



**UNIVERSITÀ
DI TRENTO**

**Facoltà di
Giurisprudenza**

**MEDIARE, RIPARARE, CONCILIARE
GIUSTIZIA RIPARATIVA E CONSENSUALE
NEL PROCEDIMENTO DAVANTI AL
GIUDICE DI PACE**

**Atti del Convegno
Trento, 3 maggio 2024**

**a cura di
SILVANA DALLA BONTÀ
GABRIELE FORNASARI
ELENA MATTEVI**

2024



**UNIVERSITÀ
DI TRENTO**

**Facoltà di
Giurisprudenza**

QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

90

2024

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

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© *Copyright 2024*
by Università degli Studi di Trento
Via Calepina 14 - 38122 Trento

ISBN 978-88-5541-104-2
ISSN 2284-2810

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

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

Dicembre 2024

MEDIARE, RIPARARE, CONCILIARE

GIUSTIZIA RIPARATIVA E CONSENSUALE
NEL PROCEDIMENTO DAVANTI AL
GIUDICE DI PACE

Atti del Convegno
Trento, 3 maggio 2024

a cura di
SILVANA DALLA BONTÀ
GABRIELE FORNASARI
ELENA MATTEVI

Università degli Studi di Trento 2024

INDICE

	Pag.
PREMESSA	1
Stefano Fiore <i>Giustizia riparativa e consensuale nel procedimento penale davanti al giudice di pace. Introduzione</i>	3
Chiara Perini <i>Condotte riparatorie e giustizia riparativa davanti al giudice di pace penale</i>	9
Giuseppe Amarelli <i>Particolare tenuità del fatto e giustizia riparativa nel procedimento penale davanti al giudice di pace</i>	29
Kolis Summerer <i>Giustizia consensuale: esperienze oltre confine</i>	51
Antonella Valer <i>Principi e pratiche di giustizia riparativa nel procedimento penale di fronte al giudice di pace. Prassi e riflessione di vent'anni di mediazione penale del centro regionale per la giustizia riparativa</i>	71
Elena Mattevi <i>Il giudice di pace tra deflazione e giustizia riparativa. Brevi considerazioni a conclusione della sessione penalistica</i>	85
Silvana Dalla Bontà <i>Mediazione e processo: una co-esistenza virtuosa?</i>	89

INDICE

	Pag.
Domenico Dalfino	
<i>La conciliazione giudiziale: tra dinamiche processuali e valutazioni negoziali</i>	127
Giuseppina Passarelli	
<i>La mediazione civile: un istituto 'multifase'</i>	143
Silvia Rosà	
<i>Risoluzione delle liti civili fra decisione giudiziale e strumenti alternativi</i>	159

PREMESSA

Il volume raccoglie gli Atti del Convegno dedicato al tema «Media-re, riparare, conciliare. Giustizia riparativa e consensuale nel procedimento davanti al giudice di pace», svoltosi a Trento il 3 maggio 2024, grazie alla collaborazione oramai pluridecennale che unisce in feconda sinergia la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento, la Regione Autonoma Trentino-Alto Adige/*Südtirol* e la Struttura territoriale di Trento della Scuola Superiore della Magistratura per la formazione della magistratura di pace.

L'opera restituisce le due sessioni del Convegno, di cui ripercorre struttura e contenuti, indirizzando la sua prima parte all'indagine della «Giustizia riparativa e consensuale nel procedimento penale davanti al giudice di pace»; la seconda, all'esame della «Giustizia consensuale nell'ambito del procedimento civile davanti al giudice di pace».

Ambo le parti raccolgono i contributi offerti dalla riflessione dottrinale su temi tanto attuali e sfidanti per la giustizia penale e civile, nonché portati dall'esperienza pratica, condivisa da chi quotidianamente vive la giustizia di pace e le sue intersezioni con la dimensione consensuale del diritto.

Il confronto tra prospettiva teorico-sistematica e testimonianza pratico-applicativa, unitamente all'apertura alla dimensione comparata – ineludibile nell'affrontare un tema *per se* trasversale – è parso il modo più efficace e costruttivo per promuovere elaborazione e diffusione di buone prassi, di cui la giustizia riparativa e consensuale devono necessariamente nutrirsi.

Solo nel costante dialogo tra dottrina, giurisprudenza e operatori pratici potrà infatti emergere e delinearsi una nuova immagine e un

PREMESSA

nuovo concetto di giustizia, che sappia accortamente e felicemente coniugare giurisdizione e consenso, mettendo al centro la persona, quale fulcro della nostra Carta costituzionale.

Che questo volume possa recare un contributo al raggiungimento di questo ambizioso quanto indefettibile obiettivo, è la speranza di tutti coloro che alla sua confezione hanno generosamente partecipato.

I curatori

GIUSTIZIA RIPARATIVA E CONSENSUALE NEL PROCEDIMENTO PENALE DAVANTI AL GIUDICE DI PACE

INTRODUZIONE

*Stefano Fiore**

Il compito che mi è stato affidato di introdurre e presiedere questa sessione mi consente, in primo luogo, di fare pubblica ammenda della mia colpevole scarsa frequentazione scientifica con l'area della giustizia di pace. Si tratta di una colpa alla quale, a partire da oggi, provo a porre rimedio e l'invito a presiedere la sessione penalistica di questo incontro di studi mi ha offerto una importante occasione per accostarmi con maggiore consapevolezza ai temi della giustizia di pace e dunque anche per questo devo essere grato agli organizzatori per l'invito che mi hanno rivolto e che non ho esitato ad accettare.

La mia confessata disattenzione all'area della giustizia di pace è probabilmente abbastanza rappresentativa di un atteggiamento non isolato di sottovalutazione da parte dei penalisti – certo non di tutti, ma comunque di molti – del contributo, allo stesso tempo, effettivo e potenziale, che, nonostante tutto si potrebbe dire, questa ormai ultraventicennale esperienza sembra essere in grado di poter fornire alla lettura evolutiva dei sistemi di giustizia penale.

La sensibilità e la lungimiranza che la Facoltà di Giurisprudenza di Trento ha sempre mostrato sul tema sono note, traducendosi nella costante organizzazione di iniziative di alto livello scientifico e nella corrispondente produzione di un cospicuo materiale al quale attingere per seguire le tracce che la giustizia di pace ha lasciato lungo i percorsi evolutivi del nostro ordinamento. Al netto della mia presenza non dobbiamo dunque certo sorprenderci della ennesima dimostrazione della

* Professore Ordinario di Diritto penale nell'Università degli Studi del Molise.

capacità delle Colleghe e dei Colleghi di Trento, di riuscire ad aggregare presenze competenti e voci diversificate, in grado di assicurare un confronto proficuo sui temi della giustizia di pace. Ma, in ragione della premessa che ho fatto, trovo comunque particolarmente significativo e importante che oggi, insieme a me – che sono qui solo per imparare – a parlare di giustizia di pace ci siano, tra gli altri, Professoresse e Professori autorevoli e di solida formazione penalistica.

Grazie alle loro relazioni e al contributo delle voci ‘non accademiche’ presenti sarà allora forse possibile provare a dare una ideale risposta, a distanza di molti anni, agli interrogativi pessimistici che nel 2015, in questo stesso contesto, un altro autorevole penalista, David Brunelli, poneva in conclusione del suo articolato intervento dedicato alle linee evolutive della giustizia di pace nel settore penale¹.

Erano allora passati già diversi anni dalla introduzione nel nostro ordinamento della competenza penale del Giudice di pace e dunque provare a fare un bilancio appariva legittimo. L’analisi non era per nulla confortante e i dubbi espressi assai severi.

In quella spietata disamina si parlava senza infingimenti di una scommessa persa, di un fallimento del progetto anzitutto dal punto di vista culturale, soprattutto perché il legislatore mostrava di non averci creduto, mostrava anzi di non aver *voluto* credere al suo stesso progetto.

Tra i molti indicatori del tradimento consumato dal legislatore, uno assumeva, secondo Brunelli, un particolare significato di ‘certificazione’ del fallimento del modello alternativo di giustizia che si intendeva introdurre, vale a dire la scelta da parte del legislatore di assegnare

alla competenza del Giudice di pace del reato di immigrazione clandestina (l. 15 luglio 2009, n. 94). Si tratta di incriminazione che non ha nulla a che vedere con il conflitto interpersonale non c’è nulla da riparare, da mediare, ma solo la richiesta di una trattazione “burocratica” del relativo procedimento.

¹ D. BRUNELLI, *L’attività del Giudice di pace nell’ambito penale: peculiarità e linee evolutive*, in G. FORNASARI, E. MATTEVI (a cura di), *Il giudice di pace e la riforma della magistratura onoraria*, Atti del Convegno - Trento, 3-4 dicembre 2015, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza 29, 2017.

Sulla base di queste non confortanti premesse, in conclusione, ci si domandava:

Vi sono margini di ripresa per le sorti della giustizia penale di pace? Difficile rispondere positivamente, una volta constatato che le plurime univoche indicazioni politiche segnano un bilancio da profondo rosso. È facile però pronosticare che la giustizia di pace possa avere ancora un futuro solo in una contingenza politica che vorrà mettere al bando i tatticismi e i rimedi di corto respiro, aprendosi a progetti più ambiziosi e non condizionati dai venti di tempesta sospinti delle urgenze del consenso elettorale a tutti i costi. Si può anche spiegare alla “folla” urlante, che aspirare a “qualcosa di diverso dalla pena” non necessariamente equivale a rinunciare a stabilità, certezza e sicurezza, traguardi che la pena ha dimostrato ampiamente di non poter raggiungere.

Difficile dare torto a questa sconcertante e sconcertata analisi, così come corrette appaiono sia la diagnosi, che la indicata possibile terapia. In quelle parole si avverte però anche la eco di una disincantata consapevolezza e cioè che le condizioni per invertire la rotta erano iscritte in uno scenario futuro non proprio credibilissimo, soprattutto quando veniva posta come preconditione della ripresa e del rilancio della giustizia di pace una contingenza politica che appariva piuttosto lontana dagli scenari di allora come, purtroppo, lo appare anche rispetto a quelli attuali.

I tempi correnti (che sono correnti da troppo a dire il vero) non sembrano infatti offrire il miglior contesto possibile all’idea e al progetto che fa da sfondo alla ‘giustizia di pace’ (e questo anche a prescindere dal clima bellico in senso non metaforico nel quale siamo immersi).

Lo scenario politico attuale è fatto più che mai di «tatticismi e rimedi di corto respiro» e continuano a spirare forti «i venti di tempesta sospinti delle urgenze del consenso elettorale a tutti i costi», peraltro alimentati da una campagna elettorale perenne che distorce e ostacola ogni progettualità.

È vero, questo non è cambiato (anzi alcuni aspetti tendono a diventare strutturali) e dunque non disponiamo ancora della essenziale preconditione politica, ma qualcos’altro invece è cambiato – e anche molto – fuori dall’area della giustizia di pace, ridisegnando il suo contesto.

Se infatti leggiamo il titolo del nostro convegno, le parole d'ordine utilizzate per identificarne l'oggetto – 'mediare, riparare, conciliare' – assumono oggi una portata che non costringe più a specificare, a settorializzare, a marginalizzare o, addirittura, a 'ghettizzare' gli obiettivi sintetizzati in quei verbi nella nicchia della giustizia di pace e dunque non è più possibile disinteressarsi degli eventuali fallimenti che li riguardano solo perché essi si collocano (nella originaria percezione) a margine del sistema.

Non so se comunicativamente ciò sia voluto, ma anche se non lo fosse, la possibilità di leggere la esortazione contenuta nel titolo – 'mediare, riparare, conciliare' – assegnandole un senso riconoscibile anche senza il riferimento esplicito al giudice di pace è una circostanza, obiettivamente, assai significativa.

Oggi quegli obiettivi, anzi, se mi si concede il parziale ossimoro, quegli *imperativi tendenziali* sono certamente riferibili al 'sistema della giustizia (civile e penale) nel suo complesso.

Quelle finalità hanno infatti nel tempo ampliato la loro capacità di connotare il modo in cui l'ordinamento si confronta, per quel che riguarda questa parte della discussione e del convegno, con i fatti penalmente rilevanti, dunque con la *questione criminale*, invadendo (pacificamente) l'intero territorio penalistico.

Si tratta di finalità che il diritto civile in un certo senso ha sempre avuto nel proprio DNA e le riforme, a partire proprio dalla introduzione della giustizia di pace, hanno riattivato o potenziato quei cromosomi a volte dormienti nella prassi.

Decisamente non si può dire lo stesso per il diritto penale, per il quale si trattava di materiale genetico estraneo se non addirittura 'alieno': nel laboratorio del giudice di pace si è realizzata a tutti gli effetti una 'ibridazione', dagli esiti tutt'altro che prevedibili e anzi secondo l'opinione di alcuni l'unico esito prevedibile era il 'rigetto'.

In particolare dopo la riforma Cartabia lo scenario di sistema è però mutato ed è per questo che il rammarico per la sordità della politica si fa più consistente. Proprio per questo, tuttavia, deve essere più forte la voglia, anzi, direi, la necessità di insistere, di provare a sostenere ancora l'attuazione del progetto originario.

Dopo che recenti riforme hanno, prima timidamente e poi con più decisione, innestato sulla dura scorza che ricopre il corpo penalistico finalità di 'mediazione, riparazione, conciliazione', si potrebbe pensare che finalmente uno degli obiettivi di fondo della lontana riforma che introdusse il giudice di pace sia stato in qualche modo raggiunto e dunque sia da togliere dalla lista dei fallimenti, perché ora, finalmente, sembrano esserci le condizioni per trasferire su scala ordinamentale più vasta gli esiti della lunga sperimentazione svolta (anche) nel laboratorio della giustizia di pace.

Alla base delle riforme che hanno interessato il sistema penale e alle quali ho accennato, così com'era avvenuto all'epoca della introduzione della competenza penale del Giudice di pace, c'è infatti proprio la convinzione o anche solo la fondata speranza – che nonostante tutto non si è ancora dissolta ma vive un momento di sospensione – che forse davvero si può provare a spiegare «alla “folla” urlante che aspirare a “qualcosa di diverso dalla pena” non necessariamente equivale a rinunciare a stabilità, certezza e sicurezza».

Ebbene, la possibilità di ampliare e consolidare i margini di ripresa del progetto della giustizia di pace credo sia legata innanzitutto alla volontà e alla capacità di tutti gli attori coinvolti di non far dissolvere definitivamente quella convinzione e anzi utilizzare le molte positive esperienze maturate, in Italia ma anche all'estero, per offrire alle novità che muovono ancora passi incerti, verso direzioni a loro volta incerte, un sostegno che potrebbe essere essenziale.

Le occasioni come quella offerta dalla giornata di oggi sono anche in questo senso particolarmente preziose e mi aspetto, essendo peraltro sicuro che così sarà, che il contributo dei relatori e l'iniziativa nel suo complesso corrisponderanno pienamente a questa aspettativa.

CONDOTTE RIPARATORIE E GIUSTIZIA RIPARATIVA DAVANTI AL GIUDICE DI PACE PENALE

Chiara Perini*

SOMMARIO: 1. *Ipotesi e riflessi sistematici*. 2. *Giustizia riparativa e condotte riparatorie come caratteristiche originarie della competenza penale del Giudice di pace, tra conciliazione e deflazione processuale*. 3. *La 'lunga strada' di deflazione e conciliazione nella politica criminale successiva al d.lgs. n. 274/2000*. 3.1. *Il versante delle condotte riparatorie*. 3.2. *Il versante della giustizia riparativa*. 3.3. *Ricadute sul 'sistema' del Giudice di pace penale*. 4. *Quale relazione tra condotte riparatorie e giustizia riparativa?* 5. *Lineamenti di un'interpretazione riparativa delle condotte riparatorie nel 'sistema' del Giudice di pace penale*.

1. *Ipotesi e riflessi sistematici*

Più che come istituti semplicemente presenti nella disciplina del Giudice di pace penale, “condotte riparatorie” e “giustizia riparativa” possono essere considerati alla stregua di “poli concettuali” di una *relazione (logico-giuridica)*, della quale è opportuno indagare la *natura*.

Il (sotto-)sistema penale di competenza del Giudice di pace – al quale l’occasione congressuale indirizza le presenti riflessioni – rappresenta senz’altro un ambito elettivo per coltivare l’interrogativo in parola. La cornice delineata dal d.lgs. n. 274/2000, invero, è caratterizzata *ab origine* da istituti imperniati su condotte *riparatorie*, da un lato, e dall’apertura alla *giustizia riparativa*, dall’altro lato. Sicché la giurisdizione del Giudice di pace penale pare *posta costitutivamente* al crocevia – non privo di ambiguità – segnato dalla distinzione sia *lessicale*, sia *contenutistica* tra ciò che è (semplicemente) *riparatorio* e ciò che è (più ampiamente) *riparativo*.

* Professoressa Ordinaria di Diritto penale nell’Università dell’Insubria.

Nondimeno, il ricorso sempre più *trasversale* alla riparazione da parte del legislatore penale, ben al di là dei confini della competenza del Giudice di pace, e la valenza *generale* della giustizia riparativa a valle del d.lgs. n. 150/2022 (c.d. “Riforma Cartabia”)¹ permettono di intravedere i possibili riflessi *sistematici* delle considerazioni qui, viceversa, ambientate nel comparto assegnato.

2. Giustizia riparativa e condotte riparatorie come caratteristiche originarie della competenza penale del Giudice di pace, tra conciliazione e deflazione processuale

Con riguardo al “polo” della “giustizia riparativa” giova ricordare come, all’indomani dell’entrata in vigore del d.lgs. n. 274/2000 istitutivo della competenza penale del Giudice di pace, il dibattito scientifico – anche se solo agli inizi rispetto all’ampiezza e alla ricchezza di accenti che avrebbe assunto su tali tematiche nei (quasi ormai) 25 anni successivi – sottolineava l’assoluta novità rappresentata dall’esplicito riferimento all’«attività di mediazione di centri e strutture pubbliche o private presenti sul territorio» contenuto nell’art. 29, co. 4².

Siffatto cenno alla «mediazione» rappresentava, infatti, in allora il primo atto di un *processo*, per così dire, di “nominazione” dell’attività di giustizia riparativa e della *giustizia riparativa in sé* all’interno dell’ordinamento giuridico italiano.

Il “processo di nominazione” nostrano ricalcava le cadenze di quello maturato a livello internazionale, ove la *species* (la *mediazione tra autore e vittima del reato*, appunto) si è affermata normativamente prima del *genus* (la *Restorative Justice* in quanto tale)³. È acquisito, infatti,

¹ Il riferimento è, segnatamente, all’art. 44 d.lgs. 150/2022 che nell’enunciare i «Principi sull’accesso» ai programmi riparativi stabilisce che «I programmi di giustizia riparativa [...] sono accessibili senza preclusioni in relazione alla fattispecie di reato o alla sua gravità» (co. 1), nonché senza limitazioni legate alla fase procedimentale (co. 2).

² Così il testo originario della norma in parola.

³ Tra le fonti sovranazionali rilevanti in materia, ad esempio, spicca nel 1999 la Raccomandazione n. 19 del Consiglio d’Europa sulla *mediazione* in materia penale;

che il termine *mediation/mediazione* indica semplicemente uno *strumento*, ma non riassume in sé la varietà delle *forme*, dei *principi* e delle *garanzie* propri del paradigma della “giustizia riparativa”.

Una possibile spiegazione del fatto che la nozione *speciale* ha *storicamente anticipato* la nozione *categoriale* (a livello sia internazionale, che nazionale) fa leva su due elementi.

Da una parte, nella prassi, la mediazione autore/vittima ha sempre svolto un ruolo centrale rispetto ad *altre modalità di gestione riparativa* dei *conflitti* scaturenti da reato: anche se non necessariamente applicata in un numero maggiore di casi – rispetto, ad esempio, allo strumento del *Circle* (ossia del *dialogo riparativo* allargato a più persone), fortemente radicato nella cultura e nelle tradizioni di diverse popolazioni indigene (dal Canada alla Nuova Zelanda) –, la mediazione autore/vittima è stata senz’altro la più studiata e discussa nel dibattito multidisciplinare sviluppatosi attorno alla ricerca di “alternative”, in senso lato, ai tradizionali schemi di intervento della giustizia penale, ponendo così le basi per la propria affermazione a livello normativo.

Dall’altra parte, l’analisi scientifica ha messo in luce come il *processo di formalizzazione* della giustizia riparativa sia avvenuto storicamente secondo un modello c.d. *bottom-up* (cioè, dalla prassi alla norma) e *non*, viceversa, *top-down* (dalla norma alla prassi). Sicché la centralità (*qualitativa*, se non *quantitativa*) della mediazione a livello prasseologico si è tradotta – almeno in una *prima fase* – in una primazia della stessa anche sul versante normativo.

Sino al d.lgs. n. 274/2000, pur essendo praticata a livello sperimentale soprattutto in ambito penale minorile e con riguardo a modalità alternative di esecuzione penale nei confronti di condannati adulti, l’at-

bisognerà invece attendere il 2018 perché lo stesso adotti una Raccomandazione – la n. 8 – sulla *giustizia riparativa* in materia penale.

E – come noto – anche nella legislazione italiana è solo negli anni più recenti che il passaggio esplicito dalla “mediazione” alla “giustizia riparativa” – cioè, dalla *species* al *genus* – si è compiuto: ad esempio, con il d.lgs. n. 121/2018 (*Disciplina dell’esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*) che ha stabilito all’art. 1, co. 2, che «L’esecuzione della pena detentiva e delle misure penali di comunità *deve favorire percorsi di giustizia riparativa e di mediazione con le vittime di reato*» (corsivo aggiunto); e poi, ovviamente, con la *Disciplina organica della giustizia riparativa* di cui al Titolo IV d.lgs. n. 150/2022.

tività di mediazione non aveva invece mai fatto ingresso, in quanto tale, nel “lessico” normativo.

Con il d.lgs. n. 274/2000 veniva, inoltre, chiaramente tracciata una *relazione funzionale* tra la *mediazione* (e, quindi, più in generale la giustizia riparativa) e l’obiettivo della *conciliazione* tra le parti del conflitto generato dal reato. Come noto, infatti, ai sensi del citato art. 29, co. 4, nel suo testo originario, l’«attività di mediazione» è uno strumento di cui il Giudice di pace può *discrezionalmente* avvalersi, «qualora [la ritenga] utile per favorire la conciliazione», «quando il reato è perseguibile a querela», nell’ambito del meccanismo *sospensivo* basato sull’eventuale rinvio di udienza «per un periodo non superiore a due mesi» in vista della remissione della querela stessa.

Quanto al “polo” delle “condotte riparatorie”, nel sistema penale del Giudice di pace il riferimento è, ovviamente, all’art. 35 d.lgs. n. 274/2000. Come noto, il dibattito scientifico ne aveva sottolineato sin da principio l’estraneità al paradigma della giustizia riparativa e la rispondenza piuttosto a una logica deflativo-premiale, incastonata in un «meccanism[o] di semplificazione processuale»⁴ operante sul *presupposto* che la vittima sia stata reintegrata e che non permangano conseguenze dannose o pericolose eliminabili dal colpevole.

Lo faceva notare nel 2003 *Grazia Mannozi* nella prima monografia italiana dedicata alla mediazione penale, la quale definiva l’art. 35 citato «riparativo più nella forma che nella sostanza»⁵. Da un lato, infatti, la vittima ha qui unicamente il *diritto di essere sentita* prima della dichiarazione di estinzione del reato, senza che le sia riconosciuto uno spazio per compiere «scelte significative in merito all’offerta di riparazione»⁶. Dall’altro lato, la congruità della condotta riparatoria posta in essere dall’autore del reato è valutata dal giudice sulla base della *valenza sanzionatoria* della stessa, alla quale si riferisce il parametro rappresentato dalle «esigenze di riprovazione» (art. 35, co. 2), e non alla luce del-

⁴ F. GIUNTA, *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, in G. MANNOZZI, F. RUGGIERI, *Pena, riparazione e riconciliazione. Diritto penale e giustizia riparativa nello scenario del terzo Millennio*, Varese, 2007, 63.

⁵ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003, 319.

⁶ *Ibidem*.

l'«efficacia soddisfattoria [di tale condotta] rispetto al danno subito dalle vittime»⁷.

A tali considerazioni si aggiungeva nel 2005, in occasione di un Convegno di Studi organizzato presso l'Università dell'Insubria, il rilievo di *Fausto Giunta* in base al quale l'istituto di cui all'art. 35 d.lgs. n. 274/2000 valorizza la condotta riparatoria in quanto *funzionale* alla *deflazione processuale*⁸. Si sottolineava, in allora, come la norma in questione attribuisca al Giudice di pace il potere di estinguere d'ufficio il reato, se ritiene *equa* la riparazione del danno cagionato, valorizzando così il *ruolo (equitativo, appunto)* svolto da tale Giudice per evitare che l'autore venga 'prevaricato' dalla propria vittima tramite lo strumento della riparazione; ma al tempo stesso si metteva in guardia contro il rischio di «abuso di tale potere di estinzione contro la volontà della vittima quando l'offesa non riguarda beni patrimoniali, bensì personali»⁹.

Rispetto all'art. 35 d.lgs. n. 274/2000, la giurisprudenza recente del Giudice di pace di Trento¹⁰ ne conferma sia la distanza dagli schemi operativi della giustizia riparativa, sia l'orientamento a scopi di deflazione processuale.

Quanto al primo aspetto, numerose sentenze – *in linea* con la giurisprudenza della Corte di Cassazione – sottolineano, infatti, come per l'operatività dell'istituto sia richiesto che la vittima sia solo “sentita”,

⁷ *Ibidem*.

⁸ F. GIUNTA, *Oltre la logica della punizione*, cit., p. 68.

⁹ *Ibidem*. La storia normativa dell'art. 162 *ter* c.p. (*Estinzione del reato per condotte riparatorie*), che – come si dirà – è ‘modellato’ sull'art. 35 in commento, ha confermato la correttezza della previsione di *Giunta*. Il riferimento è al ‘palliativo’ introdotto nel dicembre 2017 a pochi mesi dall'entrata in vigore del nuovo istituto nel c.d. ‘diritto penale comune’ e sulla scia di un'ondata di sdegno della pubblica opinione a fronte delle prime – corrette – decisioni giurisprudenziali. In tale occasione, aggiungendo un nuovo ultimo comma all'art. 162 *ter* c.p., si è infatti previsto che la norma non si applichi al reato di *Atti persecutori* (c.d. *Stalking* – art. 612 *bis* c.p.), lasciando però ovviamente impregiudicata la possibilità di estinguere per condotte riparatorie altri reati, perseguibili a querela soggetta a remissione, che offendono beni personali. Sul punto sia consentito il rinvio a C. PERINI, *Primi ripensamenti del legislatore sull'art. 162-ter Cp: la conferma di una norma con valenza simbolica*, in www.lalegislaZIONEpenale.eu, 8 gennaio 2018, p. 1 ss.

¹⁰ Consultata tramite il sito <https://www.regione.taa.it/Servizi/Giurisprudenza-di-pace>.

mentre *non è necessario* che sia anche acquisito il suo *consenso alla condotta riparatoria* posta in essere dall'autore del reato¹¹; elemento, quest'ultimo, che evidentemente risponde *anche* a finalità deflative.

Alcune sentenze evidenziano, poi, come il parametro rappresentato dalla congruità della condotta riparatoria rispetto alle “esigenze di riprovazione” consenta di attribuire alla stessa una *valenza retributiva* in rapporto al disvalore del fatto commesso e, quindi, *non una valenza satisfattiva* del bisogno di riparazione avanzato dalla vittima¹², con ciò segnando senz'altro uno iato rispetto all'ottica *restorative*.

In sintesi, dunque, mentre – come detto – gli istituti a componente riparativa presenti *ab origine* nella disciplina del Giudice di pace penale sono orientati nel senso di favorire la conciliazione tra le parti del conflitto generato dal reato, quelli incentrati su condotte riparatorie guardano piuttosto all'obiettivo della deflazione processuale. I “poli concettuali” della nostra analisi appaiono, quindi, funzionalmente diretti – rispettivamente – verso quelli che le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno individuato come obiettivi *naturali* della giurisdizione penale del Giudice di pace:

La stessa competenza per materia e il catalogo dei reati attribuiti a questo giudice [di pace] delineano, più di ogni altro parametro, i caratteri della sua giurisdizione, che conciliano il soddisfacimento delle *esigenze deflative*, con un nuovo modello di giurisdizione volto alla *composizione del dissidio interindividuale*, consacrato in modo formale nel d.lgs. n. 274 del 2000, art. 2, co. 2, che funzionalizza il procedimento all'obiettivo della *conciliazione tra le parti* (Cass., Sez. Un., 27 settembre 2018, n. 28909) (corsivo aggiunto).

Nondimeno, la coesistenza tra simili obiettivi risulta, in parte, *paradossale*: mentre lo scopo della *deflazione* plasma il meccanismo processuale nella direzione della celerità del procedimento che conduce al-

¹¹ Si possono considerare, ad esempio, la sentenza n. 4/2024 del Giudice di pace di Trento, nonché la sentenza n. 201/2023, che precisa la natura non vincolante del parere del P.M. e della persona offesa rispetto alla decisione del Giudice di pace, «che resta *libero* di valutare la sussistenza dell'ipotesi estintiva anche in caso di *valutazione contraria* da parte del P.M. e, soprattutto, della persona offesa dal reato».

¹² Cfr., ad esempio, la sentenza n. 51/2023 del Giudice di pace di Trento.

l'adozione della decisione giudiziale definitiva, l'obiettivo della *conciliazione* tende invece a incoraggiare cadenze temporali più dilatate e, a rigore, non determinabili con precisione in anticipo.

Da un lato, dunque, può apparire una forzatura il disposto dell'art. 29, co. 4, d.lgs. n. 274/2000 che ancora a "un periodo non superiore a due mesi" il meccanismo sospensivo concepito per consentire l'innesto di un percorso riparativo nel processo penale davanti al Giudice di pace. Dall'altro lato, in base alla *Disciplina organica della giustizia riparativa* (Titolo IV d.lgs. 150/2022), uno dei principi generali di tale paradigma di giustizia è rappresentato proprio dalla «garanzia del tempo necessario allo svolgimento di ciascun programma» riparativo (art. 43, co. 1, lett. *h*), con un esplicito allontanamento quindi da eventuali ritmi contingentati e imposti.

Ad ogni modo, le modifiche apportate man mano al novero dei reati attribuiti alla cognizione del Giudice di pace hanno reso più difficile o comunque meno probabile il perseguimento dell'*obiettivo naturale* della "conciliazione". Inizialmente (Cass., Sez. Un., n. 28909/2018, cit.),

La selezione delle fattispecie [attribuite a tale Giudice] individua[va] situazioni di micro-conflittualità tra privati, connotate da semplice accertamento e da interessi confliggenti interpersonali con un livello di gravità modesto, elementi che contribui[vano] a delineare un *giudice risolutore e mediatore di piccoli conflitti*.

Nel tempo, però, alcuni reati sono stati trasformati in illeciti sottoposti a sanzione pecuniaria civile per effetto del d.lgs. 7/2016 (ciò è accaduto, ad esempio, per l'ingiuria); altri reati sono stati depenalizzati grazie al d.lgs. 8/2016 (è il caso, ad esempio, del danneggiamento semplice); infine, in tale area di competenza sono stati introdotti reati «sostanzialmente incompatibili con la conciliazione-mediazione o con altre forme di ricomposizione autore-vittima», ma quantitativamente significativi nella prassi (*in primis* i reati in materia di immigrazione)¹³.

¹³ E. DOLCINI, *Il paradosso della giustizia penale del giudice di pace*, in G. FORNASARI, E. MATTEVI (a cura di), *Un dialogo interdisciplinare sulla sanzione*, Napoli, 2020, 117 s.

3. La 'lunga strada' di deflazione e conciliazione nella politica criminale successiva al d.lgs. n. 274/2000

Nel quarto di secolo ormai quasi compiutamente trascorso dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 274/2000, *deflazione* e *conciliazione* si sono progressivamente affermate come obiettivi della politica criminale italiana ben al di là dei confini della competenza penale del Giudice di pace. In tale contesto, proprio le soluzioni sperimentate dal d.lgs. n. 274/2000 in punto di *condotte riparatorie* e *giustizia riparativa* sono state tenute in considerazione per la messa a punto di nuovi istituti da collocare nel c.d. 'diritto penale comune' o per il varo di discipline di portata generale.

3.1. Il versante delle condotte riparatorie

L'art. 162 *ter* c.p. – introdotto dalla c.d. “Riforma Orlando” con l. n. 103/2017 – rappresenta l'esito di una circolazione di *modelli giuridici* all'interno del diritto *formalmente* penale proprio a partire dall'art. 35 d.lgs. n. 274/2000.

Sono noti i tratti comuni ai due istituti. In entrambi i casi siamo in presenza di una causa di estinzione del reato, applicabile prima dell'apertura del dibattimento, ma con la possibilità di una 'variante' basata sulla sospensione del processo (cronologicamente più estesa nell'art. 162 *ter* c.p.) per consentire una riparazione *tardiva*, qualora la riparazione *tempestiva* non sia stata possibile per cause non addebitabili all'imputato. Durante il periodo di sospensione, il giudice può imporre «specifiche prescrizioni» che possono rappresentare l'occasione, tra l'altro, proprio per l'invio del caso al Centro per la giustizia riparativa territorialmente competente. L'uno e l'altro istituto richiedono la riparazione del danno (cioè, risarcimento e restituzioni) e l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, anche se solo l'art. 162 *ter* c.p. specifica che la riparazione deve essere *integrale*¹⁴. In entrambe le fattispecie, infine, la persona offesa deve essere *solo* “sentita”.

¹⁴ Ciò in risposta a una questione sorta con riguardo all'art. 35 d.lgs. 274/2000 e risolta dalla giurisprudenza nel senso che il risarcimento *integrale* non fosse indispensabile per ottenere la dichiarazione di estinzione del reato, in quanto sulla congruità o meno della somma offerta a tale titolo la competenza a decidere è del giudice civile,

Del “modello” delineato dall’art. 35 d.lgs. n. 274/2000 l’art. 162 *ter* c.p. rappresenta però, per certi versi, un *adattamento* e, per altri versi, un’*implementazione*.

Un *adattamento* perché, per potenziare la capacità deflativa dell’istituto, nell’art. 162 *ter* c.p. non figura più il riferimento alle «esigenze di riprovazione del reato e di prevenzione» (art. 35, co. 2, d.lgs. n. 274/2000): una volta verificata la tempestiva e integrale riparazione del danno e l’eliminazione delle conseguenze del reato, il Giudice ordinario dichiara l’estinzione del reato *ex art. 162 ter* c.p., senza dover accertare – come invece è richiesto al Giudice di pace – che le condotte riparatorie siano idonee a soddisfare le citate «esigenze» e che, dunque, non sussista più «nessun bisogno di pena»¹⁵.

Ma l’art. 162 *ter* c.p. può essere considerato anche come un’*implementazione* rispetto all’istituto omologo presente nella disciplina del Giudice di pace penale. Ispirato – come noto – a un orientamento giurisprudenziale maturato proprio con riferimento all’art. 35 d.lgs. 274/2000¹⁶,

mentre il giudice penale deve valutarne solo la congruità rispetto alla capacità di tale offerta di soddisfare le esigenze di *compensazione, riprovazione del reato e prevenzione dello stesso*. Si veda, in particolare, Cass., Sez. Un., 23 aprile 2015, n. 33864: «In tema di reati di competenza del g.d.p. non sussiste l’interesse della parte civile a impugnare la sentenza dichiarativa dell’estinzione del reato ai sensi dell’art. 35 d.lgs. n. 274 del 2000. La parte civile, qualora non ritenga esaustivo il risarcimento offerto, potrà adire comunque il giudice civile rispetto alla cui decisione, alla luce dei principi elaborati dalla giurisprudenza di legittimità, la pronuncia penale non avrà alcuna incidenza, in quanto la congruità del risarcimento, operata allo stato degli atti ai soli fini dell’estinzione del reato, lascia comunque impregiudicata la possibilità di un nuovo e completo accertamento circa l’esistenza e l’entità del danno in favore della persona offesa».

¹⁵ E. DOLCINI, *Il paradosso della giustizia penale del giudice di pace*, cit., 120.

¹⁶ Sempre la già citata sentenza delle Sezioni Unite Penali della Corte di Cassazione n. 33864/2015 ha infatti affermato che: «Nel procedimento davanti al giudice di pace, l’art. 35, comma primo del d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274, nel correlare l’estinzione del reato alla valutazione di congruità del giudice, presuppone che siano state sentite le parti ma *non* che sia stato *acquisito il consenso della persona offesa*; ne deriva che è legittima la declaratoria di estinzione del reato per intervenuta riparazione del danno qualora, pur nel dichiarato dissenso della persona offesa per l’inadeguatezza della somma di denaro posta a sua disposizione dall’imputato quale risarcimento, il giudice esprima una *motivata valutazione di congruità* della stessa con riferimento alla soddi-

l'art. 162 *ter* c.p. consente, infatti, all'imputato di ottenere la declaratoria di estinzione del reato, mettendo a disposizione – con la modalità dell'*offerta reale* – una somma a titolo di risarcimento del danno, *rifiutata* dalla vittima del reato ma ritenuta *congrua* dal giudice.

Di conseguenza, rispetto al “modello” proprio del sistema del Giudice di pace penale, nell'art. 162 *ter* c.p. sono più evidenti le finalità deflative a discapito di quelle di prevenzione generale e speciale, viceversa presenti nell'art. 35 d.lgs. n. 274/2000 grazie ai più volte ricordati parametri di congruità della condotta riparatoria. Inoltre, è netta la distanza che separa *queste* condotte riparatorie dalla *giustizia riparativa*, rispetto alla quale la ‘variante’ dell'art. 162 *ter* c.p. basata sul rifiuto dell'offerta reale da parte della vittima *confligge* frontalmente¹⁷.

3.2. *Il versante della giustizia riparativa*

Con riferimento alla *giustizia riparativa*, senz'altro il ‘processo di nominazione’ operato dal d.lgs. 274/2000 con l'art. 29, co. 4, ha determinato un importante *effetto di ‘legittimazione’* rispetto alle esperienze di giustizia riparativa già praticate in Italia in diversi campi, in via sperimentale e senza espressa copertura normativa.

Ciò ha agevolato, anzitutto, il passaggio a quella che può essere considerata la ‘seconda tappa’ di tale processo di nominazione con – nel 2014 – l'esplicita menzione della *mediazione* nella disciplina della messa alla prova per gli imputati adulti e, quindi, sempre nel contesto di un meccanismo sospensivo come quello previsto dalla disciplina del Giudice di pace penale già esaminata. L'art. 464 *bis*, co. 4, lett. *c*) c.p.p., infatti, nel precisare il contenuto *obbligatorio* del «programma di trattamento» da allegare all'istanza di sospensione del procedimento con messa alla prova menzionava (nel testo vigente al momento della pro-

sfazione tanto delle esigenze compensative quanto di quelle retributive e preventive» (corsivo aggiunto).

¹⁷ Sul punto, sia consentito il rinvio a C. PERINI, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato ex art. 162-ter c.p.: deflazione senza Restorative Justice*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1274 ss.

pria entrata in vigore) «le condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa»¹⁸.

Anche in vista del prosieguo dell'analisi, preme sottolineare come in tale occasione la «mediazione» (e, *dunque*, la giustizia riparativa) veniva *chiaramente distinta* dalle «condotte riparatorie», citate nella precedente lett. *b*) accanto al «risarcimento del danno» e alle «restituzioni» come esemplificazioni delle «prescrizioni comportamentali e [degli] altri impegni specifici che l'imputato assume anche al fine di elidere o attenuare le conseguenze del reato».

Ciò ha contribuito al processo di *istituzionalizzazione* della giustizia riparativa, arrivato a compimento – dopo l'ulteriore 'atto di nomina' operato dal già ricordato d.lgs. n. 121/2018¹⁹ – con il d.lgs. n. 150/2022²⁰.

3.3. Ricadute sul 'sistema' del Giudice di pace penale

Mentre è escluso che l'art. 162 *ter* c.p. possa avere rilevanza per i reati di competenza del Giudice di pace²¹, la nuova *Disciplina organica della giustizia riparativa* (Titolo IV d.lgs. n. 150/2022) influenza senz'altro la giurisdizione di tale magistratura, avendo portata generale e, per così dire, *universale* rispetto a tutti i casi in cui si ponga l'«occasione» di *praticare* giustizia riparativa nel contesto della giustizia penale, alla

¹⁸ Dopo le modifiche apportate dal d.lgs. n. 150/2022, il testo dell'art. 464 *bis*, comma 4, lett. *c*), c.p.p. è diventato: «c) le condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa e lo svolgimento di programmi di giustizia riparativa».

¹⁹ V. nota 3.

²⁰ Sul punto, cfr. G. MANNOZZI, *Le sfide poste dall'istituzionalizzazione della giustizia riparativa: importazione di modelli e nuovi colonialismi*, in V. BONINI (a cura di), *La giustizia riparativa (d.lgs. n. 150/2022 – d.lgs. 31/2024)*, Torino, 2024, 1 ss.

²¹ Cfr. E. DOLCINI, *Il paradosso della giustizia penale del giudice di pace*, cit., 120 s. In giurisprudenza, cfr. Cass. pen., Sez. V, 10 giugno 2019, n. 47221, secondo cui: «La causa di estinzione del reato per condotte riparatorie, prevista dall'art. 162 *ter* cod. pen., non è applicabile ai reati di competenza del giudice di pace, data la peculiarità del sistema sostanziale e processuale relativo a detti reati, che già annovera specifiche cause estintive finalizzate a promuovere la conciliazione tra le parti».

luce della *relazione di complementarità* tra tali “modelli di giustizia” (riparativa e penale) chiaramente stabilita dalla “Riforma Cartabia”²².

In particolare, meritano di essere segnalati i seguenti aspetti.

- (i) Anzitutto, data la vocazione funzionale alla «conciliazione tra le parti» – indicata come obiettivo tendenziale del procedimento davanti al Giudice di pace penale (art. 2, co. 2, d.lgs. n. 274/2000) – questi rappresenta la figura paradigmatica di magistrato per il quale una *formazione alla giustizia riparativa* appare essenziale. Solo a fronte di una preparazione specifica, infatti, l’autorità giudiziaria in parola può comprendere le potenzialità di un eventuale percorso riparativo *nel caso concreto*, favorendo così la ricucitura del tessuto sociale lacerato dal reato e il superamento del conflitto tra le parti come prescrive il primo periodo dell’art. 29, co. 4: «Il giudice, quando il reato è perseguibile a querela, *promuove la conciliazione tra le parti*» (corsivo aggiunto).
- (ii) In secondo luogo, il d.lgs. n. 150/2022 ha novellato proprio l’art. 29, co. 4, d.lgs. n. 274/2000 che – al secondo periodo – non menziona più l’«attività di mediazione di centri e strutture pubbliche o private presenti sul territorio» ma l’«attività dei *Centri per la giustizia riparativa* presenti sul territorio» (corsivo aggiunto). È confermato, quindi, il ruolo del Giudice di pace come ‘autorità inviante’ *d’ufficio* dei singoli casi ai Centri per la giustizia riparativa nella cornice delineata, appunto, dall’art. 29, co. 4, citato.

Si pone, nondimeno, una questione interpretativa rispetto al nuovo art. 129 *bis* c.p.p., introdotto del pari dal d.lgs. n. 150/2022 e valido per il c.d. ‘diritto penale comune’. Come noto, tale norma consente «in ogni stato e grado del procedimento» al Giudice penale (o al Pubblico Ministero durante la fase delle indagini preliminari) l’invio officioso del caso al Centro per la giustizia riparativa e per i reati perseguibili a querela soggetta a remissione stabilisce termini di sospensione del procedimento penale diversi e più lunghi rispetto all’art. 29, co. 4, d.lgs. n. 274/2000.

²² Cfr. per tutti *Schema di decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134 recante delega al governo per l’efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari. Relazione illustrativa*, 441.

La relazione tra le due disposizioni citate può essere ricostruita a partire dall'art. 2, co. 1, d.lgs. n. 274/2000, ai sensi del quale: «Nel procedimento davanti al giudice di pace, per tutto ciò che non è previsto dal presente decreto, si osservano, in quanto applicabili, le norme contenute nel codice di procedura penale». Pertanto, con riferimento all'attivazione di un percorso riparativo durante l'udienza di comparizione davanti al Giudice di pace, dovrà ritenersi prevalente *in quanto speciale* il disposto dall'art. 29, co. 4, d.lgs. 274/2000. Ma la portata generale dell'art. 129 *bis* c.p.p. – in coerenza con il principio «sull'accesso» alla giustizia riparativa enunciato dall'art. 44, co. 2, d.lgs. n. 150/2022, già richiamato – suggerisce che percorsi riparativi possano innestarsi nel procedimento davanti al Giudice di pace anche al di fuori di tale momento processuale. Sul punto una soluzione restrittiva apparirebbe, infatti, illogica, perché porterebbe a limitare alla sola udienza di comparizione l'occasione del ricorso alla giustizia riparativa, quando invece proprio quella del Giudice di pace è la magistratura *costitutivamente* tesa a favorire – come s'è ricordato – la conciliazione tra le parti. Lungo tale linea interpretativa residuerebbe, però, un difetto di coordinamento sul piano temporale: mentre il meccanismo sospensivo previsto dall'art. 29, co. 4, d.lgs. n. 274/2000 considera un «periodo non superiore a due mesi» per lo svolgimento del percorso riparativo, quello di cui all'art. 129 *bis*, co. 4, c.p.p. prevede un «periodo non superiore a centottanta giorni».

(iii) In terzo luogo, l'influenza sul sistema del Giudice di pace penale esplicitata dalle novità dettate dal d.lgs. n. 150/2022 in tema di giustizia riparativa si differenzia a seconda che si tratti dei c.d. 'raccordi di sistema' o della *Disciplina organica* vera e propria (Titolo IV d.lgs. 150/2022).

Nel primo caso, vengono in considerazione le norme che definiscono le possibilità di intarsio e il rilievo dei percorsi riparativi lungo il 'tracciato' della giustizia penale c.d. 'comune', delineate dalla "Riforma Cartabia" sia sul versante processuale (come l'art. 129 *bis* c.p.p. appena richiamato), sia su quello sostanziale²³. L'impatto sul

²³ Sul punto, per il versante sostanziale, sia consentito il rinvio a C. PERINI, *Prime note sulla disciplina organica della giustizia riparativa: "infrastrutture" e raccordi di sistema*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 97 ss.

settore del Giudice di pace dipenderà, in questo caso, dalla compatibilità di ciascuna di tali norme *generali* con la disciplina *speciale* dettata dal d.lgs. n. 274/2000.

Nel secondo caso, invece, stante la portata *universale* di cui s'è detto, le regole positivizzate all'interno della *Disciplina organica* sono suscettibili di influenzare non solo i moduli operativi che la normativa del Giudice di pace penale già riconduce espressamente allo spazio di azione della *giustizia riparativa* (e cioè, segnatamente, l'art. 29, co. 4 d.lgs. n. 274/2000), ma anche quelli *diversi*, privi di riferimenti normativi espressi alla giustizia riparativa, ma strutturalmente conciliabili con essa. Rispetto a questi ultimi la citata *Disciplina organica* suggerisce di procedere a una *interpretazione correttiva* o, se si vuole, *evolutiva* in senso *restorative*, in linea con il generale favore per l'accesso ai programmi riparativi espresso dal d.lgs. n. 150/2022²⁴.

In simile prospettiva, l'analisi – come si dirà a breve – si può riaccostare al “polo concettuale” delle “condotte riparatorie” e, in particolare, all'art. 35 d.lgs. n. 274/2000 con un approccio diverso, e cioè *a partire dal* “polo concettuale” della “giustizia riparativa”.

4. *Quale relazione tra condotte riparatorie e giustizia riparativa?*

L'interrogativo iniziale (esiste una *relazione* – e, se sì, *quale* – tra condotte riparatorie e giustizia riparativa?)²⁵ s'accompagna a una *avvertenza*: tenuto conto della natura, in un certo senso, *sperimentale* che le soluzioni maturate nel settore del Giudice di pace hanno assunto – come abbiamo visto – per il c.d. ‘diritto penale comune’²⁶, la risposta potrebbe possedere una valenza sistematica non secondaria, finendo per influenzare anche interpretazione e applicazione dei numerosi istituti connotati in senso riparatorio e collocati oltre il perimetro della normativa speciale qui considerata.

Ebbene, sul piano logico-giuridico i due “poli” citati non hanno lo stesso ‘rango’, potendosi cogliere una *preminenza* del concetto di “giu-

²⁴ Cfr. in particolare art. 43, co. 4, e art. 44 d.lgs. n. 150/2022.

²⁵ V. *supra* § 1.

²⁶ V. *supra* §§ 3 ss.

stizia riparativa” su quello di “condotte riparatorie”, tale che il primo può essere utilizzato – in sede interpretativa – per *plasmare*, per così dire, il secondo.

È possibile sostenere simile affermazione grazie a due ordini di considerazioni.

Anzitutto, l’art. 35 d.lgs. 274/2000 considera «condotte riparatorie» le «restituzioni», il «risarcimento» (sottinteso: *del danno*) e l’*eliminazione* delle «conseguenze dannose o pericolose del reato» (co. 1). Al tempo stesso, però, la *Disciplina organica della giustizia riparativa* definisce in termini sostanzialmente sovrapponibili a quelli appena ricordati il c.d. «esito riparativo» di tipo «materiale»: in base all’art. 56, co. 3, d.lgs. n. 150/2022 infatti,

L’esito materiale può comprendere il *risarcimento del danno*, le *restituzioni*, l’*adoperarsi per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato* o evitare che lo stesso sia portato a conseguenze ulteriori (corsivo aggiunto).

Ma la preminenza logico-giuridica del concetto di “giustizia riparativa” su quello di “condotte riparatorie” deriva da questo. Per un verso, l’elenco contenuto nell’art. 56, co. 3, d.lgs. n. 150/2022 è evidentemente *esemplificativo* (non può escludersi, cioè, che nella prassi dei programmi riparativi possa essere attribuito rilievo a eventuali *esiti materiali diversi* da quelli espressamente menzionati). Per altro verso, l’esito riparativo considerato dalla *Disciplina organica* non è solo *materiale*, ma anche *simbolico*: a quest’ultimo si riferisce il comma 2 dell’art. 56 citato che – del pari tramite un *elenco esemplificativo* – richiama «dichiarazioni o scuse formali, impegni comportamentali anche pubblici o rivolti alla comunità, accordi relativi alla frequentazione di persone o luoghi». Sicché le “condotte riparatorie” rappresentano all’evidenza solo *una* variante, tra le molte possibili, dell’esito riparativo cui *funzionalmente* tende la “giustizia riparativa”.

Vi è poi un secondo ordine di considerazioni che depone a favore della *preminenza logico-giuridica* della “giustizia riparativa” sulle “condotte riparatorie”.

Come noto, il paragrafo 59 della Raccomandazione 8/2018 del Consiglio d'Europa sulla giustizia riparativa in materia penale²⁷, pur riconoscendo che tratto distintivo della giustizia riparativa sia il dialogo tra le parti del conflitto, invita a disciplinare e ad applicare gli *istituti giuridici*, che di per sé non prevedono tale dialogo, in *modo coerente* con i principi della giustizia riparativa: le “condotte riparatorie” sono espressamente menzionate, in tale sede, come ambito d'elezione per procedere a simili ‘sperimentazioni giuridiche’ (“*innovative approaches to reparation*”).

Ciò significa, dunque, che il Consiglio d'Europa raccomanda di coltivare, per così dire, una “interpretazione *evolutiva*” delle “condotte riparatorie” che faccia leva sui principi fondamentali della giustizia riparativa. Di conseguenza, la “giustizia riparativa” si candida al ruolo di *ratio essendi* o principio ispiratore delle “condotte riparatorie” e, anche per questa via, dimostra la propria *preminenza logico-giuridica*.

5. Lineamenti di un'interpretazione riparativa delle condotte riparatorie nel 'sistema' del Giudice di pace penale

Già *Grazia Mannozi*, nella richiamata monografia del 2003, proponeva un'interpretazione correttiva dell'art. 35 d.lgs. n. 274/2000, basata su una lettura sistematica dello stesso alla luce dell'art. 2, co. 2, d.lgs. n. 274/2000 che prescrive, in via generale, che «il giudice di pace deve favorire, per

²⁷ «59. While restorative justice is typically characterised by a dialogue between the parties, many interventions which do not involve dialogue between the victim and offender may be designed and delivered in a manner which adheres closely to restorative justice principles.

This includes innovative approaches to reparation, victim recovery and offender reintegration.

For example, community reparation schemes, reparation boards, direct victim restitution, victim and witness support schemes, victim support circles, therapeutic communities, victim awareness courses, prisoner or offender education, problem-solving courts, Circles of Support and Accountability, offender reintegration ceremonies, and projects involving offenders and their families or other victims of crime, inter alia, can all be delivered restoratively, if undertaken in accordance with basic restorative justice principles».

quanto possibile, la conciliazione tra le parti». Simile lettura sistematica, secondo *Mannozi*, potrebbe autorizzare il Giudice – anche nel silenzio dell’art. 35 citato – a ricorrere alla mediazione penale per promuovere la riparazione, alla quale attribuire poi rilievo nel contesto dell’art. 35 stesso²⁸.

Inoltre, anche *prima* dell’entrata in vigore del d.lgs. n. 150/2022, rispetto all’art. 35 d.lgs. n. 274/2000 si erano formati orientamenti giurisprudenziali che, ai fini della declaratoria di estinzione del reato, non ritenevano sufficiente il risarcimento civilistico, anche se integrale, o l’offerta di una somma di denaro, ma richiedevano anche «ulteriori comportamenti *attivi* del reo, volti alla pacificazione o quanto meno al recupero di una *prospettiva relazionale* con la persona offesa»²⁹.

Di tali orientamenti vi è traccia anche nella giurisprudenza del Giudice di pace di Trento³⁰: ad esempio, nella sentenza n. 12/2021 ove al fine della suddetta declaratoria è stato attribuito rilievo al fatto che

L’imputato [...] aveva formulato in udienza le scuse con emozione e con la consapevolezza di aver compreso l’antigiuridicità del proprio comportamento in occasione dei fatti per i quali era stato chiamato a processo. Le scuse contenevano anche la messa a disposizione di 800 Euro ed il preciso impegno, per il futuro, di tenere una condotta civile e decorosa nei confronti delle persone offese.

Come si vede, si tratta di comportamenti («dichiarazioni o scuse formali, impegni comportamentali [...]») espressamente considerati dall’art. 56, co. 2, d.lgs. n. 150/2022 come possibili «esiti riparativi simbolici».

In linea con la Raccomandazione n. 8/2018 del Consiglio d’Europa e con la nostrana *Disciplina organica*, nell’art. 35 d.lgs. n. 274/2000 possono, quindi, essere valorizzati in una prospettiva di *giustizia riparativa* i seguenti elementi.

²⁸ Cfr. G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 320.

²⁹ Cfr. C. GRANDI, *Le “definizioni alternative del procedimento” (artt. 34-35 d.lgs. 274/2000): un bilancio dopo vent’anni di attività del giudice di pace*, in M. Busetto, G. Di Paolo, G. Fornasari, E. Mattevi (a cura di), *La giurisdizione penale del giudice di pace: un bilancio sui primi vent’anni*, Napoli, 2021, 49 e nota 24.

³⁰ Sempre consultata grazie al sito web richiamato in nota 10.

(a) Nella “variante-base” (co. 1), il Giudice di pace potrebbe, per un verso, leggere in senso *restorative* la parte della norma che prevede che la persona offesa sia “sentita”, evitando che questo momento si riduca a un mero adempimento processuale (ad esempio, alla semplice notifica del decreto di fissazione dell’udienza) e favorendo – in qualità di “giudice della conciliazione” (art. 2, co. 2, d.lgs. n. 274/2000) – quanto meno il tentativo di attivazione di un dialogo (volontario) tra reo e vittima. Per altro verso, l’elemento della «riparazione del danno cagionato dal reato» potrebbe essere interpretato in senso pregnante, in modo che sia una concezione *globale* (e non solo materiale) dell’offesa a orientare l’attività riparatoria. Infine, potrebbero essere interpretate in prospettiva *restorative* anche le «esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione», sulle quali – come detto – si basa la valutazione giudiziale di congruità della condotta riparatoria ai fini dell’estinzione del reato (art. 35, co. 2, d.lgs. 274/2000): la partecipazione a un programma riparativo consentirebbe, infatti, di raggiungere l’effetto di *auto-responsabilizzazione* del reo, valorizzabile sul piano dell’esigenza di “riprovazione”, nonché un effetto di *consolidamento* della validità del precetto penale presso il singolo reo, apprezzabile con riguardo all’esigenza di “prevenzione”.

Gli elementi citati potrebbero indurre il Giudice di pace a disporre – ricorrendo a un rinvio di udienza – l’invio del caso al Centro per la giustizia riparativa, pur al di fuori dell’ipotesi di cui all’art. 29, co. 4, d.lgs. n. 274/2000 e con richiamo diretto all’art. 44, co. 2 d.lgs. n. 150/2022, in base al quale ai programmi di giustizia riparativa «si può accedere in ogni stato e grado del procedimento penale», unitamente all’art. 129 *bis* c.p.p.

(b) Senz’altro, tuttavia, la sede più idonea a livello procedimentale per una modulazione in prospettiva *restorative* dell’art. 35 d.lgs. n. 274/2000 è la “variante sospensiva” prevista dal comma 3, che tuttavia si attiva a fronte di una richiesta dell’imputato *e non* della vittima³¹.

³¹ Proprio quest’ultima, invece, ai sensi della *Disciplina organica della giustizia riparativa*, è titolare di norma di un “potere di iniziativa”, come emerge dalla stessa definizione di «persona indicata come autore dell’offesa» che – ai sensi dell’art. 42, co. 1, lett. c), n. 1 d.lgs. n. 150/2022 – corrisponde alla «persona indicata come tale dalla vittima, anche prima della proposizione della querela» (corsivo aggiunto).

Dato il disposto dell'art. 44, co. 2, d.lgs. n. 150/2022 e dell'art. 129 *bis* c.p.p., anche nel contesto di tale procedimento sospensivo ben potrebbe innestarsi, infatti, un *percorso riparativo*, il cui esito potrebbe essere valorizzato come “condotta riparatoria”.

Ciò anche in considerazione del fatto che, in *tale variante*, il Giudice di pace «può imporre specifiche prescrizioni» (art. 35, co. 3, d.lgs. n. 274/2000) e dunque potrebbe indicare all'imputato di presentarsi presso il Centro per la giustizia riparativa competente per territorio.

Peraltro, proprio quei “comportamenti attivi” del reo – ulteriori rispetto al mero risarcimento e alle restituzioni – valorizzati anche in alcune sentenze del Giudice di pace di Trento come “condotte riparatorie” per gli effetti dell'art. 35 d.lgs. 274/2000 rappresentano impegni comportamentali tipicamente correlati all'esito di un percorso riparativo, in quanto orientati alla pacificazione o quanto meno al recupero di una *prospettiva relazionale* con la persona offesa e coerenti con la tipizzazione degli «esiti riparativi simbolici» operata dall'art. 56, co. 2, d.lgs. 150/2022.

L'intarsio di un percorso riparativo in tale “variante sospensiva” potrebbe contribuire a una piena valorizzazione della giustizia penale amministrata dal Giudice di pace. Scuse, risarcimento del danno, ecc. maturati all'esito di un percorso riparativo e *valutati* in questo senso dal Giudice di pace permettono, infatti, a quest'ultimo di *contribuire positivamente* al tendenziale avveramento delle funzioni della pena (in senso *specialpreventivo*, anzitutto), superando letture prevalentemente *deflative* dell'operato di tale Autorità.

Queste ultime, come noto, sono ampiamente invalse sia in dottrina, che in giurisprudenza, ma – anche alla luce dell'attuale assetto della legislazione penale a valle della “Riforma Cartabia” – appaiono *riduttive del ruolo* che il Giudice di pace può assumere nel perseguire, per parte sua, il *finalismo rieducativo della pena*, al quale peraltro chiaramente alludono «le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione» individuate dall'art. 35, co. 2, d.lgs. n. 274/2000 come parametro di validità delle condotte riparatorie stesse, rimesse al prudente *apprezzamento* del Magistrato.

PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO E GIUSTIZIA RIPARATIVA NEL PROCEDIMENTO PENALE DAVANTI AL GIUDICE DI PACE

*Giuseppe Amarelli**

SOMMARIO: 1. Alle origini dei problemi: l'introduzione dell'art. 131 bis c.p. e il mancato coordinamento con l'art. 34 d.lgs. n. 274/2000. 2. Le incertezze sull'applicabilità dell'art. 131 bis c.p. nel procedimento penale davanti al giudice di pace e la risposta negativa delle Sezioni Unite 2017. 2.1. Le perduranti critiche avverso tale conclusione. 3. Le nuove, fondate, incertezze 'post-Cartabia'. In particolare: i profili di irragionevolezza derivanti dal trasferimento della competenza per materia al giudice di pace delle lesioni personali lievi. 4. L'espansione in via ermeneutica dell'ambito di operatività dell'art. 34 d.lgs. n. 274/2000. 5. La possibile incidenza della giustizia riparativa nel processo penale dinanzi al Giudice di pace. 6. I possibili riflessi positivi sui reati in materia di immigrazione.

1. Alle origini dei problemi: l'introduzione dell'art. 131 bis c.p. e il mancato coordinamento con l'art. 34 d.lgs. n. 274/2000

Era il lontano 1902 quando il grande Franz Von Liszt, osservando l'allora vigente sistema penale tedesco, dalle dimensioni incommensurabilmente inferiori rispetto all'odierno sistema penale italiano di oltre diecimila fattispecie incriminatrici, concludeva che la

attuale legislazione fa un uso eccessivo dell'arma della pena. Ci sarebbe da riflettere se non meriti di trovare di nuovo accoglimento il vecchio principio *minima non curat praetor*, o come regola di diritto processuale o come norma di diritto sostanziale¹.

* Professore Ordinario di Diritto penale nell'Università degli Studi di Napoli Federico II.

¹ F. VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, XII ed., Berlin, 1902, 76.

Da allora, con cadenze periodiche, il dibattito sull'introduzione di clausole di non punibilità per particolare tenuità del fatto si è sviluppato anche in Italia con alterna intensità, soprattutto a partire dagli anni Settanta quando, in un contesto ordinamentale riplasmato dal teleologismo rieducativo della pena di cui all'art. 27, co. 3, Cost.², e sull'onda dell'affermarsi della concezione gradualistica dell'illecito penale e degli studi di Krümpelmann, si era iniziato per la prima volta a prospettare concretamente una simile scelta politico-criminale per i c.d. reati bagatellari impropri o micro-violazioni non autonome, vale a dire per quelle fattispecie che in astratto esprimono un livello di gravità che legittima il ricorso alla sanzione penale, ma in concreto possono anche presentare un disvalore complessivo talmente esiguo e irrilevante da far apparire irragionevole la sua concreta irrogazione³.

Com'è noto, però, questa proposta, ancorché ripresa e sostenuta con il consueto acume e profondità da Carlo Enrico Paliero in *Minima non curat praetor*⁴, non solo fu respinta *per facta concludentia* dal legislatore che, all'opposto, continuò senza soluzione di continuità a ingrossare le fila del penalmente rilevante, con opzioni politico-criminali sovente simbolico-espressive o meramente emergenziali e populiste, ma fu accantonata anche nel dibattito teorico, scontrandosi con diverse obiezioni considerate insormontabili.

In particolare, avverso l'introduzione di una valvola di sfogo del penale incentrata sulla particolare tenuità del fatto, si eccepì, innanzi tutto, la sua difficile compatibilità sul piano sostanziale con il principio di

² Sulla incidenza della costituzionalizzazione della funzione rieducativa della pena sul diritto penale premiale sia consentito rinviare al nostro G. AMARELLI, *Non punibilità e rieducazione*, in A. MENGHINI, E. MATTEVI, *La rieducazione oggi: dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale*, Trento, 2022, 119 ss.

³ J. KRÜMPELMANN, *Die Bagatelldelikte. Untersuchungen zum Verbrechen als Steigerungsbegriff*, Berlin, 1966. In argomento, si veda per ulteriori approfondimenti sulla categoria dei reati bagatellari C.E. PALIERO, *Minima non curata praetor. Iperτροφία del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, 627 ss.; S. FIORE, *Osservazioni in tema di clausole di irrilevanza penale e trattamento della criminalità bagatellare. A proposito di una recente proposta legislativa*, in *Crit. dir.*, 1998, 274 ss.; S. MOCCIA, *La tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, 1988, 97 ss.

⁴ C.E. PALIERO, *Minima non curata praetor*, cit.

legalità dei reati e delle pene di cui all'art. 25, co. 2, Cost., a causa della eccessiva discrezionalità che si sarebbe altrimenti conferita al giudice penale nell'individuazione dei fatti effettivamente costituenti reato e, sul piano processuale, con il principio di obbligatorietà dell'azione penale *ex art. 111 Cost.*, rimettendo all'apprezzamento discrezionale del singolo giudice del caso concreto la valutazione sul suo esercizio. Inoltre, si evidenziò anche l'inconciliabilità di un istituto di favore di questo tipo con le esigenze di tutela della persona offesa che, in caso di proscioglimento del reo, sarebbero state completamente sacrificate, almeno all'interno del giudizio penale. Non ultimo, si sottolineò la problematicità dell'inquadramento giuridico di una clausola di non punibilità per particolare tenuità del fatto, non essendo chiaro se dovesse avere natura sostanziale o processuale e, quindi, essere concepita, inquadrata e disciplinata come causa di non punibilità in senso stretto, o estintiva del reato, oppure come condizione di procedibilità⁵.

Le prime aperture del nostro ordinamento a ipotesi di non punibilità incentrate sulla tenuità del fatto si sono avute solo in tempi relativamente recenti e in ambiti processuali settoriali, in cui sono state varate regole di rito e sostanziali differenziate rispetto a quelle ordinarie, in ragione delle specificità del reo o dei reati contemplati. Solo nel 1988, infatti, nell'ambito della più ampia e organica riforma del processo penale minorile *illo tempore* attuata, è stato inserito nell'art. 27 d.P.R. n. 448/1998 l'istituto dell'irrelevanza penale del fatto, mentre si è atteso il 2000 perché un'analogia disposizione fosse prevista nell'art. 34 d.lgs. n. 74/2000 recante la disciplina del nuovo procedimento penale dinanzi al giudice di pace⁶.

⁵ Per una ricostruzione del dibattito teorico-domatico sviluppatosi nella dottrina italiana sulla possibilità di introdurre nel sistema penale una causa di non punibilità per tenuità del fatto sia consentito rinviare al nostro G. AMARELLI, *Particolare tenuità del fatto (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Agg., XI, Milano, 2017, 557 ss.

⁶ Per un'analisi delle differenze che intercorrono tra questi istituti e il nuovo art. 131 *bis* c.p. cfr. A. GULLO, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p.*, in S. QUATTROCOLO (a cura di), *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, Torino, 2015, 36 ss.; C. SANTORIELLO, *La clausola di particolare tenuità del fatto. Dimensione sostanziale e prospettive processuali*, Roma, 2015, 19 ss.

Bisogna, però, segnalare un dato non secondario, che aiuta a comprendere come e perché oggi si siano posti problemi di intersezione e coordinamento tra questi istituti e la causa di non punibilità in senso stretto della particolare tenuità del fatto *ex art. 131 bis c.p.* successivamente introdotta nel giudizio ordinario con il d.lgs. n. 28/2015: entrambe queste opzioni politico-criminali – testate in quelli che si sono rivelati essere nel tempo non dei settori di ‘serie B’ del diritto penale, bensì straordinari e utilissimi laboratori sperimentali in cui saggiare istituti innovativi sovente poi sviluppati e trapiantati nel sistema penale ordinario (si pensi per tutti anche ai casi della sospensione del processo con messa alla prova o alle sanzioni penali non detentive) – rispondevano più che a esigenze politico-criminali di carattere sostanziale di riduzione del novero dei fatti punibili per coerenza con i principi di *extrema ratio*, sussidiarietà e di rieducazione e proporzionalità/ragionevolezza della pena, a ragioni marcatamente processuali, essendo legate alle specifiche finalità di quei giudizi penali differenti per le caratteristiche soggettive dei rei od oggettive dei reati.

Nel rito minorile la causa di non punibilità per irrilevanza del fatto è stata concepita per venire incontro alle peculiari finalità educative perseguite dal processo penale nei confronti del reo infra-diciottenne, considerato soggetto in continua formazione rispetto al quale è utile prevedere vie di uscita immediate dal giudizio penale per non ostacolare il suo percorso di crescita, anche in presenza dell’accertamento della commissione di reati completi di tutti gli elementi costitutivi.

Nel procedimento penale davanti al giudice di pace, invece, l’improcedibilità dell’azione per particolare tenuità del fatto è stata pensata per soddisfare le specifiche finalità conciliative di quel giudizio relativo a reati bagatellari impropri procedibili a querela di parte, reati rispetto ai quali, per la loro portata lesiva ridotta, più che l’inflizione delle pene comminate, interessa il riavvicinamento tra reo e persona offesa e la ricucitura dei danni prodotti al vivere sociale dal reato.

La centralità della dimensione processuale la si coglie anche perché, in entrambe queste due speciali ipotesi originarie, la non punibilità per irrilevanza/tenuità si fondava, e si continua a fondare, su un duplice giudizio, in parte retrospettivo-accertativo sulla gravità del fatto commesso e sulla sua occasionalità, in parte prognostico-ipotetico sulle

possibili ricadute negative per i rei legate al proseguimento del giudizio penale.

Questa trazione prevalentemente processuale è dimostrata anche dal fatto che, ad esempio, nell'art. 34 d.lgs. n. 74/2000 si parli nella rubrica di causa di "esclusione della procedibilità" e nel testo ci si riferisca all'"esercizio non giustificato dell'azione penale" e al "pregiudizio che il procedimento può recare alle esigenze di lavoro, studio, famiglia o salute dell'indagato o imputato".

Quando nel 2015 il legislatore ha introdotto nella parte generale del codice penale, segnatamente nell'art 131 *bis* c.p., la particolare tenuità del fatto come causa generale di non punibilità in senso stretto valida per tutti i reati nei limiti tassativamente elencati, rimodulati poi a più riprese, l'ultima nel 2022 proprio con un altro segmento della *Cartabia*, senza procedere alla contestuale abrogazione delle analoghe figure speciali preesistenti, oppure alla regolamentazione espressa dei loro rapporti, si è posto subito un problema non secondario di raccordo. Anche perché, nonostante le apparenti similitudini, la nuova ipotesi (a differenza delle altre) non trovava più il suo fondamento politico-criminale nelle specificità dei giudizi penali per talune categorie di soggetti o di reati, bensì nei principi di *extrema ratio*, di sussidiarietà secondaria e del finalismo rieducativo e della proporzionalità/ragionevolezza della pena *ex* artt. 3 e 27, co. 3, Cost., oltre che in esigenze di deflazione processuale e di efficientamento della giustizia penale. L'art. 131 *bis* c.p. è istituito, difatti, strumentale a evitare che le norme incriminatrici siano applicate a fatti che, in concreto, all'esito di una valutazione complessiva che include sia elementi oggettivi che soggettivi, nonché il comportamento pregresso del reo, risultino non bisognosi e meritevoli di pena per la loro complessiva tenuità e non abitualità, prescindendo del tutto dal consenso della persona offesa dal reato; diversamente, l'art. 34 d.lgs. n. 274/2000 (che è l'unico su cui in questa sede si incentreranno le riflessioni) è funzionale soprattutto al temperamento degli effetti patologici del processo penale sul futuro del reo e sulle sue esigenze educative e professionali e al perseguimento di una riconciliazione tra le parti del reato, ragione per la quale è subordinato all'acquisizione del consenso della persona offesa.

2. *Le incertezze sull'applicabilità dell'art. 131 bis c.p. nel procedimento penale davanti al giudice di pace e la risposta negativa delle Sezioni Unite 2017*

Queste evidenti differenze teleologiche e di disciplina, che, come si è visto, implicano anche un ben diverso ruolo della persona offesa rispetto alla operatività dei due istituti all'apparenza simili, hanno fatto sorgere molti dubbi interpretativi circa la possibile applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p. nei procedimenti relativi ai reati di competenza del giudice di pace nelle ipotesi in cui non fosse possibile utilizzare l'omologo, specifico e preesistente istituto disciplinato dall'art. 34 d.lgs. n. 274/2000, discutendosi se la nuova fattispecie generale abbia abrogato tacitamente la pregressa, oppure se quest'ultima, con i suoi più stringenti limiti operativi, continui ad avere vigenza e a prevalere sempre e comunque sulla nuova in quanto *lex specialis quae derogat legi generali*.

Un primo orientamento giurisprudenziale aveva escluso questa eventualità, attribuendo all'art. 34 d.lgs. n. 274/2000 valore di norma speciale e prevalente rispetto all'art. 131 *bis* c.p. ai sensi della regola generale dell'art. 16 c.p., perché recante una disciplina con elementi differenti che trovano una giustificazione nella 'finalità conciliativa' che caratterizza la giurisdizione penale del giudice penale in relazione a reati procedibili a querela di parte: l'attribuzione alla persona offesa di una facoltà inibitoria rispetto alla valutazione della tenuità del fatto (non prevista nell'art. 131 *bis* c.p.) era così considerata coerente con l'intenzione di ricomporre tramite l'istituto il conflitto innescato tra le parti con la commissione del reato⁷.

Un secondo opposto orientamento aveva sostenuto l'irragionevolezza dell'esclusione dell'applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p. in relazione ai reati di competenza del giudice di pace, sia per la loro minima offensività decisamente inferiore già in astratto rispetto a quella dei reati non punibili tramite la medesima disposizione da parte del giudice ordinario (oggi ulteriormente acuita dalla individuazione del limite dei reati non punibili in quelli puniti con pena edittale minima superiore ai due anni), sia per le esigenze deflattive che l'istituto si prefigge, a prescindere dal-

⁷ In tal senso, cfr. *ex multis* Cass., Sez. V, 28 novembre 2016, n. 54173, Piazza.

la competenza giurisdizionale. Ad avviso di tale diversa linea interpretativa i due istituti non si trovavano in un rapporto di specialità unilaterale, ma presentavano profili di netta diversità e, quindi, ambiti di applicazione separati e concorrenti, potendo così il giudice di pace, una volta constatata in via prioritaria l'assenza dei requisiti specifici e più stringenti dell'art. 34 d.lgs. n. 274/2000, accertare la sussistenza di quelli indicati dall'art. 131 *bis* c.p.⁸.

Com'è noto, il contrasto è stato risolto dalle Sezioni Unite 2017 statuendo che la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto 'ordinaria' di cui all'art. 131 *bis* c.p. non è applicabile ai procedimenti relativi a reati di competenza del giudice di pace anche se più favorevole, per i quali continua a trovare applicazione esclusivamente la disciplina speciale di cui all'art. 34 d.lgs. n. 274/2000 che si iscrive (invece che nell'ambito della finalità deflativa cui tende l'art. 131 *bis* c.p. nel processo penale ordinario) nell'ambito della "finalità conciliativa" che caratterizza la giurisdizione penale del giudice di pace⁹.

Sviluppando gli argomenti già impiegati dal primo degli orientamenti descritti, si è osservato che le due disposizioni, rispondendo a esigenze in larga parte diverse, conciliativa l'art. 34 d.lgs. n. 274/2000 e sussidiario-deflativa l'art. 131 *bis* c.p., presentano reciproche differenze sostanziali rilevanti che ne escludono la specialità unilaterale, vale a dire: il potere di veto della persona offesa, riconosciuto solo nel procedimento dinanzi al giudice di pace proprio in ragione della sua finalità conciliativa; il requisito della occasionalità del reato, individuato nel solo art. 34 d.lgs. n. 274/2000, a dispetto dell'art. 131 *bis* c.p. che si riferisce più ampiamente alla non abitualità; la prognosi futura sul potenziale pregiudizio che il prosieguo del procedimento possa recare alle

⁸ Cass., Sez. V, 9 giugno 2017, n. 28737, M.

⁹ Sez. Un., 28 novembre 2017, n. 53683. Sul punto si vedano i contributi di M. GAMBARDILLA, *Chi ha paura dell'art. 131-bis c.p.? Sull'applicabilità della nuova causa di non punibilità ai reati di competenza del giudice di pace*, in *Arch. pen.*, 2017, 1 ss.; A. MARANDOLA, *Giudice di pace e tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p.: ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, in *Giur. it.*, 2017, 969 ss.; V. MAFFEO, *La clausola codicistica della particolare tenuità del fatto non opera per i reati di competenza del giudice di pace*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, 317 ss.; M.C. CELOTTO, *Art. 131-bis e art. 34 d.lgs. 274/2000 a confronto: un rapporto di necessaria compatibilità*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 1 ss.

esigenze dell'indagato o dell'imputato, richiesta solo nell'ipotesi speciale del giudice di pace; e oggi, dopo la riforma dell'art. 131 *bis* c.p. operata dal d.lgs. n. 150/2022, la rilevanza della condotta susseguente del reo ai fini dell'applicazione di quest'ultimo.

Tutto ciò implica che non solo il loro rapporto non può essere decifrato facendo leva sull'unico criterio che secondo l'orientamento unanime delle Sezioni Unite può essere utilizzato per risolvere i casi dubbi di convergenza tra fattispecie incriminatrici, vale a dire quello di specialità di cui all'art. 15 c.p.¹⁰, trovandosi le due disposizioni in una relazione di specialità reciproca, ma, trattandosi di rapporti tra un istituto contenuto nel codice e uno nella legislazione complementare, deve essere risolto ai sensi del successivo art. 16 c.p., in base al quale se le leggi speciali extra-codicistiche prevedono una macro-disciplina differente e speciale per una stessa materia regolata in termini generali dalle disposizioni codicistiche prevalgono su queste ultime, senza dover operare un analitico raffronto strutturale che ne evidenzi l'eventuale specialità unilaterale¹¹.

Una volta così impostato il rapporto tra le due fattispecie di particolare tenuità, si desume che, in ragione delle menzionate differenze di disciplina previste per l'ipotesi *extra codicem*, non solo l'art. 131 *bis* c.p. non ha tacitamente abrogato l'art. 34 d.lgs. n. 274/2000, ma non può neanche essere considerato *lex mitior* in una prospettiva diacronica ai sensi dell'art. 2, co. 4, c.p. e, dunque, essere applicato ai fatti commessi prima non coperti dall'ipotesi speciale.

Simili conclusioni sono state successivamente ribadite anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 120/2019 in cui si è affermato che l'art. 131 *bis* c.p. non viola i principi di eguaglianza e di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. nella parte in cui, ai sensi del combinato disposto con l'art. 34 d.lgs. n. 274/2000, non risulta applicabile ai reati di competenza del giudice di pace, per i quali opera invece la sola causa spe-

¹⁰ Tale orientamento interpretativo è stato da ultimo ribadito con fermezza da Cass., Sez. Un., 28 marzo 2024, n. 30016 e Cass., Sez. Un., 17 aprile 2024, n. 16153.

¹¹ La forzata e opinabile soluzione patrocinata dalle Sezioni Unite di risolvere il problema facendo leva sull'art. 16 c.p. è sottoposta a penetrante e analitico vaglio critico da M. GAMBARDELLA, *Chi ha paura dell'art. 131-bis?*, cit., 12 ss.

ziale di improcedibilità dell'azione penale per la particolare tenuità del fatto contenuta nella legge di riferimento¹².

2.1. *Le perduranti critiche avverso tale conclusione*

Nonostante tale espressa statuizione del massimo organo nomofilattico nella sua più autorevole composizione, che, com'è noto, dopo la riforma del 2017 dell'art. 618, co. 1 *bis*, c.p.p. ha una efficacia rafforzata, potendo essere confutata solo da un nuovo e opposto intervento delle stesse Sezioni Unite¹³, e nonostante l'asseverazione indiretta della Corte costituzionale, i dubbi su questa preclusione non sono stati del tutto diradati a causa dei considerevoli effetti irragionevoli *in malam partem* che genera per il reo in tutti i casi in cui difetti il consenso della persona offesa all'applicazione della tenuità del fatto speciale *ex art.* 34 d.lgs. n. 274/2000, ma risultino sussistenti tutti gli indici-requisito dell'art. 131 *bis* c.p.

Aderendo a tale ricostruzione ermeneutica, già censurabile per il malgoverno fatto del criterio di specialità di cui agli artt. 15 e 16 c.p.¹⁴, si assiste al paradosso per cui i reati più gravi di competenza del giudice penale ordinario possono essere non puniti se considerati di particolare tenuità secondo gli indici-requisiti meno stringenti dell'art. 131 *bis* c.p., a prescindere dal consenso della persona offesa, mentre quelli in astratto decisamente meno gravi di competenza del giudice di pace (e, dunque, tendenzialmente ancor più facilmente degradabili in concreto sul piano dell'irrilevanza penale grazie a clausole di tenuità del fatto) continuano a essere punibili qualora la vittima si opponga alla richiesta di improcedibilità dell'azione penale. Inoltre, si innescerebbe un altro effetto riflesso poco ragionevole, andando a frustrare un simile sbarramento operativo della causa di non punibilità ordinaria di cui all'art. 131 *bis* c.p. le finalità di sussidiarietà secondaria e deflative che il legislatore

¹² In argomento, cfr. E. APRILE, *È legittima la inapplicabilità ai reati di competenza del giudice di pace della disciplina della particolare tenuità di cui all'art. 131-bis c.p. [Osservazioni a sentenza] C. cost., 16/5/2019, n. 120*, in *Cass. pen.*, 2019, 3599 ss.

¹³ Si rinvia sul punto a G. FIDELBO, *Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici: l'esperienza della Cassazione penale*, in *Quest. giust.*, 2018, 4, 137 ss.

¹⁴ Sul punto cfr. analiticamente M. GAMBARELLA, *Chi ha paura dell'art. 131-bis?*, cit., 6 ss.

re del 2015 espressamente perseguiva con la sua introduzione, impedendo la declaratoria di proscioglimento in fasi anche anticipate di giudizio di reati di gravità marginale, attribuiti alla competenza del giudice.

Inoltre, ad avvalorare le perplessità nei confronti dell'arresto delle Sezioni Unite contribuisce anche il fatto che nell'art. 34 d.lgs. n. 274/2000 non sia stata inserita una preclusione espressa circa l'applicabilità ai reati di competenza del giudice di pace della particolare tenuità del fatto codicistica, sulla falsariga di quanto invece fatto nello stesso *corpus* normativo nell'art. 60 rispetto alla sospensione condizionale della pena di cui all'art. 163 c.p.

Secondo il criterio ermeneutico dell'*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, in questo caso i due istituti sarebbero dunque compatibili, risultando anzi tra loro complementari; in particolare, l'art. 34 d.lgs. n. 274/2000 dovrebbe essere la prima alternativa di degradazione della rilevanza penale di un reato di competenza del giudice penale di pace nei casi particolare tenuità, mentre l'art. 131 *bis* c.p. potrebbe essere applicato in via sussidiaria, laddove non sia possibile fare leva sul primo per il dissenso manifestato dalla persona offesa, oppure per il mancato accertamento di uno dei requisiti più stringenti di operatività.

Vale a dire, che se in prima istanza il giudice di pace dovesse appurare che il fatto non è occasionale, oppure che non sussiste alcun pericolo per il futuro lavorativo e sociale-relazionale del reo, o ancora che sia stato espresso il veto dalla persona offesa, in seconda battuta potrà verificare se residuino o meno spazi per dichiarare ugualmente non punibile il fatto per particolare tenuità ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p., sussistendone tutti i rispettivi indici-requisito.

La prima opzione dovrebbe sempre essere l'art. 34 d.lgs. n. 274/2000 in quanto più favorevole a reo, dal momento che in caso di improcedibilità per tali ragioni la sentenza di proscioglimento non è iscritta nel casellario giudiziario, a differenza della sentenza che dichiara la non punibilità *ex art. 131 bis* c.p., e non è idonea a formare giudicato sull'illiceità penale della condotta, a differenza della declaratoria *ex art. 131 bis* c.p. secondo quanto previsto dall'art. 651 *bis* c.p.p.

3. Le nuove, fondate, incertezze 'post-Cartabia'. In particolare: i profili di irragionevolezza derivanti dal trasferimento della competenza per materia al giudice di pace delle lesioni personali lievi

Il problema dell'applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p. ai reati di competenza del giudice di pace potrebbe, però, realmente riemergere nei prossimi mesi a seguito di talune riforme che, pur non avendolo toccato direttamente, rischiano di riverberare sullo stesso conseguenze indirette non preventivate, enfatizzando ulteriormente la manifesta irragionevolezza di tale preclusione.

In particolare, nuovi argomenti a sostegno di questa opzione ad oggi esclusa dalle Sezioni Unite dopo la citata sentenza del 2017 potrebbero discendere da un altro dei tanti pezzi della riforma Cartabia del 2022 e, segnatamente, dall'ampliamento in essa previsto del novero dei reati procedibili a querela e, soprattutto, dall'inclusione tra gli stessi del delitto di lesioni personali dolose guaribili da 21 a 40 giorni oggi rifluito nell'art. 582, co. 1, c.p., norma però non espressamente richiamata dal rinvio testuale dell'art. 4 d.lgs. n. 274/2000 che, invece, si riferisce al solo art. 582, co. 2, c.p. che, fino al recente passato, contemplava le lesioni lievissimi procedibili a querela e oggi, paradossalmente, solo fatti procedibili d'ufficio¹⁵.

Da questo cambio del regime di procedibilità operato con la modifica dell'art. 582 c.p., con cui si è capovolto nell'ambito di uno dei più frequenti delitti contro la persona il rapporto regola/eccezione, facendo divenire la procedibilità a querela la regola e degradando la procedibilità d'ufficio a ipotesi residuale derogatoria, è discesa anche la modifica dell'autorità giudiziaria competente per materia.

Dopo un contrasto interpretativo formatosi sul punto, le Sezioni Unite con un'importante pronuncia della fine del 2023 sono, infatti, divenute alla conclusione che la modifica del regime di procedibilità del delitto di lesioni dolose lievi oggi regolate dall'art. 582, co. 1, c.p., nonostante il rinvio testuale non contestualmente aggiornato sembri

¹⁵ Su tale plesso della riforma Cartabia cfr. G.L. GATTA, *Riforma Cartabia e procedibilità a querela: due proposte per la soluzione di vecchi problemi, senza allarmismi e stravolgimenti*, in *Sist. pen.*, 18 gennaio 2023; A. NATALINI, *Ampliato il catalogo dei reati perseguibili a querela di parte*, in *Guida dir.*, 2022, n. 44, 63 ss.

condurre a conclusioni differenti, ha determinato la transizione della loro competenza da quella originaria del giudice ordinario a quella del giudice penale di pace¹⁶.

Questo rilevantissimo ampliamento delle competenze della magistratura onoraria fa apparire ancora più paradossale e incongruente l'esclusione dell'operatività, in chiave suppletiva-integrativa, dell'art. 131 *bis* c.p. in questo tipo di procedimenti penali.

E, invero, fino al recente passato ante-riforma Cartabia, per le lesioni personali dolose *ex art.* 582 c.p., vigendo la competenza del giudice penale ordinario, si poteva escludere la punibilità nei casi di particolare tenuità del fatto applicando la norma generale codicistica di cui all'art. 131 *bis* c.p., nonostante l'eventuale veto della persona offesa e a prescindere da qualsiasi valutazione prognostica sui possibili pregiudizi futuri che potrebbero scaturire per il reo dal proseguimento del processo penale.

Ora, invece, essendo stata attribuita la competenza per materia al giudice di pace, la punibilità nei casi di particolare tenuità non può più essere esclusa ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p., ma unicamente dell'art. 34 d.lgs. n. 274/2000, con evidenti e irragionevoli effetti *contra reum* in tutti i casi in cui ci sia il diniego della persona offesa, oppure ci sia un giudizio prognostico negativo sul futuro personale e lavorativo del reo.

Inoltre, oggi, l'orientamento patrocinato dalle Sezioni Unite 2017 sembra ulteriormente irragionevole perché manifestamente antagonista rispetto agli obiettivi politico-criminali perseguiti dalla *Cartabia* del 2022 con la modifica del regime di procedibilità a querela, *in primis* quello di ridurre il novero dei fatti punibili tramite la possibilità di rimettere la querela e di mitigare la risposta punitiva, rendendo applicabili le pene non detentive che può irrogare il giudice di pace in luogo di quelle edittali detentive. Precludere la possibilità di utilizzare anche la particolare tenuità del fatto ordinaria da parte del giudice di pace, quando non risulti possibile adottare la più favorevole soluzione *ex art.* 34 d.lgs. n. 274/2000, significa anche frustrare le finalità deflattive perseguite, strumentali alla riduzione dei tempi della giustizia penale, deter-

¹⁶ Sez. Un., 14 dicembre 2023, n. 12759, in *Sist. pen.*, 2 aprile 2024.

minando il proseguimento di un processo penale per reati bagatellari potenzialmente non punibili.

In ogni caso, i profili di manifesta irragionevolezza sono ancora più eclatanti quando ci si raffronta con l'ipotesi in cui il soggetto agente, con la stessa condotta, commetta anche uno o più reati connessi che sono, però, di competenza del giudice penale ordinario: rispetto a tali situazione, infatti, laddove ovviamente si accerti la sussistenza dei rispettivi indici-requisito, si potrà applicare la non punibilità per tenuità del fatto ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p., come ha ribadito di recente la Corte costituzionale nella sentenza n. 120/2019 con cui ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale relativa alla irragionevolezza della preclusione operativa della tenuità del fatto ordinaria ai reati di competenza del giudice penale di pace.

L'auspicio allora è che, nell'immediato futuro, il legislatore intervenga espressamente, riformulando l'art. 34 d.lgs. n. 274/2000 attraverso l'introduzione al suo interno di una clausola di sussidiarietà espressa rispetto all'art. 131 *bis* c.p., oppure che intervenga la Corte costituzionale dichiarando illegittima costituzionalmente tale ultima disposizione per violazione del principio di uguaglianza/ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. nella misura in cui non è applicabile ai reati rientranti nella competenza del giudice di pace, o ancora, in via subordinata, che le Sezioni Unite, nuovamente adite ai sensi dell'art. 618, co. 1 *bis*, c.p.p., mutino il precedente indirizzo interpretativo ed enuncino un principio di diritto opposto favorevole alla compatibilità.

4. L'espansione in via ermeneutica dell'ambito di operatività dell'art. 34 d.lgs. n. 274/2000

Se rispetto ai reati tradizionalmente attribuiti alla loro competenza i giudici di pace hanno visto ridotti i loro spazi discrezionalità per restringere l'area di incidenza del diritto penale, essendo privati (al momento) delle possibilità deflattivo-depenalizzanti offerte dall'art. 131 *bis* c.p., al contrario, hanno visto dilatarsi le potenzialità applicative della fattispecie di particolare tenuità a loro disposizione *ex art. 34*

d.lgs. n. 274/2000, ritendendola utilizzabile in maniera estensiva anche quando, *prima facie*, la struttura del reato sembrava non consentirlo.

In particolare, questa espansione ermeneutica della speciale tenuità del fatto del giudice di pace si è registrata soprattutto rispetto a una tipologia di reati senza vittima procedibili d'ufficio di frequente verifica come i reati in materia di *crimmigration*, rispetto ai quali, proprio per l'assenza di persone offese e del regime di procedibilità più rigoroso, non è possibile procedere alla conciliazione ai sensi dell'art. 29, d.lgs. n. 274/2000 e, anche qualora lo si facesse, non sarebbe possibile addivenire alla remissione della querela¹⁷.

Si è, invero, ritenuto applicabile l'art. 34 d.lgs. n. 274/00 anche al reato di ingresso e trattenimento irregolare dello straniero di cui all'art. 10 *bis* T.U.I. e a quello di inottemperanza all'ordine questorile di lasciare il territorio dello Stato di cui all'art. 14, co. 5 *ter*, T.U.I., nel tentativo di circoscrivere in concreto l'operatività di queste fattispecie incriminatrici alle sole ipotesi-limite più gravi di c.d. immigrato irregolare delinquente.

In linea teorica, infatti, soprattutto rispetto al reato di trattenimento irregolare dell'immigrato clandestino, sembrava doversi escludere l'applicabilità della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto *ex art. 34*, d.lgs. n. 274 del 2000, in primo luogo in ragione della natura giuridica permanente di questa fattispecie (il trattenimento è un reato di durata) che rendeva ontologicamente insussistente il requisito dell'occasionalità richiesto ai fini della tenuità, in secondo luogo, in forza del un bene giuridico tutelato, la gestione dei flussi migratori, l'ordine pubblico e la sicurezza collettiva, che per la loro importanza non solo rendono il reato procedibile d'ufficio, ma dovrebbero anche escludere l'astratta configurabilità di offese di particolare tenuità.

Di recente, però, la giurisprudenza di legittimità è approdata a conclusioni differenti.

Si è, infatti, riconosciuta la possibilità per il giudice di pace di dichiarare l'improcedibilità per particolare tenuità del fatto *ex art. 34* d.lgs. n. 274/2000 anche nel caso in cui il reato contestato sia il tratte-

¹⁷ Sul punto, per approfondimenti si rinvia alle acute considerazioni di P. CAROLI, *La competenza penale del giudice di pace in materia di immigrazione. Un costituzionalismo dal "basso"*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, 336 ss.

nimento irregolare *ex art. 10 bis* d.lgs. n. 286/1998 o la violazione dell'ordine questorile di allontanamento dal territorio nazionale imposto allo straniero illegale di cui all'art. 14, co. 5 *ter*, d.lgs. n. 286/1998, ritenendo irragionevole precludere tale eventualità in forza della sola particolare rilevanza dell'interesse tutelato dalla norma penale in parola, pretermettendo del tutto l'esame degli altri elementi che costituiscono il presupposto della particolare tenuità del fatto e della conseguente improcedibilità dell'azione¹⁸. Questa conclusione ha consentito di ridurre ulteriormente il raggio di azione delle fattispecie in materia di *crimmi-gration*, già sensibilmente ristretto grazie a una interpretazione estensiva della clausola di non punibilità contenuta nella fattispecie di cui all'art. 10 d.lgs. n. 286/1998 del “senza giustificato motivo”, applicata dalla giurisprudenza a situazioni disparate (rapporti sentimentali, esigenze lavorative ecc.), salvo la mera incapacità economica¹⁹.

Ad avviso di un importante e ancor più recente arresto della Suprema Corte del 2023, invece, il giudice di pace è tenuto anche in questo caso, così come in relazione a qualsiasi reato attribuito alla sua competenza dall'articolo 4 d.lgs. n. 274/2000, senza restrizioni di sorta, a vagliare se sussistano in concreto tutti gli elementi di particolare tenuità del fatto ai fini della decisione sulla non procedibilità ai sensi dell'art. 34 d.lgs. n. 274/2000. Non è dunque legittima l'affermazione del giudice di pace che fa discendere automaticamente dalla particolare rilevanza dell'interesse giuridico di natura diffusa o c.d. vaga tutelato dal reato previsto dall'art. 14, co. 5 *ter*, Testo unico dell'immigrazione, l'impossibilità di dichiarare l'improcedibilità dell'azione penale per particolare tenuità del fatto²⁰. Ciò implica che possono essere considerate non punibili le condotte in astratto penalmente rilevanti ai sensi della fattispecie in parola commesse dallo straniero che risulti incensurato, oppure che sia stato fermato per fatti banali come, ad esempio, una lite condominiale.

Come è stato opportunamente segnalato in dottrina, questa estensione applicativa dell'art. 34 d.lgs. n. 274/2000, ancorché solo in concreto

¹⁸ Cass., Sez. I, 16 gennaio 2020, n. 10275.

¹⁹ Sul punto cfr. P. CAROLI, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 340 ss.

²⁰ Cass., Sez. I, 15 dicembre 2023, n. 50118. In senso sostanzialmente conforme si veda anche Cass., Sez. I, 12 ottobre 2023, n. 41544.

e non in astratto come, invece, auspicabile, riesce a incidere in termini selettivi sull'ambito di operatività dei reati in materia di immigrazione, allineando così alla Costituzione la loro disciplina altrimenti sbilanciata a favore di interessi pubblici e a detrimento di quelli individuali contrapposti²¹.

5. La possibile incidenza della giustizia riparativa nel processo penale dinanzi al Giudice di pace

Una volta ricostruite le potenzialità applicative della particolare tenuità del fatto, sia speciale che comune, rispetto ai reati di competenza del giudice di pace, resta da chiarire se ne residuino anche per una delle principali novità della riforma Cartabia: la giustizia riparativa²².

Il d.lgs. n. 150/2022, sotto questo versante, ha previsto minimi adeguamenti della disciplina del giudice di pace, incidendo solo sull'art. 29 d.lgs. n. 274/2000 tramite il riferimento ai neoistituiti centri per la giustizia riparativa. Anche perché lo stesso art. 29 già prevedeva nella sua formulazione originaria la conciliazione (e, dunque, un prototipo di *RJ*) come scopo dei reati procedibili a querela e annoverava indirettamente il buon esito dei percorsi di mediazione penale eventualmente attivati

²¹ P. CAROLI, *La competenza penale del giudice di pace*, cit., 346.

²² In argomento, nella oramai amplissima bibliografia, si rinvia per tutti a G. MANNOZZI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, *passim*; ID., *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003, *passim*; E. MATTEVI, *Una giustizia più riparativa*, Napoli, 2017, *passim*; G.A. DE FRANCESCO, *Il silenzio e il dialogo. Dalla pena alla riparazione dell'illecito*, in www.lalegislazionepenale.eu, 1 giugno 2021, 15; V. BONINI, *Evoluzioni della giustizia riparativa nel sistema penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, 102 ss.; M. BOUCHARD, *Commento al Titolo IV del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150 sulla disciplina organica della giustizia riparativa*, in *Quest. giust.*, 7 febbraio 2023; L. EUSEBI, *Giustizia riparativa e riforma del sistema penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 79 ss.; R. BARTOLI, *Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell'ambito della giustizia punitiva*, *ivi*, 29 novembre 2022; F. PARISI, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. Parte I "disciplina organica" e aspetti di diritto sostanziale*, in *Sist. pen.*, 27 febbraio 2023.

quale ipotesi di remissione tacita della querela, come oggi previsto dal novellato art. 152 c.p.

Ciò significa che, in base a tale novella, il giudice di pace, per i reati di sua competenza perseguibili a querela, qualora sia utile per favorire la conciliazione tra le parti, rinvierà l'udienza per attivare percorsi di giustizia riparativa avvalendosi a tal fine dei neoistituiti Centri per la GR presenti sul territorio, anziché, come in passato, delle strutture pubbliche o private, svolgenti attività di mediazione.

Nessun intervento manipolativo, invece, è stato apportato alla disciplina della speciale ipotesi di tenuità del fatto di cui all'art. 34 d.lgs. n. 274/2000, come visto potenzialmente applicabile anche a reati senza vittima e procedibili d'ufficio come quelli in materia di immigrazione, in ordine ai quali la conciliazione *ex art. 29 d.lgs. n. 274/2000* non può essere attivata, non inserendo espressi riferimenti alla giustizia riparativa e all'eventuale incidenza dell'esito positivo sul giudizio di particolare tenuità.

Tale omissione potrebbe risultare problematica, dal momento che, diversamente, la disciplina dell'ipotesi ordinaria di tenuità del fatto di cui all'art. 131 *bis* c.p. (applicabile indistintamente a tutti i reati che ne presentino i presupposti, al di là del regime di procedibilità e, dunque, anche a quelli procedibili d'ufficio) è stata oggetto di una interpolazione che potrebbe aprire spazi valutativi alla giustizia riparativa ai fini della sua applicazione e, dunque, ai fini della non punibilità del reo, al di là dei casi espressamente descritti dal nuovo art. 152 c.p. per i reati procedibili a querela, rispetto ai quali l'esito positivo vale come ipotesi ulteriore di remissione tacita. Con la *Cartabia*, infatti, è stato incluso tra gli indici-requisito da considerare nell'art. 131 *bis* c.p. la 'condotta susseguente' del reo che potrebbe consistere anche nella partecipazione e conclusione con esito positivo di percorsi di *Restorative justice* per reati procedibili d'ufficio.

Nel giudizio ordinario è, dunque, oggi possibile che, all'esito di una procedura conciliativa, una riparazione di un reato senza vittima di tipo soprattutto simbolico (consistente cioè, ai sensi dell'art. 56, co. 2, d.lgs. n. 150/2022, in dichiarazioni o scuse formali, impegni comportamentali anche pubblici o rivolti alla comunità, accordi relativi alla frequentazione di persone o luoghi), porti a considerare irrilevante il fatto commesso, tenendo conto anche degli altri requisiti richiesti dalla leg-

ge, dal momento che (come si evince anche dalla relazione illustrativa al d.lgs. n. 150/2022) la condotta *post factum* (qualunque essa sia) non può valere da sola a colorare in termini tenui il reato.

La diastasi creatasi sul versante della condotta susseguente al reato tra le due ipotesi di particolare tenuità del fatto, quella speciale del giudice di pace e quella comune, fa sorgere, peraltro, nuovi e ulteriori dubbi circa la ragionevolezza della esclusione della operatività della seconda nel giudizio di pace, riducendo gli spazi di manovra al suo interno della giustizia riparativa al di fuori delle conciliazioni per i reati procedibili a querela di cui all'art. 29 d.lgs. n. 274/2000 e, quindi, alla possibile conclusione anticipata del procedimento penale in caso di esito simbolico positivo e tenuità complessiva del fatto.

Al contrario, invece, la *RJ* potrebbe essere utile ad avviare un dialogo costruttivo tra reo e comunità nei reati di competenza del giudice di pace posti a tutela di beni giuridici pubblico-collettivi di particolare rilevanza, procedibili d'ufficio e senza vittima e, in caso di conclusione con esito positivo, a integrare una condotta susseguente al reato idonea a dimostrarne la particolare tenuità ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p.

6. I possibili riflessi positivi sui reati in materia di immigrazione

In particolare, la giustizia riparativa potrebbe risultare decisiva in quest'ottica nei diffusissimi reati in materia di immigrazione clandestina di competenza del giudice penale di pace già indicati in precedenza, che ingolfano i carichi di lavoro della giustizia penale onoraria.

La partecipazione attiva *post patratum crimen* del reo-immigrato a un percorso conciliativo proteso alla sua integrazione sociale, se culminata in un esito positivo, potrebbe fornire un apporto determinante per dimostrare la tenuità del fatto commesso e per condurre al proscioglimento ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p.

Tuttavia, nel silenzio dell'art. 34 d.lgs. n. 274/2000, in presenza di simili situazioni, si porrebbero due alternative dinanzi al giudice di pace, o procedere all'applicazione analogica *in bonam partem* di questa speciale ipotesi di improcedibilità per tenuità del fatto considerandolo norma processuale, oppure sostenere l'applicabilità dell'art. 131 *bis*

c.p. nella speranza che una decisione del genere successivamente impugnata per contrasto con le S.U. 2017 sia nuovamente rimessa al massimo organo nomofilattico da altra Sezione semplice ai sensi dell'art. 618, co. 1 *bis*, c.p.p. per un *overruling*, oppure sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 131 *bis* c.p. per contrasto con il principio di uguaglianza/ragionevolezza sulla scorta di nuovi e ulteriori parametri rispetto a quelli già infruttuosamente considerati dalla Consulta nel 2019.

Non si può non rilevare, inoltre, che questa possibilità incontra un altro ostacolo ancora più a monte, essendo controverso se la giustizia riparativa possa o meno essere applicata ai reati senza vittima come quelli in materia di immigrazione di competenza del giudice di pace, oppure se il suo raggio d'azione sia limitato ai reati con una vittima in carne e ossa.

Sul punto, infatti, si è formato un contrasto ermeneutico²³.

Da un lato, secondo l'orientamento condiviso da alcuni giudici di merito ordinari nell'ambito di processi penali aventi ad oggetto il reato di spaccio di sostanze stupefacenti di cui all'art. 73, T.U. n. 309/1990, la *RJ* e i suoi percorsi stragiudiziali conciliativi non sarebbero attivabili, essendo ontologicamente impossibile immaginare la costruzione di un dialogo di alcun tipo tra reo e vittima, mancando materialmente quest'ultima in tali fattispecie, così come in quelle in materia di immigrazione di competenza del giudice di pace²⁴.

Dall'altro, secondo una parte della dottrina e della giurisprudenza di merito, non sussisterebbero ostacoli normativi e strutturali insormontabili all'impiego della giustizia riparativa anche nei processi penali aventi ad oggetto reati privi di persona fisica offesa²⁵.

Tale diverso orientamento poggerrebbe su diversi argomenti.

In primo luogo, su un dato testuale contenuto proprio nella disciplina generale della giustizia riparativa, vale a dire sul principio di "accessibilità" ai programmi di giustizia riparativa enunciato in termini assoluti e incondizionati dall'art. 44 d.lgs. n. 150/22 "senza preclusioni in

²³ Le diverse posizioni della dottrina e della giurisprudenza in argomento sono analiticamente ricostruite da G. RUGGIERO, *Giustizia riparativa: le prime applicazioni/contraddizioni in tema di "reati senza vittima"*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, 1077 ss.

²⁴ In tal senso cfr. App. Milano, Sez. V pen., 12 luglio 2023, Pres. Vitale.

²⁵ Trib. sorveglianza Lecce 12 dicembre 2023, Pres. Mastropasqua.

relazione alla fattispecie del reato o alla sua gravità”. L’assenza di sbaramenti espliciti posti dal diritto positivo e la inferibilità al contrario di opzioni interpretative estensive, grazie alla ampiezza e all’elasticità del disposto normativo, lascia intuire che la *RJ* possa essere attivata anche nei reati senza vittima e procedibili d’ufficio²⁶.

Ma, soprattutto, questo indirizzo esegetico sembra trovare un solido appiglio in un’altra disposizione generale sulla giustizia riparativa, l’art. 42 d.lgs. n. 150/2022 che non circoscrive il novero delle parti del dialogo conciliativo alle sole vittime dei reati, ma lo estende includendovi anche la comunità.

Ai sensi di questa norma, la giustizia riparativa si rivolge “alla vittima, alla persona indicata come autore dell’offesa e ad altri soggetti appartenenti alla comunità”, categoria quest’ultima che – come precisato dal successivo art. 45 d.lgs. n. 150/2022 – “può includere i familiari della vittima o dell’autore, persone di supporto dell’una o dell’altro, enti o associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato, rappresentanti di enti pubblici e autorità, oltre che chiunque vi abbia interesse”. Come ben precisa anche la Relazione illustrativa al decreto legislativo n. 150/2022, con la giustizia riparativa la comunità viene coinvolta “non solo quale destinataria delle politiche di riparazione, ma anche quale ‘attore sociale’ che assume un ruolo attivo nel percorso di ricomposizione”.

Ciò significa che, in via ipotetica, nei reati senza vittima e procedibili d’ufficio, potrebbero essere intrapresi percorsi di *RJ* facendo leva, piuttosto che sulla più nota mediazione diretta tra reo e vittima, sul meno noto e più ampio dialogo riparativo contemplato dall’art. 53, lett. *b*), d.lgs. n. 150/2022, in cui non c’è un riferimento al coinvolgimento della persona offesa dal reato e, dunque, implicitamente può concernere anche la comunità. In simili eventualità, come già segnalato in precedenza, il percorso conciliativo attivato dovrebbe concludersi con un esito simbolico ai sensi dell’art. 56, co. 2, d.lgs. n. 150/2022, vale a dire con dichiarazioni o scuse formali, impegni comportamentali anche pubblici o rivolti alla comunità, accordi relativi alla frequentazione di persone o

²⁶ Sul punto, più ampiamente, si rinvia a G. RUGGIERO, *Giustizia riparativa: le prime applicazioni/contraddizioni*, cit., 1079 ss.

luoghi, e, quindi, conegni in grado di dimostrare alla collettività o agli altri soggetti diversi dalla vittima che siano state parti del dialogo l'avvenuta interiorizzazione dei valori che la norma penale violata intendeva tutelare.

Come rilevato anche in dottrina, dal combinato disposto delle norme che regolano il nuovo modello complementare di giustizia penale parrebbe desumersi l'esistenza di due tipologie di giustizia riparativa: con vittima e senza vittima. La prima, c.d. di "interrelazione", consta in un incontro tra reo e vittima che potrebbe condurre a una riconciliazione con una assunzione di impegni; la seconda, senza vittima, si sostanzia in una volontaria partecipazione a un percorso che implica l'esercizio di un'attività socialmente utile e il coinvolgimento di enti interessati a quell'ambito disciplinare (ad esempio salute pubblica, ambiente, sicurezza collettiva ecc.)²⁷.

Nell'ambito dei reati in materia di immigrazione sarebbe, quindi, possibile e utilissimo avviare percorsi di giustizia riparativa incentrati sull'apertura di un dialogo-incontro tra il reo-immigrato e la comunità e le sue articolazioni preposte alla sua inclusione sociale, dal momento che, ben più di un processo penale e dell'inflizione di una pena bagatel-lare, questi potrebbero agevolare la composizione del conflitto innesca-to dal reato.

Perché, però, una simile alternativa risulti appetibile sia per il reo che per la collettività sarebbe importante che la sua eventuale conclusione positiva possa incidere ai fini del proscioglimento per particolare tenuità del fatto, diversamente da quanto oggi sembra invece desumibile, come si è visto, dal testo dell'art. 34 d.lgs. n. 274/2000 e dalla statui-ta inutilizzabilità dell'art. 131 *bis* c.p. da parte del giudice di pace.

Esiste, quindi, un motivo in più per rivalutare, *re melius perpensa*, l'applicabilità della causa di non punibilità comune per particolare tenuità del fatto anche nei giudizi dinanzi al giudice di pace.

²⁷ In tal senso cfr. G. RUGGIERO, *Giustizia riparativa: le prime applicazioni/contraddizioni*, cit., 1079; R. BARTOLI, *Introduzione al diritto penale tra violenza e costituzionalismo*, Torino, 2022, 95.

GIUSTIZIA CONSENSUALE: ESPERIENZE OLTRE CONFINE

*Kolis Summerer**

SOMMARIO: 1. Riflessioni preliminari. 2. Le scelte di fondo dei sistemi austriaco e tedesco. 3. Uno sguardo alla prassi. 4. Lineamenti essenziali della disciplina tedesca e austriaca: la tenuità del fatto. 5. (segue) La Diversion. 6. Conclusioni.

1. Riflessioni preliminari

La trattazione congiunta dell'esperienza austriaca e tedesca nel campo della giustizia riparativa trova ragione non soltanto nell'unità linguistica dei due sistemi giuridici, ma anche nella condivisione di un percorso che muove dalla precoce introduzione di meccanismi di tenuità e riparazione. Questi strumenti di deprocessualizzazione sono presenti già da tempo negli ordinamenti tedesco (1924 e 1974) e austriaco (1975 e 1988)¹. Ci troviamo, dunque, di fronte a due ordinamenti dotati di una lunga e straordinaria esperienza in questo settore.

* Professoressa Associata di Diritto penale nella Libera Università di Bolzano.

¹ In Germania l'istituto della rinuncia a procedere per tenuità del fatto (§ 153 StPO - *Absehen von der Verfolgung bei Geringfügigkeit*) risale alla *Lex Emminger* del 1924. La disposizione fu successivamente modificata, in particolare dall'*Einführungsgesetz zum StGB* del 1974 e dal *Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege (RpflEntlG)* del 1993. Nel 1974, a integrazione dell'archiviazione per tenuità del fatto e nel quadro di una riforma più generale orientata a potenziare gli strumenti di definizione alternativa del procedimento, fu introdotto anche l'istituto della rinuncia a procedere dietro adempimento di obblighi e prescrizioni (§ 153a StPO - *Absehen von der Verfolgung unter Auflagen und Weisungen*). Anche quest'ultima disposizione fu più volte modificata, in particolare dal *RPflEG (Rechtspflegeentlastungsgesetz)* del 1993.

In Austria l'archiviazione per tenuità del fatto (§ 191 öStPO - *Einstellung wegen Geringfügigkeit*) fu introdotta nella *Strafprozessordnung* (STPO) dalla riforma del processo penale del 2004, entrata in vigore nel 2008, che abrogò contestualmente il § 42

Un dato di partenza importante per le nostre riflessioni è che i sistemi tedesco e austriaco sono riusciti nell'intento di integrare i due modelli della tenuità del fatto e della riparazione – o *Diversion*, come la chiamano specialmente gli austriaci². Sotto questo profilo, guardare oltre confine si rivela utile proprio perché può aiutarci a sviluppare un quadro unitario. Nonostante alcuni punti di contatto, infatti, non è sempre chiara l'interazione tra tenuità, riparazione, mediazione.

Tra diversione e riparazione non vi è, in realtà, piena corrispondenza, indicando il concetto di *Diversion*, più in generale, l'“uscita” dal processo, una “alternativa” a esso. La *Diversion*, che presuppone implicitamente una valutazione di tenuità del fatto, abbraccia tutti i casi in cui sussiste l'interesse della collettività alla persecuzione del reato, ma questo può essere rimosso e soddisfatto in modo “diverso” (mediante l'imposizione di obblighi e prescrizioni) (§ 153a dStPO; §§ 198 ss. öStPO). Come dimostra l'esperienza tedesca, la rinuncia all'azione penale può avvenire a prescindere dalla riparazione e dalla mediazione, perseguendo logiche meramente deflattive o premiali³. Soltanto in Austria vi è una pressoché totale sovrapposizione tra ipotesi di definizione alternativa del processo penale e giustizia riparativa, nella misura in cui tutte le mi-

öStGB (*Mangelnde Strafwürdigkeit der Tat*) risalente alla grande riforma del codice penale del 1975. Anche la disciplina della diversione di cui ai §§ 198 e ss. öStPO (*Rücktritt von der Verfolgung – Diversion*) è il risultato del medesimo intervento legislativo, che riprese i principi generali e l'ampio catalogo di misure per la definizione alternativa del procedimento già introdotti dalla precedente riforma del processo penale (legge 55/1999). Alcuni strumenti di diversione (*außergerichtlicher Tatausgleich – ATA*) erano peraltro già previsti a partire dal 1988 nel *Jugendgerichtsgesetz* (§§ 6 ss. JGG).

² La dottrina austriaca distingue tra *schlichte Diversion*, com'è appunto quella per tenuità del fatto, e *intervenierende Diversion*, caratterizzata dall'imposizione di prescrizioni e obblighi. Per tutti, v. H.V. SCHROLL, in *Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung – WK-StPO*, Wien, 2024, § 191 e ss.

³ P. RIEB, *Entwicklung und Bedeutung der Einstellungen nach § 153a StPO*, in *ZRP*, 1983, 93 ss.; H. DAHS, § 153a StPO – ein Allheilmittel der Strafrechtspflege, in *NJW*, 1996, 1192 ss.; J. BRÜNING, *Die Einstellung nach § 153a StPO. Moderner Ablasshandel oder Rettungsanker der Justiz?*, in *ZIS*, 2015, 586 ss.; T. ALGASINGER, *Die Formalisierung der konsensualen Erledigung nach § 153a StPO*, Baden-Baden, 2023.

sure di *Diversion* implicano la riparazione del danno (*Wiedergutmachung*) e prevedono un maggior coinvolgimento della vittima⁴.

Un'altra considerazione preliminare riguarda il titolo dell'intervento che mi è stato affidato, ovvero il concetto di "giustizia consensuale"⁵. Proprio alla luce di quanto osservato poc'anzi, non sempre abbiamo a che fare con una giustizia "consensuale" nel senso proprio del termine. Nei sistemi di lingua tedesca il consenso delle persone coinvolte non è sempre indispensabile ed esistono numerose ipotesi di definizione anticipata o alternativa del procedimento che prescindono completamente dal consenso dell'autore del reato e della vittima. Di quale consenso si tratta allora? A chi esattamente si riferisce il consenso?

Occorre, evidentemente, guardare al requisito del "consenso" in una prospettiva più ampia, non individuale, e delineare un consenso sul piano sociale e comunitario. Questo tratto "sopraindividuale" è molto pronunciato nelle misure di diversione previste nell'ordinamento tedesco e, soprattutto, in quello austriaco. Qui emerge con forza l'esigenza di un coinvolgimento della comunità attraverso il potenziamento della collaborazione con i servizi sociali e con specifiche figure professionali; ma soprattutto prende corpo l'idea che la pena sia qualcosa di *diverso* da quello a cui siamo abituati, cioè il castigo e la retribuzione.

La giustizia consensuale non va dunque intesa come una giustizia condizionata al consenso di un individuo, ma come una giustizia che è

⁴ Sulla *Diversion* in Austria, v., per tutti, M. BURGSTALLER, *Perspektiven der Diversion in Österreich aus der Sicht der Strafrechtswissenschaft*, in *Perspektiven der Diversion in Österreich, Schriftenreihe des BMJ*, 1995, 123 ss.; M. LÖSCHNIG-GSPANDL, *Die Wiedergutmachung im österreichischen Strafrecht*, Wien, 1996; R. MIKLAU, H.V. SCHROLL (a cura di), *Diversion. Ein anderer Umgang mit Straftaten*, Wien, 1999; R. MOOS, *Neue Diversionsmaßnahmen im österreichischen Strafrecht*, in *Müller-Dietz-FS*, München, 2001, 535 ss.; M. HILF, P. ANZENBERGER, *Opferrechte – Die Stellung des Opfers im Strafverfahren*, in *ÖJZ*, 2008, 886 ss. In prospettiva comparata, G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, Milano, 2003, 211 ss.

⁵ S. SINNER, *Der Vertragsgedanke im Strafprozessrecht*, Frankfurt a.M., 1999; E. WEBLAU, *Das Konsensprinzip im Strafverfahren – Leitidee für eine Gesamtreform?*, Baden-Baden, 2002; M. PRELLE, *Opportunität und Konsens: Verfahrensförmige Normsuspendierung als Hilfe für die Überlast im Kriminaljustizsystem?*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 2011, 311 ss.; T. ALGASINGER, *Die Formalisierung der konsensualen Erledigung*, cit., *passim*.

il risultato di un consenso molto più profondo, che abbraccia anche la comunità e la società in cui si è manifestato il reato.

Infine, un ultimo dato interessante che si ricava dallo sguardo oltre confine è che l'evoluzione degli strumenti di tenuità e riparazione si accompagna inevitabilmente a una estensione del loro ambito di applicazione. Germania e Austria hanno, ormai da tempo, abbandonato il campo della c.d. microcriminalità e la giustizia riparativa non ha più nulla di "bagatellare". Si tratta di un esito forse prevedibile, ma comunque sorprendente, che non tutti accolgono favorevolmente. Dobbiamo avere consapevolezza del fatto che, una volta "deviato" il meccanismo della giustizia penale verso modelli alternativi, questi possono condurci a gestire in modo diverso anche reati di media gravità e persino reati che suscitano un elevato allarme sociale o una significativa disapprovazione sociale. Questa metamorfosi "involontaria" può certo essere criticabile, se ritenuta espressione del banale prevalere di ragioni di economia processuale e logiche premiali sulle esigenze di giustizia sostanziale; tuttavia, essa può anche costituire l'occasione per una rinnovata riflessione sul senso della pena e una radicale revisione delle modalità della sua esecuzione.

Giungiamo, così, a interrogarci sulla natura delle misure e delle prescrizioni applicate nei procedimenti di definizione alternativa. L'abuso della misura del pagamento di una somma di denaro, che nella prassi frustra gli interessi della vittima a causa del ricorso a procedure standardizzate, solleva delicate questioni sotto il profilo dell'inquadramento dogmatico e del possibile conflitto con i principi costituzionali. Se l'imposizione di prescrizioni e obblighi costituisce una misura di tipo sanzionatorio (seppur alternativa e diversa), com'è possibile applicarla in una fase in cui il fatto non è ancora stato accertato in via definitiva, né si è affrontato il tema della colpevolezza e della responsabilità del soggetto?

Significativamente in Austria, dov'è meno frequente il ricorso al pagamento di una somma di denaro e prevalgono misure individualizzate, che implicano un percorso di rieducazione dell'autore e un confronto con i bisogni della vittima, la questione della natura giuridica delle prescrizioni non è nemmeno argomento di trattazione nei principali manuali e commentari.

In Germania, di fatto, si registra un approccio più sanzionatorio in senso stretto, mentre in Austria le misure sono concepite come strumenti di risoluzione del conflitto tra autore vittima o come impegni assunti nei confronti della collettività; esse, dunque, non hanno nulla di penale, ma costituiscono attività dalla finalità spiccatamente rieducativa o pacificatoria (cioè conciliativa, riparatoria).

Divergenze tra Austria e Germania emergono anche nella prassi. Pur avendo norme molto simili, che prevedono l'imposizione di misure e prestazioni sostanzialmente analoghe, con procedure assolutamente sovrapponibili, i due sistemi hanno intrapreso strade diverse: l'Austria ha conservato nel tempo una fedele adesione ai principi della giustizia riparativa e alla primigenia idea della mediazione; la Germania, invece, ha favorito un ricorso standardizzato alle procedure di diversione (soprattutto alla misura del pagamento di una somma di denaro), soprattutto a scopo deflattivo, suscitando critiche in dottrina e perplessità nell'opinione pubblica. L'opacità delle procedure e la completa estromissione della vittima hanno condotto a uno svilimento dei principi e ideali della giustizia riparativa e della mediazione e a una sorta di "commercializzazione" della giustizia⁶.

2. Le scelte di fondo dei sistemi austriaco e tedesco

Prima di illustrare sinteticamente la disciplina della tenuità del fatto e della *Diversion* negli ordinamenti di lingua tedesca, occorre porre in evidenza due fondamentali caratteristiche che accomunano le soluzioni

⁶ Per un quadro dei principali rilievi critici nella dottrina tedesca, v. E.W. HANACK, *Das Legalitätsprinzip und die Strafrechtsreform*, in *Gallas FS*, Berlin-New York, 1973, 347 ss.; E. SCHMIDHÄUSER, *Freikaufverfahren mit Strafcharakter im Strafprozess?*, in *JZ*, 1973, 529; V. ERB, *Legalität*, cit., 41 ss.; H.J. HIRSCH, *Die Behandlung der Bagatelldelinquenz in der Bundesrepublik Deutschland*, in *ZStW*, 1980, 224. Nella dottrina austriaca, v., da diverse angolazioni, M. BURGSTALLER, *Wohin geht unser Strafprozess?*, in *JBl*, 2002, 273 ss.; P. PERNTHALER, C. RANACHER, *Der verfassungswidrige "Ablasshandel"*, in *JBl*, 2002, 280 ss.; H. SCHÜTZ, *Diversionsentscheidungen im Strafrecht*, 2003, passim; A. BIRKLBAUER, *Reform der Diversion? Vorgesehene und diskutierte Änderungen*, in *JSt*, 2004, 109 ss.; K. SCHWAIGHOFER, *Reformbedarf bei der Diversion*, in *JSt*, 2003, 130 ss.; C. BERTEL, *Verfassungswidrige Geldbußen*, in *JSt*, 2005, 109 ss.

in Germania e in Austria ed esprimono le loro scelte di fondo in tema di strumenti alternativi al procedimento penale⁷.

La prima caratteristica, già anticipata, consiste nella combinazione tra profili di tenuità e strumenti di diversione, in un quadro che assegna a quest'ultima un carattere residuale. I procedimenti che riguardano fatti che possono qualificarsi come “tenui” (*geringfügige Taten*) vanno immediatamente archiviati, nel modo più semplice e veloce; solo i procedimenti relativi a fatti che manifestano un certo livello di gravità, suscitano allarme o turbamento sociale oppure implicano un interesse pubblico alla gestione del conflitto, ricadono nell'ambito di applicazione della diversione.

Il secondo aspetto comune consiste nella adozione, in entrambi i sistemi, di una soluzione di tipo “processuale”. Sia la tenuità del fatto sia la diversione, infatti, sono strumenti previsti all'interno del codice di procedura penale (*Strafprozessordnung*) e non incidono sulla sostanza e sull'esistenza del reato, ma riguardano valutazioni più strettamente pratiche di opportunità rimesse al pubblico ministero o al giudice, da decidersi caso per caso. Diverse sono le conseguenze di tale inquadramento: l'applicazione degli istituti è facoltativa e non soggetta a impugnazione; i procedimenti disciplinati dai §§ 153 e 153a dStPO e dai §§ 191 ss. öStPO non producono effetti sostanziali (come la non punibilità del fatto o l'estinzione del reato); la decisione, non integrando una pronuncia giurisdizionale preceduta da un pieno accertamento, non viene iscritta nel registro.

Soprattutto nella dottrina tedesca si è sviluppato un ampio dibattito intorno alle implicazioni del c.d. principio di opportunità (*Opportunitätsprinzip*) e alla necessità di individuare criteri che orientino, caso per caso, la decisione dell'autorità giudiziaria⁸. Il modello processuale ri-

⁷ Per un approfondimento, v. K. JARVERS, *Uno sguardo critico attraverso la lente dei §§153, 153a StPO*, in AA.VV., *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, a cura di S. QUATTROCOLO, Torino, 2015, 172 ss.; K. SUMMERER, “Diversion” e giustizia riparativa. *Definizioni alternative del procedimento penale in Austria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 143 ss.

⁸ Riguardo alle diverse implicazioni delle soluzioni di diritto materiale e processuale nella dottrina di lingua tedesca, v. W. HASSEMER, *Legalität und Opportunität im Strafverfahren*, in *FS zum 125jährigen Bestehen der Staatsanwaltschaft Schleswig-*

conosce una notevole discrezionalità all'autorità giudiziaria, specialmente al pubblico ministero, dato che la definizione anticipata del procedimento avviene di regola già in fase di indagini preliminari (per mezzo dell'archiviazione). Il pubblico ministero possiede un ampio margine di manovra nell'applicazione delle misure, decidendo caso per caso e seguendo procedure poco formalizzate e assai snelle (non sempre è previsto il coinvolgimento di tutte le parti, si prescinde da forme di iscrizione, non si producono necessariamente effetti preclusivi per future azioni e né altri effetti sostanziali). In alcuni casi, addirittura, si tratta di decisioni e provvedimenti che non sono sottoposti ad alcun tipo di controllo giurisdizionale e non sono neppure impugnabili, garantendo la massima flessibilità e autonomia del pubblico ministero.

Il dibattito relativo all'opzione tra un modello più processualistico e uno più sostanzialistico è molto interessante da un punto di vista teorico⁹. Non potendo approfondire l'argomento in questa sede, ci limitiamo a segnalare che nella dottrina più recente si registra una maggiore apertura verso un approccio processualistico più confacente ai sistemi contemporanei, orientati alla prevenzione generale e speciale, in cui la validità incondizionata dell'equazione reato-pena è da tempo messa in dubbio e la pretesa punitiva dello Stato appare ormai irrealizzabile in concreto. Proprio l'abbandono di questo dogma ha consentito di pensa-

Holstein, Köln-Berlin-München, 1992, 529; V. ERB, *Legalität und Opportunität. Gegensätzliche Prinzipien der Anwendung von Strafrechtsnormen im Spiegel rechts-theoretischer, rechtsstaatlicher und rechtspolitischer Überlegungen*, Berlin, 1999, *passim*; T. WEIGEND, *Das "Opportunitätsprinzip" zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Systemeffizienz*, in *ZStW*, 1997, 103 ss.; M. DEITERS, *Legalitätsprinzip und Normgeltung*, Tübingen, 2006; R. MOOS, *Das strafprozessuale Legalitätsprinzip in Österreich im Umbruch*, in *Miyazawa FS*, 1995, 653 ss.; E. STEININGER, *Zur aktuellen Diskussion um das strafprozessuale Legalitätsprinzip und § 42 StGB*, in *JBl*, 1989, 432 ss. Da noi, per tutti, C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor: ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, 409 ss.; L. LUPARIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, in *Giur. it.*, 2002, 1751 ss.; S. QUATTROCOLO, *Esiguità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione penale*, Napoli, 2004.

⁹ Si veda, oltre alla letteratura già citata nella nota precedente, anche J. BOHNERT, *Die Abschlussentscheidung des Staatsanwalts*, Berlin, 1992; M. PRELLE, *Opportunität und Konsens*, cit., 311 ss.; K.-C. HEIN, *Die Einstellung des Strafverfahrens aus Opportunitätsgründen*, in *JuS*, 2013, 899 ss.

re a soluzioni alternative. Secondo alcuni, la flessibilità in fase processuale sarebbe addirittura espressione di principi costituzionali (in particolare, quelli di proporzionalità della pena e di *extrema ratio*), la cui implementazione potrebbe favorire una nuova concezione non soltanto del sistema processuale, ma della giustizia penale nel suo complesso¹⁰.

In ogni caso, è bene ribadire che la discrezionalità assegnata all'autorità giudiziaria (pubblico ministero o giudice) si inserisce sempre all'interno di una cornice regolamentata e presuppone comunque l'applicazione delle norme secondo precisi criteri di valutazione (come, ad esempio, l'esiguità della colpevolezza e l'interesse pubblico al perseguimento del reato). Non si tratta, dunque, di una discrezionalità arbitraria, ma di decisioni vincolate alla presenza di precise condizioni e al rispetto di determinati criteri.

3. Uno sguardo alla prassi

Per comprendere il ruolo degli strumenti di definizione alternativa del procedimento penale in Austria e in Germania è utile partire da alcuni dati statistici, che riflettono molto chiaramente l'accennata divaricazione tra i due sistemi.

Nel 2022 in Germania, sul totale delle archiviazioni disposte dalle procure (*Staatsanwaltschaften*), il 32,9% è avvenuto per tenuità del fatto: ciò significa che circa un terzo delle archiviazioni ha avuto luogo in una fase molto precoce, con una procedura rapida e priva di particolari formalità. L'11,3% dei procedimenti sono stati archiviati con l'imposizione di obblighi e prescrizioni (la c.d. *Diversion*) e, di questi, ben l'85,3% si è concluso con l'applicazione del pagamento di una somma di denaro¹¹.

¹⁰ Per tutti, v. C. ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *JUS*, 1966, 377 ss.; J. BAUMANN, *Minima non curat praetor*, in *Peters FS*, Tübingen, 1974, 4 ss.; H. ZIPF, *Die mangelnde Strafwürdigkeit der Tat*, Salzburg, 1975; W. HASSEMER, *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, in *ZRP*, 1992, 378; T. WEIGEND, *Das "Opportunitätsprinzip"*, cit., 105.

¹¹ Fonte: *Statistisches Bundesamt*, www.destatis.de.

Dalla prassi emerge chiaramente l'ampio ricorso – per usare un eufemismo – alla misura del pagamento di una somma di denaro. Se consideriamo che nel sistema tedesco tale misura non è sottoposta ad alcun limite massimo, essa di fatto può risultare piuttosto afflittiva e assumere una natura sostanzialmente “penale”. Negli ultimi decenni hanno suscitato un forte clamore, anche mediatico, alcuni casi in cui il procedimento era stato concluso dietro pagamento di somme di denaro anche molto consistenti (milioni di euro). A fronte di vicende politicamente sensibili (si pensi al caso riguardante l'ex cancelliere Helmut Kohl o a quello relativo all'operazione Mannesmann-Vodafone) o che hanno coinvolto personaggi famosi (come Bernie Ecclestone, manager della Formula Uno) ha preso piede nell'opinione pubblica l'accusa di commercializzazione della giustizia, aggravata peraltro dalla assenza di procedure formali e di informazioni trasparenti riguardo ai contenuti dell'“accordo” tra l'autorità giudiziaria e gli indagati¹².

Tornando alle statistiche, premessa la netta prevalenza (85%) della imposizione del pagamento di una somma di denaro, cioè di una misura di tipo economico, solo il 5% delle archiviazioni consegue a un percorso di mediazione (c.d. *Täter-Opfer-Ausgleich*). Rivestono, infine, un ruolo del tutto marginale la riparazione o *Wiedergutmachung* (3%) e l'imposizione di altre prescrizioni di natura rieducativa e risarcitoria (1'1,7%).

Completamente diverso appare il panorama austriaco. Nel 2021, sempre sul totale delle archiviazioni disposte in fase di indagini preliminari, solo il 7% dei procedimenti viene archiviato per tenuità del fatto (contro il 32% in Germania), mentre il 23,6% dei procedimenti si chiude con una misura di diversione. Risulta, pertanto, rovesciato il rapporto tra tenuità e diversione. Tra le misure di carattere “diversivo”

¹² Critici in dottrina, H. DAHS, § 153a StPO – ein “Allheilmittel”, cit., 1192; M. DEITERS, *Plädoyer für die Abschaffung des § 153a StPO und die Einführung eines neuen abgekürzten Verfahrens*, in GA, 2015, 371; E. SCHMIDHÄUSER, *Freikaufverfahren*, cit., 535; F. SALIGER, *Grenzen der Opportunität: § 153a StPO und der Fall Kohl*, in GA, 2005, 155 ss.; H. KUDLICH, *Ecclestone, Verständigungsgesetz und die Folgen – Reformbedarf für § 153 a StPO?*, in ZRP, 2015, 10 ss.; C. TRENTMANN, § 153a StPO und das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung - Zum Vorwurf der Irrationalität und Paradoxie von Verfahrenseinstellungen gegen Geldauflage anlässlich des Falls Edathy, in ZStW, 2016, 446 ss.

(23,6%) imposte all'indagato, solo l'11,6% consiste nel pagamento di una somma di denaro (un dato decisamente lontano dall'85% rilevato in Germania), il 7% nella mediazione tra autore e vittima e circa il 20% nella messa alla prova¹³.

In Austria il limitato ricorso alla *Geldauflage*, cioè al pagamento di una somma di denaro, appare senz'altro ragionevole; l'andamento della mediazione, invece, non può dirsi soddisfacente e conferma il calo tendenziale registrato negli ultimi anni; segna, infine, un deciso aumento il ricorso alla misura della messa alla prova, anche in virtù della possibilità di combinare tale misura con prescrizioni di tipo riparativo o altre prestazioni di vario genere.

Merita di essere evidenziato un ultimo dato relativo all'Austria, che riguarda il rapporto tra le misure di diversione applicate e il tasso complessivo di condanne. È questo un fattore assai significativo, nella misura in cui consente di comprendere quanto lo strumento della diversione, cioè la rinuncia al procedimento penale associata a prescrizioni, obblighi o prestazioni di vario genere, possa evitare una condanna. La proporzione è attualmente di uno a due, ovvero il 22,7% dei procedimenti si è concluso con la *Diversion* a fronte del 12% di condanne. In altri termini: in Austria pochissimi procedimenti si concludono con una condanna e molti vengono archiviati già in fase di indagini preliminari con l'applicazione di misure di diversione. Questo andamento esprime un chiaro approccio alla giustizia penale, in cui prevale l'idea che la condanna costituisce un'*ultima ed extrema ratio*, riservata ai casi più gravi che non possono essere riparati o a quelli più complessi che necessitano di un accertamento approfondito e di un articolato dibattito.

4. Lineamenti essenziali della disciplina tedesca e austriaca: la tenuità del fatto

Muovendo innanzitutto dalla definizione dell'ambito di applicazione, ricordiamo che in Austria la tenuità del fatto si applica ai reati puniti

¹³ Per le statistiche ufficiali in Austria si rinvia al *Sicherheitsbericht – Bericht über die Tätigkeit der Strafrechtspflege*, pubblicato annualmente dal Ministero austriaco della giustizia (BMJ) (www.justiz.gv.at).

con pena inferiore a 3 anni, mentre in Germania il confine è segnato (non solo per la tenuità ma, come vedremo, anche per la diversione) dai c.d. *Vergehen*, ovvero fatti puniti con pena minima non superiore a un anno o con pena pecuniaria, ma privi di un limite edittale superiore¹⁴. Nell'ordinamento tedesco, pertanto, a fronte di una soglia inferiore molto bassa, il limite superiore può salire *ad libitum*, portando nel campo di applicazione della tenuità e della diversione anche fatti di una certa gravità.

Entrambi i sistemi prevedono il requisito della commissione di un fatto non grave o, con formulazione più precisa, che non crei un turbamento eccessivo nella collettività (il legislatore austriaco utilizza esplicitamente il termine “*Störwert der Tat*”). Tale turbamento, anche se significativo, deve trovare una sorta di compensazione nella scarsa colpevolezza e nella condotta dell'autore successiva al fatto. Si incontrano qui la tenuità e la riparazione: il turbamento complessivo generato dal fatto può venire meno quando il soggetto dimostri con il suo comportamento, con le sue attitudini, col suo impegno e la sua responsabilità di voler assumere delle obbligazioni dei confronti della vittima o della collettività.

Come già anticipato, la procedura austriaca e tedesca non prevede particolari adempimenti “formali”. L'iniziativa spetta sostanzialmente al pubblico ministero e, soprattutto in Germania, sono ridotti al minimo gli atti formali (la disciplina tedesca non prevede alcun obbligo di informare o ascoltare la vittima, né è richiesto il consenso dell'autore del fatto, poiché si presume che la misura operi anche a suo vantaggio).

Le criticità rilevate dalla dottrina riguardano sostanzialmente la scarsa formalizzazione delle procedure e l'assenza di obblighi di comunicazione e di coinvolgimento della vittima¹⁵. Va considerato, tuttavia, che

¹⁴ Ai sensi del § 12 dStGB, costituiscono “crimini” (*Verbrechen*) i fatti antigiuridici sanzionati con la pena detentiva non inferiore nel minimo a un anno; costituiscono, invece, “delitti” (*Vergehen*) i fatti antigiuridici sanzionati con una pena detentiva inferiore nel minimo a un anno o con la pena pecuniaria.

¹⁵ W. BEULKE, § 153 e § 153a, in *Löwe-Rosenberg StPO Kommentar*, XXVI ed., Berlin, 2008; M. HORSTMANN, *Zur Präzisierung und Kontrolle von Opportunitätseinstellungen*, Berlin, 2002; J. HENNIG, A. SCHLÜTER, *Die richtige Einstellungsnorm bei Bagatellvorwürfen*, in *JuS*, 2022, 929 ss.

a fronte alla scarsa gravità del fatto e della scarsa colpevolezza del soggetto la tenuità del fatto appare oggetto di una decisione “schietta” del pubblico ministero che, in assenza di un interesse pubblico per l’azione penale, si presume anche a vantaggio del soggetto e non necessita pertanto di mezzi di impugnazione né di un controllo giurisdizionale, ma neppure genera effetti preclusivi.

5. (segue) *La Diversion*

Le norme relative alla *Diversion* si fanno decisamente più articolate, soprattutto nel sistema austriaco che prevede una intera sezione all’interno del codice di procedura penale e fornisce una dettagliata descrizione delle procedure e delle singole misure utilizzabili per la risoluzione alternativa del procedimento penale.

Le fattispecie, in entrambi gli ordinamenti, rappresentano uno strumento di deflazione del carico giudiziario mediante la valorizzazione di un percorso alternativo al processo che, se svolto con esito positivo, comporta l’insorgere di una causa di improcedibilità.

Rispetto alle ipotesi di tenuità vi è un *quid pluris* dato dall’imposizione di obblighi e prescrizioni. Al posto della sanzione penale si applica, sotto forma di obblighi e prescrizioni, una “sanzione” autonoma di natura non penale, la quale deve essere idonea a rimuovere l’interesse pubblico al perseguimento del fatto e a compensare la colpevolezza (non necessariamente lieve) dell’autore, rendendo superflua – da un punto di vista di prevenzione generale e speciale – l’irrogazione di una pena vera e propria¹⁶.

Sia in Germania¹⁷ che in Austria¹⁸ il procedimento si struttura in due fasi, secondo una sequenza logica che ritroviamo anche nella disciplina

¹⁶ K. PETERS, § 153a, in *MüKo StPO*, München, 2024; W. BEULKE, §§ 153a, in *Löwe-Rosenberg StPO Kommentar*, XXVI ed., Berlin, 2008; A. BIRKLBAUER, T. SCHMID, §§ 198 ff., in *Linzer Kommentar zur StPO*, Wien, 2020; H.V. SCHROLL, §§ 198 ff., in *Wiener Kommentar zur StPO*, 2024.

¹⁷ Ai sensi del § 153a, primo comma, del codice di procedura penale tedesco (StPO), quando si procede per un fatto punibile nel minimo con una pena detentiva inferiore a un anno o con la sola pecuniaria «il PM, con il consenso del giudice competente per il

giudizio e dell'indagato, può provvisoriamente rinunciare all'esercizio dell'azione penale e prescrivere all'indagato obblighi o prescrizioni, se questi sono idonei a rimuovere l'interesse pubblico al perseguimento del reato e non vi si opponga la gravità della colpevolezza». La disposizione indica in particolare le seguenti prescrizioni: (1) svolgere una determinata prestazione atta a riparare il danno cagionato dal fatto; (2) pagare una somma di denaro a favore di enti di pubblica utilità o dell'erario; (3) svolgere una prestazione di pubblica utilità; (4) adempiere all'obbligo di mantenimento; (5) impegnarsi seriamente per raggiungere una mediazione con la vittima e per riparare o tentare di riparare per intero o in buona parte il danno cagionato; (6) partecipare a un corso di formazione; (7) partecipare a un corso di recupero ai sensi del § 2b, II, periodo 2, oppure a un corso di guida ai sensi del § 4 della legge sulla circolazione stradale. Il comma 1 del § 153a dStPO prevede, inoltre, che per l'adempimento delle prescrizioni il PM stabilisca un termine, fino a un massimo di sei mesi nei casi di cui al periodo 2, nn. 1-3, 5 e 7 e fino a un massimo di un anno nei casi di cui al periodo 2, nn. 4 e 6. Il PM può revocare le prescrizioni e prorogarle una sola volta la durata fino a tre mesi. Con il consenso dell'indagato il PM può successivamente imporre nuove prescrizioni o modificare le prescrizioni già imposte. Se l'indagato adempie le prescrizioni, il fatto non può più essere perseguito come delitto. Qualora l'indagato non adempia le prescrizioni, le prestazioni già svolte non sono risarcibili.

Ai sensi del secondo comma del medesimo paragrafo, «qualora l'azione penale sia già stata esercitata, il giudice, con il consenso del PM e dell'imputato, entro la conclusione del dibattimento può provvisoriamente archiviare il procedimento e prescrivere all'imputato gli obblighi e le prestazioni indicate nel comma 1, periodo 1 e 2. Si applica il comma 1, periodi 3-6 e 8. Il giudice decide con ordinanza. L'ordinanza non è impugnabile».

Infine, il comma 3 stabilisce che «durante il periodo previsto per l'adempimento delle prescrizioni il corso della prescrizione è sospeso».

¹⁸ Ai sensi del § 198, co. 1, del codice di procedura penale austriaco (StPO), il PM deve rinunciare all'esercizio dell'azione penale «quando sulla base di fatti sufficientemente accertati è esclusa l'archiviazione ai sensi dei §§ 190-192, ma, in considerazione (1) del pagamento di una somma di denaro (§ 200) oppure (2) dello svolgimento di prestazioni di pubblica utilità (§ 201) oppure (3) della concessione della sospensione con messa alla prova, unitamente all'affidamento ai servizi sociali e all'adempimento di prescrizioni (§ 202) oppure (4) della compensazione del fatto, la pena non appare necessaria al fine di trattenere l'indagato dalla commissione di reati o di prevenire la commissione di reati da parte di terzi». Il secondo comma del § 198 öStPO prevede che il ricorso alle misure diversive è consentito soltanto quando «1. il fatto non è punito con una pena superiore a 5 anni; 2. la colpevolezza dell'accusato non sarebbe da considerarsi grave (§ 32 StGB) e il fatto non abbia cagionato la morte di una persona, salvo che si tratti di omicidio colposo di un familiare dell'accusato e la pena non appaia necessaria

italiana della messa alla prova: alla provvisoria rinuncia all'azione penale segue, dopo l'adempimento delle prescrizioni imposte all'indagato/imputato, la definitiva archiviazione. Si tratta di una sorta di "archiviazione condizionata" all'adempimento delle prestazioni.

Tale meccanismo bifasico è presente sia in Austria che in Germania ed è connaturato al fatto che la *Diversion* implica l'adempimento di prestazioni e lo svolgimento di attività rieducative e riparatrici, che impongono la sospensione del procedimento per il tempo necessario alla realizzazione del percorso.

In entrambi gli ordinamenti, come già ricordato, è prevista un primo requisito di natura *formale* legato alla cornice edittale: la *Diversion* si applica in Austria ai reati puniti con pena fino a 5 anni¹⁹ e in Germania ai *Vergehen* (puniti con pena minima inferiore a un anno o con pena pecuniaria, senza previsione di un limite massimo di pena). Il legislatore austriaco ha previsto, in aggiunta, una preclusione specifica: il fatto non deve aver provocato la morte della vittima. Con una recente riforma del 2016 è stata inserita l'ulteriore clausola che ammette la diversione quando la morte della vittima riguardi un prossimo congiunto e la morte sia stata causata per colpa, dando corpo all'idea di una sorta di *pena naturalis*.

Il primo requisito *sostanziale* previsto in entrambi gli ordinamenti per accedere alla *Diversion* è l'esistenza di un sufficiente sospetto di reato. A differenza della declaratoria di tenuità del fatto, che interviene di regola già nelle primissime fasi del procedimento senza necessità di particolari approfondimenti o accertamenti, le misure di diversione richiedono un fatto accertato nei suoi tratti essenziali e dunque suscettibile di rinvio al giudizio. È evidente, del resto, che per poter rinunciare al

in considerazione della sofferenza psichica dell'accusato determinata dalla morte del familiare».

Il terzo comma del § 198 esclude dall'ambito di applicazione della diversione il reato di abuso di ufficio (*Missbrauch der Amtsgewalt*) e i reati sessuali puniti con una pena superiore a tre anni.

Il § 199 öStPO stabilisce che «dopo l'esercizio dell'azione penale per un reato procedibile d'ufficio le disposizioni di cui ai §§ 198, 200-209 sono applicate dal giudice competente e il procedimento deve essere archiviato in presenza dei medesimi presupposti entro la conclusione del dibattimento».

¹⁹ 3 anni per i reati sessuali.

procedimento penale e imporre prescrizioni o misure utili all'autore, è necessario prima ricostruire il fatto commesso.

Non deve sussistere, poi, un interesse pubblico all'esercizio dell'azione penale o alla prosecuzione del procedimento; più precisamente, l'interesse pubblico deve poter essere rimosso e soddisfatto proprio attraverso l'imposizione di prestazioni e attività all'autore del fatto. Significativamente la legge austriaca menziona l'assenza di particolari "ragioni di prevenzione generale e speciale" che si oppongano alla rinuncia all'esercizio dell'azione penale o alla prosecuzione del procedimento. Invero, come dimostra l'ampio ricorso alla riparazione e alla mediazione in Austria, la diversione ha in sé uno spiccato valore special-preventivo, nella misura in cui si fonda sulla elaborazione condivisa di un percorso individualizzato di rieducazione e risocializzazione. La diversione opera, altresì, sul piano della prevenzione generale, considerato che le misure, se applicate con successo, possono avere un effetto positivo anche sulla collettività, perché rendono la comunità partecipe di un percorso di rieducazione e, al tempo stesso, trasmettono il valore di un sistema penale meno repressivo, ma più attento alle esigenze delle persone coinvolte.

Tra i requisiti negativi compare l'assenza di una grave colpevolezza. La previsione di una colpevolezza "non grave", che è qualcosa di più di una colpevolezza "lieve", estende notevolmente lo spazio applicativo delle misure di diversione.

Infine, si richiede in entrambi gli ordinamenti il consenso dell'autore. Il consenso è un requisito essenziale, indispensabile soprattutto in considerazione della natura non obbligatoria delle misure. Non è pensabile, infatti, un adempimento coattivo delle misure, che prescindano cioè dalla collaborazione del soggetto al quale sono imposte. Il requisito del consenso svela, così, la vera natura delle misure di diversione, che non costituiscono "sanzioni" – non è possibile, infatti, acconsentire alle sanzioni penali – ma strumenti, scelti spontaneamente e volontariamente dal soggetto, per riparare il danno, per trovare una mediazione o conciliazione con la vittima, o semplicemente per rendere una prestazione che esprima un'assunzione di responsabilità per il fatto commesso e la volontà di intraprendere un percorso di rieducazione.

Anche sul piano delle misure concretamente applicabili nel contesto della diversione si riscontrano forti analogie tra i due sistemi di lingua tedesca: si va dal pagamento di una somma di denaro alla riparazione del danno, dalla prestazione di pubblica utilità alla messa alla prova, dalla mediazione a percorsi di tipo riabilitativo.

Il legislatore tedesco ha previsto, nell'ambito delle prestazioni di tipo economico, il pagamento di un assegno di mantenimento e misure di carattere alimentare, utili nei procedimenti che riguardano conflitti sorti all'interno di relazioni di tipo familiare. Le prestazioni di pubblica utilità, di regola, vengono espletate all'interno di istituti e ospedali, ospizi, luoghi di cura o assistenza oppure in spazi pubblici. È altresì prevista la partecipazione a percorsi di rieducazione, terapie di tipo riabilitativo, seminari e corsi di formazione (per esempio, in materia di circolazione stradale). In Germania, a completamento dell'elenco delle misure, si rinviene una clausola finale che autorizza l'autorità giudiziaria ad applicare ogni altra prestazione ritenuta utile.

Pur a fronte di una disciplina simile nei due Paesi, la diversa configurazione tecnica delle singole fattispecie ha condotto a prassi differenti, che hanno suscitato a loro volta reazioni divergenti in dottrina e nell'opinione pubblica.

Le principali differenze riscontrabili tra il sistema austriaco e quello tedesco riguardano, per un verso, il campo di applicazione della *Diversion* e, per l'altro, il grado di formalizzazione delle procedure. Mentre la disciplina tedesca si estende fino a comprendere reati di media gravità (i *Vergehen*, come già ricordato, non prevedono un limite massimo di pena), conferendo all'autorità giudiziaria un'ampia libertà d'azione, in Austria la *Diversion* opera entro un tetto massimo di pena (5 anni) ed è dettagliatamente regolamentata. Il legislatore austriaco ha configurato l'istituto definendo con maggiore determinatezza l'ambito e i presupposti di applicazione delle norme e prevedendo stringenti obblighi di informazione e motivazione in capo all'autorità giudiziaria, nonché una serie di momenti di interazione e collaborazione con specifiche figure professionali e con i servizi sociali. In Austria, del resto, vi è una più audace adesione al modello della *restorative justice* e una maggiore attenzione per la vittima.

Le misure applicate in Austria prevedono anche un maggiore coinvolgimento della comunità. I dati statistici citati in precedenza confermano l'ampio utilizzo della messa alla prova e della mediazione, che vedono servizi sociali e mediatori chiamati ad agevolare il percorso di risocializzazione e riparazione.

In Germania, invece, l'approccio appare più pragmatico e volto a una rapida conclusione dei procedimenti, spesso tramite il pagamento di somme di denaro o altre forme di risarcimento. La riparazione (*Wiedergutmachung*), pur rappresentando nel disegno del legislatore tedesco del 1974 lo strumento privilegiato per la compensazione dell'interesse pubblico e il ristabilimento della pace sociale, risulta a tutt'oggi scarsamente applicata in Germania. La misura più utilizzata dalla prassi rimane il pagamento di una somma di denaro a favore di enti di pubblica utilità o dell'erario (*Geldauflage*). Si tratta di una sanzione di natura sostanzialmente "penale", non soggetta ad alcun limite massimo e dotata di innegabile afflittività. Abbiamo già segnalato che questa tendenza ha suscitato critiche, soprattutto con riferimento al rischio di commercializzazione della giustizia e alla scarsa trasparenza delle procedure. Per la dottrina, l'indeterminatezza dei presupposti e l'applicazione di misure in senso lato "sanzionatorie" genera un conflitto con i principi fondamentali di determinatezza, uguaglianza, presunzione di innocenza e divisione dei poteri. Inoltre, le eventuali pressioni psicologiche sull'indagato/imputato rischiano di minare la effettiva volontarietà del suo consenso²⁰.

L'approccio più "comunitario" dell'Austria muove dalla convinzione che le misure di mediazione e di riparazione non solo mirano a rimediare al danno causato, ma cercano anche di riconciliare le parti e ripristinare l'armonia sociale, con effetti positivi a lungo termine, riducendo la recidiva e promuovendo una cultura della responsabilità e della riparazione.

²⁰ F. SALDITT, § 153 a StPO und die Unschuldsvermutung, in AA.VV., *Festschrift für Egon Müller*, Baden-Baden, 2008, 611 ss.; M. DEITERS, A.H. ALBRECHT, § 153a Abs. 2 StPO bei weiter aufklärbarem Verdacht eines Verbrechens? Überlegungen aus Anlass der vorläufigen Einstellung des Bremer Brechmittelverfahrens, in *ZIS*, 2013, 483 ss.; C. TRENTMANN, § 153a StPO und das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung, in *ZStW*, 2016, 446 ss.

6. Conclusioni

In sintesi, si potrebbe affermare che i due modelli della tenuità e della *Diversion* in Austria e Germania, pur assomigliandosi molto (sotto il profilo dei requisiti formali e delle misure previste), nella prassi hanno intrapreso strade differenti. Come dimostrano le statistiche, la definizione alternativa del processo trova larga applicazione: in Austria in virtù della radicata fiducia nella sua efficacia preventiva, in Germania in qualità di strumento polivalente atto a risolvere problematiche assai eterogenee.

In Germania pare accentuarsi la tendenza all'applicazione standardizzata degli istituti, in una prospettiva più pragmatica volta a chiudere rapidamente i procedimenti e a ridurre il carico per gli uffici giudiziari, anche per mezzo del pagamento di una somma di denaro, rinunciando un po' all'ideale della riparazione e della mediazione. Prevale un approccio più sanzionatorio e meno formalizzato. Discrezionalità operativa e flessibilità delle procedure possono essere vantaggiose per adattarsi alle specifiche circostanze di ogni caso, ma possono anche pregiudicare la uniformità e trasparenza, rendendo più difficile monitorare e valutare l'equità del sistema.

In Austria, per contro, la diversione costituisce il fiore all'occhiello del sistema penale e rappresenta uno strumento di prevenzione speciale e generale, fondato sulla rieducazione del reo e orientato agli interessi della vittima. Il maggiore coinvolgimento attivo della comunità nei processi di giustizia riparativa non solo aiuta a risolvere i conflitti in modo più sostenibile, ma promuove anche un senso di responsabilità collettiva.

Proprio la prassi austriaca mostra quali sono le potenzialità dei modelli di risoluzione alternativa del procedimento, soprattutto – per riprendere le riflessioni iniziali – in una prospettiva sovraindividuale orientata a ricercare un consenso di tipo sociale, collettivo, comunitario. In ciò ritroviamo, a nostro giudizio, la vera *ratio* della giustizia riparativa, ovvero l'idea di rimuovere un bisogno di pena attraverso un percorso di rieducazione e il soddisfacimento degli interessi delle vittime e, indirettamente, della collettività.

L'esperienza dell'Austria, con la sua enfasi su misure educative e riparative, rappresenta un modello per sviluppare un sistema più equilibrato. Invero, la giustizia riparativa e le misure di diversione non sono considerate soltanto degli strumenti normativi, ma sono parte integrante di un processo educativo e di un percorso di responsabilizzazione che coinvolge tutta la comunità.

L'analisi comparata dei sistemi di tenuità e diversione in Austria e Germania rivela come diversi contesti culturali e approcci operativi possano influenzare profondamente l'efficacia e la percezione della giustizia penale e offre spunti preziosi per riflettere su come migliorare l'equilibrio tra efficienza, equità e rieducazione all'interno dei sistemi giuridici contemporanei.

PRINCIPI E PRATICHE DI GIUSTIZIA RIPARATIVA NEL PROCEDIMENTO PENALE DI FRONTE AL GIUDICE DI PACE

PRASSI E RIFLESSIONE DI VENT'ANNI DI MEDIAZIONE PENALE DEL CENTRO REGIONALE PER LA GIUSTIZIA RIPARATIVA

*Antonella Valer**

SOMMARIO: 1. Il Centro regionale per la mediazione penale a servizio dei Giudici di Pace. 2. Una diversa immagine di giustizia. 3. Entrare nella stanza della mediazione penale: i colloqui preliminari. 4. Quando le due storie si incontrano: la mediazione penale. 5. Possibili esiti della mediazione. 6. Criticità. 7. Opportunità. 8. Riflessioni (non) conclusive.

Questo contributo intende mettere a disposizione le situazioni e i casi riferibili alla pratica del Centro regionale per la giustizia riparativa, che dal 2004 opera nell'ambito della mediazione penale e della giustizia riparativa. Parallelamente alla pratica e nel confronto con le prassi e le teorie sviluppatesi negli ultimi vent'anni in Italia e in Europa, all'interno dell'equipe del Centro è andata affinandosi una riflessione che si ritiene utile condividere per contribuire alla attuale discussione sul ruolo della giustizia riparativa nel procedimento penale presso il Giudice di Pace.

Ci si propone da un lato di "raccontare" che cosa accade durante un programma di giustizia riparativa anche a coloro che non vi possono partecipare e, dall'altro, di offrire elementi di riflessione specificamente riferibili all'ambito del procedimento presso il Giudice di pace.

* Mediatrice esperta in giustizia riparativa, Centro di Giustizia Riparativa Regione Autonoma Trentino-Alto Adige/Südtirol.

1. Il Centro regionale per la mediazione penale a servizio dei Giudici di Pace

Il Centro nasce nel 2004 per intento della Regione, con riferimento alla peculiare competenza in materia di giustizia, per mettere a disposizione dei Giudici di Pace del territorio regionale un servizio professionale di mediazione penale, come previsto dalla norma del 2000. Nel tempo gli ambiti di azione si sono ampliati alla mediazione penale minorile (dal 2005), alla mediazione e alla giustizia riparativa nei programmi di messa alla prova degli adulti (dal 2015), all'ambito della detenzione e dell'esecuzione penale, sia esterna sia inframuraria (dal 2020).

Il Centro cambia denominazione e diventa “Centro di Giustizia Riparativa” nel 2017. Dal 2022, data di entrata in vigore della riforma Cartabia, si occupa anche di programmi il cui avvio è richiesto dal Tribunale penale ordinario, in fase di cognizione.

Tutte le prassi sono conformi alla normativa vigente, con particolare attenzione ai principi, elencati nell'art. 43 del d.lgs. n. 150/2022, alcuni dei quali sembrano particolarmente rilevanti per l'ambito specifico dei procedimenti presso il Giudice di Pace: la partecipazione attiva e volontaria della persona indicata come autore dell'offesa e della vittima del reato, l'equa considerazione dell'interesse di entrambi, il coinvolgimento della comunità, la volontarietà e la consensualità, la riservatezza, la ragionevolezza e proporzionalità degli eventuali esiti riparativi, l'indipendenza dei mediatori e la loro equiprossimità, la garanzia del tempo necessario.

Dai principi elencati emerge una visione di giustizia che è su un piano altro rispetto alla giustizia tradizionale. Una diversità che può essere visualizzata in immagini – strumenti utili nelle attività di sensibilizzazione e informazione sulla giustizia riparativa.

2. Una diversa immagine di giustizia

Nella rappresentazione classica – la dea Dike – giustizia (Figura 1) viene rappresentata con tre simboli dal significato condiviso: la benda sugli occhi che ne indica l'imparzialità, la bilancia tenuta in una mano

per indicare l'equo calcolo della pena da infliggere e la spada che, pur abbassata nell'altra mano, indica l'uso legittimo della forza.

Nel disegno utilizzato per rappresentare la giustizia riparativa (Figura 2), Dike è presente nella stanza, ma ha fatto una scelta precisa: ha depositato in disparte la bilancia e la spada, si è tolta la benda e ha scelto di mettersi in un cerchio, dentro un luogo che vuole essere il più possibile accogliente. Da questa immagine emergono due elementi che caratterizzano la giustizia riparativa: la "dimensione relazionale del reato" su cui lavora la giustizia riparativa – un piano diverso rispetto a quello strettamente giuridico – e la rinuncia al potere: la dea ha infatti abbandonato gli strumenti che quel potere rappresentano. Chi svolge il ruolo di facilitazione e di mediazione nei programmi di giustizia riparativa ha infatti un ruolo sostanzialmente e profondamente diverso da quello del giudice, soprattutto in termini di potere, perché non può prendere decisioni rispetto al conflitto, anche quando le parti vorrebbero che lo facesse.

3. Entrare nella stanza della mediazione penale: i colloqui preliminari

Poiché i programmi di giustizia riparativa avvengono dentro la cornice inderogabile della "confidenzialità", è difficile per chi non partecipa da protagonista al programma di giustizia riparativa, immaginare quello che, dentro la stanza, accade.

Lo scopo di questo intervento è anche quello di "aprire le porte di questa stanza e permettere di sbirciare quello che accade lì dentro". Offrire questa possibilità di sguardo a coloro che svolgono professioni giuridiche pare necessario alla luce del fatto che il modello di giustizia riparativa scelto dalla Riforma organica è quello della complementarità tra i modelli di giustizia e predisponde le modalità di intersezione tra le due vie che procedono, altrimenti, in modo parallelo. Si ritiene che la conoscenza dell'attività dei mediatori esperti da parte di pubblici ministeri, giudici, avvocati ed esperti delle materie giuridiche possa contribuire alla corretta applicazione della stessa disciplina organica e contribuire al fatto che essa possa dispiegare la sua efficacia.

Cosa accade dunque dentro la stanza della giustizia riparativa in particolare in applicazione della norma relativa ai Giudice di pace, qualora il giudice decida l'invio delle parti al Centro per la Giustizia Riparativa?

Il primo passaggio è l'invito delle parti utilizzando i dati messi a disposizione dalla cancelleria (indirizzo di posta ordinaria, indirizzo di posta elettronica, contatto telefonico o il domicilio presso gli avvocati). In ogni caso gli avvocati, se nominati, vengono avvisati. Nonostante alle parti l'invito non arrivi inaspettato, perché deciso in loro presenza e verbalizzato in udienza, risulta necessario un passaggio volto a informare le parti relativamente al senso della giustizia riparativa, i principi e i possibili esiti dell'eventuale programma.

Il colloquio preliminare individuale in presenza serve quindi in primo luogo per fornire le informazioni necessarie a una scelta consapevole. Un secondo obiettivo è quello di ascoltare il vissuto del fatto reato e, infine, raccogliere il consenso, anche dal punto di vista formale, alla prosecuzione del programma, ovvero all'incontro di mediazione.

Il colloquio preliminare è un momento cruciale, la cui funzione principale è l'ascolto del vissuto della o delle persone che intervengono. Le persone coinvolte nel fatto/reato, come vittime o come persone indicate come autori, decidono infatti talvolta di farsi accompagnare da persone di supporto, talvolta a loro volta coinvolte nel conflitto, qualche volta anche dall'avvocato. In quest'ultimo caso, il colloquio è strutturato in due diversi momenti: la parte informativa alla presenza dell'avvocato e quello di raccolta del vissuto in sua assenza. Quello che emerge da questo ascolto è il racconto del conflitto secondo il vissuto di quella persona, che tocca spesso la sua storia personale. Il racconto che emerge dalle parti, qualunque sia il ruolo formale che rappresentano nel procedimento, non si focalizza solo sul fatto reato, a cui spesso sono dedicati pochi minuti, quanto sulla narrazione delle ragioni e dei fatti che hanno portato a quell'episodio.

Vale a questo proposito specificare che il reato perseguito davanti al Giudice di pace non sempre corrisponde al conflitto che lo ha generato. Più spesso ne rappresenta un indicatore o un singolo episodio che è stato denunciato, dentro un conflitto ben più ampio. Reato e conflitto dunque non sempre corrispondono, sono due elementi che, pur ovviamente collegati, rappresentano caratteristiche diverse.

La mediazione penale nell'ambito dei Giudici di pace si caratterizza pertanto non tanto o non solamente per la necessità di gestire le conseguenze dannose del reato, quanto di affrontare il conflitto e aiutare le parti a trasformarlo. Gli elementi di complessità che emergono da questo tipo di conflitto sono molti e diversificati.

Un primo elemento che emerge è il fatto che non è possibile identificare in modo netto una persona indicata come autore dell'offesa e una come vittima, in quanto il racconto fa emergere persone e relazioni che appaiono significative nell'ambito del conflitto e con ruoli e responsabilità diverse.

Un secondo aspetto è che oltre alla dimensione (penalmente rilevante) dell'offesa, una molteplicità di questioni entra nel conflitto. Per citarne alcune: legami familiari, rapporti lavorativi, questioni ereditarie, o legate alla proprietà, di natura civilistica. Questioni che talvolta sono oggetto di altri procedimenti nelle rispettive sedi giudiziarie. Ne consegue una articolazione del conflitto che lo rende complicato da inquadrare e complesso da gestire. A questo livello di complessità va aggiunta la dimensione del tempo: spessissimo il conflitto che arriva nella stanza del Centro ha radici anche molto lontane nel tempo e una durata pluriennale. Quando la denuncia penale e il reato che l'ha suscitata sono l'ultimo gesto di un conflitto che non si è più capaci di gestire o non si è più disposti a sopportare, ciò accade perché si tratta di un conflitto consolidato, sedimentato, incrostato.

Ascoltare nei due diversi colloqui preliminari le storie delle parti ha spesso un effetto straniante, significa "vedere due film totalmente diversi". Questa diversità di visioni rappresenta, da un lato semplicemente un dato di fatto da cui è necessario partire e dall'altro il primo ostacolo per il successo dell'incontro di mediazione; ed è direttamente collegato alle aspettative che le parti mettono in questo incontro, se decidono di parteciparvi. Aspettative che possono rivelarsi del tutto irrealistiche se, ad esempio, le parti pongono nella mediazione l'auspicio che qualcuno esterno a loro definirà da che parte stia il torto e da che parte la ragione, oppure si attendono come risultato l'eliminazione della causa che crea loro la sofferenza del conflitto.

Il programma di giustizia riparativa può essere interrotto in questa fase se una delle parti decide di non voler affrontare il conflitto attra-

verso un incontro di mediazione, esplicitando di non essere disponibile a incontrare l'altra parte, preferendo affidare a un terzo imparziale istituzionale la decisione sulla controversia.

Se invece nei colloqui preliminari è stato raccolto un consenso libero e consapevole da parte delle parti, si può procedere a organizzare l'incontro di mediazione che viene facilitato da due mediatori/trici.

4. Quando le due storie si incontrano: la mediazione penale

L'incontro rappresenta uno spazio in cui le storie dei partecipanti possono essere raccontate. Rimanendo nella metafora cinematografica, quello che accade è che i due film si incontrano. L'obiettivo è permettere di passare dalla situazione di monologo – «Io mi racconto la mia storia» – a un dialogo. La mediazione è un luogo sicuro dove si possono dire le cose difficili da dire e si possono ascoltare le cose difficili da ascoltare. Questo è che ciò che accade all'inizio dell'incontro ed è il momento sicuramente più critico perché, nonostante la presenza dei/delle mediatori/trici serva per creare la sicurezza dello spazio, è anche il momento che apre al caos, perché lì, nel racconto e nell'ascolto del vissuto dell'altro, emergono le differenze di posizioni e le richieste che per ciascuno sono legittime e indiscutibili. È ciò che nell'iceberg del conflitto (Figura 3) risulta visibile, ma ne rappresenta solo una parte. Ciò che è invisibile, talvolta agli stessi confliggenti, sono dimensioni più profonde come i bisogni, le emozioni, gli interessi, i valori, le aspettative.

Il ruolo svolto dal/dalla mediatore/trice è quello di stare in mezzo al caos, alla sofferenza, ai vissuti delle persone e di farlo mantenendo una posizione di equiprossimità. È un ruolo più facilmente descrivibile in negativo, attraverso l'elenco delle azioni da non fare: non giudicare, non dare consigli, non interpretare. L'essenziale strumento da usare è l'ascolto. Quello che un ascolto attivo ed empatico può fare è aiutare le persone, che sono lì, immerse dentro il loro conflitto, a riconoscere le proprie emozioni, nominarle, riconoscere i bisogni che stanno sotto il conflitto e i valori che stanno sotto i bisogni e le emozioni, per provare infine ad ascoltare e riconoscere le emozioni, i bisogni, i valori dell'altro.

5. *Possibili esiti della mediazione*

Cosa può accadere, come esito di questo incontro? Se il lavoro dei partecipanti insieme alle mediatrici permette l'emergere delle parti nascoste attraverso il processo di ascolto, riconoscimento delle emozioni ed espressione dei bisogni, è possibile che il dialogo tra le parti pervenga a un "accordo riparativo" che espliciti le richieste di ciascuno e che queste richieste vengano accolte dall'altro/a.

Nel caso in cui l'esito sia un accordo riparativo, esso viene comunicato, con il consenso delle parti, nella relazione di restituzione al giudice che ha inviato il caso. Il d.lgs. n. 150/2022 (riforma Cartabia), ne dà una definizione, all'art. 42:

È esito riparativo qualunque accordo risultante dal programma di giustizia riparativa volto alla riparazione dell'offesa e idoneo a rappresentare l'avvenuto riconoscimento reciproco e la possibilità di ricostruire la relazione tra i partecipanti.

Dalla definizione emerge l'importanza della dimensione relazionale dell'esito. L'articolo 56 disciplina gli esiti, differenziando tra esito simbolico e materiale. L'esito simbolico può consistere in «dichiarazioni e scuse formali, impegni comportamentali, accordi relativi alla frequentazione di persone e luoghi». Dall'elenco esemplificativo si evince che "la ricostruzione della relazione tra i partecipanti" potrebbe significare anche una chiarezza nello stabilire una netta separazione. È quindi importante sottolineare come per «ricostruzione della relazione» si debba intendere una definizione dei rapporti e dei comportamenti in modo che ciascuno possa ri-acquisire serenità rispetto alla relazione, che non deve necessariamente implicare un riavvicinamento, ma può appunto derivare da una definizione esplicitata e condivisa della reciproca distanza.

L'eventuale accordo materiale può comprendere il risarcimento del danno, le restituzioni, l'adoperarsi per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato o evitare che lo stesso sia portato a conseguenze ulteriori.

La presenza del terzo equiprossimo, in funzione di mediatore, risulta sufficiente per facilitare il raggiungimento dell'esito simbolico.

L'esito materiale può invece richiedere la partecipazione degli avvocati anche in un momento successivo all'incontro di mediazione.

Se l'esito dell'incontro di mediazione, secondo la valutazione delle parti, è riparativo, esso ha l'effetto di "remissione tacita di querela", secondo quanto previsto dall'art 152, co. 2, c.p., con conseguente chiusura del procedimento stesso.

6. Criticità

Si proverà ora a identificare alcune criticità specifiche della mediazione penale nell'ambito dei reati di competenza del Giudice di Pace.

Una prima criticità è relativa al riconoscimento dei ruoli a monte del programma di giustizia riparativa. Mentre in fase di esecuzione e in caso di reati accertati, anche gravi, non ci sono dubbi su chi delle due parti sia la vittima e chi sia la persona indicata come autore dell'offesa, per gli invii dai Giudici di Pace, i procedimenti si presentano spesso proceduralmente simmetrici, cioè ognuno è contemporaneamente la parte che ha querelato e quella che è stata querelata. E quindi, tecnicamente, entrambi sono vittima e autore di reato. Anche laddove dal punto di vista formale la situazione non sia questa, spesso l'autore di reato indica sé stesso/a come la vera vittima del conflitto. Ciò accade per le ragioni a cui si è precedentemente fatto cenno: può essere che il reato denunciato sia solo l'ultima goccia che fa traboccare un vaso pieno di agiti, configurabili come reato, che come tali avrebbero potuto essere denunciati. La fatica del "riconoscimento" non è solo rispetto ai fatti, ma proprio rispetto al ruolo. Può essere che il "riconoscimento" nel senso del «riconosco che io ti ho fatto del male» non arrivi neppure durante l'incontro di mediazione. E quindi, stando alla lettera della disciplina organica recentemente approvata, non si potrebbe parlare di esito riparativo.

Tuttavia, quello che a volte accade durante l'incontro è che si riesca a riaprire la comunicazione interrotta, magari da anni. Accade cioè che le persone presenti nella stanza abbiano la possibilità di parlarsi e che questo dialogo porti a un accordo, anche solo materiale. Può accadere dunque che noi mediatrici non siamo soddisfatte dell'esito dal punto di

vista relazionale, ma le parti, attraverso questo procedimento, abbiano aperto almeno uno spiraglio di dialogo in cui, forse, anche attraverso l'intervento degli avvocati, possano trovare un accordo. Oppure questo accordo può essere trovato in una fase successiva con un lavoro di mediazione indiretta. Il coinvolgimento degli avvocati, necessario in alcuni casi, può essere una grande risorsa. In un'ottica di complementarità la giustizia riparativa richiede che ciascun professionista collabori, nella specificità del proprio linguaggio e della propria competenza, per il pezzetto che gli compete.

Un altro elemento critico è legato al tempo: nella sua duplice dimensione del "tempo necessario" di cui parla la norma e del tempo (lungo) in cui il conflitto si è costruito e consolidato.

Per quanto riguarda la prima dimensione: non è detto che il tempo tra un'udienza e l'altra sia sufficiente perché le parti possano effettivamente parlarsi e talvolta è necessario un tempo supplementare che viene chiesto e, di norma, concesso dal giudice attraverso il rinvio dell'udienza.

La seconda riguarda l'ampiezza del conflitto/iceberg che tra le parti si è costruito. Quando il conflitto arriva al nostro Centro non è raro che sia trascorso già molto tempo, sia dall'inizio del conflitto, sia dalla querela. Ciò significa che al momento in cui le parti arrivano allo spazio della mediazione il loro iceberg/conflitto può essere veramente enorme. A quel punto diventa molto difficile lavorarci. Quando due persone non si rivolgono la parola da quattro, cinque, talvolta dieci anni, diventa difficile ricostruire tutto quello che hanno vissuto nello spazio di due/tre ore di mediazione.

Un altro elemento critico è quello relativo alla comunicazione dell'esito nel caso in cui non si sia arrivati a un incontro, sia esso riparativo o meno. Se l'incontro c'è stato, la sua realizzazione viene relazionata, mantenendo la confidenzialità dei contenuti ed esplicitando l'eventuale accordo riparativo trovato.

Nel caso di interruzione del programma, prima dell'effettuazione dell'incontro, nel caso in cui manchi il consenso di una o di entrambe le parti la norma, per come gli interpreti della disciplina organica indicano, non andrebbe esplicitato quale sia stata la parte che ha negato il consenso all'incontro. La sobria comunicazione "il programma è stato

interrotto” è però un esito che non soddisfa né gli avvocati né il giudice, i quali tenderebbero a voler conoscere e poter attribuire la responsabilità, oppure, all’opposto, possono pretendere che non venga reso noto di chi sia il mancato consenso.

7. Opportunità

Una delle argomentazioni che viene portata a favore della partecipazione al programma di giustizia riparativa è legata alla scarsa probabilità che un incontro possa peggiorare lo stato del conflitto. Se da un lato non è possibile assicurare le parti sull’esito riparativo dell’incontro di mediazione, è raro che dall’incontro derivino conseguenze negative per le parti. La mediazione non significa, inoltre, la rinuncia alla strada processuale. Se una persona ritiene che l’accertamento dei fatti e la pronuncia del giudice siano lo strumento che le potrà dare soddisfazione lo potrà sempre avere, anche se ha aderito al programma di giustizia riparativa.

La maggiore opportunità che ci sembra venga offerta alle persone coinvolte nel conflitto che è stato portato dinanzi al giudice di pace è quella di poter usufruire di un prezioso spazio di ascolto nel colloquio preliminare, spazio che viene quasi sempre apprezzato, indipendentemente dalla successiva decisione di proseguire con l’incontro. Si tratta di uno spazio di auto-riflessività e di parola «fuori dal giudizio», entrambe dimensioni non comuni nella quotidianità e nella faticosa situazione della gestione di un conflitto.

Una seconda opportunità è quella di poter ascoltare il punto di vista dell’altro. Qualche volta questo ascolto apre delle ipotesi, degli scenari che prima non si erano pensati, rappresenta “qualcosa di nuovo”. In alcuni casi permette già di per sé di stare meglio, nel momento che dà senso e significato. Se qualcosa nel conflitto si smuove, anche di poco, l’effetto può essere l’aumentato livello di benessere delle persone. Tanto più se il programma di giustizia riparativa e la chiusura del procedimento giudiziario permettono di concludere una vicenda che a volte è diventata molto più faticosa e pesante di quanto ci si aspettasse, presentando la querela. Il procedimento può portare con sé momenti di fatica,

stati d'ansia nei momenti delle udienze e costi economici considerevoli. Chiudere e mettere nel passato il procedimento può portare sollievo e la fine di emozioni e stati d'animo negativi.

8. *Riflessioni (non) conclusive*

Proviamo a concludere questo intervento con alcune riflessioni, che non possono però essere considerarsi definitive, dato che nei programmi di giustizia riparativa, anche quando sembra che tutto sia già stato detto, rielaborato e pensato, l'esito è solo provvisorio e ci si espone di nuovo alla relazione e dunque a nuovi conflitti e nuove sfide.

Un primo elemento di riflessione è legato alla consapevolezza di noi mediatrici del Centro rispetto al nostro ruolo come “un pezzetto del sistema”, che cerchiamo di adempiere con professionalità, ma che si inserisce in una vicenda processuale che non si conclude con noi. Quando chiudiamo un programma e inviamo l'esito, non sappiamo come andrà a finire la vicenda. Anche se qualche volta una parte o un avvocato ci chiama e ci racconta quale è stato l'esito finale davanti al giudice, a noi non è restituito l'esito finale del procedimento. Eppure ce lo chiediamo, anche a distanza di mesi. Come si sarà conclusa quella vicenda? Come stanno le persone che vivevano quel conflitto? Sono riuscite a trasformarlo? Ci chiediamo cioè di quello che abbiamo fatto insieme, cosa resti in termini di migliore qualità della vita per le persone.

Proprio la consapevolezza di essere una parte del sistema ci fa sentire il bisogno di confronto con le altre professionalità, di formazione congiunta, di conoscenza. Crediamo che ci sia bisogno di spazi in cui ciascuno partecipa nel suo ruolo e prova anche a conoscere il ruolo dell'altro.

Una seconda riflessione riguarda quello che a noi sembra un fatto ormai comprovato: i conflitti che arrivano con gli invii dei giudici di pace sono, tra tutti, quelli più faticosi. Non è affatto vero che più il reato è grave – nella valutazione del codice penale – più sia difficile portare avanti un programma di giustizia riparativa. Per certi aspetti è vero il contrario, soprattutto se il reato si è svolto in un preciso momento e se coinvolge persone che prima non si conoscevano.

Ogni volta che nonostante si sia fatto di tutto per affrontare il conflitto nella sua complessità, non si arrivi a un esito riparativo, rimane la frustrazione. È faticoso accompagnare le persone dentro i loro conflitti, essendo loro “equiprossimi”.

Un ulteriore elemento di riflessione – faticoso talvolta al punto da togliere il sonno – è il rischio di escalation del conflitto. Può accadere che i colloqui preliminari lascino intravedere elementi che fanno temere che quel conflitto, se non trasformato, possa diventare violento e portare a esiti tragici.

Questo rischio evidenzia l’importanza cruciale di avere uno spazio di ascolto e di confronto come opportunità di contenimento e di de-escalation della violenza.

Mediare un conflitto di un reato proposto dal Giudice di pace è forse la sfida più difficile che arriva nel nostro ufficio. Tuttavia, non abbiamo intenzione di rinunciarci e al contrario desideriamo continuare a provare a mettere a disposizione lo spazio della mediazione e il valore che esso può avere, come ci ricorda Federica Brunelli:

Quale che sia la funzione del discorso che le parti faranno fra di loro, qualsiasi il suo contributo alla ricerca della verità, la comunicazione e lo spazio alla parola che la mediazione offre dicono già, di per sé, l’accoglienza di un interlocutore, un rapporto di reciproca presenza, al di là di ogni rappresentazione, di ogni riduzione concettuale, è un rapporto faccia a faccia, diretto, di inter-corporeità. Il dire con un altro ha un valore in sé, indipendentemente da ciò che verrà detto, è contatto, presenza, è un rapporto di pace antecedente ad ogni opposizione e ad ogni pacificazione. Ciò che la mediazione cerca di fare è di prevedere una condizione nella quale il parlare con l’altro possa fondarsi sul riconoscimento del suo volto, come condizione indispensabile per una parola piena di senso; sappiamo che quando c’è un conflitto è molto difficile parlare per essere intesi, la parola dell’altro non può essere ascoltata, perde significato perché proviene da un nemico che deve essere distrutto. Il mediatore lavora per rendere sempre più tangibile il riconoscimento del volto dell’altro, affinché le parti possano cominciare davvero a dialogare¹.

¹ F. BRUNELLI, *La parola nella mediazione penale*, in *Dignitas*, novembre 2003.



Figura 1



Figura 2



Figura 3

IL GIUDICE DI PACE TRA DEFLAZIONE E GIUSTIZIA RIPARATIVA

BREVI CONSIDERAZIONI A CONCLUSIONE DELLA SESSIONE PENALISTICA

*Elena Mattevi**

La giurisdizione del giudice di pace in materia penale è stata caratterizzata, fin dalla sua introduzione nel nostro ordinamento, da una spiccata vocazione conciliativa, che trova espressione nel disposto del secondo comma dell'art. 2 d.lgs. n. 274/2000, laddove si prevede che il giudice di pace è chiamato a «favorire, per quanto possibile, la conciliazione tra le parti».

Da allora molte riforme si sono susseguite, interessando principalmente il sistema ordinario ma ponendo altresì molteplici questioni di coordinamento con quello di pace. Da ultimo, merita di essere ricordata soprattutto la disciplina organica della giustizia riparativa, introdotta con il d.lgs. 150/2022, che non può non interessare anche i programmi attivati nel corso del procedimento penale davanti al giudice onorario, dopo che, per circa un ventennio, il richiamo alla mediazione penale contenuto nell'art. 29 del d.lgs. 274/2000 è rimasto privo di un referente normativo esterno. Si è dato per scontato che la mediazione penale fosse uno strumento diffuso e accessibile, mentre i centri di mediazione penale non esistevano se non in pochissime realtà particolarmente lungimiranti e questa procedura riparativa non era disciplinata.

Come ben illustra Stefano Fiore nell'intervento introduttivo, le parole utilizzate nel titolo del Convegno per identificarne l'oggetto – 'mediare, riparare, conciliare' – assumono oggi una portata così ampia che non è più possibile disinteressarsi dei loro esiti solo perché essi si collocano in una posizione marginale del sistema.

* Ricercatrice di Diritto penale nell'Università di Trento.

Capire, per esempio, se i programmi potranno essere attivati solo per reati caratterizzati dalla presenza di una vittima “in carne e ossa” e quindi per reati posti a presidio di beni giuridici a titolarità individuale o anche per reati con vittima indeterminata¹ sarà essenziale per tutto l’ordinamento e per la stessa tenuta del sistema dei centri di giustizia riparativa, in via di accreditamento.

Allo stesso tempo – e preliminarmente – essenziale per tutto il sistema, giurisdizione di pace inclusa, sarà capire se i centri descritti dalla Riforma Cartabia verranno attivati tempestivamente, come è ormai, più che auspicabile, davvero necessario.

Alcune questioni di coordinamento poste dagli interventi riformistici interessano invece solo il sistema di pace. In particolare, ci si deve chiedere se l’accesso ai programmi potrà avvenire solo in forza dell’art. 29 d.lgs. n. 274/2000 o se – come ci sembra preferibile – dovrà essere garantita l’accessibilità generale prevista “in ogni stato e grado del procedimento penale” dalla riforma Cartabia. Del resto, sul punto ci sembra incoraggiante l’esperienza maturata in Trentino-Alto Adige grazie al Protocollo d’intesa stipulato nel 2018 tra la Procura generale della Repubblica di Trento e la Regione, d’accordo con la Procura della Repubblica di Trento, Bolzano e Rovereto, per anticipare l’accesso a procedure di mediazione a un momento anteriore all’esercizio dell’azione penale, proprio per quanto riguarda i reati di competenza del giudice di pace procedibili a querela.

Due sono tuttavia gli istituti che, ancorché accomunati anche da una finalità deflattiva, sono stati depurati da alcuni presupposti applicativi che si spiegavano solo alla luce della descritta vocazione conciliativa, nel momento in cui sono stati esportati dal sistema di pace a quello generale: l’estinzione del reato per condotte riparatorie e l’esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto.

A questi due istituti sono dedicati due specifici interventi.

Chiara Perini si sofferma sulla distanza tra gli istituti dal sapore riparatorio come l’art. 35 d.lgs. n. 274/2000 e gli strumenti della giustizia riparativa.

¹ In senso favorevole cfr. Trib. sorveglianza Lecce 12 dicembre 2023, Pres. Mastro-
pasqua.

Rispetto al “modello” proprio del sistema di pace, nell’art. 162 *ter* c.p. sono state tuttavia rese ancora più evidenti le finalità deflative a discapito di quelle di prevenzione generale e speciale, viceversa ancora presenti nell’art. 35 d.lgs. n. 274/2000 grazie ad alcuni parametri di congruità della condotta riparatoria.

Se, quindi, nel sistema generale, è più difficile – ancorché non impossibile – offrire un’interpretazione “riparativamente orientata” dell’istituto estintivo, nel sistema di pace possono essere valorizzati alcuni elementi di sistema e il Giudice di pace potrebbe disporre l’invio del caso al Centro per la giustizia riparativa anche nell’ambito di questo istituto, richiamando direttamente l’art. 44, co. 2 d.lgs. n. 150/2022, per contenerne la deriva economicistica.

Giuseppe Amarelli ricorda invece quando, nel 2015, il legislatore ha introdotto nella parte generale del codice penale, segnatamente nell’art. 131 *bis* c.p., la particolare tenuità del fatto come causa generale di non punibilità in senso stretto valida per tutti i reati e si è posto subito un problema non secondario di raccordo. Il rapporto è stato risolto con l’applicabilità del solo art. 34 d.lgs. n. 274/2000 nel sistema di pace, ai sensi dell’art. 16 c.p., in base al quale se le leggi speciali extra-codicistiche prevedono una macro-disciplina differente e speciale per una stessa materia regolata in termini generali dalle disposizioni codicistiche, esse prevalgono su queste ultime.

Allo stesso tempo, però, l’art. 34 d.lgs. n. 274/2000 è stato utilizzato in maniera estensiva soprattutto rispetto a una tipologia di reati senza vittima, procedibili d’ufficio, come i reati in materia di immigrazione clandestina, rispetto ai quali non è possibile addivenire alla remissione della querela. Per questi reati, come abbiamo già ricordato, si pone un dubbio in merito all’accesso ai programmi di giustizia riparativa, ma, soprattutto, sarebbe importante che un eventuale esito riparativo potesse incidere ai fini del proscioglimento per particolare tenuità del fatto, diversamente da quanto oggi sembra invece desumibile dal testo dell’art. 34 d.lgs. n. 274/2000, che non valorizza – a differenza dell’art. 131 *bis* c.p. – la condotta susseguente al reato.

A tale riguardo, di grande interesse ci sembrano le esperienze tedesca e austriaca, che sono riuscite nell’intento di integrare i due modelli

della tenuità del fatto e della riparazione – o *Diversion*, come descrive Kolis Summerer nel suo articolato contributo.

Una volta “deviato” il meccanismo della giustizia penale verso modelli alternativi, questi devono poterci condurre a gestire in modo diverso anche reati di media gravità e persino reati che suscitano una significativa disapprovazione sociale.

Per quanto attiene alla tenuità del fatto, entrambi i sistemi (austriaco e tedesco) prevedono il requisito della commissione di un fatto non grave o, con formulazione più precisa, che non crei un turbamento eccessivo nella collettività. Tale turbamento, anche se significativo, non è valutato in modo rigido perché può trovare una sorta di compensazione nella scarsa colpevolezza e nella condotta dell’autore successiva al fatto. È chiaro come la tenuità e la riparazione si incontrino su di un terreno comune: il turbamento complessivo generato dal fatto può venire meno quando il soggetto dimostri con il suo comportamento e col suo impegno di voler assumere delle obbligazioni dei confronti della vittima o della collettività.

Il contributo di Antonella Valer, mediatrice esperta in programmi di giustizia riparativa, ci permette infine di toccare con mano l’esperienza maturata nel nostro territorio in tema di *restorative justice*, grazie al contributo della Regione che, con grande lungimiranza, ha creato un centro di mediazione (oggi centro di giustizia riparativa) a servizio dei giudici di pace, quando quasi nessuno lo aveva ancora fatto. Come è stato chiarito, se mediare un conflitto relativo a un reato di competenza del giudice di pace è forse la sfida più difficile che è stata lanciata fino ad ora al loro ufficio, la consapevolezza diffusa tra le mediatrici è quella di non dover sottovalutare il rischio di *escalation* della violenza che esse talvolta avvertono, anche in casi apparentemente poco gravi, e che possono disinnescare, se si creano le giuste condizioni.

Gli spunti di riflessione offerti dai temi posti al centro del Convegno non sono quindi pochi ed è auspicabile che si torni molto presto a svilupparli anche alla luce dell’auspicabile evoluzione del percorso di creazione dei servizi di giustizia riparativa imboccato ormai su tutto il territorio nazionale.

MEDIAZIONE E PROCESSO: UNA CO-ESISTENZA VIRTUOSA?

*Silvana Dalla Bontà**

SOMMARIO: 1. *Il dilemma: se e come una co-esistenza tra mediazione e processo?* 2. *Due nodi cruciali: il tentativo di mediazione come condizione di procedibilità della domanda giudiziale e i costi della mediazione...* 3. *(segue) ...alla luce di recenti pronunciamenti giurisprudenziali.* 4. *Le Sezioni Unite su mediazione 'obbligatoria' e domanda riconvenzionale.* 5. *La motivazione delle Sezioni Unite: l'esclusione del tentativo di mediazione su domande riconvenzionali eccentriche e non eccentriche...* 6. *(segue) ...e il rischio di «eccesso di mediazione».* 7. *L'occasione per una riflessione più ampia: dalla condizione di procedibilità in ipotesi di cumulo di domande...* 8. *(segue) ...alla centralità del ruolo dell'avvocato e del mediatore nella promozione di un 'uso potenziato' della mediazione.* 9. *I costi della mediazione.* 10. *(segue) Tra pronunciamenti (eccentrici) della giurisprudenza di merito e la risposta degli organismi di mediazione.* 11. *Un modello di giustizia civile virtuosa: i principi delle ELI-Unidroit European Rules of Civil Procedure.*

1. Il dilemma: se e come una co-esistenza tra mediazione e processo?

È dall'entrata in vigore della disciplina organica della mediazione finalizzata alla conciliazione, con il d.lgs. n. 28 del 2010 adottato su spinta euro-unitaria in occasione dell'implementazione della direttiva 2008/52/CE¹, che il rapporto tra mediazione e processo costituisce oggetto di attento studio ed è sotto la puntuale lente applicativa della giu-

* Professoressa Ordinaria di Diritto processuale civile nell'Università di Trento.

¹ Per tutti, a riguardo, N. TROCKER, A. DE LUCA (a cura di), *La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52/CE*, Firenze, 2011; F. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite. Fuga dal processo o dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della Direttiva 2008/52/CE)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 357 ss.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova mediazione civile nella prospettiva europea: note a prima lettura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 653 ss.

risprudenza². Si tratta di un rapporto che non ha mancato, né manca tuttora, di essere controverso: cosa che, a ben vedere, può sembrare quanto meno curiosa.

Mediazione e processo si presentano, infatti, quali strumenti di risposta alla controversia affatto diversi: l'una, in quanto via a-giurisdizionale, autonoma e consensuale di soluzione (auspicabilmente) del conflitto e (in conseguenza) della lite; l'altro, perché via giurisdizionale, eteronoma e impositiva della decisione del conflitto giuridicamente qualificato, *i.e.* della lite³.

Alla luce di siffatte fondamentali differenze, parrebbe non darsi ragione del persistente tribolato rapporto fra mediazione e processo: a rigore, infatti, l'una via – la mediazione – non avrebbe motivo di intrecciare l'altra – il processo – dal momento che ove le parti riescano a risolvere il loro conflitto fuori dal processo, determinando esse stesse in maniera condivisa – con l'ausilio di un terzo mediatore – la loro regola di condotta vincolante per il futuro, non vi è più di che ricorrere al giudice. Viceversa, ove accordo tra le parti in conflitto non si dia, la via giurisdizionale, quale espressione di un potere-servizio indefettibile dello Stato, è sempre possibile e praticabile.

Ebbene, poste dette coordinate, si intende come la co-esistenza di mediazione e processo sarebbe *per se* virtuosa, non dandosi pertanto di che commentare sulla loro correlazione.

La realtà, però, ha mostrato e mostra che così non è: il rapporto tra mediazione e processo risulta (ancora) oggetto di acceso dibattito dottrinale come di giurisprudenza copiosa⁴; e ciò si riscontra anche allorché si volga lo sguardo *extra moenia* e a livello euro-unitario, dove non sopito è il confronto sull'effettiva attuazione di quella «equilibrata rela-

² Sul punto si veda, per tutti, l'analitica trattazione delle questioni sollevate dalla disciplina italiana di cui al d.lgs. n. 28 del 2010, e successive modifiche, sulla mediazione finalizzata alla conciliazione nelle controversie civili e commerciali, offerta da D. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, Bologna, 2016, *passim*.

³ Sulla differenza tra metodi autonomi ed eteronomi di soluzione della controversia, v., per tutti, F.P. LUISO, *Diritto processuale civile. V. La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, XIII ed., Milano, 2023, 15 ss.

⁴ V. a riguardo D. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, II ed., Bologna, 2022, *passim*.

zione tra mediazione e procedimento giudiziario» che l'art. 1, par. 1 della direttiva 2008/52/CE poneva apertamente tra i suoi obiettivi⁵.

Nel nostro ordinamento, 'motivo portante' di questo travagliato rapporto viene da sempre ricondotto *principaliter* alla previsione del tentativo obbligatorio di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale: previsione e meccanismo che nel creare una 'prosimità' tra processo e mediazione, avrebbe condotto a un «esasperato formalismo» e alla conseguente «perdita dello spirito genuino» della mediazione⁶. Ne sarebbe dimostrazione, per taluni, la nutrita giurisprudenza sviluppatasi sulla disciplina della 'mediazione obbligatoria' – e sue correlate ramificazioni – sin dalla sua formulazione originaria⁷.

A riguardo, non è casuale che, anche alla volta della recente riforma della giustizia civile e degli strumenti complementari alla giurisdizione, da più parti si auspicasse l'abolizione della figura della c.d. mediazione obbligatoria, per lasciare in vita soltanto quella volontaria⁸. Ciò avrebbe consentito il superamento di tutte le questioni interpretative e applicative legate alla disciplina del tentativo di mediazione quale condizione di

⁵ V., in merito, G. DE PALO, M.B. TREVOR, *EU Mediation Law and Practice*, 1st ed., Oxford, 2012, 8-10, che a riguardo elaborano la c.d. *Balanced Relationship Target Number Theory* (abbreviata con l'acronimo di «BRTN»), secondo cui ai sensi del citato art. 1, par. 1, direttiva 2008/52/CE in ogni Stato membro dell'Unione europea dovrebbe esservi, in relazione al numero totale di cause instaurate ogni anno avanti alle corti, un numero minimo o una percentuale di cause risolte tramite la mediazione. Detto numero minimo o percentuale – il c.d. *Balanced Relationship Target Number* – costituirebbe l'unico modo quantificabile per verificare se l'«equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario» indicata dalla dir. cit. sia stato raggiunto: sul punto v., da ultimo, G. DE PALO, *Mediating Mediation Itself. The Easy Opt-Out Model Settles the Perennial Dispute between Voluntary and Mandatory Mediation*, in *Giustizia consensuale*, 2023, 285 ss., spec. 295 ss.

⁶ In questi condivisibili termini D. DALFINO, «Primo incontro», *comparizione personale delle parti, effettività della mediazione*, in *Foro it.*, 2019, I, 3259 ss.

⁷ Da ultimo, a riguardo, M. BOVE, *Mediazione obbligatoria*, in D. DALFINO (a cura di), *La nuova «giustizia complementare»: Il Foro italiano - Gli Speciali*, Roma-Piacenza, 2023, 3 ss., spec. 11.

⁸ Così, ancor prima della riforma al d.lgs. n. 28 del 2010 introdotta dal d.lgs. n. 149 del 2022, per tutti, G. MONTELEONE, *La mediazione «forzata»*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, 21 ss.; nonché, più di recente, ID., *La mediazione obbligatoria: conciliazione o giurisdizione surrogata? Brevi riflessioni critiche*, in *www.judicium.it* (10.07.2023).

procedibilità della domanda giudiziale⁹; questioni che da tempo impegnano avvocati, da un lato, e giudici, dall'altro, con inevitabili ricadute sulle parti che vivono il conflitto.

Ora, anche a voler ritenere fondata siffatta opinione, non pare però che le argomentazioni da questa addotte colgano in pieno l'essenza della questione.

La virtuosa co-esistenza di mediazione e processo, infatti, non sembra possa univocamente legarsi all'eliminazione della 'mediazione obbligatoria'; al contrario, essa richiede altro e molto di più. Quella benefica co-esistenza può discendere soltanto dal ruolo che avvocati, parti, mediatori e anche – ma solo in un momento temporalmente successivo – giudici decidano di assumere e giocare rispetto al valore e all'obiettivo della gestione autonoma e responsabile del conflitto¹⁰. Non solo. È doveroso sin d'ora evidenziare come centrale nell'avanzamento di un tale moto culturale sia il ruolo, tra tutti i soggetti testé citati, dell'avvocato¹¹. Le considerazioni raccolte nelle pagine a seguire tenteranno di dimostrarlo, anche a fronte delle sollecitazioni provenienti da talune recenti pronunce giurisprudenziali, di legittimità e di merito, sul rapporto tra mediazione e processo.

È l'avvocato, infatti, colui che – nella sua funzione e nel suo ruolo professionale, che fatalmente lo rende «*leader sociale*» – per primo raccoglie il conflitto della persona che lo vive, la sua narrazione, i suoi

⁹ Indaga la costellazione di *quaestiones* sollevate dalla previsione del tentativo di mediazione quale condizione *ex lege* di procedibilità della domanda giudiziale di cui, oggi, all'art. 5 d.lgs. n. 28 del 2010 come novellato dal citato d.lgs. n. 149 del 2022, M. BOVE, *Mediazione obbligatoria*, cit., 5 ss.

¹⁰ A riguardo si consenta rinvio al mio *Fra mediazione e decisione. La riforma apre ad un nuovo paradigma di giudice?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, 21 ss.; ID., *Il costo della giustizia consensuale*, in *Riv. arb.*, 2023, 325 ss., prec. 342; P. LUCARELLI, *Mediazione dei conflitti: una spinta generosa verso il cambiamento*, in *Giustizia consensuale*, 2021, 15 ss., prec. 20; ID., *La nuova mediazione civile e commerciale*, *ivi*, 2023, 339 ss., prec. 348 ss.; F. GHIRGA, *La cultura della mediazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2024, 45 ss., prec. 54 ss.; L. BREGGIA, *Il diritto come relazione: essere giurista al tempo delle riforme*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2024, 343 ss., spec. 346 ss.

¹¹ V. per approfondimenti sul ruolo dell'avvocato nella gestione del contenzioso, *si vis*, S. DALLA BONTÀ, *Fra mediazione e decisione. La riforma apre ad un nuovo paradigma di giudice?*, cit., 38 ss.

bisogni, le sue esigenze e i suoi interessi, ancor prima che le sue istanze di giustizia¹². Quale professionista che interviene sulla conflittualità, egli offre la sua competenza come farmaco – parola, questa, scelta qui con intenzione, in ragione del significato che il suo etimo greco, *φάρμακον*, consegna: quello di ‘medicamento/rimedio’ o, all’opposto, ‘veleno’. L’intervento dell’avvocato potrà, a seconda di come inteso e praticato, curare o acuire il conflitto.

Ne deriva che la scelta per la cura del conflitto o, all’opposto, per la sua esacerbazione passi per il modo in cui l’avvocato ‘sente’ e interpreta la sua professione e il suo intervento, e per come egli lo veicola a chi a lui si rivolge: la persona che vive il conflitto, *i.e.* il suo assistito.

2. Due nodi cruciali: il tentativo di mediazione come condizione di procedibilità della domanda giudiziale e i costi della mediazione...

Alla luce di quanto detto, due sono gli elettivi angoli visuali da cui si intende in questa sede esaminare il tema della co-esistenza virtuosa di mediazione e processo al fine di individuare quali possano essere e siano (taluni de)i fattori decisivi per la sua concreta realizzazione: la previsione del tentativo di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale e i costi della mediazione.

La selezione, tra tutti, di questi due profili si giustifica per la centralità che essi hanno rivestito, sin dall’adozione del lontano d.lgs. n. 28 del 2010, nelle argomentazioni contrarie alla possibilità di una co-esistenza virtuosa di mediazione e processo. Come noto, infatti, per un verso, la scelta dell’imposizione *ex lege* del tentativo di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale è stata ritenuta costrizione calata dall’alto sulla potenziale parte attrice, ostacolata dall’assolvere tale onere nell’accesso immediato alla via giudiziale¹³.

¹² È la definizione che ne dà F.P. CASAVOLA nella lezione «L’avvocato come *leader sociale*» tenuta in occasione della sua iscrizione, quale socio d’onore, nella Camera degli Avvocati di Napoli il 30 ottobre 2014, e richiamata da G. VERDE, *La funzione sociale dell’avvocato nel tempo presente*, in *Iura & Legal Systems*, 2019, 19 ss.

¹³ In questo senso G. MONTELEONE, *La mediazione «forzata»*, cit.; M. BOVE, *Mediazione obbligatoria*, cit., 5 ss.

Per altro verso, i costi della mediazione sono stati visti quale inconveniente aggiuntivo a carico del potenziale attore (e oggi anche del potenziale convenuto, ove egli partecipi alla mediazione), gravandolo di un esborso economico ulteriore rispetto alle spese giudiziali, allorché, conclusa la mediazione senza accordo, si dia avvio al processo¹⁴. Nemmeno la mediazione obbligatoria *jussu judicis* è andata esente da rilievi critici, dal momento che, intrapresa la strada del processo, non si è vista ragione di essere costretti dal giudice a un tentativo di mediazione e a spese ulteriori rispetto a quelle processuali ove il tavolo di mediazione non porti alla conciliazione della lite.

Si intende pertanto come mediazione c.d. obbligatoria e costi della mediazione costituiscano prospettive privilegiate da cui muovere nel ragionare sulla possibilità di una co-esistenza virtuosa di mediazione e processo e sulle modalità in cui questa possa aver luogo.

3. (segue) ...alla luce di recenti pronunciamenti giurisprudenziali

La centralità che mediazione c.d. obbligatoria e costi della mediazione ricoprono nell'indagine su realizzazione e promozione di una co-esistenza virtuosa di mediazione e processo è confermata da recenti pronunciamenti giurisprudenziali che si indirizzano frontalmente a questi temi, offrendo soluzioni e motivazioni che meritano attenzione: non solo per l'impatto che essi hanno, o potranno avere, sul contenzioso intorno alla disciplina della mediazione, ma anche per le riflessioni di più ampio respiro che essi sollecitano con riguardo a una concezione di 'giustizia' più matura e completa, capace di far sapientemente co-esistere mediazione e processo.

¹⁴ Con riguardo a tale profilo v. la panoramica offerta da D. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, II ed., cit., 185 ss. Sollevano dubbi di costituzionalità circa la previsione della mediazione c.d. obbligatoria in relazione all'art. 3 Cost., dal momento che chi voglia introdurre una controversia tra quelle per le quali la mediazione preventiva è obbligatoria si trova esposto a costi superiori rispetto alle azioni che non subiscono tale onere preventivo, L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 575 ss., prec. 584; nonché G. REALI, *La mediazione obbligatoria riformata*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, 729 ss., prec. 742.

Il riferimento è qui, da un lato, alla sentenza pronunciata dalle Sezioni Unite su rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 363 *bis* c.p.c. in merito alla soggezione o meno della domanda riconvenzionale al tentativo di mediazione ai fini della sua procedibilità¹⁵; dall'altro, a taluna giurisprudenza di merito che ha disapplicato la normativa sulla mediazione obbligatoria in ragione dei costi eccessivi in cui incorrerebbero le parti ove fossero costrette ad avvalersene¹⁶.

A tali pronunce si intende dare di seguito partito esame, al dichiarato fine di ricavare dalla loro lettura critica argomenti a favore della teorizzazione di una co-esistenza virtuosa di mediazione e processo, in linea con quanto, a livello sovranazionale, non solo enuncia la direttiva 2008/52/CE, ma da ultimo promuovono le *European Rules of Civil Procedure*, quale modello di disciplina paneuropea del processo civile stese dall'*European Law Institute* e dall'*Unidroit*¹⁷.

4. Le Sezioni Unite su mediazione 'obbligatoria' e domanda riconvenzionale

Su rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 363 *bis* c.p.c. proposto con ordinanza dal Tribunale di Roma¹⁸ e dichiarato ammissibile dalla Prima Presidente della Corte di Cassazione¹⁹, le Sezioni Unite si sono pronunciate sulla questione dell'«obbligo di mediazione (e del relativo onere adempitivo) in caso di domanda riconvenzionale, in ipotesi in cui una mediazione sia già stata effettuata prima della proposizione della domanda riconvenzionale» con riguardo a quella principale soggetta a c.d. mediazione obbligatoria *ex lege*.

¹⁵ Trattasi di Cass., Sez. Un., 7 febbraio 2024, n. 3452, pubblicata in *Foro it.*, 2024, I, 752, con nota di A. ZANELLO; e commentata da E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Mediazione e nuove domande*, in *Giustizia consensuale*, 2024, 87 ss.

¹⁶ Il riferimento è a Trib. Verona, ord., 24 novembre 2023, in *Dejure*.

¹⁷ A riguardo v. *infra* par. 11.

¹⁸ Trib. Roma, ord., 13 giugno 2023, n. 13193.

¹⁹ Trattasi dell'ordinanza della Prima Presidente della Corte di Cassazione del 5 luglio 2023.

Affermata dal giudice remittente, e confermata dalla Prima Presidente della Suprema Corte, la sussistenza di tutti i presupposti applicativi del rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione – la necessità di soluzione della questione ai fini della decisione del giudizio pendente; la sua novità; la sua grave difficoltà interpretativa, la sua riproponibilità in numerosi giudizi²⁰ – cinque sono state le possibili soluzioni alla questione formulate dal Tribunale di Roma. In particolare, quest’ultimo ha chiesto alle Sezioni Unite di prendere in esame, ed eventualmente optare per, una delle seguenti soluzioni: (1) ritenere obbligatorio il soddisfacimento della condizione di procedibilità anche per la domanda riconvenzionale, con onere di re-instaurazione del procedimento di mediazione in capo all’attore, pena l’improcedibilità dell’intero giudizio; (2) qualificare come obbligatorio il tentativo di mediazione sulla domanda riconvenzionale, con onere di dar corso alla mediazione in capo al convenuto, pena l’improcedibilità della sola domanda riconvenzionale; (3) dichiarare *tout court* la domanda riconvenzionale improcedibile, senza alcuna possibilità di ‘sanatoria’, per non aver il convenuto introdotto la domanda riconvenzionale al tavolo di mediazione debitamente avviato dall’attore prima di adire la via giudiziale; (4) ritenere non necessario il tentativo di mediazione sulla domanda riconvenzionale (come su quelle proposte da eventuali terzi intervenuti), essendo un tentativo di mediazione già stato svolto sulla domanda principale; (5) consi-

²⁰ Sull’istituto del rinvio pregiudiziale ai sensi dell’art. 363 bis c.p.c. v. G. TRISORIO LUIZZI, *La riforma della giustizia civile: il nuovo istituto del rinvio pregiudiziale*, in www.judicium.it (09.12.2023); F. SANTAGADA, *Sub art. 363-bis c.p.c.*, in R. TISCINI (a cura di), *La riforma del processo civile. Commento al d.leg. 10 ottobre 2022 n. 149*, Pisa, 2023, 525 ss.; V. CAPASSO, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione e il «vincolo» di troppo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 587 ss.; R. TISCINI, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione dell’art. 363 bis c.p.c. La disciplina. La casistica*, in *Giust. civ.*, 2023; F.S. DAMIANI, *Il rinvio pregiudiziale in Cassazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2023, 55 ss.; A. BRIGUGLIO, *Il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di Cassazione*, in www.judicium.it; A. MONDINI, *Il rinvio pregiudiziale interpretativo introdotto dal nuovo art. 363 bis c.p.c.*, in D. DALFINO (a cura di), *La riforma del processo: Il Foro italiano - Gli Speciali*, Roma-Piacenza, 2023, 312 ss.; e per una fine prospettiva comparata: M. MARINELLI, *La saisine pour avis de la Cour de Cassation e il nuovo rinvio pregiudiziale ex art. 363-bis c.p.c.: divagazioni su norme giuridiche e «norme culturali»*, in *Riv. dir. proc.*, 2024, 67 ss.

derare necessario il tentativo di mediazione sulla domanda riconvenzionale soltanto nel caso in cui questa comporti un allargamento della compagine soggettiva del processo per conseguente chiamata in causa o intervento volontario di terzi, dal momento che questi ultimi sarebbero portatori di interessi diversi e bisogni ulteriori rispetto a quelli delle parti originarie, e pertanto potenzialmente idonei a riaprire la possibilità di giungere a un accordo compositivo dell'intera lite²¹.

Come anticipato, tra le varie possibilità interpretative, le Sezioni Unite si determinano per l'esclusione del tentativo di mediazione a pena di improcedibilità sulla domanda riconvenzionale nel caso in cui esso sia già stato svolto sulla causa oggetto della domanda principale.

L'articolata motivazione a sostegno di tale soluzione merita particolare attenzione per i passaggi destinati a offrire interessanti spunti di riflessione sul tema che qui occupa: l'individuazione delle giuste 'coordinate di vita' per una co-esistenza virtuosa di mediazione e processo. Con questo intento, si intende pertanto restituire una pur breve sistematizzazione degli argomenti adottati dalla Corte a giustificazione dell'esclusione del tentativo obbligatorio di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda riconvenzionale.

5. La motivazione delle Sezioni Unite: l'esclusione del tentativo di mediazione su domande riconvenzionali eccentriche e non eccentriche...

Le Sezioni Unite esordiscono nel loro argomentare da una ricognizione della disciplina dedicata, nel d.lgs. n. 28 del 2010 e sue successive modifiche, al tentativo di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale. In particolare, esse ricordano ciò che prevede – oggi, a seguito della riforma introdotta dal d.lgs. n. 149 del 2022 – l'art. 5 d.lgs. n. 28 cit., ossia, per un verso, che «chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia» nelle materie ivi elencate «è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazio-

²¹ Per un'attenta ricostruzione dell'argomentazione svolta dal Trib. Roma, ord., 13 giugno 2023, n. 13193 cit., v. E. BORSELLI, *Il problema della mediazione obbligatoria sulla controversia oggetto di domanda riconvenzionale: la parola alle sezioni unite*, in www.judicium.it (08.11.2023).

ne» quale «condizione di procedibilità della domanda giudiziale»; per l'altro, che l'improcedibilità è «eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice non oltre la prima udienza». Da siffatta formulazione del dato positivo la Corte – correttamente – ricava che tale condizione di procedibilità della domanda giudiziale costituisce un «presupposto processuale», il cui difetto la legge consente di sanare retroattivamente qualora il giudice rilevi il mancato esperimento del tentativo o la sua pendenza, sì da permetterne la conclusione²².

Ciò richiamato e premesso, le Sezioni Unite volgono attenzione alla figura della domanda riconvenzionale, onde esaminare se e a quali condizioni essa, ove su causa per cui la legge prevede la c.d. mediazione obbligatoria, possa considerarsi soggetta alla condizione di procedibilità data dall'esperimento del tentativo di mediazione.

Riprendendo un tema oggetto di risaputo confronto dottrinale e giurisprudenziale, il Supremo Collegio rammenta la distinzione tra domande riconvenzionali c.d. non eccentriche ed eccentriche, qualificando le prime come domande proposte dal convenuto nei confronti dell'attore e legate alla domanda originaria di quest'ultimo per le connessioni espressamente previste dall'art. 36 c.p.c. o per la sussistenza di quel «collegamento obiettivo»²³ – di tratteggio conio²⁴ – «tale da rendere consigliabile e opportuna la celebrazione del *simultaneus processus* di domanda principale e riconvenzionale»; collegamento obiettivo la cui valutazione di sussistenza viene rimessa alla discrezionalità del giudice e alla sua motivazione, ove ritenga di escluderlo. Diversamente, domande riconvenzionali eccentriche devono intendersi, secondo la Corte,

²² Così al punto 3.1 di Cass., Sez. Un., 7 febbraio 2024, n. 3452 cit.

²³ Per una trattazione della connessione, di previsione positiva e di elaborazione giurisprudenziale, tra domanda principale e domanda riconvenzionale, v. per tutti E. VULLO, voce *Riconvenzione*, in *Dig. it., sez. civ.*, XVII, Torino, rist. 1999, 526 ss.; S. EVANGELISTA, voce *Riconvenzionale (domanda)*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, 6 ss.

²⁴ Per una ricognizione attenta della giurisprudenza su tipologie di connessione tra domande principale e riconvenzionale tale da rendere questa ammissibile, v., da ultimo, a commento dell'ordinanza del Tribunale di Roma che ha rimesso alle Sezioni Unite *ex art. 363 bis c.p.c.* la questione del rapporto tra domanda riconvenzionale e mediazione obbligatoria, E. BORSELLI, *Il problema della mediazione obbligatoria sulla controversia oggetto di domanda riconvenzionale*, cit., § 5.

quelle non connesse alla domanda originaria dell'attore se non per il profilo squisitamente soggettivo²⁵.

Ancorché richiamata tale distinzione, le Sezioni Unite ritengono di escludere per *qualsiasi tipo* di domanda riconvenzionale la condizione di procedibilità data dal tentativo di mediazione. Tale pur unitaria esclusione viene diversamente giustificata per domande riconvenzionali non eccentriche ed eccentriche.

Quanto alle prime, queste non soggiacerebbero alla suddetta condizione di procedibilità in quanto il loro oggetto «si collega all'oggetto del processo già introdotto dall'attore». Le Sezioni Unite lapidariamente sostengono che così debba essere perché «la mediazione è stata già esperita senza esito positivo, prima del processo o nel termine concesso dal giudice, dall'attore» e perché

la mediazione obbligatoria si collega non alla domanda *sic et simpliciter*, ma al processo, che ormai è pendente [...]: in quanto essa si collega alla *causa*, non alla *domanda* come tale, in funzione deflattiva del processo²⁶.

A tale conclusione la Corte ritiene di giungere, da un lato, in ragione del silenzio legislativo in merito alla soggezione della domanda riconvenzionale alla c.d. mediazione obbligatoria – silenzio persistente anche a seguito della riforma introdotta dal d.lgs. n. 149 del 2022; dall'altro, alla luce del *fine* da attribuirsi al tentativo di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Questo si rinverrebbe, secondo le Sezioni Unite, nella «reale spinta deflattiva» riconosciuta allo strumento della mediazione sin dalla sua introduzione nel nostro ordinamento²⁷, in quanto «misura di contenimento del contenzioso civile» volta a «preservare», e così «economizzare»²⁸, la risorsa giurisdizionale di per sé «non illimitata»²⁹, nonché a promuovere il «miglioramento dell'efficienza del sistema giudiziario e dell'accelerazione dei

²⁵ V. punto 2 di Cass., Sez. Un., 7 febbraio 2024, n. 3452 cit.

²⁶ Così al punto 3.2 di Cass., Sez. Un., cit.

²⁷ A riguardo Cass., Sez. Un., cit. richiama la relazione illustrativa al d.lgs. n. 28 del 2010.

²⁸ Così al punto 3.2 di Cass., Sez. Un., cit.

²⁹ In questi termini il richiamo è a C. cost., 19 aprile 2018, n. 77, punto 13, in *Foro it.*, 2019, I, 97 ss.

tempi di definizione del contenzioso civile»³⁰. La mediazione c.d. obbligatoria, quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale, avrebbe pertanto come fine «l’auspicata non introduzione della causa» grazie alla sua previa soluzione in via stragiudiziale³¹.

Ne deriva – prosegue il Supremo Collegio – che avendo la mediazione «esclusive finalità di economia processuale»³², questa non potrebbe conseguirsi allorché «la domanda principale sia stata regolarmente proposta dopo che la mediazione abbia già fallito l’obiettivo» e si imponga «una nuova mediazione obbligatoria relativa alla riconvenzionale»³³. Ove così si facesse, infatti, il giudice, già investito della causa introdotta dall’attore, non verrebbe di questa spogliato neppure se la mediazione sulla domanda riconvenzionale avesse successo, dal momento che ciò porterebbe al massimo a una riduzione del *thema decidendum*, ma non a una sua completa eliminazione.

Argomentazioni diverse, ma convergenti nell’esito, vengono spese dalle Sezioni Unite in merito alle domande riconvenzionali eccentriche³⁴. Riscontrato come anche per queste l’imposizione del tentativo di mediazione non assicurerebbe un effetto pienamente deflattivo, la Corte evidenzia il *vulnus* ai principi di certezza del diritto e ragionevole durata del processo che una tale previsione comporterebbe.

A tale constatazione le Sezioni Unite giungono a mente delle riscontrate criticità emerse nella giurisprudenza formatasi in applicazione dell’art. 46 l. n. 3 del 1982 – poi abrogato dal d.lgs. n. 150 del 2011, ma il cui art. 11 ne riproduce il testo senza significative alterazioni – che impone, a chi intende proporre in giudizio una domanda relativa a una controversia in materia di contratti agrari, di tentare la conciliazione presso l’ispettorato provinciale dell’agricoltura competente per territorio³⁵.

Ebbene, ferma in principio nel ritenere che nel contenzioso agrario il tentativo di conciliazione debba precedere anche la domanda riconven-

³⁰ Sono queste le parole di C. cost., 18 aprile 2019, n. 97, punto 3.3.3, in *www.lanuovaproceduracivile.com*, 2019.

³¹ Così al punto 3.2 di Cass., Sez. Un., 7 febbraio 2024, n. 3452 cit.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*.

³⁴ V. punto 3.3 di Cass., Sez. Un., 7 febbraio 2024, n. 3452 cit.

³⁵ Così al punto 3.3.1 di Cass., Sez. Un., cit.

zionale, la giurisprudenza di legittimità finisce però per ricorrere a una serie di *distinguo*, che, nel temperare l'onere del convenuto, gettano le parti nelle nebbie dell'incertezza applicativa.

Giocando su sottili quanto impervie distinzioni, infatti, la giurisprudenza ha ritenuto la domanda riconvenzionale soggetta al previo tentativo di conciliazione solo quando essa: ampli l'ambito della controversia rispetto ai limiti delineati nel già esperito tentativo di conciliazione di cui alla domanda principale; investa aspetti nuovi della controversia, che se conosciuti e valutati dalle parti unitamente a quelli su cui già pende il processo, potrebbero condurre a una definizione bonaria della lite; non si ricollegli direttamente al contrasto tra le parti e alle pretese già fatte valere dall'attore in sede di conciliazione; non si tratti di domanda che faccia valere richieste già dedotte dal convenuto nella conciliazione avviata a suo tempo dall'attore³⁶.

Evidente è l'intento che sospinge questa articolata giurisprudenza: erodere l'onere di un nuovo esperimento conciliativo allorché venga introdotta, a giudizio instaurato, una domanda riconvenzionale, sì da evitare che la sua proposizione miri soltanto a «ritardare il processo»³⁷.

Ancorché apprezzabile, tale obiettivo appare alle Sezioni Unite perseguito dalla giurisprudenza in materia di contenzioso agrario con 'dubbi mezzi', dal momento che essa ancora l'onere di rinnovare il tentativo di conciliazione allorché sia proposta domanda riconvenzionale, a criteri fondati su un «linguaggio vago» e «concetti controvertibili», destinati a pregiudicare la certezza del diritto³⁸. Senza contare, poi, che nei casi in cui il tentativo di conciliazione debba nuovamente esperirsi, vanificata sarebbe la ragionevole durata del processo.

³⁶ Restituisce con puntualità l'esperienza (difficile) della conciliazione nelle liti agrarie, alla luce delle Sezioni Unite qui in commento, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Mediazione e nuove domande*, cit., 93 ss., e ivi ampi e precisi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, la quale mette ben in luce come il contenzioso agrario «insegn[i] quanto sia difficile districarsi, quando si decide di adottare parametri fondati sui criteri individuatori dell'azione, *petitum* e *causa petendi*, o peggio, sullo sfuggente concetto di vicenda sostanziale».

³⁷ Così al punto 3.3.1 di Cass., Sez. Un., cit.

³⁸ *Ibidem*.

Di qui, la conclusione delle Sezioni Unite per l'esclusione di una 'trasposizione' degli orientamenti giurisprudenziali maturati in materia agraria al contenzioso civile e commerciale oggetto di applicazione dell'art. 5 d.lgs. n. 28 cit.

6. (segue) ...e il rischio di «eccesso di mediazione»

Così partitamente descritti gli inconvenienti di una mediazione imposta quale condizione di procedibilità della domanda riconvenzionale (eccentrica e non), le Sezioni Unite giungono a sintesi, denunciando il pericolo che una tale opzione interpretativa comporterebbe: quello di un «eccesso di mediazione»; rischio temuto e scongiurato, invece, dalla disciplina di diritto positivo, che esclude – ricorda la Corte – duplicazioni degli strumenti conciliativi quali filtri della giurisdizione; sottopone a termine ragionevole la sollevazione dell'eccezione di improcedibilità della domanda giudiziale per mancato esperimento della mediazione; prevede una durata massima del procedimento di mediazione.

Non solo. Se è vero – rammentano ancora le Sezioni Unite richiamando consolidata giurisprudenza costituzionale – che il diritto di accesso al giudice «non comporta l'assoluta immediatezza del suo esperimento» ma ben può convivere con ipotesi di giurisdizione condizionata che evitano l'«abuso della giurisdizione» e offrono un «modo di soddisfazione della posizione sostanziale più pronto e meno dispendioso», non di meno gli oneri che esse impongono non possono essere «tali da rendere impossibile o estremamente difficile l'esercizio del diritto di difesa o lo svolgimento dell'attività processuale»³⁹.

Ne discende che, ove previste dalla legge, le condizioni di procedibilità della domanda giudiziale non possano essere interpretate in senso estensivo e non violino il diritto di azione soltanto ove il tentativo conciliativo «risulti idoneo a produrre il risultato vantaggioso del c.d. effetto deflattivo, senza mai divenire tale da provocare un inutile prolungamento dei tempi del giudizio»⁴⁰.

³⁹ V. punto 3.3.2.2 di Cass., Sez. Un., 7 febbraio 2024, n. 3452 cit.

⁴⁰ *Ibidem*.

Di qui, il necessario e imprescindibile contemperamento di «effetto deflattivo, ragionevole durata e divieto di inutili intralci» che, nella questione interpretativa che occupa le Sezioni Unite, le induce a concludere per l'affermazione che la «condizione di procedibilità» di cui all'art. 5 d.lgs. n. 28 del 2010 e successive modifiche, sia «da applicare al solo atto introduttivo, non a tutte le 'domande' proposte nel processo»⁴¹. In caso contrario, finirebbero per esperirsi «tante successive mediazioni non simultanee» destinate a essere utilizzate «in modo disfunzionale» e con una sorta di «effetto *boomerang*» sull'efficienza della risposta della giustizia⁴²; laddove, invece, la mediazione, quale strumento di «contemperamento di interessi», è «esperimento» finalizzato al raggiungimento di un accordo negoziale «che non avrebbe senso diluire o prolungare oltre misura»⁴³, ma è piuttosto da leggersi alla luce dell'individuazione di un «appropriato meccanismo di coordinamento, ispirato alla considerazione necessariamente unitaria della vicenda sostanziale dedotta in giudizio»⁴⁴.

In tale direzione, ricordano le Sezioni Unite, si muove d'altronde il mediatore, che «nel diligente adempimento del suo incarico», esorterà «le parti a mettere ogni profilo 'sul tappeto', ivi comprese le richieste del convenuto», in vista della «trattazione congiunta di più interessi di cui le varie parti siano portatrici» in un unico procedimento di mediazione, affinché essi «vengano [...] adeguatamente ponderati e non ridotti forzatamente 'a pari merito'»⁴⁵.

«Per ogni altro profilo» – sostiene il Supremo Collegio –

sussiste il compito generale del giudice, ai fini di risparmiare risorse giurisdizionali e non emettere la sentenza, di tentare e proporre egli stesso la conciliazione (artt. 185, 185 *bis* c.p.c.), dove il tentativo di

⁴¹ V. punto 3.3.2.3 di Cass., Sez. Un., 7 febbraio 2024, n. 3452 cit.

⁴² Così al punto 3.4 di Cass., Sez. Un., cit.

⁴³ In questi termini al punto 3.3.2.3 di Cass., Sez. Un., cit.

⁴⁴ Così punto 3.3.2.2 di Cass., Sez. Un., cit., richiamando C. cost., 12 dicembre 2019, n. 266.

⁴⁵ V. punto 3.4 di Cass., Sez. Un., 7 febbraio 2024, n. 3452 cit.

conciliazione potrà avere svolgimento con maggiore probabilità di esito positivo⁴⁶.

Il giudice, infatti,

in adempimento del suo compito essenziale, conoscendo gli atti e le parti, ha tutto l'agio e le competenze per tentare la conciliazione lungo tutto il corso del processo, così come ora prevede l'art. 185-*bis* c.p.c., 'fino al momento in cui fissa l'udienza di rimessione della causa in decisione'⁴⁷.

Di qui, l'enunciazione finale del principio di diritto sulla questione posta dal rinvio pregiudiziale sollevato dal Tribunale di Roma:

la condizione di procedibilità prevista dall'art. 5 d.lgs. n. 28 del 2010 sussiste per il solo atto introduttivo del giudizio e non per le domande riconvenzionali, fermo restando che al mediatore compete valutare tutte le istanze e gli interessi delle parti ed al giudice esperire il tentativo di conciliazione, per l'intero corso del processo e laddove possibile.

7. L'occasione per una riflessione più ampia: dalla condizione di procedibilità in ipotesi di cumulo di domande...

Come anticipato, l'articolata motivazione a sostegno del principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite offre non poche sollecitazioni in merito al tribolato rapporto tra mediazione e processo, che tanto più si colgono ove gli argomenti addotti vengano esaminati da una prospettiva più ampia.

A un'analisi della sentenza da tale angolatura deve però premettersi una rigorosa verifica di taluni passaggi centrali della motivazione, per loro importanza tradotti anche nel principio di diritto poc'anzi restituito; passaggi che, sia detto fin d'ora, non convincono per le seguenti ragioni.

Le Sezioni Unite correttamente esordiscono qualificando come «presupposto processuale» il tentativo di mediazione legislativamente

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ In questi termini Cass., Sez. Un., 7 febbraio 2024, n. 3452 cit., punto 3.2.

previsto, con riguardo a determinate controversie, quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Da siffatto inquadramento la Corte manca però di trarre le dovute, coerenti conseguenze. Nonostante quelle premesse, essa sostiene, infatti, che «la mediazione obbligatoria si collega non alla domanda *sic et simpliciter*, ma al processo [...]: in quanto essa si collega alla *causa*, non alla *domanda* come tale». Di qui la conclusione, come da principio di diritto, secondo cui «la condizione di procedibilità prevista dall'art. 5 d.lgs. n. 28 del 2010 sussiste per il solo atto introduttivo del giudizio e non per le domande riconvenzionali».

Ebbene, non può che evidenziarsi come il ragionamento delle Sezioni Unite pecchi di rigore ed erronee si mostrino quindi le conclusioni cui perviene.

Come con nitore taluna dottrina processualcivilistica evidenzia, allorché si costruisca come presupposto processuale il previo tentativo di mediazione sulla causa oggetto di (potenziale) domanda giudiziale, obbligate sono le ricadute di tale costruzione sulle ipotesi di processo cumulato. Se in caso di simultaneo processo si realizza un contenitore processuale formalmente unico ma in cui distinti rimangono i procedimenti relativi alle singole cause cumulate anche in riferimento al vaglio delle questioni di rito, si intende come l'integrazione dei presupposti processuali – chiaro profilo di rito – vada verificata singolarmente per ogni causa. Tali presupposti, infatti, sono ‘agganciati’ «non al processo in quanto percorso unico formalmente inteso, bensì [...] ai suoi oggetti»⁴⁸. A essere conseguenti, ne deriva che la verifica della sussistenza

⁴⁸ Così testualmente, da ultimo, M. BOVE, *Mediazione obbligatoria*, cit., 11, richiamando S. MENCHINI, *Il processo litisconsortile. Strutture e poteri delle parti*, Milano, 1993, 129. Escludevano che la domanda riconvenzionale, su materia per cui l'allora art. 5 bis d.lgs. n. 28 del 2010 (previgente) prevedeva il tentativo obbligatorio di mediazione, fosse sottoposta a condizione di procedibilità, F.P. LUISO, *Diritto processuale civile. V. La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, XI ed., Milano, 2021, 83, secondo cui «la *ratio* del tentativo obbligatorio di conciliazione rende ragionevole interpretare restrittivamente la disposizione come riferita solo a chi propone l'atto introduttivo del giudizio. Si tratta, infatti, di istituto che ha esclusive finalità di economia processuale, sicché dilazionare il processo [...] ogni qualvolta venga proposta una nuova domanda in corso di giudizio è eccessivo rispetto allo scopo, visto che la domanda proposta per prima è già stata sottoposta inutilmente al tentativo di conciliazione e do-

del presupposto processuale-avvenuto tentativo di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale, e quindi di sua decidibilità nel merito, vada effettuata per ogni singola domanda (compresa quella riconvenzionale) calata nell'unico contenitore del *simultaneus processus*, e non possa invece collegarsi al solo «atto introduttivo» della domanda proposta dall'attore.

Di qui, l'«errore» in cui le Sezioni Unite incorrono; «errore» – consapevolmente? – giustificato dall'avanzata proposta di una lettura costituzionalmente orientata della disciplina positiva. Allacciare il presupposto processuale del previo tentativo di mediazione al processo formalmente unico, e non a ogni singola domanda giudiziale cumulata, infatti, risponderebbe – si lascia intendere – alla necessità di non pregiudicare eccessivamente il diritto alla tutela giurisdizionale, e così i ritardi e gli impedimenti che un «eccesso di mediazione» provocherebbe ove si diluisse il tentativo di conciliativo in tante successive mediazioni, ogni qualvolta venga proposta una domanda riconvenzionale dopo una mediazione già tentata, ma non riuscita, sulla domanda attorea originaria.

Orbene, è qui – nel richiamo delle Sezioni Unite all'«eccesso di mediazione» – che le riflessioni si spostano dal piano rigorosamente processualciviltistico alla prospettiva di più ampio respiro che più sopra si richiamava: quella di chi guarda allo scenario che ha occasionato il rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione con gli occhi – e le categorie – di chi conosce e frequenta lo strumento della mediazione, affatto diverso dal processo, ma con cui può virtuosamente co-esistere.

vrà comunque essere decisa nel merito»; sulla stessa linea A. PROTO PISANI, *Appunti su mediazione e conciliazione*, in *Foro it.*, 2010, IV, 142 ss., spec. 145; L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 575 ss., prec. 585-586; G. BALENA, *Mediazione obbligatoria e processo*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 333 ss., spec. 341; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011, 143 ss.

8. (segue) ...alla centralità del ruolo dell'avvocato e del mediatore nella promozione di un 'uso potenziato' della mediazione

Come visto, le Sezioni Unite pagano in punto di rigore ricostruttivo nel trarre le debite conseguenze dalla costruzione del tentativo di mediazione quale presupposto processuale, per evitare quell'«eccesso di mediazione» che, a loro dire, non solo affaticherebbe lo svolgimento del processo pregiudicando la tutela giurisdizionale, ma, fallendo nella funzione deflattiva, non riuscirebbe a rispondere a quell'«eccesso di giurisdizione» che i metodi conciliativi dovrebbero curare.

Ebbene, biasimo possono – giustamente – suscitare l'«errore» ricostruttivo in cui la Corte incorre al cospetto dell'operare della verifica sui presupposti processuali in caso di simultaneo processo, così come i passaggi in cui le Sezioni Unite, con enfasi quasi monocorde, assegnano al tentativo di mediazione una finalità esclusivamente deflattiva del contenzioso civile.

Se del primo errore si è detto, meritano ora riflessione i plurimi passi della sentenza annotata che alla funzione deflattiva della mediazione accordano un ruolo centrale, se non preminente.

Ora, non v'è dubbio che essi siano passibili di critica⁴⁹. È dato ormai acquisito, infatti, che gli strumenti a-giurisdizionali, autonomi e consensuali di soluzione del contenzioso rivestano finalità diverse e ulteriori rispetto a quella del (mero) decongestionamento del carico giudiziario⁵⁰. Non stupisce, tuttavia, che le Sezioni Unite si attenzionino

⁴⁹ In questo senso anche E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Mediazione e nuove domande*, cit., 88 ss., che rifiuta la concezione, veicolata dalla pronuncia in commento, per cui la mediazione sia da vedersi «in negativo», e sospinge, invece, per una visione «in positivo dello strumento», da considerarsi «uno [...] fra quelli contenuti nella cassetta degli attrezzi di chi ha una lite da risolvere».

⁵⁰ Per tutti, sul tema, P. LUCARELLI, *Mediazione dei conflitti: una spinta generosa verso il cambiamento*, cit., 15 ss.; A. SIMONCINI, E. CREMONA, *Mediazione e Costituzione*, in *Giustizia consensuale*, 2022, 3 ss., prec. 16 ss., che nel superamento di una visione della mediazione come 'mezzo' per la deflazione del carico giudiziario, ne esaltano il suo essere 'fine', nel quadro dei valori costituzionali e di un'accezione della giustizia oltre la giurisdizione. In questo senso, la mediazione trova il proprio fondamento nell'art. 2 Cost., quale pietra miliare – nella sua previsione del dovere inderogabile di solidarietà sociale – di un'antropologia relazionale non individualista, ma comu-

soprattutto – anche se non solo: sul punto si tornerà a breve – sulla funzione deflattiva della mediazione. Va detto, infatti, che la prospettiva da esse abbracciata non può che essere quella dell’organo giudicante chiamato a esercitare la funzione giurisdizionale nel processo e dalla cui prospettiva la riuscita della mediazione si misura – innanzitutto – sulla sua capacità di evitare, risolvendo il conflitto, l’instaurazione della lite avanti la macchina giudiziaria⁵¹.

nitaria, che valorizza e promuove le spinte coesive presenti nella società civile che il tavolo di mediazione può raccogliere e valorizzare. A quel tavolo, infatti, come ricorda P. CONSORTI, *Oltre la mitezza, la gentilezza del diritto*, *ivi*, 2023, 667 ss., può trovare emersione quella dimensione del diritto che si prende cura delle relazioni personali e fa prevalere la dimensione dell’ascolto rispetto a quella dell’assertività, insistendo sugli elementi unitivi a discapito di quelli divisivi, e che non si appoggia sull’esercizio del potere, ma sulla ricerca del consenso. Non solo. La mediazione diventa strumento prezioso per affrontare i problemi che segnano la vita dei contratti a esecuzione prolungata o periodica – tra tutti le sopravvenienze – in termini non più di inadempimenti o violazioni di doveri, bensì di crisi di cooperazione, cui è possibile dare efficace risposta mediante la comprensione delle cause delle crisi e delle dinamiche conflittuali e la conseguente genesi di soluzioni creative mediante l’esercizio consapevole dell’autonomia: così P. LUCARELLI, L. RISTORI, *I contratti commerciali di durata. Crisi di cooperazione e governo del cambiamento*, Torino, 2016.

⁵¹ Lo ricorda anche la Prima Presidente della Corte di Cassazione, Margherita Casano, nella relazione di apertura dell’anno giudiziario 2024, laddove ricorda che «nel settore civile le pendenze sono diminuite dell’8,2 per cento nei tribunali e del 9,8 per cento nelle corti d’appello. La durata media dei procedimenti si è ridotta in primo grado del 6,6 per cento e in appello del 7 per cento. Il *disposition time* è sceso del 6,4 per cento nei tribunali e del 6,4 per cento nelle corti d’appello. Fra i tanti aspetti delle modifiche normative che hanno reso possibili questi risultati confortanti desidero citarne uno in particolare: la mediazione. Dai dati ministeriali emerge, infatti, una sua significativa applicazione soprattutto nelle cause in tema di successione, divisione ereditaria, diritti reali, condominio, assicurazione, responsabilità extracontrattuale già instaurate, a dimostrazione di un mutamento condiviso di cultura di giudici e avvocati». Ancorché in modo illuminato, ella soggiunga che «come osservato nella dottrina, il valore della mediazione non risiede soltanto nella sua capacità deflattiva, quanto piuttosto nella sua idoneità a realizzare la coesione sociale, a porre al centro la persona, prima ancora che la ‘parte’, a restituire agli individui l’opportunità di comprendere le ragioni del conflitto e di acquisirne la consapevolezza, a promuovere l’ascolto empatico dell’altro, a gestire relazioni efficaci attraverso il confronto» (25 gennaio 2024, apertura anno giudiziario 2024, relazione, 6-7).

A ben vedere, d'altronde, al giudice non è da chiedersi un punto di vista diverso: la mediazione, come si diceva in esordio, ben co-esiste con il processo proprio perché l'una e l'altro rappresentano mezzi diversi di risposta al contenzioso. A ciascuno corrisponde il suo ambito di azione, sulla base dei propri 'fondamentali', delle proprie dinamiche, delle proprie tecniche e... del proprio oggetto⁵².

Oggetto del processo e oggetto della mediazione divergono, ed è in questa diversità che sembra in parte intravedersi la ragione profonda dell'«errore processualciviltistico» in cui la Corte incorre, e che più sopra si è evidenziato.

La mediazione accoglie la complessità del conflitto, ovvero quel coacervo di interessi, bisogni, esigenze, che nascono dal verificarsi di un evento storico di 'scontro' tra due o più parti⁵³. Con la conseguenza che ancorché, per come oggi disciplinata, la domanda di mediazione (non può che) menziona(re) (anche) una 'pretesa giuridica'⁵⁴, essa dovrebbe però costituire soltanto il 'mezzo' per aprire il tavolo di mediazione a tutto ciò che, dal punto di vista delle parti coinvolte, quell'acc-

⁵² Lo sottolinea con nitore E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Mediazione e nuove domande*, cit., 93, che rammenta come «la mediazione e il processo operano su piani diversi: la prima è diretta all'emersione degli interessi delle parti, il secondo è finalizzato all'accertamento dei diritti».

⁵³ Per tutti, sulle forme del conflitto e sulla differenza tra sua soluzione secondo un ordine imposto o negoziato, alla luce della distinzione tra potere, diritto e interessi, v. G. COSÌ, *L'accordo e la decisione. Modelli culturali di gestione dei conflitti*, Torino, 2017, 114 ss. L'attenzione per la complessità del contenzioso si accompagna alla progressiva attenuazione della fiducia senza riserve per una conoscibilità sicura, e così per una classificazione definitiva, della realtà, quale invece segnò le codificazioni ottocentesche: sul punto v. P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, III ed., Milano, 2007 e N. IRTI, *L'età della codificazione*, IV ed., Milano, 1999, nonché, dalla prospettiva della giurisdizione, N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007; A. 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, 3 ss.

⁵⁴ Su tale profilo v. da ultimo N. MINAFRA, *La domanda di mediazione*, in D. DALFINO (a cura di), *La nuova «giustizia complementare»*, cit., 199 ss.; G. IMPAGNATIELLO, *La domanda di mediazione: forma, contenuto, effetti*, in www.judicium.it (01.04.2011).

dimento conflittuale ha occasionato e si è in esso intrecciato⁵⁵. Di questo, d'altronde, il conflitto si alimenta, come all'opposto, grazie alla sua (ri-)elaborazione, esso può sciogliersi nel raggiungimento di una soluzione condivisa.

Di ciò le Sezioni Unite danno segno di essere al fondo consapevoli, non solo laddove richiamano quel passaggio della giurisprudenza di legittimità che discorrendo dell'oggetto su cui intervengono gli strumenti consensuali di soluzione della controversia parla di «considerazione necessariamente unitaria della vicenda sostanziale dedotta», ma anche laddove esaltano la figura del mediatore nell'esercizio diligente del suo incarico. Di costui, dice la Corte, è il compito di esortare «le parti a mettere ogni profilo 'sul tappeto'».

Da qui la convinzione che sia 'sul tappeto' – *i.e.* al tavolo – di mediazione, aperto dal potenziale futuro attore, che gli interessi sottesi all'eventuale domanda riconvenzionale del convenuto debbano essere esplorati e discussi; e non in un momento successivo, a processo iniziato, al solo fine di integrare un presupposto processuale ancorato alla domanda riconvenzionale ivi proposta. Quanto mai preziosi, ai fini del raggiungimento di un accordo tra le parti, sono infatti i loro interessi compatibili, incompatibili, consequenziali, e quindi quelli che sarebbero sottesi, in un (successivo) processo, a domande riconvenzionali legate da un nesso di compatibilità, incompatibilità o consequenzialità con l'accoglimento della domanda dell'attore⁵⁶.

⁵⁵ In questa direzione E. BORSELLI, *Il problema della mediazione obbligatoria sulla controversia oggetto di domanda riconvenzionale*, cit., § 4, che, dalla prospettiva della mediazione, avverte come una «processualizzazione» della domanda di mediazione non risponderebbe a natura e finalità dell'istituto, al cui tavolo, come ricorda I. PAGNI, *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti – Introduzione*, in *Le Società*, 2010, 620 ss., «sono gli interessi [...] l'elemento che le parti tengono in considerazione», come accade «nel momento in cui si siedono al tavolo delle trattative per stipulare un qualsiasi contratto». Ne discende che «la domanda di mediazione rappresenta quindi l'innesco di una discussione destinata a proiettarsi su orizzonti i più ampi possibili»: così A. ZANELLO, *Il nuovo corso della mediazione post-Cartabia: spunti di riflessione ex parte mediatoris*, in *Foro it.*, 2024, I, 766 ss., prec. 769.

⁵⁶ Quanto sostenuto nel testo trova conferma nella restituzione dell'esperienza maturata sul campo da ID., *op. loc. ult. cit.*, che mette in luce come «nelle locazioni, ad

Non stupisce, quindi, che da una prospettiva di più ampio respiro – quella del tavolo di mediazione che guarda alla complessità del conflitto e non alla rigidità delle pretese giuridiche e della lite – si possa immaginare che, aperto detto tavolo, esso ‘consumi’ tutti i possibili successivi che potrebbero aprirsi ogni qualvolta venga proposta una domanda (riconvenzionale, eccentrica o meno) in giudizio⁵⁷. Se persino nel processo si assiste alla progressiva relativizzazione del ruolo identificativo del titolo della domanda giudiziale a vantaggio del bene della vita che con essa si vuole perseguire, in un’esaltazione della funzione teleologico-funzionale della domanda giudiziale⁵⁸, nonché, per altro verso, a una ‘sanzione’ del suo frazionamento⁵⁹, non si vede come il

esempio, quando oggetto e ragioni della pretesa vengono indicati con la sintetica espressione ‘locazione-sfratto per morosità’, il mediatore normalmente parla dei canoni e della morosità, ma di sicuro indaga anche sul deposito cauzionale, sui possibili danni invocati o invocabili dal conduttore, sulla possibile eccezione di non conformità del bene all’uso, sulla intenzione di chiudere ovvero di mantenere o rinnovare il rapporto, e ancora sui rapporti personali, sugli aspetti emotivi, sulla convenienza di guardare avanti e di non restare troppo rivolti al passato, spesso nella non costruttiva ricerca di una qualsiasi colpa dell’altro nell’insorgenza e nel persistere della lite. Sulla scorta di indicazioni generiche, ma più che sufficienti, perché le parti quasi sempre conoscono benissimo l’oggetto del contendere, magari radicato in anni/decenni di contrasto, nelle procedure in materia successoria, eredità e diritti reali gli aspetti personali e familiari trovano sempre spazio e rilievo preminenti».

⁵⁷ Apre all’eventuale utilizzo della c.d. mediazione demandata ai sensi dell’art. 5 *quater* d.lgs. n. 28 del 2010 come novellato dal d.lgs. n. 149 del 2022, allorché «l’istanza presentata dal convenuto getta davvero una nuova luce sulla vertenza, aprendo una potenziale strada di mediazione che prima non c’era», E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Mediazione e nuove domande*, cit., 99.

⁵⁸ Su tale tensione v., per tutti, A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti. Art. 2907*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2018, 447 ss., che ripercorre, con dotta analisi, la *vexata quaestio* dell’identificazione della domanda giudiziale e gli approdi più recenti e moderni cui dottrina e giurisprudenza sono gradualmente, ma non senza differenziazioni, pervenute.

⁵⁹ Per l’inquadramento del tema – di teoria generale, dalle importanti ricadute pratiche, del fenomeno della frazionabilità del diritto nella domanda giudiziale – nelle sue diverse declinazioni e soluzioni, v., per tutti, ancora ID., *op. ult. cit.*, 66 ss., e ivi puntuali riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, in una disamina che affronta *funditus* l’annosa questione del rapporto tra diritto sostanziale e processuale e la figura, ricorrente nel diritto vivente, ma taciuta nel diritto positivo italiano, dell’abuso del processo.

tavolo di mediazione che si apra su un determinato conflitto non possa (e debba) attrarre a sé esplorazione e discussione di tutti gli interessi che a esso sono sottesi, al fine di rinvenire, in radice e una volta per tutte, la sua soluzione.

Ebbene, che ciò sia possibile e in concreto si realizzi, non dipende invero né dall'enunciazione di principi di diritto quali quello formulato nella sentenza annotata, né, a ben vedere, dalla sola figura e professionalità del mediatore. Tutto ciò è e sarà mai possibile soltanto ove anche (e soprattutto) l'*avvocato* svolga nella misura più piena il ruolo di accompagnatore del proprio assistito verso la soluzione più appropriata del conflitto⁶⁰. È l'*avvocato*, infatti, che assiste la parte nella scelta del tavolo di mediazione, nella sua preparazione e nel suo impiego più fecondo.

Per questo, lo si conceda, bene avrebbero fatto le Sezioni Unite, nel loro articolato argomentare, a tributare valore e peso – come d'altronde la Corte non ha mancato in altre occasioni di fare⁶¹ – al ruolo decisivo

⁶⁰ A riguardo si permetta ancora rinvio al mio *Fra mediazione e decisione. La riforma apre ad un nuovo paradigma di giudice?*, cit., 40 ss.; nonché, da ultimo, L. BREGGIA, *Il diritto come relazione: essere giurista al tempo delle riforme*, in *Riv. dir. proc.*, 2024, 343 ss., prec., 356. È in questo modo che l'*avvocato* diventa costruttore di relazioni sociali, come ben mettevano in luce R. POUND, *The Lawyer as a Social Engineer*, in 3 *Journal of Public Law*, 292 (1954) e L.L. FULLER, *The Lawyer as Architect of Social Structures*, in K.I. WINSTON (ed.), *The Principles of Social Order: Selected Essays of Lon L. Fuller*, Oxford-Portland, 2001, 285, nonché architetto di partecipazione democratica, come evidenza C. MENKEL-MEADOW, *The Lawyer's Role(s) in Deliberative Democracy*, in 5 *Nevada Law Journal*, 347 (2004/2005).

⁶¹ Il riferimento è al passaggio di Cass., 27 marzo 2019, n. 8473, punto 3 (in *Foro it.*, 2019, I, 3250, con commento di D. DALFINO, «Primo incontro», *comparizione personale delle parti, effettività della mediazione*; in *Giur. it.*, 2019, 2128, con annotazione di F.P. LUISO, *Mediazione obbligatoria, il giudice e la legge*; in www.judicium.it, con commento di P. LUCARELLI, *La sentenza della Corte di Cassazione 8473/2019: un raro esempio di uroboro*; in *Questione Giustizia*, 2019, con nota di C. GIOVANNUCCI ORLANDI, *La Cassazione n. 8473/2019: una rondine che speriamo non faccia primavera*), che rammenta come, con riguardo all'*avvocato*, il tempo attuale «segna anche la progressiva emersione di una figura professionale nuova, con un ruolo in parte diverso e alla quale si richiede l'acquisizione di ulteriori competenze di tipo relazionale e umano, inclusa la capacità di comprendere gli interessi delle parti al di là delle pretese giuridiche avanzate».

dell'avvocato nel promuovere una mediazione dove tutti gli interessi siano messi proficuamente «sul tappeto» e «vengano [...] adeguatamente ponderati e non ridotti forzatamente 'a pari merito'».

Solo avvocati educati e allenati alle potenzialità della mediazione saranno infatti pronti ad assistere la persona seduta al tavolo di mediazione nella condivisione degli interessi sottesi alla domanda riconvenzionale che potrebbe eventualmente proporsi nel processo, nella consapevolezza che, ad agire diversamente, si finirebbe per avere una mediazione 'a uso depotenziato'.

L'alternativa, d'altronde, la indica – con passaggi che lasciano invero perplessi – la sentenza in commento: fallito un tavolo di mediazione 'ad uso depotenziato' si apre giocoforza il processo, condotto da un giudice che ha «il compito generale [...], ai fini di risparmiare risorse giurisdizionali e non emettere la sentenza, di tentare e proporre egli stesso la conciliazione (artt. 185, 185-*bis* c.p.c.)» e che, in adempimento di questo suo «compito essenziale, conoscendo gli atti e le parti, ha tutto l'agio e le competenze per tentare la conciliazione lungo tutto il corso del processo»⁶².

Enunciati e aggettivi 'pesanti', questi, che dovrebbero indurre non poco a riflettere anche in merito alla virtuosa co-esistenza di mediazione e processo, dal momento che suggeriscono che il giudice possa farsi 'conciliatore' lite pendente con finalità (meramente?) deflattive sulla base di non ben precisate, ancorché asserite, competenze.

In questo suo ruolo, strumento chiave è ritenuta la proposta conciliativa o transattiva ai sensi dell'art. 185 *bis* c.p.c., ancorché non sia ad oggi ancora chiaro sulla base di quali presupposti e in che modo essa possa venire formulata dal giudice. A riguardo un indice interessante – su cui vale la pena di riflettere – sembra suggerito dalla Corte costituzionale, che riferendosi in una recente pronuncia sull'art. 696 *bis* c.p.c. alla proposta conciliativa del giudice, vede in questa una funzione «riconducibile all'*aequitas*, intesa come giustizia del caso singolo» e un'«estrinsecazione della funzione giurisdizionale» del giudice⁶³. Una

⁶² In questi termini, lo si ripete, si esprime il punto 3.2 di Cass., Sez. Un., 7 febbraio 2024, n. 3452 cit.

⁶³ Così testualmente al punto 4.3.1 di C. cost., 8 novembre 2011, n. 222, in *Rep. Foro it.*, 2024, voce *Conciliazione in genere, mediazione, negoziazione assistita*,

funzione, quindi, sempre e comunque decidente⁶⁴, e non di promozione dell'autonomia privata delle parti⁶⁵; una funzione decidente secondo equità cui però non si annoda, come di regola accade per le decisioni giudiziali secondo equità, il diritto delle parti di impugnazione, e che alimenta la sensazione di una certa 'ambiguità' della figura del giudice che così si conduca⁶⁶.

Parti e avvocati ne siano pertanto consapevoli e, anche alla luce di ciò, sappiano svolgere, allorché siedano al tavolo di mediazione e comunque prima di instaurare il processo, le loro ponderate valutazioni.

commentata da F.P. LUISO, *Una sentenza buona, ma insufficiente*, in www.judicium.it (28.12.2023), che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 696 bis, co. 1, primo periodo, c.p.c. nella parte in cui dopo le parole «da fatto illecito» non prevede «o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrli in conformità dell'ordinamento giuridico», in quanto la disposizione, ammettendo la consulenza tecnica preventiva per i soli crediti derivanti dalla mancata o inesatta esecuzione di obbligazioni di fonte contrattuale o da fatto illecito, e non anche per tutti i diritti di credito derivanti da ogni altro atto o fatto idoneo a produrli in conformità dell'ordinamento giuridico, secondo la indicazione fornita dall'art. 1173 c.c., dà luogo a una differenziazione priva di una ragionevole giustificazione e alla violazione, in danno dei titolari dei crediti esclusi, della garanzia ex art. 24 Cost., cui non osta l'ampia discrezionalità del legislatore in ambito processuale.

⁶⁴ Sulla piena riconducibilità del giudizio di equità alla giurisdizione in senso proprio, v., per tutti, la fine ricostruzione di A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., 263 ss.

⁶⁵ Per un approfondimento critico a riguardo si permetta rinvio a S. DALLA BONTÀ, *Il giudice quale promotore di una giustizia consensuale*, in S. DALLA BONTÀ, E. MATEVI, *Giustizia e mediazione. Dati e riflessioni a margine di un progetto pilota*, Napoli, 2022, 51 ss., spec. 67 ss., e, a seguito della riforma del processo civile introdotta dal d.lgs. n. 149 del 2022, ID., *La (nuova) introduzione e trattazione della causa nel processo di prime cure e i poteri lato sensu conciliativi del giudice. Un innesto possibile?*, in *Giustizia consensuale*, 2022, 587 ss., spec. 619 ss.

⁶⁶ Chi scrive parlava di giudice 'ambiguo' in *Fra mediazione e decisione. La riforma apre ad un nuovo paradigma di giudice?*, cit., 21; espressione ripresa da R. TISCINI, *Il ruolo del giudice e degli avvocati nella gestione delle controversie civili*, Napoli, 2023, 60 ss.

9. I costi della mediazione

Se fin qui si è detto del tentativo di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale in relazione a una possibile coesistenza virtuosa tra mediazione e processo, rimane ora da esaminare il secondo profilo cui questa indagine è indirizzata: i costi della mediazione. Aspetto tra i più delicati sin dall'entrata in vigore della disciplina del d.lgs. n. 28 del 2010, il costo della mediazione rappresenta, infatti, angolo visuale imprescindibile per saggiare la concreta possibilità di un sistema integrato di giustizia che sappia accortamente combinare vie agiurisdizionali e giurisdizionale di soluzione del contenzioso civile.

Ri-delineata nelle sue coordinate essenziali dal d.lgs. n. 28 del 2010 come novellato dal d.lgs. n. 149 del 2022, la disciplina del costo della mediazione è stata dettagliata dal d.m. n. 150 del 2023, che ha sostituito il vecchio d.m. n. 180 del 2010.

Se, da un lato, il sostegno 'economico' al ricorso alla mediazione è stato promosso dall'introduzione del patrocinio a spese dello Stato nelle ipotesi di mediazione obbligatoria *ex lege* – e si ritiene anche *jussu judicis* – (cfr. Capo II *bis* d.lgs. n. 28 cit.) nonché dall'effettiva attivazione di crediti di imposta maturati dalle parti sul compenso versato all'avvocato che le assiste in mediazione e sulle somme dovute all'organismo di mediazione (cfr. art. 20, co. 1 e 2 d.lgs. n. 28 cit.), dall'altro, si deve evidenziare come le articolate novità che la decretazione ministeriale introduce ruotino tutte intorno al 'mutamento di sguardo' che il legislatore della riforma ha riservato al c.d. primo incontro di mediazione.

Superando il dato positivo previgente e la lettura datane (anche) dal giudice di legittimità, il nuovo art. 8, co. 6 d.lgs. n. 28 cit. assegna al primo incontro la funzione di vera e propria sessione di mediazione, e non più di mero momento informativo delle parti volto a raccoglierne la volontà o meno di proseguire nel procedimento di mediazione⁶⁷.

⁶⁷ Sulle novità di contenuto e funzione del primo incontro si permetta rinvio a S. DALLA BONTÀ, *Il primo incontro di mediazione*, in D. DALFINO (a cura di), *La nuova «giustizia complementare»*, cit., 213 ss.; nonché P. LUCARELLI, *La nuova mediazione civile e commerciale*, cit., 345 ss.; A.M. TEDOLDI, *La mediazione civile e commerciale nel quadro della riforma ovvero: omeopatia del processo*, in *Giustizia consensuale*,

Di qui, la necessitata onerosità del primo incontro, indipendentemente dal suo esito (conciliativo o meno), contemplata dall'art. 17, co. 3 d.lgs. n. 28 cit., e specificata dal d.m. n. 150 del 2023, che in estrema sintesi contempla quanto segue.

All'avvio della mediazione, ciascuna parte è tenuta al pagamento, oltre che delle c.d. spese vive, della c.d. indennità di mediazione, comprensiva di spese di avvio e di spese di mediazione riferite al primo incontro, dettagliate, rispettivamente, ai commi 4 e 5 dell'art. 28 d.m. n. 150 cit.⁶⁸. In ipotesi di mediazione c.d. obbligatoria le somme dovute per spese vive e indennità di mediazione sono ridotte di 1/5 (cfr. art. 28, co. 8 d.m. n. 150 cit.)⁶⁹.

Tali importi sono gli unici dovuti nel caso in cui il primo incontro si concluda senza raggiungimento dell'accordo; ove invece questo sia raggiunto, ciascuna parte sarà tenuta a versare, ai sensi dell'art. 28, co. 7 d.m. n. 150 cit., le ulteriori somme – detratti i suddetti oneri già versati per il primo incontro – calcolate ai sensi dell'art. 30, co. 1 d.m. n. 150 cit. In particolare, tali somme sono calcolate, per gli organismi di mediazione pubblici, in conformità alla tabella di cui all'allegato A del d.m. cit., mentre per gli organismi privati, in conformità alla tabella approvata dal responsabile del registro degli organismi di mediazione tenuto presso il Ministero della giustizia. Detto importo subisce

2022, 477 ss., prec. 505 ss.; E. GABELLINI, *Il procedimento di mediazione riformato: tra incertezze giurisprudenziali e novità introdotte dal d.m. 24 ottobre 2023, n. 150*, in *Judicium*, 2024, 3 ss., prec. 17 ss.

⁶⁸ In particolare, ai sensi dell'art. 28, co. 4 d.m. n. 150 cit., «sono dovuti e versati a titolo di spese di avvio i seguenti importi: € 40,00 per le liti di valore sino a € 1.000,00; € 75,00 per le liti di valore da € 1.000,01 sino a € 50.000,00; € 110,00 per le liti di valore superiore a € 50.000,00 e indeterminato». Ai sensi dell'art. 28, co. 5 d.m. n. 150 cit. «sono dovuti a titolo di spese di mediazione i seguenti importi: € 60,00 per le liti di valore non superiore a € 1.000 e per le cause di valore indeterminabile basso; € 120,00 per le liti di valore da € 1.000,01 sino a € 50.000,00, e per le cause di valore indeterminabile medio; € 170,00 per le liti di valore superiore a € 50.000,00, e per le cause di valore indeterminabile alto».

⁶⁹ Ove la parte chiamata in mediazione non dovesse aderire alla mediazione, gli importi di cui nel testo saranno dovuti dalla parte che ha attivato il procedimento: il primo incontro, infatti, dovrà comunque avere luogo, come si evince dall'art. 22, co. 1, lett. q, d.m. n. 150 cit.

peraltro una maggiorazione del 10%, in ragione del raggiungimento dell'accordo al primo incontro.

Ove il procedimento di mediazione prosegua oltre il primo incontro e l'accordo venga raggiunto in uno degli incontri successivi, gli importi previsti dalla suddetta tabella di cui all'allegato A, per gli organismi pubblici, o da quella degli organismi privati, saranno maggiorati del 25% (art. 30, co. 2 d.m. cit.). A tale maggiorazione se ne possono aggiungere altre due: la prima, rimessa al responsabile dell'organismo di mediazione, e pari a una maggiorazione del 20% degli importi massimi tabellarmente indicati, allorché sussista una delle condizioni di cui all'art. 31, co. 3 d.m. cit., per gli organismi pubblici, e all'art. 32, co. 3 d.m. cit., per quelli privati; la seconda maggiorazione, possibile dietro accordo delle parti, sulla base dei criteri di cui all'art. 31, co. 4 d.m. n. 150 cit., per gli organismi pubblici, e all'art. 32, co. 4 d.m. n. 150 cit., per quelli privati.

Nel caso invece in cui il procedimento di mediazione prosegua oltre il primo incontro ma senza raggiungimento dell'accordo, ciascuna parte deve le ulteriori spese di mediazione calcolate sulla base della citata tabella di cui all'allegato A del d.m. cit., per gli organismi pubblici, o di quella predisposta dall'organismo privato. Sono dettratti gli oneri del primo incontro e non è prevista maggiorazione alcuna.

10. (segue) Tra pronunciamenti (eccentrici) della giurisprudenza di merito e la risposta degli organismi di mediazione

Non v'è dubbio che la decretazione ministeriale in punto di disciplina di dettaglio sulla determinazione delle indennità di mediazione abbia suscitato più di una perplessità tanto in dottrina che fra gli operatori pratici⁷⁰. La sua (inutile) complessità, infatti, stride non poco con la

⁷⁰ Sul punto v. la puntuale analisi di F. FERRARIS, *Il regolamento di procedura e le spese di mediazione secondo il nuovo d.m. n. 150 del 2023 (ovvero come rendere sovrabbondante ciò che avrebbe dovuto rimanere essenziale, comprensibile e contenuto)*, in *Giustizia consensuale*, 2024, 57 ss.; E. GABELLINI, *Il procedimento di mediazione riformato*, cit., 21 ss.; dalla prospettiva degli operatori pratici, v. F.R. IANNUZZI, S. PIERONI, *Mi scusi a quanto ammontano le spese di mediazione? Il calcolo relativo all'am-*

vocazione alla ‘prossimità’ al cittadino che lo strumento della mediazione dovrebbe comportare⁷¹.

Non rispondono a tale tratto della mediazione le involute disposizioni del d.m. n. 150 del 2023 che disciplinano i costi del primo incontro, i costi della mediazione ove essa prosegua oltre il primo incontro, nonché le varie ipotesi di maggiorazione contemplate.

Di qui, le reazioni di taluna giurisprudenza di merito, che, preoccupata dei costi eccessivi della mediazione, è arrivata a disapplicare la normativa sul tentativo di mediazione obbligatoria *ex lege* (art. 5 d.lgs. n. 28 cit.) con una presa di posizione che, a parere di chi scrive, supera però il segno.

Il riferimento è a un’ordinanza del Tribunale di Verona che giunge a sostenere che

la norma in tema di mediazione [...] sia in contrasto con i principi fondamentali della UE, *a fortiori* a seguito della entrata in vigore, il 15 novembre, del d.m. 24 ottobre 2023, n. 150, che, tra le altre cose, ha elevato gli importi delle spese per la mediazione, determinando un incremento dei complessivi costi che le parti devono sostenere per la mediazione obbligatoria e che, aspetto da non dimenticare, sono comprensivi di quelli per l’assistenza difensiva obbligatoria.

Anche tenendo conto della riduzione prevista per i casi di mediazione obbligatoria, continua il Tribunale di Verona,

il costo della mediazione che si arrestasse al primo incontro varia da un minimo di euro 364,00 (euro 80 per le spese della mediazione, senza spese vive, oltre ad euro 284,00 per il compenso per il difensore per la fase di attivazione) per le controversie di valore più basso ad un massi-

montare delle spese di mediazione diventa più articolato, in *La Mediazione*, 2024, n. 29, 10 ss.

⁷¹ Così F. FERRARIS, *Il regolamento di procedura e le spese di mediazione secondo il nuovo d.m. n. 150 del 2023*, cit., 83, che accortamente ricorda come la mediazione dovrebbe essere «uno strumento *user-friendly* la cui ‘plasticità’ ne costituisce il vero architrave»; nonché F.R. IANNUZZI, S. PIERONI, *Mi scusi a quanto ammontano le spese di mediazione?*, cit., 11, che evidenziano come «la nuova formulazione delle indennità di mediazione risulta [...] macchinosa e non aiuta sempre a rappresentare in maniera chiara e certa i costi che gli utenti intendono affrontare a seconda dei diversi scenari di sviluppo dei procedimenti stessi».

mo di euro 1.596,00 (euro 226,00 per le spese della mediazione, senza spese vive, oltre ad euro 1.370,00 per il compenso del difensore per la fase di attivazione) per le controversie di valore più elevato.

Ne discende, conclude il giudice veronese, che alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in tema di giurisdizione condizionata a tentativi di conciliazione⁷², «nessuno dei predetti importi si può [...] considerare poco significativo».

A nulla rileverebbe, secondo il giudice di merito, la previsione, ai sensi dell'art. 20, co. 1 e 2 d.lgs. n. 28 cit., della maturazione in capo alla parte di crediti di imposta sulle somme versate (all'avvocato e all'organismo di mediazione), dal momento che «la sua concreta determinazione dipende dal valore della controversia, dalla disponibilità di fondi da parte dello Stato e dal numero delle richieste». Si tratterebbe, pertanto, di «una posta incerta sia nell'*an* che nel *quantum* mentre il costo che la parte deve sostenere è effettivo e immediato».

Ebbene, oggetto di critica da parte dell'Organismo congressuale forense⁷³ come di attenta dottrina⁷⁴, la pronuncia in commento, pur cogliendo il *punctum dolens* della decretazione ministeriale sui costi della mediazione, non può trovare condivisione. Non solo essa manca di svolgere una valutazione sulla 'convenienza economica' della mediazione alla luce di tutti i fattori che possono determinarla⁷⁵, ma – soprat-

⁷² In questo senso noto è il richiamo a C. giust. UE, 18 marzo 2010, Alassini c. Telecom Italia ed al., cause riunite C-317/08, C-318/08, C-319/08 e C-320/08, in *Giur. it.*, 2010, 2585 ss., con nota di C. BESSO, *Obbligatorietà del tentativo di conciliazione e diritto all'effettività della tutela giurisdizionale*; nonché la successiva C. giust. UE, 14 giugno 2017, Menini-Rampanelli c. Banco Popolare, causa C-75/16, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1631, con nota di F. FERRARIS, *ADR e consumatori: rapporti e interferenze*.

⁷³ V. il comunicato stampa dell'OCF reperibile al seguente indirizzo: www.organismocongressualeforense.news/-/comunicati-stampa/comunicato-stampa-grave-errore-del-tribunale-di-verona-ocf-irrinunciabile-la-difesa-tecnica-in-mediazione/.

⁷⁴ F. FERRARIS, *Il regolamento di procedura e le spese di mediazione secondo il nuovo d.m. n. 150 del 2023*, cit., 80 ss.; E. GABELLINI, *Il procedimento di mediazione riformato*, cit., 21-22.

⁷⁵ Si pensi, oltre al resto, agli incentivi fiscali potenziati dalla novella del d.lgs. n. 28 del 2010, che si muovono sul piano dell'esenzione dall'imposta di registro entro il limite di valore, oggi, di 100.000 euro, e non più 50.000 (art. 17, co. 2 d.lgs. cit.), nonché dei citati crediti di imposta menzionati nel testo: a riguardo, per tutti, L.V. CARAMIA, *I*

tutto – conferisce al giudice di merito la discrezionalità di disapplicare la disciplina disegnata dal legislatore in tema di mediazione, laddove, invece, il suo vaglio di conformità alla Costituzione o alla direttiva 2008/52/CE spetterebbe alla Corte costituzionale e alla Corte di giustizia dell’Unione europea⁷⁶.

Più accorti si sono mostrati, al contrario, quegli organismi di mediazione, che, forti dell’esperienza guadagnata sul campo e di un benefico pragmatismo, hanno saputo ‘semplificare’ con opportuni accorgimenti la complicata disciplina del d.m. n. 150 cit. In particolare, essi hanno previsto ‘tariffari asciutti’, privi cioè di quelle maggiorazioni, discrezionali o concordate, sugli importi da versare all’organismo di mediazione più sopra menzionati. In caso di organismi di mediazione pubblici, inoltre, la scelta in merito alla determinazione dell’ammontare per le spese di mediazione, è stata, nella forcella tra importi minimi e massimi

profili tributari della mediazione riformata, in D. DALFINO (a cura di), *La nuova «giustizia complementare»*, cit., 307 ss. Come ricorda a tal ultimo riguardo E. GABELLINI, *Il procedimento di mediazione riformato*, cit., 21, se nel passato la promessa dei crediti d’imposta non era stata mantenuta dal legislatore, essa ha invece trovato riscontro con d.m. 1° agosto 2023, il quale prevede peraltro che, nell’ipotesi in cui le risorse stanziare non dovessero essere in grado di soddisfare le richieste, i benefici prescritti dalla legge non verranno ridotti o ridimensionati, ma la parte eccedente sarà compensata con un corrispondente aumento del contributo unificato (art. 20, co. 2). Di rilievo è l’accoglimento da parte del Ministero della giustizia, con decreti del 20 aprile 2024, delle istanze per il riconoscimento dei crediti di imposta presentati da parti, avvocati e organismi di mediazione, ai sensi dell’art. 20 d.lgs. n. 28 del 2010 come novellato, in riferimento a procedimenti di mediazione svolti dal 1° luglio al 31 dicembre 2023. Considerazione a parte merita, inoltre, il beneficio in termini di coesione e resilienza sociale che la mediazione può comportare: per riflessioni di più ampio respiro sui costi della mediazione si consenta di rinviare a S. DALLA BONTÀ, *Il costo della giustizia consensuale*, cit., 325 ss.

⁷⁶ Di diverso avviso G. MONTELEONE, *Aumentano i dubbi sulla legittimità della mediazione imposta a pena di improcedibilità*, in www.judicium.it (29.12.2023), secondo cui «è, dunque, auspicabile che tutti gli Organi giurisdizionali dello Stato seguano la strada tracciata dal Tribunale di Verona, mandando in soffitta non la conciliazione giudiziaria, ma l’artificiosa condizione di procedibilità prevista dalle norme sulla mediazione preventiva con tutto il suo corredo sanzionatorio volto ad imporne l’adempimento». *Contra* M. MORICONI, *Commento a ordinanza del 24.11.2023, Tribunale di Verona in tema di disapplicazione della norma sulla mediazione obbligatoria*, reperibile al seguente indirizzo www.adrmedyapro.it/Formazione/view-doc/6613.

fissati per scaglione di valore della controversia dal suddetto allegato A, per gli importi minimi⁷⁷.

Non solo. Consapevoli dell'importanza per l'utente di chiarezza e prevedibilità dei costi della mediazione, anche in vista della diffusione di credibilità e utilità dello strumento, gli organismi di mediazione più attenti hanno dato efficace seguito alla previsione di cui all'art. 22, co. 1, lett. u, d.m. n. 150 cit., secondo cui nel regolamento di procedura dell'organismo si dovrebbe offrire «l'illustrazione, anche con esempi pratici, dei criteri di calcolo degli importi previsti dalla tabella delle spese di mediazione».

Si tratta di un passo in avanti verso una disciplina più accorta dei costi della mediazione, nella cui direzione sembra si stia muovendo anche una 'correzione' ministeriale al d.m. n. 150 cit.⁷⁸. Un passo che favorisce quella co-esistenza virtuosa di mediazione e accesso alla via giurisdizionale solo grazie alla quale si può guardare con fiducia a un sistema integrato di giustizia.

11. Un modello di giustizia civile virtuosa: i principi delle ELI-Unidroit European Rules of Civil Procedure

Se l'indagine sinora svolta sollecita una riflessione di ampio respiro su contesto e modo attraverso cui promuovere un modello virtuoso di giustizia civile che sappia coordinare mediazione e processo, non può dimenticarsi che nella medesima direzione sospingono con forza anche considerazioni maturate nello spazio giuridico europeo. Quest'ultimo, infatti, sempre più inquadra le vie risolutive del contenzioso alla luce di

⁷⁷ Lo mette opportunamente in luce F. FERRARIS, *Il regolamento di procedura e le spese di mediazione secondo il nuovo d.m. n. 150 del 2023*, cit., 84, che richiama l'efficace *legal design* del tariffario della Camera di Conciliazione di Milano, organismo della Camera di Commercio di Milano.

⁷⁸ V. F.R. IANNUZZI, S. PIERONI, *Mi scusi a quanto ammontano le spese di mediazione?*, cit., 11, che avanzano la proposta di ridurre le spese di mediazione qualora l'accordo sia raggiunto al primo incontro, evitando che l'importo maturi per l'intero e di fissare, oltre il primo incontro, un costo a singolo incontro di mediazione, anche in questo caso diviso per scaglioni. In questo modo, gli utenti potrebbero conoscere con esattezza il costo del singolo incontro.

principi quali quello di collaborazione, proporzionalità e promozione della soluzione consensuale, nella consapevolezza che la risorsa e il servizio ‘giurisdizione’ sono scarsi e quindi preziosi, e pertanto da ‘preservare’ per quelle situazioni conflittuali che, per delicatezza o necessità di una decisione che funga da ‘precedente’, possono trovare risposta esclusivamente nella decisione giurisdizionale.

Ne dà prova il quadro che emerge dalle *European Rules of Civil Procedure*, risultato di un imponente quanto fecondo lavoro dell’*European Law Institute* e dell’Unidroit, in uno sforzo di sintesi delle diverse tradizioni processuali europee teso a offrire un modello di disciplina del processo civile che si ponga quale sincretico termine di confronto per i singoli ordinamenti nazionali come per le istituzioni dell’Unione europea nella loro produzione legislativa in merito alla giustizia civile⁷⁹.

Combinando armonicamente principi comuni alle variegate culture processuali europee, elementi salienti della disciplina processuale dell’Unione europea e risultati di indagini comparatistiche paneuropee, le *European Rules of Civil Procedure* raccolgono spinte che da tempo attraversano in Europa (e non solo) le riflessioni sulla giustizia (civile) e su una sua necessitata rivisitazione a fronte dell’emergente complessità e massificazione della conflittualità nonché della crescente esaltazione dell’autodeterminazione degli individui nella gestione di ‘fisiologia’ e ‘patologia’ delle loro relazioni⁸⁰.

⁷⁹ Trattasi delle *European Rules of Civil Procedure* adottate nel 2020 dall’*European Law Institute* e dall’Unidroit, sulla scia dei *Transnational Principles of Civil Procedure* e delle *Transnational Rules of Civil Procedure*, stese dall’*American Law Institute* e dall’Unidroit nel 2004. Risultato di un imponente quanto fecondo lavoro iniziato nel 2013 con il coinvolgimento di 40 soggetti, tra accademici e pratici provenienti da 25 giurisdizioni, oltre che di osservatori esterni della Commissione dell’Unione europea e della Conferenza dell’Aia, le *European Rules of Civil Procedure* rappresentano un modello di disciplina del processo civile che per il suo carattere di *soft law* fa della sintesi e al contempo della flessibilità il suo punto di forza per diventare fonte di ispirazione per legislatori nazionali ed euro-unitario. Per il testo di questa legge modello v. *ELI – Unidroit Model European Rules of Civil Procedure*, Oxford, 2021.

⁸⁰ Per un’introduzione ai fondamenti delle *Model European Rules of Civil Procedure*, con particolare riguardo a loro genesi, modalità di confezione e aree di intervento, v. R. STÜRNER, *The ELI/UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure. An Introduction to Their Basic Conceptions*, in *RablesZ*, 2022, 421 ss.; R. CAPONI, *Le re-*

Per quel che in questa sede maggiormente preme, è dato evidenziare come l'architettura disegnata da questa disciplina-modello si fondi su tre assi portanti che, ciascuno singolarmente e in sinergia con gli altri, ambiscono a consegnare un'immagine rinnovata di giustizia, che si ponga quale maturo compimento delle tradizioni culturali e processuali che sino ad oggi l'hanno informata: si tratta dei principi di cooperazione (*Co-operation*), proporzionalità (*Proportionality*) e consensualità nella soluzione del contenzioso (*Settlement*)⁸¹.

Quali nuovi «tria» di una rinnovata 'costruzione' della giustizia, essi esortano, nel fondo, a ripensare al modo di intendere la giustizia nel suo complesso e del processo nello specifico⁸².

gole modello europee ELI-Unidroit sullo sfondo della riforma italiana del processo civile, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 717 ss.

⁸¹ Ai *Principles* è dedicata la *Part I, Section 2* delle *European Rules of Civil Procedure*. Sulla decisione di anteporre alle *Rules* 'di dettaglio' i 'principi' v. L. CADIET, S. AMRANI-MEKKI, (*Rules 2-8*) *General Principles: Co-operation and Proportionality*, in A. STADLER, V. SMITH, F. GASCÓN INCHAUSTI, *European Rules of Civil Procedure. A Commentary on the ELI/UNIDROIT Model Rules*, Cheltenham-Northampton, 2023, 2.001-2.014. L'idea, non nuova ma di influenza illuministica, trova i suoi antesignani nei *principes directeurs du procès* del codice di procedura civile francese del 1960, nonché negli *Overriding Objective* delle *Civil Procedure Rules* inglesi della riforma di Lord Woolf. Quali espressione dell'«esprit du code» (così G. CORNU, *L'élaboration du Code de procédure civile*, in *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1995, 241 ss., prec. 250-255), essi assolvono a una funzione tanto ermeneutica quanto euristica, ponendosi quali guida nell'interpretazione e al contempo disciplina di profili non esplicitamente regolati dalle *Rules*.

⁸² Così R. CAPONI, *Le regole modello europee ELI-Unidroit sullo sfondo della riforma italiana del processo civile*, cit., 726, che così magistralmente tratteggia senso e fine dell'architettura disegnata dalle *European Rules of Civil Procedure*: «le regole Eli-Unidroit ruotano su due pilastri normativi che si equilibrano l'uno con l'altro. Il primo è piantato fuori dal processo ed è costituito dal fondamento stesso della cultura e della civiltà europee nell'evo moderno, cioè l'acquisita centralità della libertà e dell'autonomia dell'individuo nei vari ambiti della vita. Sul piano della giustizia civile, ciò si traduce nella promozione rigogliosa dell'iniziativa e del ruolo permanentemente attivo delle parti nel comporre consensualmente la controversia o singoli aspetti di essa. L'altro pilastro è piantato all'interno della giustizia civile ed è costituito dall'intersezione e bilanciamento dinamici tra il principio di cooperazione e il principio di proporzionalità, che danno forma dall'interno al tessuto delle regole».

Non è un caso che il principio di cooperazione apra il trittico di principi che informano le *European Rules of Civil Procedure*, sancendo alla *Rule 2*, che «parties, their lawyers and the court must co-operate to promote the fair, efficient and speedy resolution of the dispute»⁸³.

In ragione della sua collocazione e valenza ‘introduttiva’, non v’è dubbio che il principio assolva al compito di intonare tutto il *corpus* di *Rules* a un nuovo approccio alla conflittualità: non più solo e univocamente avversariale, bensì collaborativo. Un approccio, cioè, che induca a superare – pur senza (rin)negarne l’esistenza e talvolta l’indispensabilità – l’orizzonte della (sola) contrapposizione tra pretesa e contro-pretesa giuridica delle parti, per guardare (anche) alle radici profonde della loro lite, e così agli interessi che al fondo la muovono; interessi che, se integrati in modo soddisfacente, possono portare alla vera soluzione del conflitto, al conseguente superamento della lite e di qui alla sua estinzione⁸⁴. In altri termini, l’idea sottesa all’enunciazione del principio di

⁸³ La *Rule 2* fa propria una concezione del processo quale cosa «né solo delle parti né solo del giudice». Se vero è, infatti, che l’instaurazione del processo civile è risposta all’interesse privato delle parti, esso al contempo comporta l’esercizio di una funzione, quella giurisdizionale, che è pubblica e finanziata dallo Stato. Di qui, il dovere di cooperazione tra parti, avvocati e giudice, onde assicurare la più proporzionata soluzione della controversia, grazie a un loro dialogo effettivo nonché all’eventuale contrattualizzazione della procedura mediante accordi processuali tra parti o accordi di procedura tra parti e giudice: così L. CADIET, S. AMRANI-MEKKI, (*Rules 2-8*) *General Principles: Cooperation and Proportionality*, cit., 2.020-2.023. Ne emerge quella che R. STÜRNER, *The ELI/UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure*, cit., 452, chiama efficacemente una «co-operative procedural working community», che unisce parti, avvocati e giudice nella ricerca della soluzione del caso concreto.

⁸⁴ Lungi dallo sminuire centralità e indefettibilità della tutela giurisdizionale, l’impianto delle *European Rules of Civil Procedure* ne vuole invece favorire l’impiego con riguardo alle (sole) situazioni conflittuali e contenziose che realmente abbisognano dell’intervento dello *jus dicere*: così, *si vis*, S. DALLA BONTÀ, *Mediation: A Sleeping Beauty. La promessa della giustizia consensuale alla luce della riforma della giustizia civile*, in *Giustizia consensuale*, 2023, 251 ss., prec. 281-282, richiamando le penetranti riflessioni di G. VERDE, *L’evoluzione del ruolo della magistratura e le ricadute sul nostro sistema di giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 1155 ss., spec. 1156 ss.; A. GARAPON, *Le Gardien des promesses. Justice et démocratie*, Paris, 1996; e R. CAPONI, *Processo civile: modelli europei, riforma Cartabia, interessi corporativi, politica*, in *Questione Giustizia*, 30 maggio 2023.

cooperazione è quella di evidenziare la necessità di abbandonare il radicato automatismo del ricorso alla via giurisdizionale non appena il conflitto sorge⁸⁵.

Di qui, il secondo principio dei «tria»: il principio di proporzionalità, rivolto alle parti, agli avvocati e al giudice, che impone loro una cooperazione per una gestione proporzionata dell'*iter* di soluzione del contenzioso (*Rules* 6 e 5). Si tratta, con evidenza, dell'esito di una raggiunta consapevolezza: quella circa la scarsità e preziosità del bene e servizio 'giurisdizione', con la conseguente necessità di un ricorso alle corti ponderato e a un'attenzione a tempo e denaro spesi nel processo⁸⁶.

Non stupisce, pertanto, che al principio della proporzionalità si rianodi il terzo dei «tria» nella 'costruzione-giustizia' edificata dalle *European Rules of Civil Procedure*: la soluzione consensuale del contenzioso (*Settlement*), alla cui promozione le *Rules* ambiscono attraverso un ripensamento del ruolo di parti, avvocati e giudice. Se parte e avvocato sono chiamati a cooperare con l'altra parte per risolvere stragiudizialmente la controversia prima di ricorrere al processo (*Rule* 9(1)(2)), il giudice è tenuto ad assicurarsi, attraverso l'impiego del suo *judicial case management*, che il componimento amichevole della lite avvenga anche lite pendente (*Rule* 10)⁸⁷.

⁸⁵ In questo senso le acute riflessioni di A. SIMONCINI, E. CREMONA, *Mediazione e Costituzione*, cit., 8; nonché R. CAPONI, *Processo civile: modelli europei, riforma Cartabia, interessi corporativi, politica*, cit.; L. BREGGIA, *Il diritto come relazione: essere giurista al tempo delle riforme*, cit., 347 ss.

⁸⁶ Il principio di proporzionalità, quale criterio prestato dall'economia al diritto, dovrebbe rispondere all'esigenza di effettività dell'accesso alla giustizia e diventare perciò punto di equilibrio tra efficienza ed equo processo, sì che la risorsa scarsa della giurisdizione possa essere garantita a tutti. Di qui, la necessità di volgere costantemente lo sguardo al concreto conflitto/contenzioso, ma al contempo alle pendenze che gravano sull'intera macchina giudiziaria, sì che le risorse vengano distribuite equamente. V., ancora, a riguardo, L. CADIET, S. AMRANI-MEKKI, (*Rules* 2-8) *General Principles: Cooperation and Proportionality*, cit., 2.039; R. STÜRNER, *The ELI/UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure*, cit., 453 ss.; R. CAPONI, *Le regole modello europee Eli-Unidroit sullo sfondo della riforma italiana del processo civile*, cit., 726 ss.

⁸⁷ Con riguardo al ruolo del giudice, il principio della soluzione consensuale della lite impone a costui di promuovere il *settlement* «at any stage of the proceedings» impiegando il suo potere-dovere di direzione materiale del processo, che può assumere forme diverse ai sensi della *Rule* 49. In particolare, la promozione della soluzione con-

Ne emerge potente l'immagine di una giustizia plurale, che coniuga con efficacia auto- ed eterodeterminazione e che poggia sul fondamento relazionale del diritto, che abbraccia una «visione antropologicamente positiva» di ogni essere umano – protagonista del percorso verso la soluzione della controversia (parte, avvocato o giudice che sia) – in quanto ritenuto responsabile e quindi meritevole di fiducia⁸⁸.

Che così possa essere dipende dalla cultura⁸⁹, di cui nel nostro ordinamento si nutre quel dovere inderogabile di solidarietà sociale sancito nell'art. 2 Cost. e che merita di trovare centralità nell'educazione e formazione di giuristi e non solo.

sensuale della controversia lite pendente insiste, in primo luogo, sul dovere del giudice di assicurarsi che le parti prendano in considerazione l'eventualità di un componimento bonario della controversia nella fase preparatoria del processo e nelle udienze destinate a fissare la sua gestione del processo (*Rule* 10(1)); nonché sul dovere del giudice di informazione delle parti circa la varietà di tipologie di metodi consensuali di soluzione della lite (*Rule* 10(2)). A tale dovere giudiziale di informativa in merito all'esistenza e praticabilità di metodi diversi dal processo di composizione della controversia, si aggiunge la facoltà di esercitare poteri più incisivi, come quelli di: (i) convocare personalmente le parti (*Rule* 10(1), nonché *Rules* 16(2) e 49(10)); (ii) suggerire o consigliare alle parti il ricorso a un determinato metodo di soluzione consensuale della lite (*Rule* 10(2)); (iii) assumere egli stesso un ruolo attivo nel tentativo di conciliazione, assistendo le parti nel raggiungimento di un accordo ed eventualmente anche nella sua stesura (*Rule* 10(3)); (iv) mediare tra le parti – ma in tal caso, ove egli nel mediare raccolga informazioni *inaudita altera parte*, dovrà astenersi dal decidere la controversia (*Rule* 10(4)).

⁸⁸ Così L. BREGGIA, *Il diritto come relazione: essere giurista al tempo delle riforme*, cit., 346, sulla scia del pensiero di T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Bari-Roma, 2021, 11, 71, 88.

⁸⁹ Importanti sono le conseguenze della valorizzazione della dimensione relazionale e cooperativa nel diritto nel campo della formazione del giurista: essa implica, infatti, la sfida di un'organizzazione dell'insegnamento del diritto nelle università che riservi adeguato spazio al profilo della cooperazione rispetto a quello conflittuale, lasciando la scena alla dimensione orizzontale anziché solo verticale del diritto: v. G. RESTA, *La legge della fiducia e la fiducia nelle leggi. Considerazioni a margine del volume di Tommaso Greco*, in *Etica e politica*, XXV, 2023, 168 ss.

LA CONCILIAZIONE GIUDIZIALE: TRA DINAMICHE PROCESSUALI E VALUTAZIONI NEGOZIALI

*Domenico Dalfino**

SOMMARIO: 1. Giustizia di 'rete' e ruolo dei giudici nell'esercizio della funzione conciliativa. 2. La conciliazione giudiziale di riforma in riforma. 3. I parametri di conciliabilità della lite, le verifiche preliminari e l'udienza ad hoc. 4. La conciliazione innanzi al giudice di pace. 4.1. La conciliazione in sede non contenziosa. 4.2. La conciliazione in sede contenziosa. 5. Verso l'acquisizione di un linguaggio comune (a giudici e mediatori) in tema di attività conciliativa.

1. Giustizia di 'rete' e ruolo dei giudici nell'esercizio della funzione conciliativa

Può considerarsi ormai un dato ampiamente acquisito che i giudici rivestano un ruolo preminente nell'attività di risoluzione delle controversie non più solo in un senso 'piramidale', ma di 'rete', che, a sua volta, rispecchia il crescente orientamento verso il modello dell'ordine negoziato. Ai giudici si affida sempre più spesso il compito di ricercare un nuovo equilibrio nella gestione della controversia e di richiamare l'attenzione delle parti sulla possibilità di trovare una soluzione conciliativa¹. E pertanto, all'immagine tradizionale di meri decisori *law-oriented* si aggiunge (e si rafforza con eguale dignità) quella di possibili

* Professore Ordinario di Diritto Processuale civile nell'Università di Bari Aldo Moro.

¹ Lo mette molto bene in evidenza S. DALLA BONTÀ, *Fra mediazione e decisione. La riforma apre ad un nuovo paradigma di giudice?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2023, 21 ss., ove ulteriori riferimenti. Cfr. anche R. TARANTINO, *La conciliazione giudiziale*, in D. DALFINO (a cura di), *La riforma del processo civile: Il Foro italiano - Gli Speciali*, Roma-Piacenza, 2023, 139 ss.

promotori di un percorso di cooperazione tra le parti in contesa². Alla base di questo fenomeno si pone l'affermazione di un concetto ampio di 'giustizia' suscettibile di riferirsi a tutti i modi di risoluzione delle controversie, compresi quelli non aggiudicativi, là dove, come è ovvio, la qualificazione come 'giusta' della risoluzione tramite questi ultimi è da intendere non in senso processuale.

L'ordinamento italiano contempla quattro modelli in cui può esplicarsi l' 'intervento' dei giudici nel percorso di composizione della lite in senso non decisorio: *a)* conciliazione giudiziale in sede contenziosa; *b)* conciliazione giudiziale in sede non contenziosa; *c)* conciliazione delegata; *d)* mediazione demandata dal giudice.

Ciascuno di essi vede l'applicazione di diverse tecniche di composizione e si svolge in differenti contesti di riferimento. In questa sede l'attenzione si concentrerà sulla conciliazione giudiziale in sede contenziosa, anche nel suo rapporto con la mediazione delegata, nonché in sede non contenziosa e si dedicherà specifica attenzione al ruolo del giudice di pace.

2. *La conciliazione giudiziale di riforma in riforma*

In Italia la conciliazione giudiziale in sede contenziosa, pur rientrando tra le funzioni che la legge attribuisce ai giudici accanto a quella decisoria, non ha avuto molto successo sul piano concreto, sebbene più di recente essa abbia ritrovato nuova linfa. Le principali ragioni di questa ritrosia sembrano essere state le seguenti: la maggiore propensione dei giudici a svolgere la funzione decisoria; la mancanza di una specifica formazione e preparazione; la mancanza di tempo; l'insufficienza di strutture e risorse strumentali; l'irrilevanza dell'attività ai fini della valutazione della carriera³.

² D. DALFINO, *Mediazione, processo, ruolo dei giudici: una questione di bilanciamento*, in I. CANFORA, A. GENOVESE (a cura di), *Risoluzione alternativa delle controversie tra accesso alla giustizia e regolazione del mercato*, Bari, 2020, 73 ss.

³ D. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, in S. CHIARLONI (diretto da), *Commentario del Codice di Procedura Civile*, II ed., Torino, 2022, 323 s.

La riforma di cui alla l. n. 353/1990 aveva previsto l'obbligo di procedere all'interrogatorio libero delle parti presenti alla prima udienza di trattazione e al conseguente tentativo di conciliazione, quando la natura della causa lo consentisse (v. l'art. 183, co. 1, c.p.c., *olim* vigente). Il fondamento di questa previsione risiedeva nella convinzione che tra l'onere di comparizione personale delle parti, l'interrogatorio libero delle stesse e il tentativo di conciliazione esistesse una stretta correlazione. Infatti, l'ascolto diretto delle parti all'udienza avrebbe consentito al giudice di acquisire tutti gli elementi utili alla verifica della sussistenza di eventuali margini per una definizione della lite senza decisione⁴.

Successivamente, con il d.l. n. 35/2005, conv. con modif., in l. n. 80/2005, quell'obbligo è stato eliminato e sostituito con la possibilità di svolgere le medesime attività su richiesta congiunta delle parti, ai sensi dell'art. 185 c.p.c. Tuttavia, è rimasta ferma la «facoltà» del giudice di fissare l'udienza di comparizione personale delle parti in contraddittorio tra loro, sempre ai fini dell'interrogatorio libero sui fatti di causa (art. 117 c.p.c., cui l'art. 185 ancora oggi rinvia espressamente).

Il d.lgs. n. 149/2022, nel modificare l'art. 183 c.p.c., ha poi ripristinato l'obbligatorietà della comparizione personale delle parti e ha disposto che il giudice interroghi liberamente le parti e tenti la conciliazione nella prima udienza di comparizione e trattazione. Sennonché, per un verso, il comma 3 della disposizione menzionata contiene un espresso rinvio all'art. 185 c.p.c., che, come già detto, al comma 1 rimette queste attività all'iniziativa congiunta delle parti e che al comma 2 ora stabilisce che il tentativo di conciliazione può essere rinnovato in qualunque momento dell'istruzione; per un altro, l'art. 117 c.p.c. è rimasto immutato.

Il combinato di tali disposizioni sembra poter essere interpretato nel senso che, indipendentemente da quanto dovrebbe già accadere in prima udienza, il tentativo di conciliazione può essere rinnovato in qualunque momento. Non sempre, infatti, le parti sono in grado di valutare adeguatamente la convenienza di un accordo nel corso della prima udienza. Nonostante l'avvenuto scambio degli atti introduttivi e delle

⁴ Nel senso che il regime introdotto dalla riforma del 1990 abbia dato risultati deludenti, v. F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008, 212.

memorie integrative *ex art. 171 ter c.p.c.*, anche all'esito delle questioni rilevate d'ufficio dal giudice in sede di verifiche preliminari *ex art. 171 bis c.p.c.* (e, quindi, prima dell'udienza), il quadro delle effettive forze in campo potrebbe non essere del tutto definito.

Allo stesso tempo il giudice può non avere sufficienti elementi, neanche a seguito del primo interrogatorio libero delle parti presenti personalmente, per tentare (o, come recita l'art. 185 c.p.c., alludendo forse a un'attività auspicabilmente propulsiva del giudice, 'provocare')⁵ la conciliazione. La rinnovazione del tentativo di conciliazione può rivelarsi maggiormente utile, quindi, in un momento successivo della fase istruttoria, fermo restando il tendenziale rispetto del «calendario del processo» precedentemente predisposto dallo stesso giudice, vale a dire l'ordine delle attività e, in particolare, delle udienze fissato per la gestione più razionale del processo (art. 183, co. 4, c.p.c.; art. 81 *bis* disp. att. c.p.c., come modificato, da ultimo, dalla riforma del 2022)⁶.

Peraltro, il rinvio all'art. 185 c.p.c. contenuto nell'art. 183, co. 3, c.p.c. comporta che restino confermate sia la possibilità che le parti, in sede di interrogatorio libero e di tentativo di conciliazione, si facciano rappresentare da un procuratore generale o speciale, il quale deve essere a conoscenza dei fatti della causa, sia la necessità che la procura venga conferita con atto pubblico o scrittura privata autenticata (anche dal difensore) e attribuisca il potere di conciliare o transigere la controversia.

Il fatto che la scrittura privata, con la quale la parte conferisce la procura a conciliare o transigere al proprio rappresentante, possa essere autenticata anche dal difensore, induce a ritenere che le due figure debbano essere tenute ben distinte. Nella prassi spesso accade che a quest'ultimo siano affidati entrambi i ruoli. Tuttavia, il potere di conciliare e transigere non è compreso di per sé nel mandato alle liti, che, invece, consente al difensore di compiere e ricevere nell'interesse della parte gli atti processuali che dalla legge non sono a essa espressamente riservati, non anche di compiere atti che attengono alla disposizione del diritto sostanziale con effetti per il rappresentato. Ciò comporta che a

⁵ Cfr. F. CUOMO ULLOA, *op. cit.*, 218.

⁶ Cfr. N. VICINO, *Note brevi sulla riforma in materia di «calendario del processo»: cambia tutto per non cambiare nulla?*, in www.judicium.it.

quest'ultimo fine, il difensore debba essere munito di una procura autonoma rispetto al mandato alle liti e che essa sia conferita per atto pubblico o scrittura privata autenticata. La certificazione dell'autografia della sottoscrizione della parte di cui all'art. 83, co. 3, c.p.c., svolge, invece, la funzione di attribuire certezza in ordine alla provenienza della stessa e alla identità del sottoscrittore.

Non muta neanche la previsione normativa che fa discendere dalla mancata conoscenza, senza giustificato motivo, dei fatti della causa da parte del procuratore, il potere del giudice di valutare tale contegno processuale alla stregua di un argomento di prova (art. 116, co. 2, c.p.c.).

Come anche resta ferma la regola secondo cui, in caso di mancanza di procura ovvero in quella di conferimento senza il rispetto delle forme prescritte dalla legge, il giudice ne prende atto nel processo verbale d'udienza e fissa un'udienza per la comparizione delle parti e per la formazione del processo verbale di conciliazione ovvero, se le parti non risiedono nella circoscrizione del giudice, può autorizzarle a ratificare la convenzione conclusa dai procuratori. La dichiarazione di ratifica è unita al processo verbale d'udienza contenente la convenzione (art. 88, co. 2 e 3, disp. att., c.p.c.). La mancata comparizione all'udienza o la mancata ratifica sottraggono efficacia all'attività fino a quel momento compiuta e impediscono che la convenzione eventualmente raggiunta produca effetti. In sostanza, secondo tale disciplina, il rappresentante privo di procura può compiere le attività prodromiche alla conciliazione e finanche stipulare una convenzione per conto della parte, ma l'efficacia di tali attività e di tale convenzione è condizionata alla successiva ratifica.

Infine, anche secondo l'attuale disciplina, quando le parti hanno raggiunto una conciliazione, si forma processo verbale della convenzione conclusa e il processo verbale costituisce titolo esecutivo (art. 474, co. 1, n. 1, c.p.c.), che è assoggettato all'imposta di registro. La convenzione conclusa tra le parti per effetto della conciliazione davanti al giudice istruttore è raccolta in separato processo verbale, sottoscritto dalle parti stesse, dal giudice e dal cancelliere. Quando poi il verbale di conciliazione è redatto con strumenti informatici, della sottoscrizione delle parti, del cancelliere e dei difensori tiene luogo apposita dichiarazione del giudice che tali soggetti, resi pienamente edotti del contenuto del

verbale, lo hanno accettato. Il verbale così redatto costituisce pure titolo esecutivo e produce gli effetti della conciliazione sottoscritta in udienza (art. 88, co. 1 e 2, disp. att. c.p.c.).

Infine, va ricordato che, ai sensi dell'art. 185 *bis* c.p.c., il giudice può sottoporre alle parti una proposta transattiva o conciliativa⁷.

Le principali questioni sulle quali continua a discutersi riguardano: - la motivazione dell'ordinanza contenente la proposta⁸; - le conseguenze del rifiuto ingiustificato della proposta (apprezzabili di sicuro in punto di distribuzione del carico delle spese giudiziali *ex* art. 91, co. 1, c.p.c.)⁹; - la prevenzione, in sede di decisione, del giudice che ha formulato la proposta (nonostante, ai sensi dell'art. 185 *bis* c.p.c., lo svolgimento di questa attività non costituisca causa di astensione o ricsuzione del giudice)¹⁰; - l'individuazione del *dies a quo* per la sua formulazione¹¹.

Eppure, oggi acquisisce rilevanza anche un altro aspetto, vale a dire quello della formazione, rispetto al quale il legislatore del 2022 ha ap-

⁷ V. anche l'art. 420, co. 1, c.p.c. in relazione alle controversie di lavoro.

⁸ G. REALI, *La mediazione demandata*, in D. DALFINO (a cura di), *La nuova «giustizia»: Il Foro italiano - Gli Speciali*, Roma-Piacenza, 2023, 45 ss.

⁹ Ai sensi dell'art. 420, co. 1, seconda parte, c.p.c., invece, il rifiuto della proposta transattiva o conciliativa del giudice, senza giustificato motivo, costituisce comportamento valutabile ai fini del giudizio.

¹⁰ Cfr. A. TEDOLDI, *Iudex statutor et iudex mediator: proposta conciliativa ex art. 185-bis c.p.c., precognizione e ricsuzione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 983 ss.

¹¹ Prima della riforma del 2022 la proposta poteva essere formulata dal giudice «alla prima udienza, ovvero sino a quando è esaurita l'istruzione». Si trattava di un limite temporale piuttosto ambiguo, poiché indicava un momento anteriore all'udienza di precisazione delle conclusioni (art. 189 c.p.c., vecchio testo) ovvero, in mancanza di questa udienza (ad esempio: art. 702 *bis* ss. c.p.c., ora abrogati) all'udienza di discussione. Non era chiaro, infatti, se si potesse disporre l'avvio della mediazione anche in sede di precisazione delle conclusioni (o di discussione) oppure prima, stando alla lettera. Oggi, l'art. 185 *bis* c.p.c. individua solo il *dies ad quem*, rappresentato dal momento in cui il giudice fissa l'udienza di rimessione della causa in decisione. In base alla lettera del testo riformato, dunque, il giudice non può tentare la conciliazione nell'udienza appena menzionata, poiché il nuovo lasso temporale è compreso tra l'udienza di comparizione e trattazione e il momento di constatazione che non vi è bisogno di mezzi di prova (art. 187 c.p.c.) oppure che l'istruzione è esaurita (art. 188 c.p.c.).

portato significative novità, valorizzando sul piano della professionalità (determinata in base agli indicatori di impegno, capacità e laboriosità) l'attività conciliativa svolta dai giudici (cfr. art. 5 *quinquies*, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, aggiunto dal d.lgs. n. 149/2022)¹². Tali novità sono destinate inevitabilmente a produrre ricadute anche sul potenziamento del tentativo di conciliazione giudiziale, per espletare il quale il magistrato dovrebbe possedere abilità comuni a quelle dei mediatori¹³.

3. I parametri di conciliabilità della lite, le verifiche preliminari e l'udienza ad hoc

A seguito della riforma del 2022 al giudice è data la possibilità di valutare se valga la pena incanalare la controversia su un binario collaborativo e, perciò, diverso da quello decisorio, ancor prima della prima udienza di trattazione. In particolare, in sede di svolgimento delle verifiche preliminari *ex* art. 171 *bis* c.p.c., egli ben può indicare alle parti l'esistenza di parametri che suggeriscano di tentare la risoluzione della controversia in via conciliativa¹⁴.

A questo proposito, infatti, tra le «attività preparatorie e di supporto ai compiti del magistrato» attribuite all'ufficio per il processo civile costituito presso i tribunali ordinari e le corti di appello, l'art. 5, co. 1, lett. *a*, d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 151 (recante «Norme sull'ufficio per il

¹² Sempre ai fini della valutazione della professionalità è stata disposta la necessaria frequentazione di seminari e corsi in materia di mediazione e si è prevista la considerazione di «il numero e la qualità degli affari definiti con ordinanza di mediazione o mediante accordi conciliativi costituiscono, rispettivamente» (art. 5 *quinquies*, d.lgs. n. 28/2010, introdotto dal d.lgs. n. 149/2022).

¹³ Nello svolgimento dell'attività di conciliazione il giudice è chiamato a svolgere un ruolo massimamente delicato, poiché gli si richiede di eseguire una prestazione che prescinde dalla preparazione tecnico-giuridica e che spesso impone un impegno di tipo psicologico. Tant'è che all'uopo si è parlato di *sindrome del genitore*, intesa quale esigenza avvertita dalla parte nel momento in cui è chiamata personalmente a rispondere, di avere innanzi a sé un soggetto dotato di autorità, nel quale riporre tutta la propria fiducia. V., sul punto, A. CONVERSO, *L'interrogatorio libero e il tentativo di conciliazione*, in *Giur. it.*, 2001, IV, 638.

¹⁴ Per un'ampia analisi, v. G. REALI, *op. cit.*, 45 ss.

processo in attuazione della l. 26 novembre 2021, n. 206, e della l. 27 settembre 2021, n. 134»¹⁵ ha inserito proprio «la selezione dei presupposti di mediabilità della lite» (con ciò dovendosi intendere non necessariamente un riferimento specifico alla mediazione, ma anche alla conciliazione in sede giudiziale)¹⁶.

Tra questi presupposti o «indici» possono farsi rientrare anche quelli che gli art. 185 *bis* c.p.c. e l'art. 5 *quater* cit. contemplano ai fini, rispettivamente, della formulazione della proposta transattiva o conciliativa da parte del giudice e della mediazione demandata (che costituisce una condizione di procedibilità ai sensi dell'art. 5 *quater*, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, introdotto dal d.lgs. n. 149/2022), corrispondenti, a loro volta, all'esercizio di un potere discrezionale circoscritto entro limiti normativamente segnati¹⁷.

Si è poi affermata la prassi – di recente avallata dalla Corte costituzionale¹⁸ – di fissare una udienza ‘anticipata’ rispetto a quella di prima comparizione e trattazione individuata dall’attore nell’atto di citazione o dif-

¹⁵ Cfr. AA.VV., D. DALFINO, B. CARAPPELLA, A. NISIO, G. VITA (a cura di), *L'ufficio per il processo nel prisma della giustizia civile sostenibile: organizzazione, economia, digitalizzazione*, Bari, 2023.

¹⁶ La selezione può essere agevolata dall'utilizzo delle c.d. banche dati conciliative, che consentono il monitoraggio e la catalogazione delle ordinanze contenenti la proposta conciliativa del giudice e di quelle di invio delle parti in mediazione. Cfr. il Progetto Banca Dati Digitale Conciliativa (BDDC), registrata come buona prassi con delibera del Csm del 7 luglio 2016, su cui M. DELIA, *Le ADR nei moduli organizzativi del processo civile e nella programmazione del PNRR*, in *Questione giustizia*, 2021, 3, 152 ss.

¹⁷ Precisamente, la «natura della causa» o «del giudizio»; il «valore della controversia»; l'«esistenza di questioni di pronta e facile soluzione di diritto». L'art. 5 *quater* cit. contempla anche altri parametri, che non possono venire in rilievo prima dell'udienza di comparizione e trattazione, ma che possono essere tenuti in considerazione anche per la conciliazione giudiziale, quali: - lo «stato dell'istruzione»; - il «comportamento delle parti»; «ogni altra circostanza» (ad esempio, la tipologia del rapporto che lega le parti; sopravvenienze processuali o a particolari snodi istruttori o processuali, tracce di una pregressa trattativa, parziale adesione del convenuto alla domanda dell'attore).

¹⁸ Corte cost., 3 giugno 2024, n. 96, in *Foro it.*, 2024, I, con note di D. DALFINO, *Le verifiche preliminari e l'udienza «filtro»: garanzia del contraddittorio sulle questioni «liquide» e poteri di direzione del processo*, e di G. CARMELLINO, *La lettura costituzionale dell'art. 171 bis c.p.c.*

ferita dal giudice, con la specifica finalità di procedere alla verifica concreta, nel contraddittorio con i difensori delle parti, della possibilità di incanalare la lite sul binario collaborativo. L'espedito non solo non trova espliciti ostacoli nella legge (neanche nel d.lgs. 31 ottobre 2024, n. 164, contenente disposizioni integrative e correttive del d.lgs. 149/2022), ma può offrire evidenti benefici in senso deflativo, perché consente di evitare lo svolgimento di attività che, in caso di esito positivo del tentativo di conciliazione, si rivelano del tutto inutili¹⁹.

4. La conciliazione innanzi al giudice di pace

La funzione conciliativa che i giudici di pace sono chiamati istituzionalmente a svolgere è particolarmente pregnante.

Prima di dedicare alcune considerazioni in ordine ai due modelli della conciliazione in sede non contenziosa e in sede contenziosa, è opportuno svolgere due considerazioni di ordine generale.

In primo luogo, la funzione su detta apparteneva istituzionalmente al conciliatore ed è rimasta in capo al giudice di pace. Ciò è dimostrato dalla previsione di strumenti e percorsi conciliativi esperibili sia nel corso del processo sia fuori dal processo (quest'ultima, vera e propria peculiarità del giudice onorario).

Tuttavia, nel corso degli anni le energie del legislatore si sono appuntate su altri aspetti: - da un lato, sull'ampliamento progressivo delle competenze; - dall'altro, su misure di carattere organizzativo (che vedono il giudice di pace inserito anche nell'Ufficio per il processo,

¹⁹ Cfr. Trib. Bologna, decr., 15 aprile 2024, decr., 3 giugno 2024 e decr., 10 maggio 2024, che, pur riguardando specificamente la pronuncia di concessione della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo *ex art. 648 c.p.c.*, nonché la chiamata del terzo ad opera dell'opponente e la questione dell'osservanza della condizione di procedibilità (su cui v. anche Trib. Matera, decr., 3 gennaio 2024 e Trib. Modena, 9 maggio 2023, *ius.giuffrefl.it*, con nota adesiva di M. IANNONE, *Potere del giudice di rilevare, in sede di verifiche preliminari, la mancanza di una condizione di procedibilità*), sottolineano proprio l'utilità di una udienza 'intermedia' o 'anticipata' o *ad hoc* (per usare la terminologia di Corte cost. n. 96/2024) ai fini della verifica della sussistenza di margini per il raggiungimento di un accordo tra le parti.

chiamato a supportare il giudice togato o a sostituirlo nei compiti di minore portata sul piano economico-sociale e anche giuridico).

In particolare, dopo l'istituzione dei giudici di pace con la l. n. 374/1991, si è assistito a:

- l'istituzione del giudice unico di tribunale e la soppressione del pretore (d.lgs. n. 51/1998); ciò ha portato il giudice di pace a essere l'unico giudice ordinario di primo grado alternativo al tribunale (se si eccettua la competenza della corte di appello in unico grado), con la necessità, ad esempio, di rileggere la portata delle norme sulla connessione;
- l'estensione delle competenze di cui all'art. 7 c.p.c. (l. n. 69/2009), con aspetti di ambiguità, come quello relativo alla competenza in materia previdenziale e assistenziale²⁰;
- il riordino e la semplificazione dei riti applicabili (d.lgs. n. 150/2011);
- l'ulteriore ampliamento delle competenze e la riorganizzazione dell'ufficio del giudice onorario, attraverso l'istituzione dei giudici onorari di pace (l. n. 57/2016 e d.lgs. n. 116/2017)²¹;
- la riscrittura delle norme sul procedimento e l'ennesima rivisitazione sulle competenze (l. n. 206/2021 e d.lgs. n. 149/2022)²².

Da questo susseguirsi di riforme non sembra sia emersa una piena valorizzazione della figura del magistrato onorario. Anzi ne è risultata una situazione di estrema ambiguità e di compromesso tra opposte istanze.

Di fronte all'alternativa se riconoscere pienamente al giudice onorario una sua autonoma professionalità oppure aggravarne la marginalità e secondarietà del ruolo, si è scelta una soluzione mediana, poiché infatti, pur riorganizzandone la figura (e ampliandone, peraltro, la compe-

²⁰ Cfr. D. DALFINO, *Le nuove competenze del giudice di pace*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, 107 ss.

²¹ Cfr. D. DALFINO, *Le competenze civili del giudice onorario di pace dopo l'ultima riforma*, in F. DI CIOMMO, O. TROIANO (a cura di), *Giurisprudenza e autorità indipendenti nell'epoca del diritto liquido. Studi in onore di Roberto Pardolesi: Il Foro italiano - Gli Speciali*, Piacenza, 2018, 189 ss.; ID., *L'ultima riforma della magistratura onoraria, tra aspirazioni insoddisfatte e velleità di sistema*, in *La riforma organica della magistratura onoraria (d.lgs. 13 luglio 2017 n. 116)*, in *Foro it.*, 2018, V, 1 ss.

²² Cfr. D. DALFINO, in G. COSTANTINO (a cura di), *La riforma della giustizia civile*, Bari, 2022, 201 ss.

tenza), si è preferito esaltarne il ruolo di supporto del giudice professionale²³.

In secondo luogo, allo stesso tempo, può senz'altro ritenersi superato il mito che connette ai giudici onorari il compito di occuparsi di forme di 'giustizia minore' (cioè, sul piano quantitativo, di minore importanza economica e sociale; sul piano qualitativo, di basso tenore normativo o di modesta complessità), caratterizzate da contesti applicativi di portata limitata. L'attenzione si è sempre più spostata sui modi, diversi da quelli attuabili in via stragiudiziale, con i quali i giudici sono chiamati ad attuare la funzione conciliativa. Al momento, non sembra ancora faccia parte dello strumentario istituzionale dei giudici, neanche quelli di prossimità, il possesso delle tecniche, delle conoscenze (multidisciplinari) e dell'atteggiamento (olistico) che, per vocazione e destino, dovrebbero appartenere a soggetti quali il mediatore. A questo proposito, ben vengano le previsioni contenute nel d.lgs. n. 149/2022 intese a rafforzare la formazione dei giudici in ambito conciliativo.

4.1. *La conciliazione in sede non contenziosa*

L'attività di conciliazione stragiudiziale innanzi al giudice di pace è disciplinata da un procedimento molto semplice disciplinato dall'art. 322 c.p.c.:

- l'istanza è proposta anche verbalmente al giudice di pace competente per territorio;
- il giudice ordina la comparizione delle parti innanzi a sé;
- se l'altra parte non si presenta, il procedimento termina immediatamente;
- se invece si presenta e si raggiunge la conciliazione, il relativo verbale costituisce titolo esecutivo ai sensi dell'art. 185 c.p.c., qualora la controversia rientri nella competenza del giudice di pace, altrimenti, ha valore di scrittura privata riconosciuta in giudizio²⁴.

²³ D. DALFINO, *L'ultima riforma, loc. cit.*

²⁴ La disposizione può ritenersi, in realtà, priva di portata effettiva, dal momento che, ai sensi dell'art. 474, co. 1, n. 2, c.p.c. anche le scritture private autenticate, alle quali possono essere equiparate quelle riconosciute, costituiscono titolo esecutivo, seb-

Anche questo istituto non ha avuto molto successo. Tra le molteplici ragioni vi sono senza dubbio il fatto che la funzione conciliativa (v. art. 1 l. n. 374/1991) non è stata delineata con nettezza, sicché i giudici di pace, come i giudici professionali, non sono stati sufficientemente pronti, né gli avvocati sufficientemente incentivati a cooperare²⁵.

Per questi motivi, in passato si è cercato di rendere l'istituto maggiormente appetibile²⁶.

In particolare, si è proposto di:

- a) attribuire al giudice di pace, in caso di insuccesso del tentativo di conciliazione, di pronunciare una decisione allo stato degli atti che, in caso di accoglimento dell'istanza, conduca alla formazione di un titolo esecutivo avente la medesima stabilità dei titoli di formazione stragiudiziale; nonché di ritenere tale decisione immutabile, ove nessuna delle parti instauri un processo contenzioso dinanzi al giudice di pace entro determinato termine perentorio²⁷;
- b) prevedere il passaggio della causa in sede contenziosa su istanza del ricorrente in caso di mancata comparizione della controparte al tentativo di conciliazione e, in caso di incompetenza del giudice di pace, di fissare un termine per la riassunzione innanzi al giudice competente con continuazione del processo; nonché, in caso di comparizione della controparte, di applicare le tecniche proprie della mediazione (sessioni separate di ascolto delle parti e confidenziali), con

bene la potenzialità esecutiva in questi casi è limitata alla espropriazione forzata in relazione alle obbligazioni di somme di danaro.

²⁵ R. CAPONI, *Giudice di pace e conciliazione in sede non contenziosa* (art. 322 cod. proc. civ.), in *Foro it.*, 2005, V, 193.

²⁶ A. PROTO PISANI, *Per un nuovo titolo esecutivo di formazione stragiudiziale*, in *Foro it.*, 2003, V, 117 ss.; R. CAPONI, *op. cit.*, 193; C. GIOVANNUCCI ORLANDI, *Conciliazione non contenziosa*, in A. BUONFRATE, C. GIOVANNUCCI ORLANDI, *Codice degli arbitrati delle conciliazioni e di altre adr*, Torino, 2006, II, 379; F. CUOMO ULLOA, *op. cit.*, 207; A. MERONE, *La conciliazione non contenziosa*, in *Giur. mer.*, 2003, 52. V. in precedenza V. DENTI, *I procedimenti non giudiziali di conciliazione come istituzioni alternative*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 412 ss.; M. CAPPELLETTI, *Giudici laici. Alcune ragioni attuali per una loro maggiore utilizzazione in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 689 ss.

²⁷ R. CAPONI, *op. cit.*, 195; A. PROTO PISANI, *Per un nuovo titolo esecutivo di formazione stragiudiziale*, in *Foro it.*, 2003, V, 117.

obbligo di astensione del giudice nella causa riassunta in caso di fallimento del tentativo di conciliazione; inoltre, di prevedere incentivi fiscali²⁸.

4.2. *La conciliazione in sede contenziosa*

L'attività di conciliazione giudiziale innanzi al giudice di pace pone il problema del coordinamento tra gli art. 320 c.p.c. e gli art. 185 e 185 *bis* c.p.c.

Il primo, infatti, impone al giudice di pace di interrogare liberamente le parti e tentare la conciliazione alla prima udienza. Se la conciliazione riesce ne redige processo verbale, che costituisce titolo esecutivo.

Il secondo, come già visto, rimette alle parti la possibilità di chiedere congiuntamente al giudice di provocare la conciliazione.

Il terzo, come pure già detto, affida al giudice l'iniziativa di formulare, ove possibile, una proposta transattiva o conciliativa, avuto riguardo a determinati parametri normativi (natura del giudizio, valore della controversia, esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto) ed entro un preciso spazio temporale (fino al momento di fissazione dell'udienza di rimessione in decisione).

Queste ultime due norme dovrebbero essere applicabili innanzi al giudice di pace, nonostante il diverso tenore dell'art. 320 c.p.c., in virtù dell'art. 311 c.p.c.

L'attività di conciliazione giudiziale, poi, può essere svolta in quanto delegata dal tribunale al giudice onorario inserito nell'ufficio per il processo.

Va da sé che anche il giudice di pace debba effettuare la medesima valutazione affidata al giudice togato in ordine alla verifica dell'opportunità di tentare egli stesso la conciliazione ovvero di deferire le parti in mediazione.

Invece, la diversità strutturale del procedimento (cui si applicano, con talune varianti, le disposizioni del rito semplificato di cognizione *ex* art. 281 *decies* ss. c.p.c.) rispetto al rito ordinario di cognizione esclude

²⁸ R. CAPONI, *op. cit.*, 195.

che la tale valutazione possa prendere avvio in un momento anteriore alla prima udienza.

5. Verso l'acquisizione di un linguaggio comune (a giudici e mediatori) in tema di attività conciliativa

L'avvio del percorso conciliativo dovrebbe sempre riposare su un atto di libera volontà delle parti. Ciò non esclude che possa conoscere preziose forme di cooperazione tra queste ultime e i giudici. Anche per questa ragione, è più che mai opportuno investire sui percorsi di formazione in tale ambito. È il modo più genuino per diffondere la 'cultura' della mediazione.

Quel che più conta, infatti, è che il giudice abbia piena consapevolezza della portata della propria valutazione, che conosca fino in fondo lo strumento compositivo, che sappia immaginare le conseguenze in sede processuale dell'eventuale fallimento del tentativo di composizione amichevole esperito in mediazione demandata, che sia in grado di parlare lo stesso linguaggio del mediatore (sia pure senza mai avventurarsi in improbabili e del tutto inopportuni esercizi di mediazione 'guidata').

È necessario, altresì, che l'attività dei magistrati (da un lato, prassi e provvedimenti, dall'altro, percorsi di formazione e liti composte mediante accordi conciliativi) sia monitorata e valutata ai fini della carriera.

La riforma del 2021-2022 ha inteso valorizzare e incentivare la mediazione demandata dal giudice, in un regime di collaborazione virtuosa fra gli uffici giudiziari, le università, nel rispetto della loro autonomia, l'avvocatura, gli organismi di mediazione, gli enti e le associazioni professionali e di categoria sul territorio, che consegua stabilmente la formazione degli operatori, il monitoraggio delle esperienze e la tracciabilità dei provvedimenti giudiziali che demandano le parti alla mediazione.

Agli stessi fini, essa ha previsto l'istituzione di percorsi di formazione in mediazione per i magistrati e la valorizzazione di detta formazione e del contenzioso definito a seguito di mediazione o comunque mediante accordi conciliativi, al fine della valutazione della carriera dei magistrati stessi. Si tratta di una misura ampiamente apprezzabile per-

ché ha saputo cogliere l'importanza fondamentale del dialogo tra tutti i soggetti coinvolti nel mondo della conciliazione. La 'cultura' della composizione amichevole delle controversie, infatti, va alimentata non per compartimenti stagni, ma in prospettiva prismatica.

LA MEDIAZIONE CIVILE: UN ISTITUTO 'MULTIFASE'

*Giuseppina Passarelli**

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Sfera applicativa dell'istituto tra novella legislativa e interventi nomofilattici. 3. La mediazione obbligatoria nelle ipotesi di domanda riconvenzionale. 4. La mediazione demandata ovvero dell'esercizio dell'ars mediandi in sede endo-processuale.

1. Premessa

Una riflessione sull'istituto giuridico della mediazione sottende plurime considerazioni.

Ciò in ragione del fatto che si è al cospetto di uno strumento che si pone in funzione non semplicemente alternativa, bensì complementare e ancillare a quelli che l'ordinamento appronta per la risoluzione delle controversie.

L'interprete di tale fenomeno, indipendentemente dalle vesti assunte di giudice, di avvocato, di studioso o di giurista, si trova al cospetto di un mezzo che consente di affrontare e risolvere la lite secondo modalità innovative e diverse rispetto alla sede giurisdizionale.

Si tratta di un mezzo destinato a diluire la conflittualità tra le parti secondo stilemi linguistici, canoni operativi e prassi applicative differenti rispetto all'agone giudiziario.

Ciò impone all'interprete di rammentare sempre le importanti indicazioni fornite dalla Corte costituzionale a riguardo, la quale ha palesato sin da subito agli operatori del diritto il dilemma amletico che permea tale ambito di studio ovvero il bilanciamento tra le esigenze di economia processuale di cui all'art. 111 Cost. e quelle volte ad assicu-

* Giudice civile presso il Tribunale di Trento.

rare il diritto ad agire e difendersi in giudizio ai sensi dell'art. 24 Cost., ossia il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva¹.

L'istituto deve essere calato, del resto, nel più ampio contesto ordinamentale europeo. Infatti, il principio della tutela giurisdizionale effettiva costituisce un principio generale del diritto euro-unitario, derivante dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, sancito dagli artt. 6 e 13 della CEDU (intitolati, rispettivamente, «Diritto a un equo processo» e «Diritto a un ricorso effettivo»), oltre a essere stato ribadito anche dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 Dicembre 2000 (intitolato «Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale»). Viene in rilievo anche l'art. 67, par. 4, TFUE, secondo il quale «l'Unione facilita l'accesso alla giustizia, in particolare attraverso il principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziali ed extragiudiziali in materia civile»².

Nel pensare alla mediazione e ai tempi che ne scandiscono la comparsa sulla scena rispetto all'instaurarsi del giudizio è sembrato utile attingere al linguaggio della fisica che definisce multifase quella carat-

¹ Si veda la sentenza della Corte costituzionale n. 98 del 2014, secondo cui «La giurisprudenza di questa Corte, nell'affermare la legittimità di forme di accesso alla giurisdizione condizionate al previo adempimento di oneri quando questi siano finalizzati al perseguimento di interessi generali, ha tuttavia precisato che, anche là dove ricorra tale circostanza, il legislatore 'è sempre tenuto ad osservare il limite imposto dall'esigenza di non rendere la tutela giurisdizionale eccessivamente difficoltosa' (sentenza n. 154 del 1992; in termini analoghi, sentenze n. 360 del 1994, n. 406 del 1993, n. 530 del 1989), 'deve contenere l'onere nella misura meno gravosa possibile' (sentenze n. 233 del 1996 e n. 56 del 1995), deve operare un 'congruo bilanciamento' tra l'esigenza di assicurare la tutela dei diritti e le altre esigenze che il differimento dell'accesso alla stessa intende perseguire (sentenza n. 113 del 1997)».

² La Corte di giustizia dell'Unione europea nel c.d. caso Alassini, con sentenza 18 marzo 2010, cause riunite C-317, C-318, C-319 e C-320, ha escluso che il tentativo obbligatorio di conciliazione di cui all'art. 1, co. 11, l. n. 249 del 1997 confligga col diritto euro-unitario (in particolare, con l'art. 34 direttiva 2002/22/CE, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica), rimarcando come la conseguente restrizione ai diritti fondamentali degli utenti sia legittima, in quanto tesa al perseguimento di obiettivi di interesse generale e non sproporzionata rispetto a questi ultimi.

teristica del corpo o del sistema che è costituito da più fasi o che si presenta in più fasi³.

Ciò in ragione del fatto che la mediazione assume la veste di condizione di procedibilità della domanda che il Giudice è tenuto a rilevare d'ufficio o su eccezione di parte nel corso dell'udienza di prima comparizione.

La riforma introdotta dal d.lgs. n. 149 del 2022, da leggere in combinato disposto con le innovazioni inserite nel d.lgs. n. 28 del 2010, non prevede, infatti, che il giudice inviti le parti a esperire il tentativo di mediazione, ove obbligatorio, nel decreto emesso ai sensi dell'art. 171 *bis* c.p.c., ma consente solo di indicare alle stesse che la materia rientra tra quelle oggetto di mediazione obbligatoria, al fine di sollecitarle implicitamente ad adire l'organismo competente prima dell'inizio del giudizio, in un'ottica di contenimento dei tempi di svolgimento del processo.

Non può escludersi che nel corso della prima udienza di comparizione, la quale a seguito della riforma non costituisce più il filtro per lo svolgimento delle successive fasi, bensì il fulcro del processo, il Giudice, ove rilevi il mancato avveramento della condizione di procedibilità della domanda o la stessa sia eccepita da una delle parti, inviti le stesse a esperire il tentativo, rinviando a una successiva udienza, all'esito della quale si procederà alla verifica dell'avveramento di tale condizione e alla successiva delibazione sui mezzi istruttori già articolati nelle memorie di cui all'art. 171 *ter* c.p.c.

L'esperimento del tentativo di mediazione, in tale fase, consente di pensare a uno strumento di risoluzione stragiudiziale ed 'eso-processuale' della controversia, a differenza dei casi in cui la mediazione sia stata già tentata prima della proposizione della domanda, in cui risulta più appropriato parlare di mezzo 'pre-processuale' di soluzione della lite.

Si tratta di un momento rilevante di quella che può essere definita la giustizia di incontro, poiché in tale sede il giudice ai sensi del novellato art. 183 c.p.c. «interroga liberamente le parti, richiedendo, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e tenta la conciliazione a norma dell'articolo 185».

³ C.E. BRENNEN, *Fundamentals of Multiphase Flow*, Cambridge, 2005, 20.

2. Sfera applicativa dell'istituto tra novella legislativa e interventi nomofilattici

Il rilievo assunto dall'istituto emerge proprio dalla novella legislativa che ha esteso il novero delle materie nelle quali la mediazione è obbligatoria.

L'attuale elenco prevede l'obbligo, a pena di improcedibilità della domanda, di esperire la mediazione prima di promuovere una controversia nelle seguenti materie: condominio; diritti reali, divisione; successioni ereditarie; patti di famiglia; locazione; comodato; affitto di aziende; risarcimento del danno da responsabilità medica e sanitaria; diffamazione a mezzo stampa o con altro mezzo di pubblicità; contratti assicurativi, bancari e finanziari, associazione in partecipazione; consorzio; *franchising*; contratti d'opera, di rete, di somministrazione; società di persone e subfornitura.

Si tratta di una serie di fattispecie, in gran parte negoziali, in cui non solo si registra una forte conflittualità in ragione degli interessi economici e/o delle vicende personali che li intessono, ma che concernono sovente rapporti di durata, in cui una soluzione 'mediata' del conflitto, dovrebbe favorire la distensione di legami e vincoli che hanno una determinata protrazione nel tempo o sono connotati da una forte litigiosità, si pensi alle successioni ereditarie, o da prestazioni periodiche e continuative, in cui lo scioglimento *ab origine* del nodo gordiano che sviluppa il rapporto tra le parti dovrebbe prevenire il sorgere di ulteriori contrasti.

Indubbiamente, si tratta di controversie alquanto diverse, in merito alle quali l'approccio risolutivo del contrasto muta sensibilmente.

Giova, poi, considerare che nell'esperienza pratica di chi scrive la mediazione obbligatoria ha sortito effetti positivi nell'ambito della materia condominiale o in quella locatizia. Del resto, il nuovo art. 5 *ter* d.lgs. n. 28 del 2010 riconosce la legittimazione dell'amministratore del condominio ad attivare il procedimento di mediazione, ad aderirvi e a parteciparvi proprio al fine di snellire la procedura.

Il verbale di conciliazione o la proposta del mediatore devono essere approvati dall'assemblea con la maggioranza dell'art. 1136 c.c. entro il

termine indicato nel verbale o fissato nella proposta. In mancanza di approvazione entro il termine, la conciliazione si intende non conclusa.

Risultati meno positivi si sono registrati nel caso dei contratti bancari e finanziari ove gli importi talvolta molto elevati oggetto della pretesa creditoria e la natura alquanto tecnica del contenzioso ne hanno richiesto la trattazione nella sede giurisdizionale e lo svolgimento di apposita attività istruttoria mediante consulenze tecniche d'ufficio di tipo contabile.

Nelle materie dianzi indicate la mediazione costituisce condizione di procedibilità della domanda da rilevare d'ufficio o su eccezione di parte in sede di prima udienza ossia in quella fase che può definirsi l'*overture* del processo.

Ma vi sono dei procedimenti in cui la mediazione si inserisce in una fase diversa, in cui vi è stato già un primo contatto tra il giudice e la parte o le parti.

La condizione di procedibilità nelle materie indicate dall'art. 5 d.lgs. n. 28 del 2010 non opera, infatti, nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione; per convalida di licenza o sfratto fino al mutamento del rito; di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite (art. 696 *bis* c.p.c.); possessori, fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'art. 703, co. 3, c.p.c.; di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata; in camera di consiglio; nell'azione civile nel processo penale; nell'azione inibitoria del codice del consumo (art. 37 d.lgs. n. 206 del 2005).

Con riguardo alla materia locatizia, le procedure di convalida di sfratto per morosità o finita locazione sono connotate dalla sommarietà che mal si attaglia con la mediazione, dal momento che tali procedimenti si concludono sovente all'esito della prima udienza con la pronuncia di convalida, ove l'intimato non si sia costituito o non abbia fatto opposizione, ovvero con un provvedimento di rinvio ove abbia chiesto la concessione del termine di grazia per sanare la morosità.

Analogamente è da dirsi con riferimento alla fase interdittale dei procedimenti possessori in cui è richiesto l'immediato e tempestivo intervento del giudice per porre fine alle condotte di spoglio o di turbativa nell'esercizio del potere di fatto sulla cosa sulla scorta di una istrut-

toria snella, sommaria e deformatizzata in cui il giudice detiene ampi poteri nell'assunzione dei mezzi di prova.

Per quanto concerne i procedimenti monitori, la traslazione della condizione di procedibilità della domanda alla fase di opposizione si giustifica in ragione del fatto che il decreto ingiuntivo costituisce strumento attraverso il quale il creditore ottiene in via immediata il soddisfacimento della pretesa sulla base dei requisiti di certezza, liquidità ed esigibilità del credito.

Appare condivisibile, dunque, il differimento del tentativo di mediazione, ove la controversia vi rientri, al giudizio di opposizione e all'esito della delibazione giudiziale sulle istanze di concessione o sospensione della provvisoria esecutività ai sensi degli artt. 648 e 649 c.p.c.

Ciò in ragione del fatto che il procedimento di opposizione costituisce un giudizio ordinario a cognizione piena in cui si realizza il vero contraddittorio tra creditore e debitore e in cui la mediazione può fungere da strumento effettivo di risoluzione della controversia, anche sulla scorta di quanto può essere desunto dai provvedimenti del giudice in ordine alla provvisoria esecutività o meno del decreto ingiuntivo opposto (c.d. provvedimenti di natura cautelare)⁴.

⁴ Del resto, l'art. 5, co. 5, d.lgs. n. 28 del 2010 sancisce che «Lo svolgimento della mediazione non preclude in ogni caso la concessione dei provvedimenti urgenti e cautelari, né la trascrizione della domanda giudiziale», a riprova del fatto che la mediazione non elide il diritto del singolo a una tutela giurisdizionale effettiva, secondo una lettura costituzionalmente orientata del disposto legislativo.

La complementarità tra mediazione e processo è stata ben evidenziata in una recente pronuncia della Cass. n. 28695 del 2023, la quale ha chiarito che «La parte che abbia domandato e ottenuto la concessione di un sequestro giudiziario relativo a una controversia in materia contemplata dal d.lgs. n. 28 del 2010, art. 5, comma 1, pur dovendo iniziare il giudizio di merito nel termine perentorio di cui all'art. 669 *octies* c.p.c., comma 1, non è esonerata dall'esperimento del procedimento di mediazione ai sensi del Capo II del d.lgs. n. 28 del 2010; allorché il convenuto eccipisca tempestivamente l'improcedibilità della domanda per il mancato esperimento del procedimento di mediazione e il giudice erroneamente ritenga che la mediazione non doveva essere esperita, la conseguente nullità può essere fatta valere mediante appello; in tal caso, il giudice d'appello, dichiarata la nullità della sentenza, non potendo disporre la rimessione al primo giudice, è tenuto ad assegnare alle parti il dovuto termine per la presentazione della domanda di mediazione, per poi accertare se la condizione di procedibilità sia stata

Il fatto che l'opposizione non sia un giudizio di tipo impugnatorio, ma una prosecuzione della fase monitoria è argomento ulteriormente valorizzato dal novellato art. 5 *bis* d.lgs. n. 28 del 2010, il quale pone a carico della parte opposta ossia sull'originario ricorrente che in tale fase riveste, comunque, la posizione di attore in senso sostanziale, l'onere di attivare la relativa procedura.

La novella legislativa ha recepito l'approdo pretorio delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, le quali sono giunte ad affermare il seguente principio di diritto:

Nelle controversie soggette a mediazione obbligatoria ai sensi del d.lgs. n. 28 del 2010, art. 5, comma 1-*bis*, i cui giudizi vengano introdotti con un decreto ingiuntivo, una volta instaurato il relativo giudizio di opposizione e decise le istanze di concessione o sospensione della provvisoria esecuzione del decreto, l'onere di promuovere la procedura di mediazione è a carico della parte opposta; ne consegue che, ove essa non si attivi, alla pronuncia di improcedibilità di cui al citato comma 1-*bis* consegnerà la revoca del decreto ingiuntivo⁵.

soddisfatta e trattare la causa nel merito, ovvero, in mancanza, dichiarare l'improcedibilità della domanda giudiziale (così Cass. n. 12896 del 2021)».

⁵ V. Cass., Sez. Un., 18 settembre 2020, n. 19596. In tale pronuncia, viene valorizzato l'argomento letterale, dal momento che nell'istanza di mediazione debbano essere indicate «le ragioni della pretesa», che solo il creditore può indicare; l'art. 5, co. 1 *bis* d.lgs. n. 28 del 2010 dispone che è tenuto ad avviare la mediazione chi «intende esercitare in giudizio un'azione», e tale soggetto è indubbiamente il creditore che avvia la macchina giudiziaria con la propria azione, mentre il debitore intende solo resistere alla pretesa altrui; e, inoltre, l'art. 5 d.lgs. n. 28 cit. dispone che «dal momento della comunicazione alle altre parti, la domanda di mediazione produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale». Sul punto, la Suprema Corte osserva che un effetto favorevole al creditore (*i.e.* l'interruzione della prescrizione) non può certo essere collegato a un'iniziativa della sua controparte alla quale si surrogerebbe di fatto, realizzando un interesse altrui. Si pone l'attenzione anche sull'argomento logico-sistematico, dal momento che dopo la delibazione sulle istanze cautelari prende avvio il giudizio ordinario, talché risulta più conforme al sistema che il creditore-opposto riprenda il suo ruolo di attore e come tale sia onerato di avviare il procedimento di mediazione, avuto riguardo anche alle opposte conseguenze che discendono dalla mancata attivazione della mediazione ove l'onere gravi in tesi sul debitore. Infine, la Corte di Cassazione valorizza l'argomento di rilievo costituzionale. Infatti, porre l'onere di promuovere il procedimento di mediazione a carico dell'opponente si traduce, in caso di inerzia, nella irrevoc-

Non sono mancati spunti di riflessione ulteriori da parte della giurisprudenza di merito, la quale si è posta il problema dell'esperimento del tentativo di mediazione avuto riguardo ai casi in cui il creditore nel giudizio di opposizione sia rimasto contumace.

Nel decidere tale vicenda il giudice di merito ha preliminarmente esaminato l'eccezione sollevata dalla parte opponente relativamente al mancato espletamento del tentativo obbligatorio di mediazione di parte opposta, allorché il convenuto non si era costituito ed era stato dichiarato contumace e non ha richiesto alcuna pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione.

Il Giudice adito ha evidenziato che l'opposta non poteva esperire il tentativo di mediazione, in quanto non costituita, e l'eccezione doveva ritenersi infondata, né il giudice poteva d'ufficio fissare udienza con onere per il convenuto di esperire la procedura di mediazione nei termini fissati.

Nella vicenda decisa dal Tribunale, il convenuto-opposto si era costituito tardivamente, allegando la richiesta di fissazione di udienza per la mediazione obbligatoria, che si era tenuta con esito negativo. Alla successiva udienza, aveva richiesto poi concedersi la provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo e rigettarsi l'eccezione di controparte, ma tali questioni, non essendo state sollevate e dedotte in prima udienza non potevano essere accolte e dunque, su richiesta delle parti, la causa è stata rinviata per la precisazione delle conclusioni e decisa non sulla scorta dell'improcedibilità della domanda che non poteva essere pronunciata, ma sulla base del diverso motivo del difetto di legittimazione attiva della parte convenuta⁶.

cabilità del decreto ingiuntivo come conseguenza del mancato esperimento di un procedimento, quello di mediazione, che giurisdizionale non è affatto.

In passato la Corte di Cassazione (v. Cass., 3 dicembre 2015, n. 24629) si era pronunciata ponendo l'onere di cui sopra a carico dell'opponente. Motivazioni condivise in Cass., 16 settembre 2019, n. 22003. La pronuncia, tuttavia, non era stata accolta con parere unanime da parte degli uffici giudiziari, soprattutto di merito: se da un lato parte di essi si era adeguata, dall'altro si era assistito a una tendenza a porre l'onere di promozione del procedimento di mediazione a carico del creditore opposto.

⁶ V. Trib. Civitavecchia n. 28695 del 2023.

Ciò non esime dal dover considerare che sussiste sempre la possibilità di disporre la mediazione demandata ai sensi dell'art. 5 *quater* d.lgs. n. 28 del 2010, secondo cui:

Il giudice, anche in sede di giudizio di appello, fino al momento della precisazione delle conclusioni, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione, il comportamento delle parti e ogni altra circostanza, può disporre, con ordinanza motivata, l'esperimento di un procedimento di mediazione. Con la stessa ordinanza fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6.

Sul punto si tornerà più avanti.

3. *La mediazione obbligatoria nelle ipotesi di domanda riconvenzionale*

Il legislatore ha dunque, pur nel *favor* per la soluzione alternativa delle controversie, circoscritto la condizione di improcedibilità al rilievo d'ufficio o all'eccezione di parte entro un limite processuale assai ristretto (la prima udienza).

Giova considerare che la generale previsione di una durata massima del procedimento di mediazione – fissata in tre mesi, prorogabile di ulteriori tre mesi dopo la sua instaurazione e prima della sua scadenza con accordo scritto delle parti – ai sensi dell'art. 6 d.lgs. n. 28 del 2010, termine, inoltre, neppure soggetto a sospensione feriale, conferma l'intenzione del legislatore di perimetrare entro un arco di tempo preciso l'espletamento della procedura di mediazione.

A sua volta, l'art. 7 d.lgs. n. 28 del 2010 si occupa del principio della ragionevole durata del processo, stabilendo che:

Il periodo di cui all'articolo 6 e il periodo del rinvio disposto dal giudice ai sensi dell'articolo 5, comma 2 e dell'articolo 5-*quater*, comma 1, non si computano ai fini di cui all'articolo 2 della legge 24 marzo 2001, n. 89.

Di tale profilo si sono occupate le Sezioni Unite della Corte di Cassazione in una recente pronuncia in cui hanno evidenziato che la materia è sottoposta alla perenne tensione del bilanciamento tra diritto a una

tutela giurisdizionale effettiva (art. 111 Cost.) e diritto di azione (art. 24 Cost.)⁷.

La Suprema Corte ha fornito una lettura funzionale della mediazione obbligatoria al riparo da usi distorti e abusivi che possono condurre a una eterogenesi dei fini alla stessa sottesi, valorizzandone lo scopo volto a un «contemperamento di interessi», piuttosto che a un accertamento di diritti, «con semplicità di forme e rapidità di trattazione, anche senza verifiche fattuali»⁸.

Proprio sulla scorta di tali assunti ermeneutici, la Corte di Cassazione ha escluso che le domande riconvenzionali connesse a quella principale dell'attore, così come quelle eccentriche, ma anche la riconvenzionale a riconvenzionale (c.d. *reconventio reconventionis*), la domanda proposta da un convenuto verso l'altro, oppure da e contro terzi intervenitori, volontari o su chiamata, non rientra tra quelle oggetto di mediazione obbligatoria, al fine di evitare una evoluzione asincrona dei conflitti che difficilmente potrebbe condurre a una composizione unitaria e omogenea della lite, con evidenti ricadute sull'*iter* processuale.

Ciò comporta un duplice ordine di oneri che gravano, in parte, sul mediatore, tenuto a compiere una valutazione complessiva degli interessi delle parti e, in parte, sul giudice, chiamato nelle ipotesi di pluralità di *petita* contrapposti, ad avvalersi degli ulteriori istituti previsti dal diritto processuale civile, quali la conciliazione *ex artt.* 185 e 185 *bis*

⁷ V., Cass., Sez. Un., 2 febbraio 2024, n. 3452. Il tema del bilanciamento è stato portato con vigore all'attenzione della cultura giuridica italiana da due lavori coevi di studiosi di diritto costituzionale: G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992; R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992. Tra i teorici del diritto, la problematica era già stata introdotta da L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi*, in *Riv. intern. filosofia dir.*, 1985, 65-103. Il dibattito si è notevolmente intensificato a seguito della posizione assunta da R. GUASTINI, *Diritto mite, diritto incerto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1996, 513 ss. Per quanto riguarda il versante nordamericano, v. T.A. ALEINIKOFF, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in *96 Yale Law Journal*, 1987, 943-1005.

⁸ V. Cass., Sez. Un., 2 febbraio 2024, n. 3452, cit., § 3.3.2.3.

c.p.c. o la mediazione demandata⁹. È evidente che un simile approccio pretorio sottenda un mutamento graduale della cultura giuridica che deve essere improntata alla ‘gestione in via consensuale’ della lite e una mutata responsabilizzazione delle parti a un preciso uso dello strumento processuale.

Si delinea così uno scenario interpretativo degno di nota che impone una riflessione sul concetto di istituto ‘multifase’ posto in esordio alla trattazione, da limitarsi alle sole ipotesi tipizzate dal legislatore da raccordare con gli strumenti a disposizione del giudice e previsti dall’ordinamento, al fine di evitare quello che le Sezioni Unite hanno definito un «eccesso di mediazione» dovuto all’iniziativa delle parti nell’articolare diverse domande in momenti differenti.

Non sono mancate voci discordanti in dottrina, le quali hanno ritenuto che l’obbligo di mediazione debba essere esteso anche alla domanda riconvenzionale (e alla chiamata in causa del terzo) al fine di porre le premesse di un tentativo di mediazione efficace ed efficiente in linea con l’obiettivo di risolvere le controversie civili e commerciali e con l’obbligo di partecipare al confronto sulle questioni controverse secondo la logica del *fair play*¹⁰.

Ciò anche in ragione dell’esperienza maturata in sede di controversie agrarie in cui l’*incipit* dell’art. 46 l. n. 203 del 1982 (come pure dell’art. 11 d.lgs. n. 150 del 2011), in materia di condizioni di proponibilità della domanda, recita proprio «chi intende proporre in giudizio una domanda», in relazione a quelle controversie nelle quali la giurisprudenza ritiene che l’obbligo del tentativo di conciliazione sia previsto anche per le domande riconvenzionali¹¹ (in questo senso si veda Cass.,

⁹ V. Cass., 27 marzo 2024, n. 8248, in tema di ampliamento nell’atto di citazione, della domanda originariamente proposta in sede stragiudiziale.

¹⁰ Cfr. F. VALERINI, *La domanda riconvenzionale nel procedimento di mediazione*, in *Judicium* (18.04.2024), 1 e 5.

¹¹ V., sul punto, anche quanto precisato da Cass., Sez. Un., 2 febbraio 2024, n. 3452, cit., con riguardo alle controversie agrarie: «Con evidenti forzature, volta a volta, da parte del giudicante, cui neppure questa Corte è rimasta immune: come quando (Cass., 14 novembre 2008, n. 27255) ha ritenuto che, proposta domanda diretta a sentir dichiarare la validità ed efficacia del contratto di soccida inter partes, la domanda riconvenzionale di risoluzione per inadempimento e di risarcimento del danno fosse ricompresa nella prospettazione attorea, avente ad oggetto ‘implicitamente, la verifica

11 novembre 2022, n. 33379) a meno che la domanda riconvenzionale «non si ponga in rapporto di accessorietà e consequenzialità con quelle oggetto del tentativo di conciliazione esperito dell'attore» (v. Cass., 22 settembre 2017, n. 22048).

Gli scenari interpretativi si ampliano e la casistica offrirà spunti per un'applicazione innovativa dell'istituto della mediazione e per valutarne gli esiti sul contenzioso pendente nei vari tribunali.

4. La mediazione demandata ovvero dell'esercizio dell'ars mediandi in sede endo-processuale

In origine, l'art. 5, co. 2, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, in vigore dal 21 marzo 2010, prevedeva la possibilità per il giudice, nel processo civile già avviato, di «invitare» le parti a procedere alla mediazione. Un invito non vincolante per le parti, del tutto libere di prestarvi adesione o meno.

A seguito del d.l. n. 69 del 2013, conv. con mod. dalla l. n. 98 del 2013,

[...] il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può disporre l'esperimento del procedimento di mediazione; in tal caso, l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale anche in sede di appello. Il provvedimento di cui al periodo precedente è adottato prima dell'udienza di pre-

che nessun inadempimento si era verificato da parte dell'attore', nonché fosse 'irrilevante, al fine di pervenire a una diversa conclusione, (è) la circostanza che solo nella riconvenzionale si invocano i danni assertivamente patiti dalla società convenuta a causa del comportamento di quella attrice, atteso – da una parte – che la richiesta di danni è consequenziale alla pronuncia di risoluzione, dall'altra, che [...] non è sufficiente un mero ampliamento del petitum perché sorga l'obbligo, per il convenuto in via riconvenzionale, di sollecitare un nuovo tentativo di conciliazione ai sensi della l. 3 maggio 1982, n. 203, art. 46'; e che neppure, 'al fine di dimostrare come per effetto della riconvenzionale si sia avuto un ampliamento della materia del contendere è sufficiente considerare che l'esigenza di espletamento della c.t.u. si riconnette proprio alla domanda riconvenzionale e non a quella di pagamento formulata dalla soccidiaria', come invece reputato dal giudice di merito».

cisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista prima della discussione della causa.

L'attuale art. 5 *quater* d.lgs. n. 28 del 2010 sancisce che

Il giudice, anche in sede di giudizio di appello, fino al momento della precisazione delle conclusioni, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione, il comportamento delle parti e ogni altra circostanza, può disporre, con ordinanza motivata, l'esperimento di un procedimento di mediazione. Con la stessa ordinanza fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. 2. La mediazione demandata dal giudice è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Si applica l'articolo 5, commi 4, 5 e 6. 3. All'udienza di cui al comma 1, quando la mediazione non risulta esperita, il giudice dichiara l'improcedibilità della domanda giudiziale.

Ciò pone il giudice nella condizione di dover valutare in modo analitico e previa ricostruzione puntuale dell'intera vicenda processuale, all'esito dell'attività istruttoria svolta, se vi sono margini effettivi per una soluzione 'mediata' della controversia o se, invece, la presenza di questioni di puro diritto alquanto complesse richieda la pronuncia della sentenza.

Ci si trova al cospetto di un procedimento che, sovente, è in una fase matura per la decisione e richiede al giudice l'impegno di selezionare le controversie aventi ad oggetto diritti disponibili: non necessariamente cause vertenti su questioni tecnicamente semplici, ben potendo esservi giudizi di particolare complessità (ad esempio divisione e di natura bancaria) con agevole esito decisorio per la presenza di questioni giuridicamente assorbenti o documentalmente supportate.

In base al livello di avanzamento del processo, il giudice può acquisire elementi di conoscenza utili per scrutinare la mediabilità della controversia (es. dopo il maturare delle preclusioni istruttorie o se nella complessiva analisi della vicenda processuale siano fissati il *thema decidendum* e il *thema probandum*).

Il progredire del giudizio verso la fase decisoria aumenta, infatti, le aspettative delle parti per una soluzione giudiziale del conflitto, sicché dovrà essere valutata, se del caso convocando le parti in udienza, anche

solo mediante i loro difensori, la disponibilità dei contendenti a tentare soluzioni bonarie della lite.

Ciò impone l'adozione di un approccio innovativo alla lite, prestando attenzione alla condotta delle parti, alla maggiore o minore propensione al dialogo, alla posizione assunta dalle stesse sia in sede processuale che extraprocessuale, operando una dosimetria dei temperamenti delle parti e distinguendo i fatti controversi da quelli non contestati, delimitando la probabilità di un approdo conciliativo entro ciò che è ancora controverso.

Indubbiamente, la mediazione demandata, collocandosi quale condizione di procedibilità plasmata dal giudice sia di primo che di secondo grado sul caso concreto (a riprova della natura multifasica della mediazione), consente di bypassare il limite delle materie imposte in sede di mediazione obbligatoria e di estendere l'istituto anche a quelle fattispecie negoziali, si pensi agli appalti, in cui si registra un alto livello di litigiosità.

A tal riguardo, in una controversia avente ad oggetto un'opposizione a un decreto ingiuntivo emesso a favore di un'impresa per i lavori eseguiti presso un immobile, durante l'appello la corte aveva invitato le parti a esperire il tentativo di mediazione, onerando l'appellante dell'avvio della procedura e, posto che l'invito rimaneva senza esito, dichiarava improcedibile la domanda.

La vicenda è giunta innanzi alla Corte di Cassazione, la quale ha chiarito che

Oltre alla mediazione obbligatoria, disciplinata dal comma 1 *bis* dell'art. 5 d.lgs. 28/2010, il comma 2 (nel testo, applicabile *ratione temporis*, modificato dall'art. 84, comma primo, lettera c) del d.l. 69/2013, convertito con l. 98/2016) prevede che il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può disporre l'esperimento del procedimento di mediazione, che, in tal caso, è condizione di procedibilità della domanda giudiziale anche in sede di appello [...]. L'opportunità di disporre la mediazione nelle ipotesi in cui essa non è obbligatoria è insindacabile in cassazione, essendo espressione di un potere discrezionale il cui esercizio non richiede una specifica motivazione (Cass. 31209/2022; Cass. 12986/2021; Cass. 25155/2020; Cass. 32797/2019; Cass. 27433/2018). Non rileva – per quanto detto – che la causa non rientrava tra le ipotesi di mediazione

obbligatoria, poiché il giudice ha proceduto ai sensi del comma secondo del richiamato art. 5, conseguendone ugualmente l'improcedibilità della domanda in appello (Cass. 40035/2021).

La novella legislativa e gli interventi nomofilattici della Corte di Cassazione offrono uno scenario interpretativo ampio, in cui ciascun operatore del diritto sarà impegnato con diversi ruoli.

La casistica giurisprudenziale fornirà il materiale sul quale sperimentare la tenuta applicativa dell'istituto della mediazione nella sua diramazione parallela al processo e alla tutela giurisdizionale, valutandone le maggiori o minori occasioni di successo in base allo stadio di gestazione della controversia¹².

Ciò importa una rivisitazione della cultura del conflitto¹³ e impone all'interprete di indossare nuove lenti nell'analisi di tale istituto, consci del fatto che ‘prevenire’ la lite è meglio che ‘curarla’.

¹² V. T.E. FROSINI, *Un Diverso paradigma di giustizia: le alternative dispute resolution*, in *Rivista dell'Associazione Nazionale dei Costituzionalisti*, 2/2011.

¹³ V. D.L. SHAPIRO, *Reconciliation Systems Design: A Systematic Approach to Collective Healing in Post-Conflict Societies*, in *26 Harvard Negotiation Law Review*, 2021, 193 ss.

RISOLUZIONE DELLE LITI CIVILI FRA DECISIONE GIUDIZIALE E STRUMENTI ALTERNATIVI

*Silvia Rosà**

SOMMARIO: 1. *Introduzione*. 2. *Mediazione obbligatoria (art. 5 d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28)*. 3. *Mediazione demandata (art. 5 quater d.lgs. n. 28/2010)*. 4. *Conciliazione giudiziale e proposta conciliativa (artt. 185-185 bis c.p.c.)*. 5. *Conclusione*.

1. Introduzione

A partire dall'introduzione della mediazione civile per effetto del d.lgs. n. 28/2010, e degli altri (più o meno recenti) strumenti di definizione in via negoziata della lite¹, può affermarsi che il processo, e, quale normale esito di esso, la decisione giudiziale, non rappresenti più l'unico strumento di risoluzione delle liti civili.

La «giustizia consensuale»² – con ciò intendendo tutti gli strumenti endo-processuali ed extra-processuali di definizione in via negoziata

* Giudice civile presso il Tribunale di Bolzano e formatrice della Struttura Territoriale del Distretto di Trento della Scuola Superiore della Magistratura.

¹ Vi rientrano la mediazione civile (la direttiva 2008/52/Ce del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, che per prima ha incoraggiato l'uso di metodi alternativi di risoluzione delle controversie transfrontaliere, è stata attuata dall'Italia con la legge delega n. 69/2009 e con il d.lgs. n. 28/2010, ampliando l'ambito di recepimento della direttiva anche alle controversie nazionali), la negoziazione assistita, il trasferimento della lite alla sede arbitrale, il tentativo di conciliazione di cui agli artt. 185 e 420 c.p.c., la formulazione della proposta conciliativa da parte del giudice *ex art. 185 bis c.p.c.* e anche la consulenza tecnica preventiva a fini conciliativi di cui all'art. 696 *bis c.p.c.*

² V. le riflessioni sul rapporto fra giustizia e autonomia delle parti, e, in termini più ampi, sul concetto di giustizia «consensuale», S. DALLA BONTÀ, *Giustizia consensuale*, in *Giustizia consensuale*, 2021, 1 ss.

della lite, diversi dalla decisione giudiziale – ha invero assunto la funzione di strumento di tutela complementare dei diritti, che affianca e arricchisce quello offerto dalla decisione giudiziale.

Tale complementare funzione nel nostro sistema di diritti è stata sottolineata più volte dalla Corte costituzionale³, che, anche recentemente, ha evidenziato il *favor* del legislatore per una risoluzione concordata della lite, proprio in quanto consente di realizzare il principio di ragionevole durata del processo⁴.

Al fine di rendere la tutela dei diritti, realizzata attraverso l'utilizzo degli strumenti di composizione in via negoziata della lite, il più efficace possibile, occorre tuttavia una particolare preparazione da parte degli operatori del diritto sulla natura di tali strumenti, oltre che apertura al loro impiego, avendo a mente che sia il processo civile che gli strumenti alternativi di risoluzione della lite convergono necessariamente verso un unico obiettivo comune: la completa attuazione dei diritti delle parti.

All'attribuzione agli strumenti di composizione consensuale della lite di un valore di complementarità alla decisione giudiziale si è arrivati da lontano, attraverso un percorso di sperimentazione che è lentamente ma incessantemente diventato patrimonio comune degli operatori del servizio giustizia: la Prima Presidente Margherita Cassano ha sottolineato, in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2024, come proprio rispetto alla mediazione sia in corso «un mutamento condiviso di cultura di giudici e avvocati»⁵, e come ciò sia testimoniato da un

³ V. Corte cost., 18 aprile 2019, n. 97, secondo cui la «matrice funzionale unitaria» delle disposizioni in materia di mediazione è finalizzata, «unitamente alle altre adottate in materia di giustizia, alla realizzazione dei comuni e urgenti obiettivi – a loro volta preordinati al rilancio dell'economia – del miglioramento dell'efficienza del sistema giudiziario e dell'accelerazione dei tempi di definizione del contenzioso civile».

⁴ Così Corte cost., 21 dicembre 2023, n. 222: «Il *favor* per la risoluzione concordata delle liti, sia essa affidata al giudice o a soggetti estranei all'ordine giudiziario, risponde, dunque, principalmente all'esigenza pubblicistica di deflazione del carico degli uffici giudiziari, strumentale all'interesse generale dell'ordinamento, rilevante anche sul piano costituzionale, alla ragionevole durata del processo (sentenza n. 202 del 2023)».

⁵ Considerazioni conclusive della Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2023 della Prima Presidente della Corte di Cassazione Margherita Cassano, consultabili sul sito www.cortedicassazione.it.

utilizzo sempre in aumento delle procedure alternative di risoluzione della lite, e della mediazione in particolare.

Infatti, i dati semestrali raccolti dal Ministero della Giustizia sulla mediazione della lite civile⁶, citati anche dalla Presidente Cassano nella relazione inaugurale dell'anno giudiziario 2024, danno atto del costante aumento, anche nell'ultimo anno, dell'utilizzo dello strumento della mediazione e della positiva conclusione in quella sede dell'accordo fra le parti, e al contempo di una riduzione del numero delle iscrizioni a ruolo delle controversie civili, a comprova dell'efficacia e dell'utilizzo virtuoso della mediazione anche nella sua funzione deflattiva della domanda di giustizia dinnanzi agli organi giurisdizionali.

Eppure sarebbe riduttivo attribuire agli strumenti alternativi di risoluzione della lite una mera funzione 'deflattiva', così come intravedere in essa il loro principale compito⁷.

Come emerge anche in dottrina, le parti, ricorrendo alla mediazione o all'utilizzo delle forme alternative di composizione della lite in genere, si sentono «empowered»⁸, al centro dei loro affari, perché hanno l'opportunità di comprendere le ragioni della loro lite e di acquisirne consapevolezza, di aprirsi all'ascolto e al confronto con l'altro. Un'occasione, insomma, per diventare protagoniste del loro stesso conflitto, spettando proprio a loro, naturalmente assistite dal consiglio tecnico dei loro avvocati (e sotto l'impulso o la guida del giudice nel caso di conciliazione giudiziale o di mediazione demandata) decidere se concludere

⁶ Statistiche del 1° gennaio - 31 dicembre 2023 del Ministero della Giustizia, Direzione Generali di Statistica e Analisi Organizzativa, sulla Mediazione Civile, disponibili sul sito <https://webstat.giustizia.it>.

⁷ Si veda la relazione illustrativa al d.lgs. n. 28/2010, in cui si esplicita, quale duplice fine della nuova disciplina, quello di offrire una «reale spinta deflattiva e contribuire alla diffusione della cultura della risoluzione alternativa delle controversie». Sulla scelta del legislatore di puntare sul potenziamento degli strumenti di definizione delle liti alternativi alla sentenza, per affrontare le criticità della giustizia civile nell'ambito del raggiungimento degli obiettivi del PNRR, v. M. DELIA, *Presentazione* al Quaderno n. 7/2022 della Scuola Superiore della Magistratura, disponibile sul sito www.scuolamagistratura.it.

⁸ S. DALLA BONTÀ, *Pandemia, Esplosione del contezioso emergenziale (e non) e mediazione*, in A. CASSATELLA, S. DALLA BONTÀ, E. MATTEVI (a cura di), *Pandemia e gestione responsabile del conflitto*, Napoli, 2021, 76.

o meno l'accordo, se proporre uno diverso, o se lavorare ancora insieme all'altra parte alla definizione di clausole o punti rimasti controversi.

Tale ruolo attivo svolto dalle parti non può che tradursi in una maggiore volontà di accettazione dell'accordo raggiunto in sede amichevole, e dunque anche in una maggiore probabilità di esecuzione volontaria dello stesso⁹.

La preparazione e formazione degli operatori del diritto investe allora anche la scelta dello strumento alternativo di risoluzione della lite più adeguato al caso concreto, atteso che questi si differenziano fra loro e possono essere utilizzati in contesti differenti.

Nell'ambito del Convegno sono stati presi in esame svariati strumenti di composizione alternativa della lite (e in particolare la mediazione obbligatoria, la mediazione demandata e la conciliazione giudiziale) utilizzabili anche dal giudice di pace e di cui appare utile sintetizzare le caratteristiche e i vantaggi più salienti.

2. *Mediazione obbligatoria (art. 5 d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28)*

La principale funzione dello strumento in esame è quella di «favorire la rapida soluzione delle lite e l'utilizzo delle risorse pubbliche giurisdizionali solo ove effettivamente necessario»¹⁰, attraverso «il contemperamento di interessi» piuttosto che «l'accertamento di diritti»¹¹.

L'ambito di applicazione della mediazione c.d. obbligatoria *ex lege* è stato ampliato dalla recente riforma Cartabia (d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, sulla «Attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione

⁹ Così evitandosi la dilatazione del conflitto attraverso l'instaurazione di successive procedure di esecuzione forzata. In ogni caso, l'art. 12 d.lgs. n. 28/2010 stabilisce le condizioni alle quali il documento contenente l'accordo raggiunto fra le parti costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata.

¹⁰ V. Cass., Sez. Un., 7 febbraio 2024, n. 3452 resa all'esito di rinvio pregiudiziale *ex art. 363 bis c.p.c.*, sull'obbligatorietà dell'esperimento della mediazione nel caso di proposizione di domanda riconvenzionale, ove la mediazione sia già stata ritualmente svolta in relazione alla sola domanda principale.

¹¹ *Ibidem*.

della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata»), che ha previsto l'esperimento della procedura di mediazione come condizione obbligatoria di procedibilità della domanda in ulteriori materie, in particolare afferenti ai rapporti di durata (contratti di associazione in partecipazione, consorzio, franchising, contratto di opera, contratto di rete, contratti di somministrazione, società di persone e subfornitura)¹², e ha introdotto sia ulteriori benefici fiscali nel caso di conclusione dell'accordo sia ulteriori sanzioni nel caso di mancata partecipazione alla mediazione senza giustificato motivo.

Dai dati provenienti dal monitoraggio svolto dal Ministero di Giustizia si evince che gli ambiti in cui si ha il più alto tasso di successo (con ciò intendendo il raggiungimento dell'accordo in seguito alla comparsa dell'aderente e di prosecuzione della procedura anche dopo il primo incontro delle parti), sono quelli dei contratti di subfornitura e di franchising, dei diritti reali, e dell'affitto di aziende, con un tasso medio di raggiungimento dell'accordo nell'anno 2023 pari al 50,1% delle procedure. Anche nelle materie dei contratti d'opera e del comodato, che possono rientrare nella competenza per valore del giudice di pace ai sensi dell'art. 7 c.p.c., si registra un tasso di successo superiore al 50%, mentre nelle materie dei diritti reali e del condominio, anch'esse devolute per alcuni aspetti alla competenza per materia del giudice di pace, si registra un tasso di successo superiore al 40%¹³.

Inoltre, anche nei casi in cui la mediazione sia esperita nel corso del processo, a seguito del rilievo da parte del giudice del difetto della condizione di procedibilità della domanda nelle materie in cui essa è obbligatoria, il tasso di successo rimane comunque considerevole (pari al 36%).

¹² Si aggiungono a quelle già previste: condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari.

¹³ Statistiche del 1° gennaio - 31 dicembre 2023 del Ministero della Giustizia, Direzione Generali di Statistica e Analisi Organizzativa, sulla Mediazione Civile, disponibili sul sito <https://webstat.giustizia.it>.

Infine, a prescindere dalla tipologia di mediazione (obbligatoria o demandata), a concludersi con un accordo sono in particolare le controverse di valore ricompreso fra 1.000 e i 25.000 euro (con un tasso di successo superiore al 50%)¹⁴, rientranti dunque nella competenza per valore del giudice di pace.

Alla luce di tali positivi risultati, appare allora di particolare rilievo l'attività di studio del fascicolo da parte del giudice di pace in sede di prima udienza (che si tiene, all'esito della Riforma Cartabia, nelle forme del rito semplificato di cognizione ai sensi del novellato art. 316 c.p.c.), al fine di vagliare e, se del caso, rilevare, anche d'ufficio, il difetto della condizione di procedibilità dell'avvenuto esperimento della procedura di mediazione obbligatoria e fissare quindi la successiva udienza a mente dell'art. 5, co. 2, d.lgs. n. 28/2010.

3. *Mediazione demandata (art. 5 quater d.lgs. n. 28/2010)*

Questo strumento ha la funzione di invitare e incentivare le parti a trovare un accordo soddisfacente, in una sede diversa dal processo, in cui esse possano sentirsi maggiormente ascoltate e dove si possano trattare questioni anche non direttamente connesse con l'oggetto della lite¹⁵.

Presuppone sempre l'invito di un giudice a svolgerla, che si pronuncerà con ordinanza motivata, fungendo da «propellente» della procedura¹⁶.

Il legislatore ha previsto un elenco, non tassativo, degli elementi di cui il giudice debba tenere conto nella scelta di deferire o meno le parti in mediazione, quali la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Si richiamano le parole della Prima Presidente Margherita Cassano nell'ambito della relazione sull'attività giudiziaria dell'anno 2023 sulle ricadute della mediazione in ambito sociale: «Come osservato dalla dottrina, il valore della mediazione non risiede soltanto nella sua capacità deflattiva, quanto piuttosto nella sua idoneità a realizzare la coesione sociale, a porre al centro la persona, prima ancora che la 'parte', a restituire agli individui l'opportunità di comprendere le ragioni del conflitto e di acquisirne la consapevolezza, a promuovere l'ascolto empatico dell'altro, a gestire relazioni efficaci attraverso il confronto».

¹⁶ F. CORTESI, *Esercizio della giurisdizione e mezzi alternativi di tutela*, in *Quaderno della Scuola Superiore della Magistratura*, n. 7/2022, 39.

comportamento delle parti¹⁷; il giudice potrà adottare l'ordinanza «fino al momento della precisazione delle conclusioni».

Ecco allora l'importanza del ruolo del giudice (togato e onorario) per l'efficace utilizzo di questo strumento, essendo egli chiamato a selezionare attentamente la controversia adatta alla mediazione e il momento più opportuno per il deferimento. Infatti, le probabilità di conclusione di un accordo consensuale nella sede demandata dipendono anche da tali scelte (di qui il valore dei progetti diffusi sul territorio nazionale sull'individuazione dei c.d. presupposti di mediabilità delle controversie¹⁸ e delle *best practices* instaurate negli uffici giudiziari legate all'impiego del personale dell'Ufficio per il processo civile¹⁹).

¹⁷ Il nuovo art. 5 *quater* d.lgs. n. 28/2010 prevede che il giudice, anche in appello, valutata «la natura della causa, lo stato dell'istruzione, il comportamento delle parti e ogni altra circostanza» possa disporre con ordinanza motivata l'esperimento del procedimento di mediazione.

¹⁸ Ci si riferisce in particolare al pluripremiato modello fiorentino denominato «Giustizia Semplice», guidato dalla Prof.ssa Paola Lucarelli e attuato presso il Tribunale di Firenze in collaborazione con il Laboratorio *Un Altro Modo* del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze. Anche nel Distretto della Corte di Appello di Trento sono stati avviati progetti di diffusione di buone prassi: il Tribunale di Trento, l'Università di Trento – Facoltà di Giurisprudenza e la Regione Trentino-Alto Adige/*Südtirol* hanno portato a termine nel 2022 il progetto pilota «Giustizia e mediazione», volto a svolgere un'analisi su negoziabilità e mediabilità della lite mediante la raccolta di dati relativi alle mediazioni *iussu iudicis* (si veda il volume S. DALLA BONTÀ, E. MATTEVI (a cura di), *Giustizia e Mediazione. Dati e riflessioni a margine di un progetto pilota*, Napoli, 2022); il Tribunale di Bolzano ha aderito nel 2023 al progetto «L'Ufficio del Processo – ragionevole durata – best practice conciliativa, estensione della banca dati conciliazione», nato nel Distretto della Corte di Appello di Bari e censito nell'area «Best Practice» del portale istituzionale del C.S.M., che raccoglie in una banca dati digitale fruibile gratuitamente *online* i precedenti giudiziari di natura conciliativa (verbali di conciliazione, ordinanza *ex art.* 185 *bis* c.p.c. e di mediazione demandata).

¹⁹ Gli Uffici per il Processo civile sono stati introdotti presso le Corti di Appello e i Tribunali ordinari (non presso gli uffici del Giudice di Pace) dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 151, recante le «Norme sull'ufficio per il processo in attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, e della legge 27 settembre 2021, n. 134»; vi è previsto che il personale addetto all'Ufficio per il processo svolga, fra l'altro, «attività preparatorie e di supporto ai compiti del magistrato, quali: studio del fascicolo, compilazione di schede riassuntive, preparazione delle udienze e delle camere di consiglio, selezione dei pre-

Al contempo, per interpretare tale ruolo al meglio, il giudice stenderà un'ordinanza opportunamente motivata che enuclei le ragioni della scelta dell'invio delle parti in mediazione nel caso concreto, e, idealmente, le guidi verso la conclusione di un possibile accordo, anche attraverso l'indicazione di punti chiave o di elementi imprescindibili di esso.

Nell'ambito del giudizio dinnanzi al giudice di pace, una simile ordinanza potrà essere emessa già all'esito della prima udienza, in cui è previsto l'interrogatorio libero delle parti e il tentativo di conciliazione a mente dell'art. 320 c.p.c. In tale sede, infatti, l'attento ascolto delle parti e il dialogo con esse possono costituire occasione per il giudice per individuare i punti chiave della contesa e per dirigere le parti verso una soluzione amichevole della stessa.

Poiché il giudice funge dunque da 'motore d'avvio' della mediazione demandata, di fondamentale importanza è la formazione del magistrato²⁰ e l'accorta gestione del suo ruolo, in particolare in termini di attenzione e studio da dedicare alla selezione della controversia da mandare in mediazione, nonché alla redazione dell'ordinanza motivata, anche nell'ottica di un auspicabile maggiore impiego di questa procedu-

supposti di mediabilità della lite, ricerche di giurisprudenza e dottrina, predisposizione di bozze di provvedimenti, assistenza alla verbalizzazione» e «supporto per l'attuazione dei progetti organizzativi finalizzati ad incrementare la capacità produttiva dell'ufficio, ad abbattere l'arretrato e a prevenirne la formazione».

²⁰ Il nuovo art. 5 *quinquies* d.lgs. n. 28/2010 prevede un dovere del magistrato di curare la propria formazione e l'aggiornamento in materia di mediazione, con la frequentazione di corsi organizzati dalla S.S.M. anche in sede decentrata; inoltre, la frequentazione dei corsi e il concreto utilizzo da parte del magistrato dello strumento della mediazione o della conciliazione giudiziale, in particolare in termini di definizione degli affari pendenti, è rilevante nell'ambito delle periodiche valutazioni di professionalità. Gli obblighi formativi del magistrato onorario sono invece sanciti dall'art. 22 d.lgs. n. 116/2017, che, pur non stabilendo espressamente un dovere di formazione in materia di mediazione, prevede l'obbligo per il magistrato onorario di frequentare corsi di formazione organizzati dalla Scuola superiore della magistratura, anche per il tramite delle reti della formazione decentrata, a cadenza almeno semestrale. È invero auspicabile un percorso di formazione in materia di mediazione e conciliazione anche per la magistratura onoraria, chiamata nel prossimo futuro ad assumere ancora maggiori competenze in ambito civile – v. *infra* nota 26.

ra²¹ ai fini del raggiungimento degli obiettivi di riduzione dell'arretrato e della durata dei processi civili fissati nell'ambito del PNRR.

4. Conciliazione giudiziale e proposta conciliativa (artt. 185-185 bis c.p.c.)

Come sopra evidenziato, il giudice delle leggi si è occupato nel tempo degli strumenti di risoluzione alternativa della lite, affermando in particolare, in materia di conciliazione giudiziale, l'importanza e la centralità del ruolo del giudice, il quale esercita una funzione di *aequitas*, intesa come giustizia del caso singolo.

Tale funzione è connaturata al ruolo del giudice, costituendo un'estrinsecazione della potestà giurisdizionale che rinviene nella imparzialità una fondamentale garanzia²².

Richiamandosi a tali principi, nella già citata pronuncia a Sezioni Unite²³, la Corte di Cassazione ha affermato che il giudice «in adempimento di un suo compito essenziale, conoscendo gli atti e le parti, ha tutto l'agio e le competenze per tentare la conciliazione lungo tutto il corso del processo, così come ora prevede l'art. 185 bis c.p.c.», e che la stessa giurisprudenza costituzionale ha 'avvicinato' gli strumenti c.d. alternativi all'attività del giudice, quanto alla *ratio* di indurre le parti a conciliarsi nell'intento di economizzare le risorse della giustizia.

Il ragionamento delle Sezioni Unite parte dal presupposto che il giudice abbia il compito di dosare le risorse giurisdizionali, scarse e per questo preziose. Il tentare la conciliazione delle parti in sede giudiziale costituisce dunque un compito del giudice che non è affatto avulso dalla funzione giurisdizionale, ma anzi è pienamente parte di essa.

²¹ Nell'anno 2023 le procedure di mediazione demandata sono state pari al 14% delle procedure di mediazione complessivamente definite; il 43% delle procedure di mediazione demandata si è concluso con un accordo (ove le parti abbiano accettato di proseguire dopo il primo incontro): v. statistiche del Ministero della Giustizia relative alla mediazione civile – anno 2023, sito <https://webstat.giustizia.it>.

²² Corte cost., 21 dicembre 2023, n. 222.

²³ Cass., Sez. Un., 7 febbraio 2024, n. 3452.

Anche lo strumento della proposta transattiva o conciliativa *ex* art. 185 *bis* c.p.c. è utilizzabile dal giudice di pace²⁴, stante il generale rinvio operato dall'art. 311 c.p.c. alle norme relative al procedimento davanti al tribunale, laddove compatibili.

Il legislatore prevede che il giudice, nel formulare tale proposta, abbia riguardo «alla natura del giudizio, al valore della controversia e all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto».

Così, anche nella conciliazione giudiziale può essere ricercato il temperamento e l'equilibrio fra gli interessi delle parti, piuttosto che l'accertamento dei diritti e la netta suddivisione fra torti e ragioni, se pur la proposta formulata dal giudice sarà il più delle volte influenzata dall'idea che egli abbia dell'esito della lite. Anche qui, il dialogo del giudicante con le parti può aiutare a fare emergere gli interessi sottesi alla controversia, al fine di confezionare una proposta che persegua il più possibile il temperamento degli stessi e sia utile a facilitare anche nel futuro la convivenza fra le parti.

A seguito della modifica introdotta dalla riforma Cartabia (d.lgs. n. 149/2022), che ha esteso la facoltà per il giudice di sottoporre alle parti una proposta conciliativa sino alla fissazione dell'udienza di rimessione della causa in decisione, il giudice può far uso di tale strumento anche all'esito della completa istruzione probatoria della lite. Maggiore è l'avanzamento dello stato dell'istruttoria, maggiori sono gli elementi a disposizione del giudicante per vagliare con precisione il rischio processuale a carico di entrambe le parti e operare una prognosi dell'esito della lite. Tuttavia, proprio perché la proposta conciliativa – a differenza della decisione giudiziale – consente di tenere in considerazione anche gli interessi sostanziali delle parti, il giudicante è chiamato a valorizzare l'istituto in questione non limitandosi a un'analisi delle rispettive ragioni in capo alle parti, ma includendo nelle valutazioni sottese alla proposta anche tali interessi, laddove le peculiarità del caso concreto lo consiglino.

Di nuovo, l'impiego efficace di questo strumento richiede un giudice (togato od onorario) sensibile e dotato di tempo, aperto all'ascolto

²⁴ Sulla tematizzazione della differenza fra proposta conciliativa e transattiva v. D. DALFINO, *Transazione, conciliazione e mediazione nel nuovo sistema di tutela collettiva dei diritti individuali omogenei*, in *Civil Procedure Review*, 2020, 43.

delle parti e alla comunicazione con loro, in una fruttuosa sinergia fra giudice e avvocati²⁵.

5. *Conclusioni*

Gli strumenti sin qui analizzati costituiscono un variegato armamentario a disposizione delle parti e del giudice per la risoluzione del conflitto, e ciò anche nell'ambito delle competenze del giudice di pace, tema del Convegno, soprattutto laddove si consideri l'incremento delle competenze del giudice di pace per valore e per materia risultante dalla riforma di cui al d.lgs. n. 149/2022 in vigore dal 28 febbraio 2023 (nonché alla luce delle ancora maggiori competenze che verranno attribuite al giudice di pace per effetto della riforma della magistratura onoraria di cui al d.lgs. n. 116/2017)²⁶.

Affinché l'utilizzo di tali strumenti avvenga nel migliore interesse delle parti e della giustizia, essi non debbono trasformarsi in un'occasione per il giudice di spogliarsi del proprio ruolo o di promuovere chiusure forzate della lite «a pari merito»²⁷ che non considerino la diversità delle posizioni delle parti, ma, piuttosto, di offrire un'adeguata ponderazione degli interessi di causa e una soluzione più rapida e più economica di quella della decisione giudiziale.

È quindi attraverso un utilizzo consapevole e meditato degli strumenti endo-processuali ed extra-processuali di composizione consensuale della lite, e attraverso il contributo corale di magistratura e avvocatura, che può pienamente garantirsi una tutela effettiva e soddisfacente

²⁵ Sull'importanza del ruolo dell'avvocatura nelle procedure negoziali di composizione delle controversie, sia nel raggiungimento dell'accordo compositivo che nella stesura del regolamento negoziale, si vedano le riflessioni di P. NAPPI, *Mediazione e negoziazione assistita*, in AA.VV., *Tutela Giurisdizionale e Giusto Processo. Scritti in memoria di Franco Cipriani*, Napoli, 2020, 2288.

²⁶ Il d.lgs. 13 luglio 2017, n. 116, recante la «Riforma organica della magistratura onoraria e altre disposizioni sui giudici di pace, nonché disciplina transitoria relativa ai magistrati onorari in servizio, a norma della legge 28 aprile 2016, n. 57», la cui entrata in vigore è fissata per il 1° ottobre 2025, prevede all'art. 27 un considerevole ampliamento delle competenze del giudice di pace per valore e per materia.

²⁷ Cass., Sez. Un., 7 febbraio 2024, n. 3452.

SILVIA ROSÀ

dei diritti del cittadino, che risulti davvero complementare a quella accordata dalla decisione giudiziale.

COLLANA
‘QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA’
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

1. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del IV Convegno Antitrust tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2014)
2. *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GIANNI SANTUCCI, ANNA SIMONATI (2014)
3. *Il riconoscimento dei diritti storici negli ordinamenti costituzionali* - (a cura di) MATTEO COSULICH, GIANCARLO ROLLA (2014)
4. *Il diritto del lavoro tra decentramento e ricentralizzazione. Il modello trentino nello spazio giuridico europeo* - (a cura di) ALBERTO MATTEI (2014)
5. *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice* - JOHN A.E. VERVAELE, with a prologue by Gabriele Fornasari and Daria Sartori (Eds.) (2014)
6. *I beni comuni digitali. Valorizzazione delle informazioni pubbliche in Trentino* - (a cura di) ANDREA PRADI, ANDREA ROSSATO (2014)
7. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2015)
8. *Il coordinamento dei meccanismi di stabilità finanziaria nelle Regioni a Statuto speciale* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI, FLAVIO GUELLA (2014)
9. *Reti di libertà. Wireless Community Networks: un'analisi interdisciplinare* - (a cura di) ROBERTO CASO, FEDERICA GIOVANELLA (2015)
10. *Studies on Argumentation and Legal Philosophy. Further Steps Towards a Pluralistic Approach* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2015)
11. *L'eccezione nel diritto. Atti della giornata di studio (Trento, 31 ottobre 2013)* - (a cura di) SERGIO BONINI, LUCIA BUSATTA, ILARIA MARCHI (2015)
12. *José Luis Guzmán D'Albora, Elementi di filosofia giuridico-penale* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ALESSANDRA MACILLO (2015)

13. *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto* - (a cura di) GIANDOMENICO FALCON, BARBARA MARCHETTI (2015)

14. *Convergences and Divergences between the Italian and the Brazilian Legal Systems* - (Ed. by) GIUSEPPE BELLANTUONO, FEDERICO PUPPO (2015) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/116513>)

15. *La persecuzione dei crimini internazionali. Una riflessione sui diversi meccanismi di risposta. Atti del XLII Seminario internazionale di studi italo-tedeschi, Merano 14-15 novembre 2014 - Die Verfolgung der internationalen Verbrechen. Eine Überlegung zu den verschiedenen Reaktionsmechanismen. Akten des XLII. Internationalen Seminars deutsch-italienischer Studien, Meran 14.-15. November 2014* - (a cura di / herausgegeben von) ROBERTO WENIN, GABRIELE FORNASARI, EMANUELA FRONZA (2015)

16. *Luigi Ferrari Bravo. Il diritto internazionale come professione* - (a cura di) GIUSEPPE NESI, PIETRO GARGIULO (2015)

17. *Pensare il diritto pubblico. Liber Amicorum per Giandomenico Falcon* - (a cura di) MAURIZIO MALO, BARBARA MARCHETTI, DARIA DE PRETIS (2015)

18. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del V Convegno biennale Antitrust. Trento, 16-18 aprile 2015* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2015)

19. *From Contract to Registration. An Overview of the Transfer of Immoveable Property in Europe* - (Ed. by) ANDREA PRADI (2015) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/140085>)

20. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo. Volume II* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2016) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/143369>)

21. *Democrazie e religioni: libertà religiosa, diversità e convivenza nell'Europa del XXI secolo. Atti del convegno nazionale Adec Trento, 22 e 23 ottobre 2015* - (a cura di) ERMINIA CAMASSA (2016)

22. *Modelli di disciplina dell'accoglienza nell'“emergenza immigrazione”. La situazione dei richiedenti asilo dal diritto internazionale a quello regionale* - (a cura di) JENS WOELK, FLAVIO GUELLA, GRACY PELACANI (2016)

23. *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione* - (a cura di) MARCO BOMBARDELLI (2016)
24. *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Atti del IV Congresso nazionale SIRD. Trento, 24-26 settembre 2015* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE GRAZIADEI (2016)
25. *Fiat Intabulatio. Studi in materia di diritto tavolare con una raccolta di normativa* - (a cura di) ANDREA NICOLUSSI, GIANNI SANTUCCI (2016)
26. *Le definizioni nel diritto. Atti delle giornate di studio, 30-31 ottobre 2015* - (a cura di) FULVIO CORTESE, MARTA TOMASI (2016)
27. *Diritto penale e modernità. Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali. Atti del convegno. Trento, 2 e 3 ottobre 2015* - (a cura di) ROBERTO WENIN, GABRIELE FORNASARI (2017)
28. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 2. Multimodality and Reasonableness in Judicial Rhetoric* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/106571>)
29. *Il Giudice di pace e la riforma della magistratura onoraria. Atti del Convegno. Trento, 3-4 dicembre 2015* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/178978>)
30. *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GRACY PELACANI (2017)
31. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo. Volume III* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/184772>)
32. *Carlo Beduschi. Scritti scelti* - (a cura di) LUCA NOGLER, GIANNI SANTUCCI (2017)
33. *Diplomatici. 33 saggi su aspetti giuridici e politici della diplomazia contemporanea* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2018)
34. *Sport e fisco* - (a cura di) ALESSANDRA MAGLIARO (2018)
35. *Legal Conversations Between Italy and Brazil* - (a cura di) GIUSEPPE BELLANTUONO, FABIANO LARA (2018)

36. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 3. Multimodal Argumentation, Pluralism and Images in Law* - (Ed. by MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2018) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/218719>)
37. *Aspetti istituzionali e prospettive applicative del private antitrust enforcement nell'Unione europea. Atti del VI convegno biennale antitrust. Facoltà di Giurisprudenza. Trento, 6-8 aprile 2017* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2018)
38. *La Direttiva quadro sulle acque (2000/60/CE) e la Direttiva alluvioni (2007/60/CE) dell'Unione europea. Attuazione e interazioni con particolare riferimento all'Italia* - (a cura di) MARIACHIARA ALBERTON, MARCO PERTILE, PAOLO TURRINI (2018)
39. *Saggi di diritto economico e commerciale cinese* - (a cura di) IGNAZIO CASTELLUCCI (2019)
40. *Giustizia riparativa. Responsabilità, partecipazione, riparazione* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2019) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/234755>)
41. *Prevenzione dei sinistri in area valanghiva. Attività sportive, aspetti normativo-regolamentari e gestione del rischio* - (a cura di) ALESSANDRO MELCHIONDA, STEFANIA ROSSI (2019)
42. *Pubblica amministrazione e terzo settore. Confini e potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico* - (a cura di) SILVIA PELLIZZARI, ANDREA MAGLIARI (2019)
43. *Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato. Atti del VII Convegno Antitrust di Trento, 11-13 aprile 2019* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2019)
44. *Conciliazione, mediazione e deflazione nel procedimento davanti al giudice di pace. Esperienze euroregionali. Atti del Convegno. Trento, 10 maggio 2019* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ, ELENA MATTEVI (2020) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/259285>)
45. *Diritto e genere. Temi e questioni* - (a cura di) STEFANIA SCARPONI (2020)

46. *Le parti in mediazione: strumenti e tecniche. Dall'esperienza pratica alla costruzione di un metodo* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ (2020) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/269082>)
47. *Effettività delle tutele e diritto europeo. Un percorso di ricerca per e con la formazione giudiziaria* - (a cura di) PAOLA IAMICELI (2020)
48. *Infermità mentale, imputabilità e disagio psichico in carcere. Definizioni, accertamento e risposte del sistema penale* - (a cura di) ANTONIA MENGHINI, ELENA MATTEVI (2020)
49. *Le (in)certezze del diritto. Atti delle giornate di studio. 17-18 gennaio 2019* - (a cura di) CINZIA PICIOCCHI, MARTA FASAN, CARLA MARIA REALE (2021)
50. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 4. Ragioni ed emozioni nella decisione giudiziale* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2021) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/296052>)
51. *Comunicare, negoziare e mediare in rete. Atti del Convegno. Trento, 25 settembre 2020* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ (2021) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/306972>)
52. *La giurisdizione penale del giudice di pace: un bilancio sui primi vent'anni* - (a cura di) MARCELLO Busetto, GABRIELLA DI PAOLO, GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2021)
53. *State and Religion: Agreements, Conventions and Statutes* - (Ed. by) CINZIA PICIOCCHI, DAVIDE STRAZZARI, ROBERTO TONIATTI (2021)
54. *Pandemia e gestione responsabile del conflitto. Le alternative alla giurisdizione. Atti del Convegno. Trento, 10 giugno 2021* - (a cura di) ANTONIO CASSATELLA, SILVANA DALLA BONTÀ, ELENA MATTEVI (2021)
55. *Il rapporto tra diritto, economia e altri saperi: la rivincita del diritto. Atti della Lectio Magistralis di Guido Calabresi in occasione della chiusura dell'anno accademico del Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei. Facoltà di Giurisprudenza. Trento, 24 ottobre 2019* - (a cura di) GIUSEPPE BELLANTUONO, UMBERTO IZZO (2022)
56. *Il contributo di Pietro Trimarchi all'analisi economica del diritto. Atti del Convegno. Trento, 16-18 dicembre 2020* - (a cura di) GIUSEPPE BELLANTUONO, UMBERTO IZZO (2022)

57. *Le relazioni fra Autonomie speciali e Regioni ordinarie in un contesto di centralismo asimmetrico: le complessità di una dialettica (1970-2020)* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI (2022)

58. *Giustizia e mediazione. Dati e riflessioni a margine di un progetto pilota* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ, ELENA MATTEVI (2022)

59. ANTONIO ARMELLINI - *L'Italia e la carta di Parigi della CSCE per una nuova Europa. Storia di un negoziato (luglio-novembre 1990)*. Introduzione di GIUSEPPE NESI. Postfazione di ETTORE GRECO. Con contributi di STEFANO BALDI, FABIO CRISTIANI, PIER BENEDETTO FRANCESE, NATALINO RONZITTI, PAOLO TRICHILO (2022)

60. *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale. Atti del Convegno. Trento, 21-22 gennaio 2022* - (a cura di) ANTONIA MENGHINI, ELENA MATTEVI (2022)

61. *La specialità nella specialità* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI (2022)

62. *L'amministrazione condivisa* - (a cura di) GREGORIO ARENA, MARCO BOMBARDELLI (2022)

63. *Intelligenza artificiale e processo penale. Indagini, prove, giudizio* - (a cura di) GABRIELLA DI PAOLO, LUCA PRESSACCO (2022)

64. *L'attuazione della procura europea. I nuovi assetti dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia* - (a cura di) GABRIELLA DI PAOLO, LUCA PRESSACCO, ROSANNA BELFIORE, TOMMASO RAFARACI (2022)

65. *I rapporti tra attori pubblici e attori privati nella gestione dell'immigrazione e dell'asilo* - (a cura di) ELIANA AUGUSTI, SIMONE PENASA, STEFANO ZIRULLIA (2022)

66. *Trasporto pubblico locale in fase pandemica e post-pandemica: alla ricerca del diritto alla mobilità in condizioni di sicurezza e di sostenibilità economica. Atti del Seminario. Trento, 5 aprile 2022* - (a cura di) ALESSIO CLARONI (2023) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/376915>)

67. *Salute e carcere* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ANTONIA MENGHINI (2023)

68. *La responsabilità da reato degli enti nel contesto delle cooperative agricole e vitivinicole. Atti del Convegno. Trento, 2 dicembre 2022* - (a cura di) ALESSANDRO MELCHIONDA, ENRICO PEZZI (2023)

69. *Percorsi interculturali* - (a cura di) CINZIA PICIOCCHI, DAVIDE STRAZZARI (2023) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/384871>)
70. *Il diritto fra prospettiva rimediabile e interpretazione funzionale. Atti delle Lectiones Magistrales di Salvatore Mazzamuto e Mario Barcellona in occasione della inaugurazione dell'anno accademico del Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei. Facoltà di Giurisprudenza. Trento, 6 aprile 2022* - (a cura di) UMBERTO IZZO (2023)
71. *Il principio di autoresponsabilità nella società e nel diritto. Atti del Convegno. Trento, 16 e 17 settembre 2022* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, TERESA PASQUINO, GIANNI SANTUCCI (2023)
72. *Giuristi d'impresa. La lettura del bilancio* - GIANLUCA CHIARIONI (2023)
73. *La riforma Cartabia tra non punibilità e nuove risposte sanzionatorie. Atti del Convegno. Trento, 24 e 25 marzo 2023* - (a cura di) ANTONIA MENGHINI, ELENA MATTEVI (2023)
74. *Il processo di riforma costituzionale cileno 2019-2023. Profili penalistici* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, CARLOS CABEZAS, EMANUELE CORN (2023)
75. *The Making of European Private Law: Changes and Challenges* - (ed. by) LUISA ANTONIOLLI, PAOLA IAMICELI (2024) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/401105>)
76. *Il giudice di pace nel quadro delle riforme* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI, TERESA PASQUINO (2024) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/404351>)
77. *COVID-19 Litigation. The Role of National and International Courts in Global Health Crises* - (ed. by) PAOLA IAMICELI, FABRIZIO CAFAGGI (2024) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/406169>)
78. *Trasformazioni della giustizia. Norme, organizzazione, tecnologie* - (a cura di) GABRIELLA DI PAOLO (2024)
79. *Numérique & Environnement. Université d'été franco-italienne, Actes du colloque, 6-8 Juillet 2022, Université de Limoges* - (a cura di) LUISA ANTONIOLLI, MONICA CARDILLO, FULVIO CORTESE, LOUIS DE CARBONNIÈRES, FRANTZ MYNARD, CINZIA PICIOCCHI (2024) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/409990>)

80. *Trento e la comparazione giuridica: voci, esperienze, riflessioni. Dalla testimonianza di Rodolfo Sacco e Mauro Cappelletti* - (a cura di) LUISA ANTONIOLLI, FULVIO CORTESE, ELENA IORIATTI, BARBARA MARCHETTI (2024)

81. *Il ruolo del Consiglio nella forma di governo delle autonomie speciali alpine: valorizzare e innovare* - (a cura di) MATTEO COSULICH, GIANFRANCO POSTAL, ROBERTO TONIATTI (2024)

82. *Beni a titolarità collettiva e sfruttamento della risorsa idrica. Il caso della Magnifica Comunità di Fiemme* - (a cura di) LUISA ANTONIOLLI, DAMIANO FLORENZANO, FLAVIO GUELLA, GIANFRANCO POSTAL (2024) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/412031>)

83. *Ricerca in sanità e protezione dei dati personali: scenari applicativi e prospettive future. Atti del convegno, Trento 29 settembre 2023* - (a cura di) ELISA CHIZZOLA, PAOLO GUARDA, VERONICA MARONI, LUIGI RUFO (2024)

84. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 5. Una parola buona. Retorica e valori nella decisione giudiziale* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2024) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/421390>)

85. *Prospettive di superamento del voto "tradizionale". Modelli di voto alternativi alla prova della compatibilità costituzionale* - (a cura di) ALESSANDRO DE NICOLA, VINCENZO DESANTIS (2024)

86. *Le transizioni e il diritto. Atti delle giornate di studio. 21-22 settembre 2023* - (a cura di) SIMONE FRANCA, ALESSANDRA PORCARI, SERGIO SULMICELLI (2024) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/434970>)

87. *Lo studio dei papiri nei rivolgimenti metodologici della romanistica tra il 1860 e il 1960* - (a cura di) CHRISTIAN BALDUS, MASSIMO MIGLIETTA, TOMMASO BEGGIO, FILIPPO BONIN (2024)

88. *Il meccanismo unico di vigilanza: un bilancio dopo i primi dieci anni* - (a cura di) ANDREA MAGLIARI (2024)

89. *Stupefacenti e tossicodipendenza. Trattamento sanzionatorio, carcere e misure alternative* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ANTONIA MENGHINI (2024)

90. *Mediare, riparare, conciliare. Giustizia riparativa e consensuale nel procedimento davanti al giudice di pace. Atti del Convegno. Trento, 3 maggio 2024* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ, GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2024) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: https://dx.doi.org/10.15168/11572_441032)

