures* 2018, p. 2 ss.

GHIRGA, *Le novità sul calendario del processo: le sanzioni previste per il suo mancato rispetto*, in *Riv. dir. proc.* 2012, p. 166 ss.

GIABARDO, *Effettività della tutela giurisdizionale e misure coercitive nel processo civile – Un’indagine di diritto comparato*, Torino, 2022.

GILLET, *L'éthique et l'office chez le juge et l'avocat: double face d'une valeur*, in *Les Cahiers de la Justice*, 1/2022, p. 105 ss.

GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, Torino, 2018.

GRANET, *Protocole de procédure civile - Les bonnes pratiques devant le tribunal de grande instance de Paris*, in *La Semaine Juridique*, 11 juin 2008, p. 6 ss.

GUERNELLI, *Il linguaggio degli atti processuali fra norme, giurisprudenza e protocolli*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2017, p. 485 ss.

HOFFSHIR, *Première réponse de la Cour de cassation sur le caractère contraignant des protocoles de procédure*, in *Gaz. Pal. J.* 6 février 2018, p. 60 ss.

JARROSSON, ANCEL, COUV RAT, NADAL, GAUDEMET, *La contractualisation de la justice: jusqu'où aller?*, in CADIET (a cura di), *Réforme de la justice, réforme de l'État*, Paris, 2003, p. 185 ss.

JEULAND, *La conception du procès civil dans le code de procédure civile de 1975*, in CADIET, CANIVET (a cura di), *De la commémoration d'un code à l'autre: 200 ans de procédure civile en France*, Paris, 2006, p. 101 ss.

JEULAND, *Réforme de la justice: pauvre principe de collaboration*, in *La Semaine Juridique* 2018, n° spéc. 26 mars 2018, p. 28 ss.

LAGARDE, *L'esprit d'une réforme*, in *La Semaine Juridique*, 2018, n° spéc. 26 mars 2018, p. 15 ss.

LAGRANGE, *La Collaboration en Droit Processuel*, Paris, 2010.

LASSERRE, *Panorama des principales réformes de la procédure civile à la suite de la publication du décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile*, in *Gaz. Pal. J.* 7 janv. 2020, p. 13 ss.

LATASTE, *Le protocole sur la mise en œuvre des principes de concentration et de structuration des écritures est un guide de bonnes pratiques pour les avocats*, in *Gaz. Pal. J.* 2-3 mars 2012, p. 5.

MAGENDIE, *Le nouveau « contrat de procédure » civile - Objectifs, exigences et enjeux de la réforme parisienne*, in *Gaz. Pal. J.* avr. 2001, p. 2 ss.

MAGENDIE, *Célérité et qualité de la justice – La gestion du temps dans le procès, Rapport*

au garde des Sceaux, Ministre de la Justice, Paris, 2004, spec. p. 41 ss.
 MANIACI, *Autonomia privata e conflitto*, in *NGCC* 4/2019, p. 854 ss.
 MARTIN, *Un autre procès possible ou est-il interdit de rêver ?*, in *RTD Civ.* 1994 p. 557 ss.
 MARTIN, *Principes directeurs du procès*, in *Rép. proc. civ. Dalloz* 2000, p. 1 ss.
 M. MEKKI, *Propos introductifs sur le droit souple*, in *AA.VV., Le droit souple*, Paris, 2009, p. 1 ss.
 M. MEKKI, *Force obligatoire des conventions. Regard d'un contractaliste*, in *La Semaine Juridique* 12 déc. 2022, n. 1049.
 MINIATO, *L'évolution du rôle du juge de la mise en état*, in GINESTET (a cura di), *La spécialisation des juges*, Toulouse, 2012, p. 35 ss.
 MORET-BAILLY, NOTO-JAFFEUX, *La spécificité de la déontologie de la profession d'avocat au regard de celles des autres professions du droit*, in *Les Cahiers de la Justice*, 3/2020, p. 469 ss.
 MOTULSKY, *Prolègomènes pour un futur Code de procédure civile: la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971*, in *Écrits – Études et notes de procédure civile*, II ed., Paris, 2010, p. 275 ss.
 MOTULSKY, *La réforme du code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès*, in *Écrits – Études et notes de procédure civile*, II ed., Paris, 2010, p. 130 ss.
 NORMAND, *Le juge et le litige*, Lille, 1965.
 NADAL, *Signature d'un protocole de procédure*, in *Gaz. Pal. J.* 22 mai 2001, p. 40 ss.
 NOVELLI, voce *Contratto giudiziale*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1938, p. 107 ss.
 ORIF, *Le juge de la mise en état*, in *Gaz. Pal. Rec.* 2015, p. 4040 ss. (oppure in *Gaz. Pal. J.* 29 dec. 2015, p. 15 ss.).
 PAGANELLI, *Una nuova agenda per il giudice e il PNRR*, in *La Magistratura*, 24 ottobre 2021.
 PAGNI, *Gli obiettivi del disegno di legge delega tra efficienza del processo, effettività della tutela e ragionevole durata*, in *Pol. dir.* 2021, p. 573 ss.
 PATTI, *Diritto civile e diritto processuale civile: frammenti di un percorso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2013, p. 1 ss.
 PERROT, *Il nuovo e futuro codice di procedura civile francese*, in *Riv. dir. proc.* 1975, p. 228 ss.
 PERROT, *La coercizione per dissuasione nel diritto francese*, in *Riv. dir. proc.* 1996, p. 658 ss.
 PERROT, *L'astreinte à la française*, in *Mélanges en l'honneur de Jacques van*

Compernelle, Bruxelles, 2004, p. 487 ss.

PICOZZA, *Il calendario del processo*, in *Riv. dir. proc.* 2009, p. 1650 ss.

PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una riforma a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2009, p. 221 ss.

REDENTI, voce *Atti processuali civili*, in *Enc. Dir.*, Varese, 1959, p. 105 ss.

ROCCATI, *Le renforcement de l'office du juge : analyse d'une réforme envisagée*, in *Petites Affiches*, 8 janvier 2019 – n. 6, p. 5 ss.

SALVANESCHI, *La riduzione del tempo del processo nella nuova riforma dei primi due libri del codice di rito*, in *Riv. dir. proc.* 2009, p. 1560 ss.

SATTA, voce *Accordo – Diritto processuale civile*, in *Enc. Dir.*, Varese, 1958, p. 300 ss.

SCARSELLI, *Mala tempora currunt – Scritti sull'ultima riforma del processo civile*, Pisa, 2023, *passim*.

SOLUS, *Le riforme della procedura civile francese*, in *Riv. dir. proc.* 1960, p. 14 ss.

STRICKLER, VARNEK, *Procédure civile*, XII ed., Paris/Bruxelles, 2022.

THIBIERGE, *Le droit souple – Réflexion sur les textures du droit*, in *RTD Civ.* 2003, p. 599 ss.

TORQUATO, *Di alcuni clichés in tema di calendrier du procès e calendario del processo – Qualche puntualizzazione in merito al nuovo art. 81-bis disp. att. c.p.c.*, in *Giusto proc. civ.* 2010, p. 1240 ss.

TRAVIER, GUICHARD, *Les protocoles sur les écritures judiciaires. Justice coutumière ou justice moderne?*, in *La Semaine Juridique*, 11 juin 2012, p. 1149 ss.

TUDELA, *Décret du 28 décembre 2005: vers une contractualisation de la procédure civile*, in *Gaz. Pal. Rec.* 2006, p. 789 ss. (oppure in *Gaz. Pal. J.* 26 mars 2006, p. 13 ss.).

VACCARI, *Il “nuovo” art. 81 bis disp. att. c.p.c.: un tentativo di quadratura*, in *Judicium.it* 2011, pp. 1 ss.

VERDUN, *Décret n. 2005-1678 du 28 décembre 2005 relatif à la procédure civile: réflexions et commentaires*, in *Gaz. Pal. Rec.* 2006, p. 282 ss.

WATREMET, *Présentation critique de la mise en état*, in *Gaz. Pal.* 4 oct. 2008, p. 2 ss.

CAPITOLO IV

Risultati dell'indagine e raffronti con lo stato delle cose nell'ordinamento italiano

Abstract: In questo ultimo capitolo si darà conto dei risultati dell'indagine comparatistica al fine di pervenire a valutazioni in ordine alla maggiore o minore efficienza degli approcci adottati negli ordinamenti considerati. Il tutto nella prospettiva di configurare ipotetiche suggestioni anche per il nostro ordinamento, il quale tuttora si segnala per l'assenza di un serio dibattito intorno alla nozione di collaborazione processuale e, di conseguenza, per una quasi congenita inadeguatezza alla realizzazione di effetti di cooperazione indirizzati in capo ai soggetti tecnici del processo civile.

Sommario: **1.** Ciò che illustrano e segnalano i percorsi dell'ordinamento statunitense e francese in tema di cooperazione processuale; **2.** Minimi raffronti con lo stato delle cose attuale nell'ordinamento italiano, anche a seguito della recente riforma del processo civile; **3.** Ciò che sembra possibile derivare dall'ordinamento statunitense e francese in chiave di suggestione applicativa per il nostro ordinamento.

1. Ciò che illustrano e segnalano i percorsi dell'ordinamento statunitense e francese in tema di cooperazione processuale.

Costituisce una prassi quella di concludere una ricerca appunto definendone conclusivamente i risultati e, con ciò, fermando una valutazione di quanto si è verificato nel corso della stessa. In questo caso non è solo per seguire questa prassi, del resto anche con qualche fondamento, che si ritiene di completare con un riepilogo e un raffronto l'indagine intorno al problema della cooperazione processuale fin qui condotta. Un'esigenza di funzionalizzare il discorso sembra infatti imporre di condurre le constatazioni effettuate a una qualche sintesi per pervenire a valutazioni in ordine alla maggiore o minore efficienza degli approcci adottati negli ordinamenti considerati al fine di configurare ipotetiche suggestioni anche per il nostro ordinamento.

Sembra possibile condurre questo tipo di ricognizione finale in ragione della notevole quantità di informazioni, raccolte e filtrate, tanto riguardo all'ordinamento statunitense che a quello francese con riferimento alla nozione di collaborazione processuale.

La constatazione di una forte attività di elaborazione con riguardo al tema di indagine, invero, costituisce già in sé una circostanza rilevante e un tema di valutazione. In altri termini, ciò che si è rilevato è anzitutto proprio l'esistenza dell'oggetto

dell'analisi fin qui condotta, quantomeno in termini di rilevanza attribuita alla questione della cooperazione all'interno del processo. E occorre aggiungere che questa "dignità" che la cooperazione assume nei due ordinamenti considerati appare, invero, costituire il presupposto anche delle soluzioni adottate, sia sotto il profilo della loro esistenza sia dell'indirizzo delle soluzioni di volta in volta messe in campo.

Nell'ordinamento statunitense, in particolare, il dibattito intorno alla collaborazione processuale, pur sviluppandosi in un primo momento essenzialmente nella prospettiva di risolvere o quantomeno attenuare le disfunzioni legate a un improprio impiego del meccanismo di *discovery*, assume progressivamente una portata più ampia, sollecitando un profondo ripensamento del ruolo del giudice e dell'avvocato nella gestione dell'intera controversia²³⁶.

Come ricordato in precedenza, con riferimento alla figura del giudice questo ripensamento si fonda sostanzialmente sulla necessità di riconoscere in capo allo stesso maggiori poteri di direzione materiale del procedimento e, di conseguenza, un ruolo maggiormente attivo e propositivo²³⁷. Ciò non tanto (o comunque

²³⁶ Cfr. Cap. II, § 4.

²³⁷ Con riferimento a questi aspetti si rimanda alla bibliografia del Cap. II. Si richiamano qui, per completezza, solo alcuni dei riferimenti più tradizionali quali RESNIK, *Managerial Judge*, in 96 *Harvard L. Rev.* 1982, p. 374 ss.; ELLIOTT, *Managerial Judging and the Evolution of Procedure*, in 53 *Un. Chic. L. Rev.* 1986, p. 306 ss.; PECKHAM, *The Federal Judge as a Case Manager: The New Role in Guiding a Case from Filing to Disposition*, in 69 *Cal. L. Rev.* 1981, p. 770 ss.; BRAZIL, *Improving Judicial Controls over the Pretrial Development of Civil Actions: Model Rules for Case Management and Sanctions*, in 6 *A.B.*

non solo) sul presupposto che un giudice più presente e coinvolto possa contribuire alla realizzazione di una funzione di deterrenza rispetto agli abusi realizzati in fase di *discovery*, ma soprattutto in considerazione del significato che una riconfigurazione in tali termini può assumere rispetto al rapporto con i difensori.

Invero, l'assunzione di un ruolo più attivo appare costituire una condizione imprescindibile per il sovvertimento della qualità dei rapporti fra avvocati e giudice ai fini dell'instaurazione di un dialogo collaborativo fra gli stessi. Per riproporre ancora una volta la metafora del processo come gioco, la riconfigurazione del ruolo del giudice da organo meramente *umpire* a *manager* della controversia consente a quest'ultimo di sedersi al tavolo con le parti, dare loro le regole del gioco, verificarne la corretta applicazione e sanzionarle ove ciò si renda necessario. Si ricorderà infatti che nell'ordinamento statunitense il consolidamento di un'effettiva cultura della cooperazione passa anche attraverso il progressivo diffondersi, specie a partire dagli anni '80, di un *sanctioning approach* finalizzato a incentivare (*rectius* a forzare) forme di collaborazione fra le parti e nei confronti del giudice²³⁸.

Con riferimento alla figura dell'avvocato, invece, si è visto costituire uno specifico della cultura giuridica statunitense

Found. Res. J. 1981, p. 873 ss.; BUCKLO, *Case Management: How to Complete Discovery Without Growing Old*, in 14 *Litig.* 1987, p. 3 ss.; RENDELL, *What is the Role of the Judge in Our Litigious Society?*, in 40 *Vill. L. Rev.* 1995, p. 1115 ss.

²³⁸ Si ricordi qui, per tutti, NOTE, *The Emerging Deterrence Orientation in the Imposition of Discovery Sanctions*, in 91 *Harvard L. Rev.* 1978, p. 1033 ss.

l'attenzione riservata alla dimensione etica dell'attività difensiva²³⁹. Invero, in quell'ordinamento, la riconfigurazione del ruolo dell'avvocato si realizza soprattutto attraverso una revisione dei parametri deontologici e disciplinari di riferimento, e ciò al fine di pervenire a un equilibrato bilanciamento delle funzioni a lui tradizionalmente attribuite.

Si intende qui fare riferimento al ruolo bicefalo che, come visto nell'analisi di cui al Cap. II, il difensore assume nella tradizione processuale statunitense: di *zealous advocacy* nei confronti del proprio assistito e di *officer of the court* verso l'autorità giudiziaria²⁴⁰. Tale ultimo ruolo, che si è definito in precedenza come “para-giudiziale”, impone all'avvocato di preservare, nell'attuazione della propria difesa, anche e soprattutto l'interesse pubblico a una corretta amministrazione della giustizia. La valorizzazione di tale funzione, compiuta per l'appunto attraverso

²³⁹ Anche con riferimento all'evoluzione del ruolo dell'avvocato negli ultimi decenni si rimanda alla bibliografia del Cap. II. Si richiamano qui solamente DONDI, HAZARD, *A Short Historical Sketch of the Legal Professions*, in *ZZP Int.* 2001, p. 205 ss.; FRANKEL, *The Search for Truth: An Umpireal View*, in *123 U. Pa. L. Rev.* 1975, p. 1031 ss.; PURCELL, *Exploring the Origins of America's Adversarial Legal Culture*, in *70 Stanford L. Rev.* 2017, p. 37 ss.; BURBANK, FARHANG, *Litigation Reform: An Institutional Approach*, in *162 U. Pa. L. Rev.* 2014, p. 1543 ss.; SETEAR, *The Barrister and the Bomb: The Dynamics of Cooperation, Nuclear Deterrence, and Discovery Abuse*, in *69 B.U.L. Rev.* 1989, p. 569 ss.; BEISNER, *Discovering a Better Way: The Need for Effective Civil Litigation Reform*, in *60 Duke L.J.* 2010, p. 547 ss.; BRAZIL, *Civil Discovery: Lawyers' Views of Its Effectiveness, Its Principal Problems and Abuses*, in *5 Am. B. Found. Res. J.* 1980, p. 789 ss.

²⁴⁰ Cfr. Cap. II, § 4.

una rilevante revisione della normativa deontologica alla fine del secolo scorso, ha costituito un presupposto essenziale per la realizzazione di quel *paradigm shift* verso la *culture cooperation* di cui si è detto²⁴¹.

Certo, come si è avuto modo di rilevare nelle conclusioni di quell'analisi, si tratta di un passaggio non ancora pienamente compiuto, e ciò sostanzialmente in ragione del permanere di un atteggiamento dell'avvocatura ancora parzialmente refrattario all'attuazione di effettive forme di cooperazione tanto nei confronti dell'avversario quanto verso il giudice. Tuttavia, appare evidente come anche solo il tentativo di una simile rielaborazione costituisca già in sé la manifestazione di un'opzione culturale di rilievo, idonea a suggerire simili rielaborazioni anche agli ordinamenti tradizionalmente non permeati da una concezione *adversarial* del processo civile.

Come si è avuto modo di evidenziare nel Cap. III, anche l'ordinamento francese appare distinguersi per un'attenzione del tutto speciale riservata al tema della collaborazione. A questo proposito si ricorderà che in quell'ordinamento la cooperazione fra giudici e parti configura, a seguito dalla promulgazione del *Nouveau code de procédure civile* del 1975, un effettivo *principe directeur* del processo civile²⁴². Invero, tale normativa – sulla linea delle elaborazioni motulskiane da cui trae la propria base ideologica – si caratterizza per l'adozione di soluzioni concrete che individuano per l'appunto nella collaborazione il nuovo parametro di riferimento per

²⁴¹ Cfr. Cap. II, § 5.

²⁴² Cfr. Cap. III, § 1.

un'efficiente gestione della controversia²⁴³.

Allo stesso modo di quanto avvenuto nell'ordinamento statunitense, anche in Francia la riconfigurazione del rapporto fra il giudice e le parti in senso maggiormente collaborativo ha avuto quale necessario presupposto il riconoscimento di poteri gestionali più incisivi in capo al giudice²⁴⁴. Ciò per l'appunto al fine di determinare una ripartizione maggiormente equilibrata dei doveri e delle incombenze processuali fra quest'ultimo e le parti, per così dire spezzando il monologo dei primi a favore di un effettivo dialogo con il secondo. Ed è proprio tale rinnovata configurazione del rapporto triangolare fra il giudice e i difensori a consentire, come visto, lo sviluppo di modalità collaborative di conduzione dell'*instance* del tutto peculiari.

Costituisce invero l'aspetto di maggior interesse dell'indagine di cui al Cap. III la circostanza che nell'ordinamento d'oltralpe la

²⁴³ Per evitare richiami sovrabbondanti e ripetitivi, si rimanda a questo proposito all'apparato bibliografico del Cap. III. Basti qui ricordare, per il rilievo assunto nel dibattito scientifico di riferimento, CADIET, *Les jeux du contrat et du procès*, in AA.VV., *Philosophie du droit et droit économique – Quel dialogue?*, *Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, 1999, p. 23 ss., ma spec. p. 33; ID., *Et les principes directeurs des autres procès? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès*, in AA.VV., *Justice et Droits Fondamentaux - Études offertes à J. Normand*, Paris, 2003, p. 71 ss.; JEULAND, *La conception du procès civil dans le code de procédure civile de 1975*, in CADIET, CANIVET (a cura di), *De la commémoration d'un code à l'autre: 200 ans de procédure civile en France*, Paris, 2006, p. 101 ss. Nella letteratura italiana si v. invece le considerazioni di FICCARELLI, *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, Napoli, 2011, spec. p. 45 ss.

²⁴⁴ Cfr. Cap. III § 1.

valorizzazione della collaborazione processuale si sia tradotta nella realizzazione di forme di gestione concordata della controversia. Il riferimento è, come si ricorderà, al progressivo diffondersi di un'effettiva *contractualisation de la procédure* e, in particolare, di accordi processuali trilaterali relativi al *deroulement de l'instance* (c.d. *contrats de procédure*)²⁴⁵. Si tratta peraltro di un fenomeno che, come visto, ha progressivamente assunto una dimensione anche collettiva, diventando uno strumento di ausilio utile per la gestione di determinati aspetti concernenti non più solo ed esclusivamente una determinata controversia, bensì categorie di controversie (c.d. *protocoles*)²⁴⁶.

Del resto, si è rilevato come anche le più recenti riforme francesi abbiano mostrato una sostanziale tendenza a valorizzare la cooperazione quale principale parametro di riferimento per un'efficiente gestione della controversia e, in particolare, l'accordo processuale quale strumento elitario di realizzazione di una simile risultato.

²⁴⁵ Cfr. Cap. III, § 2. A questo proposito basti qui richiamare CADIET, NORMAND, AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, III éd., Paris, 2020, p. 469 ss., par. “*Les accords processuels*”; CADIET, *Les accords sur la juridiction dans le procès*, in ANCEL, RIVIER (a cura di), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Paris, 2001, p. 34 ss., ma spec. p. 37 ss.; ID., *La qualification juridique des accords processuels*, in DO PASSO CABRAL, NOGUEIRA (a cura di), *Négocios processuais*, Salvador, 2015, p. 93 ss.; CADIET, *Bref retour sur la justice contractuelle en ses deux sens*, in AA.VV., *Droit sans frontières - Mélanges en l'honneur d'Éric Loquin*, Paris, 2018, p. 603 ss.; ANCEL, voce *Contractualisation*, in CADIET (a cura di), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, 2004, p. 231 ss.

²⁴⁶ Cfr. Cap. III, § 2.

2. Minimi raffronti con lo stato delle cose attuale nell'ordinamento italiano, anche a seguito della recente riforma del processo civile.

Così sommariamente delineati i risultati d'indagine a cui si è pervenuti con riferimento all'ordinamento statunitense e francese, appare opportuno, in conclusione del presente lavoro, verificare quali suggestioni possono derivarsi per l'elaborazione di possibili soluzioni da riferire al nostro ordinamento.

Si tratta di una verifica rispetto alla quale si pone quale necessaria operazione preliminare l'analisi di come il tema della collaborazione venga affrontato nel nostro ordinamento. Solo una ricognizione dello stato delle cose all'interno dell'ordinamento italiano può infatti consentire di evidenziare l'eventuale scarto con le culture giuridiche precedentemente esaminate e, dunque, di individuare i possibili spazi di intervento per le soluzioni che quelle stesse culture suggeriscono.

È tuttavia noto che nel nostro ordinamento, come del resto già accennato in apertura del presente lavoro (Cap. I), quello della cooperazione fra parti e giudice non configuri un tema dotato di un'autonomia d'indagine in senso proprio, costituendo piuttosto un fenomeno collaterale²⁴⁷. In altri termini, ormai da tempo

²⁴⁷ Appare confermare quanto affermato nel testo la scarsa letteratura scientifica dedicata a questo tema nel nostro ordinamento. Inevitabile a questo riguardo è il richiamo a GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1966, p. 580 ss. Più recentemente si v. SALVANESCHI, *Dovere di*

l'ordinamento italiano si segnala per l'assenza di un dibattito intorno alla nozione di collaborazione processuale, con ciò segnando un primo scarto rispetto agli ordinamenti di cui si è detto, i quali – come visto – hanno al contrario preso ampia consapevolezza di come la collaborazione configuri un problema in grado di contaminare altri problemi.

Con ciò non si vuole affermare quasi un diniego della rilevanza del tema da parte del nostro ordinamento, quanto piuttosto una sua sostanziale riduzione a fenomeno secondario. Invero, nel nostro modello processuale, il principio di collaborazione non assume valore di regola processuale indirizzata all'instaurazione di un dialogo fattivo con il giudice ai fini dell'efficiente gestione della controversia, limitandosi piuttosto a costituire un generico e per certi versi trascurabile criterio di valutazione comportamentale.

Non è del resto infrequente imbattersi, tanto in giurisprudenza quanto nel pur limitato dibattito scientifico intervenuto a questo riguardo, in una tendenziale confusione fra la nozione di collaborazione e il principio del contraddittorio o fra la nozione di collaborazione e il dovere di buona fede processuale o il dovere di

collaborazione e contumacia, in *Riv. dir. proc.* 2014, p. 564 ss. (ma con esclusivo riferimento ai doveri del contumace); CICCARELLI, *Collaborazione ed efficienza nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2012, p. 691 ss. (dove però il tema della collaborazione viene trattato con esclusivo riferimento alle modalità di redazione degli atti processuali e non quale effettiva regola di gestione della controversia); BREGGIA, *Giustizia diffusa e condivisa: la collaborazione nella gestione dei conflitti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2018, p. 391 ss. (ma limitatamente all'utilizzazione dei protocolli degli Osservatori della Giustizia come strumento collaborativo).

lealtà processuale di cui all'art. 88 c.p.c. o, ancora, il dovere di verità²⁴⁸. Simili sovrapposizioni evidenziano la connotazione perlopiù retorica (ovviamente in un'accezione negativa dell'espressione) che tale principio assume nel nostro ordinamento processuale e, più in generale, l'assenza di una volontà a procedere a una precisa perimetrazione del dovere di cooperazione (e alla sua conseguente declinazione in regole idonee a favorire un effettivo dialogo processuale fra il giudice e le parti).

In sostanza, nella nostra cultura giuridica il processo appare ancora costituire un terreno di scontro di individualismi privati, rispetto al quale la funzione del giudice è per lo più passiva e il suo ufficio sostanzialmente ridotto all'emanazione della sentenza. Se un sistema collaborativo, come intuiva Eduardo Grasso in quello che

²⁴⁸ Sulle nozioni di “buona fede processuale” e di “lealtà processuale” si v. ad esempio CARRATTA, *Dovere di verità e completezza nel processo civile – Parte prima*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2014, p. 47 ss.; ID., *Dovere di verità e completezza nel processo civile – Parte seconda*, ivi, p. 491 ss.; A.D. DE SANTIS, *Buona fede processuale nel diritto italiano*, in *Civil Procedure Review* 2/2021, p. 133 ss.; GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, Torino, 2018, spec. p. 99 ss., ma anche p. 711 ss. Sull'inappropriata sovrapposizione fra la nozione di collaborazione processuale e principio del contraddittorio si v. invece SALVANESCHI, *Dovere di collaborazione e contumacia*, op. cit., ove a pp. 564-565 si legge che “*Quest'ultimo [il principio del contraddittorio] infatti, pur elemento cardine di rango costituzionale del nostro sistema processuale, è capace di realizzare solo una sfumata immagine di un sistema di collaborazione, laddove l'ordinamento positivo sia costruito in modo tale che quest'ultima sia possibile, ma non positivamente favorita*”; già in precedenza si v. al riguardo anche le considerazioni svolte da GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, op. cit., ma spec. p. 590 ss.

costituisce uno dei pochi saggi dedicati a questo tema nell'ambito della nostra letteratura scientifica, è quello in cui il materiale di causa si forma nel dialogo tra le parti e il giudice, allora il nostro sistema non può dirsi (ancora) effettivamente tale²⁴⁹.

Rappresenta un'inevitabile conseguenza di questa constatazione una disciplina processuale priva di regole idonee a incentivare o quantomeno a indurre forme di cooperazione fra i protagonisti del processo. E appaiono del resto confermare ulteriormente questa tendenza gli esiti a cui è pervenuta la recente cosiddetta riforma Cartabia²⁵⁰. Invero, nonostante la legge delega n.

²⁴⁹ Così GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, op. cit., ma spec. p. 599 ss., le cui considerazioni sono state più recentemente riprese anche da SALVANESCHI, *Dovere di collaborazione e contumacia*, op. cit., ma spec. p. 565.

²⁵⁰ Per alcune indicazioni bibliografiche con riferimento alla riforma c.d. Cartabia si v. ad esempio BIAVATI, *L'architettura della riforma del processo civile*, Bologna, 2021; ID., *La riforma del processo civile: motivazioni e limiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2022, p. 45 ss.; DONDI, *Obiettivi e risultati della recente riforma del processo civile. La disciplina della cognizione a una prima lettura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2021, p. 927 ss.; ID., *Prime impressioni su una riforma forse non tentata*, in *Pol. dir.* 2021, p. 557 ss.; CONSOLO, *Pro futuro. Considerazioni sui problemi della riforma del processo civile (titolava Franz Klein, 1891). Un mero flash qui e ora ad instar sulla tormentata fase introduttiva*, ivi, p. 547 ss.; PAGNI, *Gli obiettivi del disegno di legge delega tra efficienza del processo, effettività della tutela e ragionevole durata*, ivi, p. 573 ss.; DALLA BONTÀ, *La (nuova) introduzione e trattazione della causa nel processo di prime cure e i poteri latu sensu conciliativi del giudice. Un innesto possibile?*, in *Giust. Consensuale* 2022, p. 587 ss.; SCARSELLI, *Mala tempora currunt – Scritti sull'ultima riforma del processo civile*, Pisa, 2023, *passim*; CECHELLA (a cura di), *Il processo civile dopo la riforma – D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, Torino, 2023; ACAGNINO, PLATANIA (a cura di), *Riforma processo civile: riflessioni a*

206/2021 abbia indicato fra le finalità della riforma quella di “rafforzare i doveri di leale collaborazione delle parti” (comma 21), i risultati non possono dirsi soddisfacenti, specie in considerazione e a confronto di quanto visto essersi realizzato in altri ordinamenti. Ciò non solo per il ristretto ambito di aspetti su si è indicato di intervenire a questo proposito, ma anche per le soluzioni poi effettivamente adottate dal legislatore delegato²⁵¹.

Con riferimento al primo di tali profili, occorre ricordare che la legge delega ha richiesto di:

- a) riconoscere l’Amministrazione della giustizia quale soggetto danneggiato nei casi di responsabilità aggravata, stabilendo a questo fine una specifica sanzione pecuniaria;
- b) prevedere “conseguenze processuali e sanzioni pecuniarie” in caso di rifiuto non giustificato di consentire l’ispezione ex art. 118 c.p.c. o di rifiuto o inadempimento non giustificati dell’ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c.;
- c) fissare un termine non superiore a sessanta giorni entro il quale la pubblica amministrazione deve trasmettere le informazioni richieste

marginale sulla legge 206/2021, Torino, 2022.

²⁵¹ A questo proposito si v. le riflessioni di BUONCRISTIANI, *Il processo di primo grado. La leale collaborazione tra parti, giudice e terzi*, in CECHELLA (a cura di), *Il processo civile dopo la riforma – D.lgs. 10 ottobre 2022*, op. cit., ma spec. p. 27 ss.; DI PIRRO, *Il nuovo processo civile dopo la riforma Cartabia – Commento operativo alla Riforma del processo civile ex D.Lgs. 149 e 151 del 2022*, Napoli, 2023, spec. p. 32. Si rimanda inoltre all’illustrazione del tema svolta nella Relazione della CORTE DI CASSAZIONE a commento della nuova riforma del processo civile, Rel. n. 10, Ufficio del Massimario e del Ruolo, 1° dicembre 2022, spec. p. 9 ss.

ai sensi dell'art. 213 c.p.c. (o, eventualmente, comunicare le ragioni del diniego)²⁵².

Posto lo scarso interesse che suscitano, in prospettiva di un effettivo incentivo alla collaborazione nella fase istruttoria, le indicazioni di cui sub a) e sub c), potrebbe invece assumere un significato rilevante quanto previsto al punto sub b), specie con riferimento alla possibilità di rimediare alle tradizionali carenze della disciplina dell'ordine di esibizione di cui all'art. 210 c.p.c.²⁵³.

²⁵² Si rimanda alla legge delega 26 novembre 2021, n. 206 (“*Delega al Governo per l’efficienza del processo civile...*”), il cui testo integrale può essere reperito sul sito della Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana (www.gazzettaufficiale.it).

²⁵³ Sulla disciplina dell'ordine di esibizione si v. in particolare DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova, 1985, spec. p. 3 ss., nonché p. 269 ss.; CAVALLONE, voce *Esibizione delle prove nel diritto processuale civile*, in *Dig. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 664 ss.; ID., *Esibizione delle prove e sequestro giudiziario*, in *Riv. dir. proc.* 1970, p. 155 ss.; CALAMANDREI, *Conseguenze della mancata esibizione di documenti in giudizio*, in *Riv. dir. proc.* 1930, p. 291 ss.; TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1984, p. 74 ss.; COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 1998, spec. p. 373 ss.; LA CHINA, *L'esibizione delle prove nel processo civile*, Milano, 1960, *passim*; ID., *Esibizione delle prove (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, Varese, 1966, p. 698 ss.; FICCARELLI, *Esibizione di documenti e discovery*, Torino, 2004, p. 233 ss.; GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, Milano, 2003, spec. p. 195 ss.; RAMPAZZI, *Il documento non immediatamente disponibile: esibizione e sequestro*, in RONCO (a cura di), *Il documento nel processo civile*, Bologna, 2011, p. 447 ss.; VOLPINO, *L'esibizione di documenti*, in TARUFFO (a cura di), *La prova nel processo civile, Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2012, p. 809 ss., ma spec. 855 ss.; RUFFINI, *Produzione ed esibizione di documenti*, in *Riv. dir. proc.* 2006, p. 433 ss.; NOCETO, *Carente efficacia*

È infatti noto che tale meccanismo probatorio sia stato originariamente configurato con limiti strutturali tali da comprometterne l'effettivo funzionamento. In particolare, l'assenza di conseguenze sanzionatorie in caso di mancata ottemperanza della parte nonché l'impossibilità di una coercizione diretta o quantomeno indiretta dell'ordine di esibizione da parte del giudice hanno sostanzialmente impedito a tale strumento di svolgere la funzione a cui risulta per natura predisposto, ossia l'acquisizione delle conoscenze necessarie per la chiarificazione (se non definizione) della lite. Tali carenze, che in origine hanno trovato la propria spiegazione nella (infondata) preoccupazione di una possibile deriva inquisitoria del nostro processo, giustificano oggi la diffusa percezione dell'ordine di esibizione come meccanismo probatorio non efficace e, in definitiva, inutile²⁵⁴.

A fronte di queste pur limitate considerazioni, appare di immediata evidenza che, per come formulate, le indicazioni di cui alla l. n. 206/2021 avrebbero consentito di rimediare almeno in parte a una simile inefficienza. Invero, limitandosi la legge delega a richiedere di stabilire "conseguenze processuali e sanzioni pecuniarie", si sarebbe potuta cogliere l'occasione di convertire una tale genericità d'espressione in soluzioni concrete e idonee a incentivare forme di collaborazione se non spontanea quantomeno indotta. Si pensi, in particolare, all'acquisizione coattiva del

probatoria dell'ordine di esibizione – Ipotesi ricostruttive (nota a Cass. 11 gennaio 2016, n. 225), in *Giusto proc. civ.* 2017, p. 243 ss.

²⁵⁴ *Supra* n. 253. Si v. ancora le considerazioni degli Autori di cui alle voci bibliografiche della nota precedente.

documento o alla possibilità di ritenere dimostrati i fatti la cui prova sarebbe stata raggiunta solo mediante l'acquisizione del documento richiesto, come del resto già previsto dall'art. 840-quinquies c.p.c., comma tredicesimo, con riferimento all'azione di classe²⁵⁵.

Tuttavia, il legislatore delegato ha preferito muoversi in modo più cauto e, prevedendo conseguenze sanzionatorie minime per la mancata cooperazione, ha di fatto impedito l'evoluzione dell'ordine di esibizione in uno strumento effettivamente funzionale al raggiungimento degli obiettivi di cui si è detto. E ciò tanto con riferimento alle "conseguenze processuali" quanto in relazione alle "sanzioni pecuniarie"²⁵⁶.

Sotto il primo profilo, il nuovo art. 210 c.p.c., quarto comma,

²⁵⁵ Così BUONCRISTIANI, *Il processo di primo grado. La leale collaborazione tra parti, giudice e terzi*, op. cit., spec. p. 34 ss. Il tredicesimo comma dell'art. 840-quinquies prevede infatti che: "*Ferma restando l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie di cui ai commi undicesimo e dodicesimo, se la parte rifiuta senza giustificato motivo di rispettare l'ordine di esibizione del giudice o non adempie allo stesso, ovvero distrugge prove rilevanti ai fini del giudizio di risarcimento, il giudice, valutato ogni elemento di prova, può ritenere provato il fatto al quale la prova si riferisce*". Sulla configurazione dell'azione di classe nel nostro ordinamento si v. di recente GIUSSANI, *La riforma dell'azione di classe*, in *Riv. dir. proc.* 2019, p. 1572 ss. Per un commento negativo circa la possibilità di trarre una piena prova dal comportamento inottemperante della parte ai sensi dell'art. 840-quinquies, tredicesimo comma, c.p.c. si v. però SCARSELLI, *La nuova azione di classe di cui alla legge 12 aprile 2019 n. 31*, in *Judicium.it* 2019.

²⁵⁶ Con particolare riferimento alle recenti modifiche di cui all'art. 210 c.p.c. si v. in particolare le considerazioni di FICCARELLI, *Il problema dell'attuazione degli ordini esibitori in una recente proposta di riforma del processo civile*, in *Studi senesi*, 1-2, 2019, p. 210 ss. (ma anche *online* sul sito www.diritto.it).

prevede esclusivamente la possibilità di trarre dalla mancata ottemperanza all'ordine di esibizione argomenti di prova ex art. 116, secondo comma c.p.c. Si tratta, com'è evidente, di una sanzione modesta, e ciò in quanto non consente al giudice di trarre una conseguenza decisoria diretta dalla mancata cooperazione, ma unicamente un elemento probatorio che, solo se suffragato da altri elementi dello stesso tipo, potrà fondare una decisione negativa a sfavore della parte inottemperante²⁵⁷. Soprattutto, la valutazione di tale comportamento ai sensi dell'art. 116, secondo comma c.p.c. non realizza un'effettiva innovazione rispetto all'assetto originario, limitandosi a trasferire sul piano normativo una soluzione notoriamente già da tempo diffusa nelle ricostruzioni dottrinali e giurisprudenziali²⁵⁸.

²⁵⁷ Va tuttavia rilevato che non vi è una visione unanime circa l'effettiva consistenza probatoria degli argomenti di prova di cui all'art. 116, secondo comma, c.p.c. Invero, mentre per taluni l'argomento di prova configura un elemento secondario di convincimento del giudice, altri ritengono che potrebbe attribuirsi a tale argomento un effetto assimilabile a quello di una *ficta confessio*, in tal modo consentendo al giudice di trarne un elemento primario di prova e di ritenere dunque dimostrati i fatti che si sarebbero dovuti provare per tramite del documento oggetto dell'ordine di esibizione. A questo riguardo si v. le considerazioni di COMOGLIO, *Le prove civili*, op. cit., spec. pp. 406-407; VOLPINO, *L'esibizione di documenti*, op. cit., ma spec. p. 855 ss. Sulla nozione di "argomento di prova" si v. molto di recente POLI, *Gli «argomenti di prova» ex art. 116, comma 2° c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.* 2022, p. 460 ss.

²⁵⁸ Si v. ancora sul punto le riflessioni di DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, op. cit., p. 272 ss.; FICCARELLI, *Il problema dell'attuazione degli ordini esibitori in una recente proposta di riforma del processo civile*, op. cit.; ID., *Esibizione di documenti e discovery*, op. cit., p. 274

Parimenti non condivisibili appaiono le soluzioni adottate con riferimento alle conseguenze sanzionatorie di tipo pecuniario. La configurazione della pena pecuniaria prevista dal nuovo ultimo comma dell'art. 210 c.p.c. sconta invero due rilevanti limiti: per un verso, l'irrisorietà del *quantum* previsto (da un minimo di € 500,00 a un massimo di € 3.000,00) vanifica le potenzialità deterrenti della sanzione; per altro verso, la rigida strutturazione della forbice quantitativa entro parametri così ristretti sembra non prendere in considerazione la possibile diversificazione delle controversie e, in particolare, l'esistenza di controversie di grande valore rispetto alle quali anche la pena massima prevista dalla norma non risulta in alcun modo proporzionata e, quindi, efficace²⁵⁹.

Inoltre, sempre a proposito delle conseguenze sanzionatorie di tipo pecuniario, occorre segnalare un'ulteriore occasione mancata: l'introduzione, all'interno dell'architettura del rinnovato art. 210 c.p.c., di un sistema di coercizione indiretta dell'onere di cooperazione sulla linea del modello francese delle *astreintes* di cui si è in precedenza accennato²⁶⁰. Una circostanza, questa, che appare

ss.; LA CHINA, *Esibizione delle prove (dir. proc. civ.)*, op. cit., p. 706 ss.; GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, op. cit., ma spec. p. 542 ss. e 550 ss. Si v. altresì BASILICO, *Le sanzioni endoprocessuali: contributo allo studio dei meccanismi sanzionatori nel sistema giuridico-processuale italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2019, p. 69 ss.

²⁵⁹ Così DONDI, *Un appunto in tema di mancata effettività della cooperazione probatoria nel processo civile italiano*, forthcoming in 2023.

²⁶⁰ Si v. sul punto DONDI, *L'astreinte endoprocessuale*, in *Riv. trim. proc. civ.* 1981, p. 524 ss.; PERROT, *La coercizione per dissuasione nel diritto francese*, in *Riv. dir. proc.* 1996, p. 658 ss., spec. p. 663 ss.; FICCARELLI, *Esibizione di*

anche più negativa in considerazione del fatto che il nostro legislatore ha recentemente dimostrato di saper efficacemente configurare meccanismi analoghi (sebbene non ancora coincidenti) all'*astreinte* francese in funzione endoprocedurale, come risulta ad esempio dalla disciplina di cui all'art. 614-bis c.p.c. introdotta dalla l. n. 69/2009²⁶¹. Invero, tale norma, consentendo al giudice di

documenti e discovery, op. cit., p. 104 ss.; ESMEIN, *L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes*, in *RTD civ.* 1903, p. 5 ss.; CHABAS, DEIS-BEAUQUESNE, *Astreintes*, in *Rép. proc. civ. Dalloz* 2003, p. 1 ss.; COUCHEZ, *Production forcée de pièces*, in *JurisClasseur Procédure civile* 1999, fasc. 623; più recentemente si v. BRAHIC LAMBREY, *Production forcée des pièces*, in *Rép. proc. civ.* 2007, p. 1 ss.; PERROT, *L'astreinte à la française*, in AA.VV., *Mélanges en l'honneur de Jacques van Compernelle*, Bruxelles, 2004, p. 487 ss.

²⁶¹ Sulla misura di cui all'art. 614-bis c.p.c. e sulle differenze rispetto al modello francese si v., nell'ambito di una letteratura particolarmente vasta a questo riguardo, CHIARLONI, *L'esecuzione indiretta ai sensi dell'art. 614-bis c.p.c.: confini e problemi*, in *Giur. it.* 2014, p. 731 ss.; BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2010, p. 781 ss.; CONSOLO, GODIO, *Commento all'art. 614-bis*, in CONSOLO, DE CRISTOFARO, ZUFFI (a cura di), *Codice di procedura civile commentato – La riforma del 2009*, Milano, 2009, p. 276 ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le novità della riforma in materia di esecuzione forzata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2010, p. 197 ss.; MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/2009*, in *Riv. dir. proc.* 2009, p. 1546 ss.; MAZZAMUTO, *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito*, in *Giur. it.* 2010, p. 637 ss.; GAMBINERI, *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*, in *Foro it.* 2009, p. 320 ss.; FICCARELLI, *Misure coercitive e diritto-dovere di visita del genitore non collocatario*, in *Fam. Dir.* 2020, p. 335 ss.; TEDIOLI, *Osservazioni critiche all'art. 614 bis cod. proc. civ.*, in *NGCC* 2013, p. 67 ss.; TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta e l'art. 614 bis c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.* 2014, p. 267 ss.;

ingiungere all'obbligato, su richiesta di parte, il pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza successiva ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione di un obbligo di fare o di non fare, avrebbe potuto rappresentare un modello ideale a cui ispirarsi per la configurazione di un sistema simile anche per la violazione o l'inosservanza di un obbligo di fare per così dire "processuale" quale l'adempimento dell'ordine di esibizione.

In definitiva, il quadro offerto dal rimodellato art. 210 c.p.c. appare confermare il tradizionale disinteresse del legislatore italiano nei confronti della nozione di collaborazione processuale. Trattasi di un'impressione del resto già segnalata anche con riferimento all'assenza di seri interventi nella realizzazione di forme di cooperazione tra le parti e il giudice nella fase di trattazione della controversia. Si ricorderanno a questo proposito le osservazioni svolte in conclusione del Cap. III con riferimento alle carenze tecniche e strutturali del calendario del processo *à l'italienne* e alla mancanza di elasticità della fase di trattazione, le cui rigide preclusioni pre-configurate dal legislatore (prima ex art. 183 c.p.c., ora ex artt. 171-bis e 171-ter c.p.c.) impediscono una gestione concordata della controversia sulla base di schemi condivisi fra il

CANELLA, *Proposte in materia di esecuzione forzata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2021, p. 1037 ss.; molto recentemente con riferimento alle modifiche dell'art. 614-bis c.p.c. ad opera della c.d. riforma Cartabia, si v. NASCOSI, *Le misure coercitive indirette rivisitate dalla riforma del 2022*, in *Riv. dir. proc.* 2022, p. 1214 ss.; GIABARDO, *Effettività della tutela giurisdizionale e misure coercitive nel processo civile – Un'indagine di diritto comparato*, Torino, 2022, spec. p. 165 ss., nonché p. 180 ss. con riferimento all'ambito applicativo dell'art. 614-bis c.p.c. e ai suoi presupposti.

giudice e le parti²⁶². Soprattutto, per riprendere le parole di Grasso, tali preclusioni impediscono che il materiale di causa si formi nel dialogo fra le parti²⁶³.

Ne deriva, in conclusione, un sistema che appare ancora lontano da una rimodulazione del processo improntata al canone della collaborazione e, per certi versi di conseguenza, dalla riconfigurazione dei ruoli di giudice e parti in senso maggiormente cooperativo.

²⁶² Sul punto si rimanda alle considerazioni e alla bibliografia di cui al Cap. III. Si richiama qui solamente BIAVATI, *Elasticità e semplificazione: alcuni equivoci*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2019, p. 1151 ss.; ID., *Le categorie del processo civile alla luce del diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2018, p. 1323 ss.; DONDI, *Questioni di efficienza della fase preparatoria nel processo civile statunitense (e prospettive italiane di riforma)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, p. 171 ss.; ANSANELLI, *Contributo allo studio della trattazione nella storia del processo civile italiano 1815-1942*, Torino, 2017, spec. p. 32 ss.; ID., *Filosofie di riforma della fase preparatoria nel processo civile*, Genova, 2021, spec. p. 265 ss.; ID., *Flessibilità, proporzionalità ed efficienza – Il nuovo articolo 183 bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2016, p. 339 ss.; ID., *Culture della riforma, modulazione del rito e sommarizzazione delle tutele. Sulle più recenti modifiche del nostro processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2019, p. 967 ss.; PICOZZA, *Il calendario del processo*, in *Riv. dir. proc.* 2009, p. 1650 ss.; FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, in *Corr. Giur.* 9/2009, p. 1161 ss.; GHIRGA, *Le novità sul calendario del processo: le sanzioni previste per il suo mancato rispetto*, in *Riv. dir. proc.* 2012, p. 166 ss.

²⁶³ Si rinvia nuovamente a GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, op. cit., ma spec. quanto a p. 599 ss.; e molto più recentemente anche quanto rielaborato a questo proposito da SALVANESCHI, *Dovere di collaborazione e contumacia*, op. cit., ma spec. p. 565.

3. Ciò che sembra possibile derivare dall'ordinamento statunitense e francese in chiave di suggestione applicativa per il nostro ordinamento.

A questa presa d'atto può fare seguito la constatazione che l'esperienza comparatistica può in ogni caso offrire alcuni spunti sul piano propositivo.

Un primo suggerimento, derivabile tanto dall'ordinamento statunitense quanto da quello francese, può farsi consistere nella necessità di procedere a un ripensamento del ruolo giudice come soggetto attivamente coinvolto nel rapporto triangolare con i difensori. L'assunzione di un ruolo manageriale, sostanziantesi nell'esercizio di poteri gestionali da riferire alle modalità e alle tempistiche di svolgimento del procedimento, ha invero costituito in quegli ordinamenti un presupposto essenziale per il consolidamento di una effettiva "cultura della collaborazione"²⁶⁴. E in effetti, come scriveva già Eduardo Grasso, "se al giudice è assegnato solo il ruolo del moderatore o dell'arbitro, ed è esclusa la possibilità che egli si allinei agli altri soggetti nell'opera costruttiva, (...) l'*actus trium personarum*, come che sia inteso, non può ritenersi realizzato"²⁶⁵". Per la realizzazione di un simile obiettivo anche nel nostro ordinamento appare dunque indispensabile l'attribuzione al giudice

²⁶⁴ A questo proposito si rimanda alle considerazioni di cui ai Cap. II, § 4, Cap. III, § 1.

²⁶⁵ Così GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, op. cit., ma spec. p. 595.

di incisivi poteri di direzione materiale che gli consentano di inserirsi in modo più partecipato nel gioco fra le parti.

Sotto questo profilo, proviene in particolare dall'esperienza francese un'indicazione del tutto innovativa, consistente in un incentivo all'utilizzazione da parte del giudice dell'accordo processuale quale strumento utile a una gestione della controversia concordata insieme alle parti.

Come visto alla fine del Cap. III, l'accordo processuale trilaterale è pressoché sconosciuto nell'ordinamento italiano, essendo il nostro calendario non equiparabile – per le accennate carenze tecnico-strutturali – a un vero e proprio *contrat de procédure* idoneo a una programmazione condivisa delle attività processuali. Di qui il suggerimento di introdurre anche nel nostro ordinamento strumenti che consentano al giudice e alle parti di procedere se non a una contrattualizzazione quantomeno a una gestione maggiormente condivisa del procedimento.

È poi con speciale riferimento alla fase istruttoria che da entrambi gli ordinamenti considerati possono provenire suggestioni di rilievo in tema di collaborazione. Sia l'ordinamento francese che quello statunitense si caratterizzano infatti per la presenza di apparati coercitivi e/o sanzionatori che, promuovendo o forzando forme di collaborazione fra le parti nella raccolta del materiale probatorio, garantiscono l'acquisizione effettiva delle conoscenze necessarie per la definizione della controversia. Di qui un possibile spunto anche per il nostro ordinamento: l'adozione di un apparato sanzionatorio fondato su misure di coercizione indiretta ad alto livello di effettività. Fra queste si segnalano, sempre in prospettiva propositiva, tanto le *astreintes* dell'ordinamento francese quanto alcune delle misure di particolare efficacia analizzate con

riferimento all'ordinamento statunitense, quali la cancellazione della causa dal ruolo o la decisione in senso sfavorevole per la parte inottemperante.

Peraltro, e in funzione di virtualmente definitiva conclusione, sempre con riferimento a quest'ultimo ordinamento, occorre ricordare come esso si segnali anche per la presenza di una normativa etico-disciplinare particolarmente incisiva a questo riguardo²⁶⁶. Come già ribadito, costituisce invero uno specifico del modello statunitense l'attenzione rivolta alla dimensione anche deontologica dei problemi qui considerati. E ciò sul presupposto che solo attraverso l'assunzione di una prospettiva eticamente propria si possa pervenire alla definitiva adozione di effettivi criteri di cooperazione.

Ovviamente, l'ampio campo che con questa suggestione-costatazione si apre è di tale estensione e complessità da, per così dire, lasciare aperto il problema; ciò non tanto sul piano di una virtuale posticipazione e spostamento della questione in termini di necessità di percorrere una prospettiva di cooperazione, ma essenzialmente in quanto problema da integrare e coordinare, a parere di chi scrive, necessariamente con una prospettiva etico-professionale da riferire soprattutto agli avvocati ma certo anche ai giudici.

²⁶⁶ Si v. sul punto Cap. II, § 4 e 5.

BIBLIOGRAFIA DEL CAPITOLO IV

- ACAGNINO, PLATANIA (a cura di), *Riforma processo civile: riflessioni a margine sulla legge 206/2021*, Torino, 2022.
- ANCEL, voce *Contractualisation*, in CADIET (a cura di), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, 2004, p. 231 ss.
- ANSANELLI, *Flessibilità, proporzionalità ed efficienza – Il nuovo articolo 183 bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2016, p. 339 ss.
- ANSANELLI, *Culture della riforma, modulazione del rito e sommarizzazione delle tutele. Sulle più recenti modifiche del nostro processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2019, p. 967 ss.
- ANSANELLI, *Contributo allo studio della trattazione nella storia del processo civile italiano 1815-1942*, Torino, 2017.
- ANSANELLI, *Filosofie di riforma della fase preparatoria nel processo civile*, Genova, 2021, spec. p. 123 ss.
- BASILICO, *Le sanzioni endoprocessuali: contributo allo studio dei meccanismi sanzionatori nel sistema giuridico-processuale italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2019, p. 69 ss.
- BEISNER, *Discovering a Better Way: The Need for Effective Civil Litigation Reform*, in 60 *Duke L.J.* 2010, p. 547 ss.
- BIAVATI, *Le categorie del processo civile alla luce del diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2018, p. 1323 ss.
- BIAVATI, *Elasticità e semplificazione: alcuni equivoci*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2019, p. 1151 ss.
- BIAVATI, *L'architettura della riforma del processo civile*, Bologna, 2021.
- BIAVATI, *La riforma del processo civile: motivazioni e limiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2022, p. 45 ss.
- BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2010, p. 781 ss.
- BRAHIC LAMBREY, *Production forcée des pièces*, in *Rép. proc. civ.* 2007, p. 1 ss.
- BRAZIL, *Civil Discovery: Lawyers' Views of Its Effectiveness, Its Principal Problems and Abuses*, in 5 *Am. B. Found. Res. J.* 1980, p. 789 ss.
- BRAZIL, *Improving Judicial Controls over the Pretrial Development of Civil Actions: Model Rules for Case Management and Sanctions*, in 6 *A.B. Found. Res. J.* 1981, p. 873 ss.
- BREGGIA, *Giustizia diffusa e condivisa: la collaborazione nella gestione dei conflitti*, in

Riv. trim. dir. proc. civ. 2018, p. 391 ss.

BUCKLO, *Case Management: How to Complete Discovery Without Growing Old*, in 14 *Litig.* 1987, p. 3 ss.

BUONCRISTIANI, *Il processo di primo grado. La leale collaborazione tra parti, giudice e terzi*, in CECHELLA (a cura di), *Il processo civile dopo la riforma – D.lgs. 10 ottobre 2022*, Torino, 2023.

BURBANK, FARHANG, *Litigation Reform: An Institutional Approach*, in 162 *U. Pa. L. Rev.* 2014, p. 1543 ss.

CADIET, *Les jeux du contrat et du procès*, in AA.VV., *Philosophie du droit et droit économique – Quel dialogue?*, *Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, 1999, p. 23 ss.

CADIET, *Les accords sur la juridiction dans le procès*, in ANCEL, RIVIER (a cura di), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Paris, 2001, p. 34 ss.

CADIET, *Et les principes directeurs des autres procès? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès*, in AA.VV., *Justice et Droits Fondamentaux - Études offertes à J. Normand*, Paris, 2003, p. 71 ss.

CADIET, *La qualification juridique des accords processuels*, in DO PASSO CABRAL, NOGUEIRA (a cura di), *Negócios processuais*, Salvador, 2015, p. 93 ss.

CADIET, *Bref retour sur la justice contractuelle en ses deux sens*, in AA.VV., *Droit sans frontières - Mélanges en l'honneur d'Éric Loquin*, Paris, 2018, p. 603 ss.

CADIET, NORMAND, AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, III éd., Paris, 2020.

CALAMANDREI, *Conseguenze della mancata esibizione di documenti in giudizio*, in *Riv. dir. proc.* 1930, p. 291 ss.

CANELLA, *Proposte in materia di esecuzione forzata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2021, p. 1037 ss.

CARRATTA, *Dovere di verità e completezza nel processo civile – Parte prima*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2014, p. 47 ss.

CARRATTA, *Dovere di verità e completezza nel processo civile – Parte seconda*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2014, p. 491 ss.

CAVALLONE, *Esibizione delle prove e sequestro giudiziario*, in *Riv. dir. proc.* 1970, p. 155 ss.

CAVALLONE, voce *Esibizione delle prove nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, vol. VII, Torino, 1991, p. 666 ss.

CECHELLA (a cura di), *Il processo civile dopo la riforma – D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, Torino, 2023.

CHABAS, DEIS-BEAUQUESNE, *Astreintes*, in *Rép. proc. civ. Dalloz* 2003, p. 1 ss.

CHIARLONI, *L'esecuzione indiretta ai sensi dell'art. 614-bis c.p.c.: confini e problemi*, in *Giur. it.* 2014, p. 731 ss.

CICCARELLI, *Collaborazione ed efficienza nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2012, p. 691 ss.

COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 1998.

CONSOLO, *Pro futuro. Considerazioni sui problemi della riforma del processo civile (titolava Franz Klein, 1891). Un mero flash qui e ora ad instar sulla tormentata fase introduttiva*, in *Pol. dir.* 2021, p. 547 ss.

CONSOLO, GODIO, *Commento all'art. 614-bis*, in CONSOLO, DE CRISTOFARO, ZUFFI (a cura di), *Codice di procedura civile commentato – La riforma del 2009*, Milano, 2009, p. 276 ss.

CORTE DI CASSAZIONE, *Relazione a commento della nuova riforma del processo civile*, Rel. n. 10, Ufficio del Massimario e del Ruolo, 1° dicembre 2022.

COUCHEZ, *Production forcée de pièces*, in *JurisClasseur Procédure civile* 1999, fasc. 623.

DALLA BONTÀ, *La (nuova) introduzione e trattazione della causa nel processo di prime cure e i poteri latu sensu conciliativi del giudice. Un innesto possibile?*, in *Giust. Consensuale* 2022, p. 587 ss.

A.D. DE SANTIS, *Buona fede processuale nel diritto italiano*, in *Civil Procedure Review* 2/2021, p. 133 ss.

DI PIRRO, *Il nuovo processo civile dopo la riforma Cartabia – Commento operativo alla Riforma del processo civile ex D.Lgs. 149 e 151 del 2022*, Napoli, 2023.

DONDI, *L'astreinte endoprocedurale*, in *Riv. trim. proc. civ.* 1981, p. 524 ss.

DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova, 1985.

DONDI, *Questioni di efficienza della fase preparatoria nel processo civile statunitense (e prospettive italiane di riforma)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, p. 171 ss.

DONDI, *Obiettivi e risultati della recente riforma del processo civile. La disciplina della cognizione a una prima lettura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2021, p. 927 ss.

DONDI, *Prime impressioni su una riforma forse non tentative*, in *Pol. dir.* 2021, p. 557 ss.

DONDI, *Un appunto in tema di mancata effettività della cooperazione probatoria nel processo civile italiano*, forthcoming in 2023.

DONDI, HAZARD, *A Short Historical Sketch of the Legal Professions*, in *ZZP Int.* 2001, p. 205 ss.

ELLIOTT, *Managerial Judging and the Evolution of Procedure*, in *53 Un. Chic. L. Rev.* 1986, p. 306 ss.

ESMEIN, *L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes*, in *RTD civ.* 1903, p. 5 ss.

FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, in *Corr. Giur.* 9/2009, p. 1161 ss.

FICCARELLI, *Esibizione di documenti e discovery*, Milano, 2004.

FICCARELLI, *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, Napoli, 2011.

FICCARELLI, *Il problema dell'attuazione degli ordini esibitori in una recente proposta di riforma del processo civile*, in *Studi senesi*, 1-2, 2019, p. 210 ss. (ma anche *online* sul sito www.diritto.it).

FICCARELLI, *Misure coercitive e diritto-dovere di visita del genitore non collocatario*, in *Fam. Dir.* 2020, p. 335 ss.

FRANKEL, *The Search for Truth: An Umpireal View*, in 123 *U. Pa. L. Rev.* 1975, p. 1031 ss.

GAMBINERI, *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*, in *Foro it.* 2009, p. 320 ss.

GHIRGA, *Le novità sul calendario del processo: le sanzioni previste per il suo mancato rispetto*, in *Riv. dir. proc.* 2012, p. 166 ss.

GIABARDO, *Effettività della tutela giurisdizionale e misure coercitive nel processo civile – Un'indagine di diritto comparato*, Torino, 2022.

GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, Torino, 2018.

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

GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, Milano, 2003.

JEULAND, *La conception du procès civil dans le code de procédure civile de 1975*, in CADJET, CANIVET (a cura di), *De la commémoration d'un code à l'autre: 200 ans de procédure civile en France*, Paris, 2006, p. 101 ss.

GIUSSANI, *La riforma dell'azione di classe*, in *Riv. dir. proc.* 2019, p. 1572 ss.

LA CHINA, *L'esibizione delle prove nel processo civile*, Milano, 1960, *passim*; ID., *Esibizione delle prove (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, XV, p. 706 ss.

MAZZAMUTO, *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito*, in *Giur. it.* 2010, p. 637 ss.

MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/2009*, in *Riv. dir. proc.* 2009, p. 1546 ss.

NASCOSI, *Le misure coercitive indirette rivisitate dalla riforma del 2022*, in *Riv. dir. proc.* 2022, p. 1214 ss.

NOCETO, *Carente efficacia probatoria dell'ordine di esibizione – Ipotesi ricostruttive* (nota a Cass. 11 gennaio 2016, n. 225), in *Giusto proc. civ.* 2017, p. 243 ss.

NOTE, *The Emerging Deterrence Orientation in the Imposition of Discovery Sanctions*, in 91 *Harvard L. Rev.* 1978, p. 1033 ss.

PAGNI, *Gli obiettivi del disegno di legge delega tra efficienza del processo, effettività della tutela e ragionevole durata*, in *Pol. dir.* 2021, p. 573 ss.

PECKHAM, *The Federal Judge as a Case Manager: The New Role in Guiding a Case from*

Filing to Disposition, in 69 *Cal. L. Rev.* 1981, p. 770 ss.

PERROT, *La coercizione per dissuasione nel diritto francese*, in *Riv. dir. proc.* 1996, p. 658 ss.

PERROT, *L'astreinte à la française*, in AA.VV., *Mélanges en l'honneur de Jacques van Compernelle*, Bruxelles, 2004, p. 487 ss.

PICOZZA, *Il calendario del processo*, in *Riv. dir. proc.* 2009, p. 1650 ss.

POLI, *Gli «argomenti di prova» ex art. 116, comma 2° c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.* 2022, p. 460 ss.

PURCELL, *Exploring the Origins of America's Adversarial Legal Culture*, in 70 *Stanford L. Rev.* 2017, p. 37 ss.

RAMPAZZI, *Il documento non immediatamente disponibile: esibizione e sequestro*, in RONCO (a cura di), *Il documento nel processo civile*, Bologna, 2011, p. 447 ss.

RENDELL, *What is the Role of the Judge in Our Litigious Society?*, in 40 *Vill. L. Rev.* 1995, p. 1115 ss.

RESNIK, *Managerial Judge*, in 96 *Harvard L. Rev.* 1982, p. 374 ss.

RUFFINI, *Produzione ed esibizione di documenti*, in *Riv. dir. proc.* 2006, p. 433 ss.

SALVANESCHI, *Dovere di collaborazione e contumacia*, in *Riv. dir. proc.* 2014, p. 564 ss.

SCARSELLI, *La nuova azione di classe di cui alla legge 12 aprile 2019 n. 31*, in *Judicium.it* 2019.

SCARSELLI, *Mala tempora currunt – Scritti sull'ultima riforma del processo civile*, Pisa, 2023, *passim*.

SETEAR, *The Barrister and the Bomb: The Dynamics of Cooperation, Nuclear Deterrence, and Discovery Abuse*, in 69 *B.U.L. Rev.* 1989, p. 569 ss.

TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1984, p. 74 ss.

TEDIOLI, *Osservazioni critiche all'art. 614 bis cod. proc. civ.*, in *NGCC* 2013, p. 67 ss.

TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta e l'art. 614 bis c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.* 2014, p. 267 ss.

VOLPINO, *L'esibizione di documenti*, in TARUFFO (a cura di), *La prova nel processo civile, Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2012, p. 809 ss.

ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le novità della riforma in materia di esecuzione forzata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2010, p. 197 ss.