



UNIVERSITÀ
DI TRENTO

Facoltà di
Giurisprudenza

PANDEMIA
E GESTIONE RESPONSABILE DEL CONFLITTO.
LE ALTERNATIVE ALLA GIURISDIZIONE

Atti del Convegno
Trento, 10 giugno 2021

ANTONIO CASSATELLA
SILVANA DALLA BONTÀ
ELENA MATTEVI
(a cura di)

2021



**UNIVERSITÀ
DI TRENTO**

**Facoltà di
Giurisprudenza**

QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

54

2021

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

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

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

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

ISBN 978-88-8443-970-3
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>

Il presente volume è pubblicato anche in versione cartacea, grazie al contributo della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento - Dipartimento di Eccellenza finanziato dal MIUR - CUP E66C18000370005, per i tipi di Editoriale Scientifica - Napoli, con ISBN 979-12-5976-226-9.

Dicembre 2021

PANDEMIA
E GESTIONE RESPONSABILE DEL CONFLITTO.
LE ALTERNATIVE ALLA GIURISDIZIONE

Atti del Convegno
Trento, 10 giugno 2021

Antonio Cassatella
Silvana Dalla Bontà
Elena Mattevi
(a cura di)

Università degli Studi di Trento 2021

INDICE

	Pag.
Antonio Cassatella <i>La crisi del processo come fattore di trasformazione del sistema giustiziale.....</i>	1
Stefano Calamandrei <i>Pandemia, paura di morire e manutenzione della mente.....</i>	13
Paola Lucarelli <i>Quale giustizia in tempo di pandemia? Cultura dell'evoluzione e volontà di fare per una giustizia che funzioni</i>	31
Silvana Dalla Bontà <i>Pandemia, esplosione del contenzioso emergenziale (e non) e mediazione. Spunti critici su obbligo di rinegoziare e autonomia privata.....</i>	45
Rebecca Berto <i>Diritto dei consumatori nel contenzioso transfrontaliero. Le sfide in tempo di pandemia</i>	81
Monica Delsignore <i>Le ADR nel diritto amministrativo: quali margini per una giusti- zia consensuale?</i>	101
Sara Valaguzza <i>Il "giusto" contemperamento degli interessi attraverso i contrat- ti amministrativi: una forma di ADR?</i>	117

INDICE

	Pag.
Valentina Giomi <i>Burocrazia difensiva e disincentivi alla soluzione consensuale dei conflitti amministrativi: il ruolo della giustizia contabile</i>	127
Elena Mattevi <i>Alcuni spunti di riflessione sulle potenzialità della giustizia ripa- rativa nel quadro della pandemia.....</i>	157
Valeria Tramonte <i>Pratiche di giustizia riparativa nella pandemia. L'attività del centro di giustizia riparativa della Regione Autonoma Trentino- Alto Adige/Südtirol</i>	195

LA CRISI DEL PROCESSO COME FATTORE DI TRASFORMAZIONE DEL SISTEMA GIUSTIZIALE

*Antonio Cassatella**

Da diversi decenni nel dibattito pubblico si lamenta – in subordine alla crisi del diritto¹ e della legge² – la crisi del processo quale strumento idoneo a dare concreta ed effettiva tutela alle aspirazioni dei consociati, nonostante le solenni dichiarazioni contenute nella Costituzione, nella Cedu e nella Carta di Nizza³.

* Professore Associato di Diritto Amministrativo nell'Università di Trento.

¹ Si vedano gli atti dello storico convegno patavino pubblicati in AA.VV., *La crisi del diritto*, Padova, 1953, *passim*.

² Si tratta di un tema addirittura abusato. Rimanendo entro il perimetro dei contributi fondativi della nostra dottrina classica cfr. almeno D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico* (1910), ora in ID., *Scritti di diritto pubblico*, I, Padova, 1966, 5 ss.; F. CARNELUTTI, *La crisi della legge*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1930, 424 ss., cui si aggiungano almeno i contributi di M. ALLARA, *L'eccesso di norme nel diritto vigente*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1959, 238 ss.; T. ASCARELLI, *Ordinamento giuridico e realtà sociale* (1955), ora in ID., *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, 103 ss.; M.S. GIANNINI, *Le incongruenze della normazione amministrativa e la scienza dell'amministrazione* (1954), ora in ID., *Scritti*, III, Milano, 2003, 927 ss.; G. GROSSO, *La crisi della legalità*, in *Riv. Dir. Civ.*, I, 1960, 565 ss.

³ Anche in tal caso si limitano i riferimenti ad alcuni contributi essenziali: cfr. V. DENTI, *Riflessioni sulla crisi della giustizia civile*, in *Foro It.*, 1985, V, 341 ss.; M. TARUFFO, *Cultura e processo*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2009, 63 ss., e, in prospettiva generale, M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014, 1 ss. Una recente sintesi dei problemi si deve pure a F. CARPI, *Note sull'accesso alla giustizia*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2016, 835 ss.; S. CHIARLONI, *Riflessioni minime sui paradossi della giustizia civile*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2019, 131 ss. Con riferimento alla giurisdizione amministrativa, cfr. il risalente, ma incisivo, saggio di F. MERUSI, G. SANVITI, *L'ingiustizia amministrativa in Italia: per la riforma del processo amministrativo*, Bologna, 1986. Per quanto concerne il processo penale cfr. almeno D. PULITANÒ, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Pen.*, 2005, 507 ss.

L'abusata massima chiovendiana, per cui «il processo, per quanto possibile, deve dare praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che ha diritto di conseguire alla stregua del diritto sostanziale» ha assunto ormai un significato ironico, noto a chiunque abbia frequentato anche saltuariamente le aule giudiziarie e, soprattutto, i tribunali civili⁴.

Le cause del fenomeno sono state ampiamente indagate sia in sede scientifica che politica. Solo in minima parte esse dipendono dalle disfunzioni dei riti processuali in sé considerati, e, dunque, dalla qualità della disciplina legale dei processi⁵.

Sono semmai più rilevanti gli atteggiamenti culturali di una parte del foro – che, sovente, abusa del processo per ottenere utilità diverse da quelle garantite dal diritto sostanziale⁶ – e della magistratura, priva delle capacità gestionali idonee a garantire l'efficienza organizzativa dei tribunali quale preconditione per l'attuazione del modello processuale tracciato dall'art. 111 Cost., dall'art. 6 della Cedu e dall'art. 47 della Carta di Nizza⁷.

Non meno gravi sono le responsabilità della classe politica, che non ha affrontato in maniera continuativa le questioni relative alle carenze di mezzi e personale amministrativo, né garantito un efficiente reclutamento dei magistrati e una più equilibrata distribuzione dei carichi di lavoro nelle varie sedi. Le recenti riforme avviate dal Governo in carica – accelerate dalla pandemia – sono attese alla prova dei fatti, specie in rapporto al buon funzionamento dell'ufficio del giudice.

⁴ Cfr. G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1932, I, 41.

⁵ Fra i vari report dedicati al problema cfr. almeno L. LANDI, C. POLLASTRI (a cura di), *L'efficienza della giustizia civile e la performance economica. Ufficio Parlamentare di Bilancio*, 2016, 10 ss. Per un'applicazione concreta cfr. B. SZEGO, *L'inefficienza degli appelli civili in Italia: regole processuali o altro?*, in *Mer., Conc., Reg.*, 2008, 283 ss.

⁶ Cfr. M. TARUFFO, *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2012, 117 ss.

⁷ Per una ricognizione dei problemi, dal punto di vista della magistratura, cfr. già A. DIDONE, *Le priorità nella giustizia civile*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001, 1158 ss.; L. ROVELLI, *La crisi della giustizia civile. Diagnosi e terapie*, in *Giur. It.*, 2009, 514 ss.

Vi sono, naturalmente, delle virtuose eccezioni⁸. Al riguardo, i dati elaborati dal Consiglio d'Europa-Cepej confermano una sensibile riduzione della durata dei processi, un miglioramento del c.d. *clearance rate* e una conseguente diminuzione del rapporto fra cause pendenti e cause decise, per quanto la situazione non infonda un particolare ottimismo⁹.

Occorre inoltre tenere conto dell'impatto della percezione del fenomeno, che spesso trascende l'analisi quantitativa. L'inefficienza del processo – avvertita dai cittadini come fallacia o inutilità dello stesso giudizio – si è tradotta in una larvata delegittimazione delle istituzioni e della classe forense, e, per traslato, del diritto come criterio ordinatore dei conflitti e della società¹⁰.

Nelle stesse Università l'insegnamento del diritto cerca nuove legittimazioni in una interdisciplinarietà talvolta strumentale ad affermarne il carattere ancillare rispetto ad altre scienze: bastino i noti esempi della *Law and Economics* o delle più recenti tendenze allo studio di diritto e tecnologia, diritto e genere, diritto e scienze della vita¹¹.

Se il quadro fin troppo sommariamente descritto non sollecita particolare entusiasmo, si possono notare fermenti volti a cogliere nella crisi del processo delle opportunità di sviluppo del sistema giustizia. Avvocati, magistrati e docenti cercano di elaborare nuove forme di legittimazione del pensiero giuridico in una società che ha comunque bisogno di comporre i conflitti che sorgono al proprio interno mediante apposite procedure e prassi.

A ben guardare, la crisi tratteggiata mette in dubbio la funzione pubblicistica del processo come effettiva ed efficace attuazione della legge ai fini della soluzione della controversia, ma non intacca l'esigenza di

⁸ Cfr. C. CASTELLI, *I luoghi comuni da sfatare della giustizia civile*, in *Questione giustizia*, 2021, 1 ss.

⁹ Sulla base del report della Cepej, la durata media dei processi civili di primo grado riferita al 2018 era pari a 527 giorni (contro il picco massimo dei 590 giorni, raggiunto nel 2012), mentre il *clearance rate* è pari al 103% (contro il picco massimo del 131% raggiunto sempre nel 2012).

¹⁰ Soprattutto perché svolte in una prospettiva autenticamente scientifica, sono esemplari le recenti pagine di A. GENTILI, *Crisi delle categorie e crisi degli interpreti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2021, 633 ss.

¹¹ Cfr. G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, trad. it. Bologna, 2001.

comporre le liti attraverso il ragionamento giuridico e lo strumentario concettuale e pratico proprio della *iuris prudentia*¹².

Questo spiega perché – in parallelo ai continui e non sempre fruttuosi tentativi di riforma dei riti processuali – sia ormai consolidato un movimento culturale volto a valorizzare le tecniche di composizione stragiudiziale di molteplici tipi di lite. Il fenomeno non è di per sé nuovo, se si considera come i suoi antecedenti storici siano rappresentati dagli equivalenti negoziali della sentenza, individuati da Savigny nel solco dell'esperienza romana e medievale¹³.

La portata dell'assunto per cui la soluzione di un conflitto può essere utilmente raggiunta dalle parti mediante una ridefinizione consensuale dei propri assetti di interessi – anziché in forza dell'intervento autoritativo di un terzo – è, del resto, intuitiva.

Resta ad esempio celebre, fra chi ha studiato il tema, la perorazione del tribuno Albiſson, che in epoca rivoluzionaria attribuiva al contratto di transazione «l'effet ordinaire... d'étouffer l'esprit de dissension, si fatal au repos de la société»: frase apparentemente ingenua, che tuttavia correla la composizione stragiudiziale dei conflitti alla pace sociale e – indirettamente – al benessere economico¹⁴.

A partire dalla fine del secolo scorso questa tendenza latente nella comunità dei giuristi è stata rivisitata nell'ambito della cultura giuridica statunitense, dove la soluzione consensuale delle controversie è stata sintetizzata nell'ormai noto acronimo *ADR* – *alternative dispute resolution*.

Espressiva, in questo caso, di uno scetticismo ideologico, prima ancora che tecnico, nei confronti della gestione accentrata e pubblica dei conflitti¹⁵, la categoria delle *ADR* fu ritenuta da alcuni come la panacea

¹² Bastino qui rinvii a J. FREUND, *Le droit comme motif et solution des conflits*, in *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 1974, 47 ss.; N. LUHMANN, *Conflitto e diritto*, in *Lab. Pol.*, 1982, 5 ss. V. TIMEO, *Il diritto come struttura del conflitto. Una analisi sociologica*, Milano, 1981, 73 ss.

¹³ Cfr. F.C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale, 1840-1849*, VII, trad. it. Torino, 1896, 7 ss.

¹⁴ Cfr. J. ALBISSON, *Rapport sur la loi relative aux transactions*, in J.B. FIRMIN-MARBEAU, *Traité des transactions*, II ed. Parigi, 1832, 315.

¹⁵ Sulle matrici ebraico-cristiane del dibattito moderno, che si intersecavano con l'ideologia liberista della c.d. *reaganomics*, cfr. W. McTHENIA, T.L. SHAFFER, *For*

ai mali della giustizia civile, commerciale e amministrativa: rapidità, informalità, elasticità, convenienza erano i tratti caratteristici delle varie tecniche elaborate nella prassi e consolidate dai successivi interventi del legislatore. Benché non fossero prive di mende e celassero il rischio di aumentare le diseguglianze sociali attraverso una larvata privatizzazione della giustizia, le *ADR* divennero presto un modello di riferimento anche per le istituzioni europee¹⁶.

Attraverso di esse si perseguiva il ragionevole obiettivo di integrare le *ADR* con i sistemi processuali, senza dunque rinunciare alle garanzie offerte dalla giustizia togata; al contempo, si mirava a elaborare modelli e prassi di *adequate dispute resolution*, valorizzando la loro capacità di garantire una tutela pronta ed effettiva delle parti con oneri quanto più ridotti.

In una serie di raccomandazioni pubblicate fra il 1999 e il 2001 il Consiglio d'Europa segnalava agli Stati le opportunità sottese alla diffusione delle *ADR* nel settore civile, commerciale e amministrativo, rivisitando vecchi istituti in ottica conciliativa e proponendo nuovi modelli e tecniche di composizione del conflitto. Nello stesso solco si sono poste numerose iniziative della Ue¹⁷.

In Italia le *ADR* hanno avuto crescente diffusione in ambito civile e commerciale¹⁸, per espandersi a settori in cui la loro applicazione sem-

Reconciliation, in *Yale Law Journal*, 1985, 1660 ss. Per un'analisi della disciplina, in rapporto alle liti civili, cfr. F. CUOMO ULLOA, *Modelli di conciliazione nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2000, 1283 ss., e – se si vuole – A. CASATELLA, *Il ricorso alle a.d.r. nelle controversie fra privati e pubblica amministrazione: ammissibilità e limiti*, in *Dir. e For.*, 2004, 1203 ss.

¹⁶ Fra le critiche più nette cfr. H.T. EDWARDS, *Alternative Dispute Resolutions: Panacea or Anathema?*, in *Harvard Law Rev.*, 1986, 668 ss.; O.M. FISS, *Out of Eden*, sempre in *Yale Law Journal*, 1985, 1669 ss.; ID., *Against Settlement*, in *Yale Law Journal*, 1984, 1073 ss.

¹⁷ Sulla diffusione delle *ADR* nel contesto europeo cfr. G. ROSSOLILLO, *I mezzi alternativi di risoluzione delle controversie (a.d.r.) tra diritto comunitario e diritto internazionale*, in *Dir. Un. Eu.*, 2008, 349 ss.; E. SILVESTRI, *Alternative Dispute Resolutions in European Union: an Overview*, in *Herald Civ. Proc.*, 2012, 166 ss.

¹⁸ Fra i molteplici contributi in materia, cfr. almeno G. ALPA, *Arbitration and Adr Reforms in Italy*, in *Dir. Comm. Int.*, 2017, 259 ss.; V. DI CATALDO, *Liti societarie e composizioni stragiudiziali*, in *Giur. Comm.*, 2019, 783 ss.; A. GRAZIOSI, *Media-conci-*

bra più difficoltosa, a causa degli interessi pubblici coinvolti nelle controversie o della natura stessa del giudizio: si allude, rispettivamente, alle controversie devolute alla giurisdizione amministrativa e penale.

Numerosi contributi hanno mostrato come il rilievo pubblicistico delle questioni non trovi ostacoli di ordine logico-giuridico o di diritto positivo alla soluzione stragiudiziale della lite: se questo vale certamente per un diritto amministrativo ormai definitivamente affrancato dal dogma della preminenza dell'interesse pubblico nella gestione delle liti fra privati e amministrazione¹⁹, non meno rilevanti sono i segnali provenienti dal diritto penale, dove il fenomeno delle *ADR* si interseca con quello della giustizia riparativa²⁰.

La stessa cultura giuridica è ormai consapevole delle opportunità offerte da questi strumenti, senza sottacere i limiti derivanti da una loro cattiva gestione. Di qui, le iniziative di promozione e diffusione di una rinnovata tecnica della mediazione stragiudiziale delle controversie, ad opera di associazioni, istituzioni pubbliche, Università. Il tema, un tempo esotico, è stato oggetto di numerosi contributi pubblicati nelle riviste specialistiche, fino a divenire l'oggetto specifico della rivista *Giustizia consensuale*, fondata e diretta dalle colleghe Silvana Dalla Bontà e Paola Lucarelli.

* * *

liazione e negoziazione assistita: limiti o incentivi alla deflazione del contenzioso civile?, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2019, 37 ss.

¹⁹ Per una prima impostazione del dibattito nella dottrina europea continentale, a partire dall'esperienza tedesca, cfr. P. BADURA, *Limiti e alternative della tutela giurisdizionale nelle controversie amministrative*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1984, 104 ss. Nella dottrina più recente cfr. M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Dir. Amm.*, 2014, 1 ss.; EAD., *Per una giustizia amministrativa alternativa con particolare (anche se non esclusivo) riguardo alle transazioni pubblicistiche*, in *Giustizia Consensuale*, 2021, 123 ss. nonché il volume collettaneo G. FALCON, B. MARCHETTI (a cura di), *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto*, Napoli, 2015, *passim*.

²⁰ Cfr. E. MATTEVI, *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, Napoli, 2017, specie 61 ss.

Gli atti del convegno trentino che si presentano in questo volume esprimono appieno il contesto culturale rapidamente descritto, non solo per il coinvolgimento di personalità che hanno dedicato importanti studi pregressi alla negoziazione dei conflitti. Tutte le studiose e gli studiosi coinvolti hanno affrontato il tema con il distacco critico che si deve pretendere da una scienza giuridica lontana da formule astratte nelle quali riaffiorano le «forme del vuoto» già deprecate da Satta²¹.

Il lettore non troverà, dunque, facili rimandi a immagini più fuorvianti che suadenti, come quelle di una giustizia “mite”, “paritaria”, “riconciliativa” o simili, né elogi di buone prassi o comportamenti che non tengano conto dei limiti delle *ADR* e dei rischi sempre sottesi alla gestione sussidiaria di prerogative delle istituzioni pubbliche.

Se non si vuole seguire l’insegnamento di un Allorio o di un Villata, per i quali «l’effettiva rilevanza normativa dell’affermazione di un principio si misura verificando la plausibilità di una scelta opposta», basti osservare come gli aggettivi appena menzionati si risolvano in una tautologica aspirazione a una “giustizia giusta”, di per sé priva di significato, a meno che non si abbia cura di esplicitare i valori su cui parametrare il giudizio²².

Tutti i contributi qui raccolti si concentrano sulla ricerca dei fattori idonei a rendere le *ADR* adeguate al loro scopo e, dunque, capaci di garantire una composizione effettiva del conflitto: termine che, in questa accezione, sintetizza l’esigenza di giungere ad assetti di interessi stabili e sottratti a ulteriori defatiganti controversie.

²¹ Cfr. S. SATTA, *Il formalismo nel processo*, in ID., *Il mistero del processo*, Milano, 1994, 86.

²² Si rinvia a R. VILLATA, *La giustizia amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai “cavalieri dell’apocalisse”?*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2017, 106 ss. Non sembra ozioso chiedersi se davvero si possa ipotizzare, sul piano giuridico, una gestione del processo o degli strumenti di composizione del conflitto deliberatamente e scientemente “violenta”, “ingiusta”, “autoritaria” o “persecutoria”, come implicitamente vorrebbero i fautori della giustizia mite. Va invero osservato che pure nei regimi totalitari si sia ritenuto di agire in attuazione di una certa – distorta – idea di giustizia, ancorché rispondente a recondite necessità del popolo. Senza indulgere in approfondimenti filosofici estranei alle competenze di chi scrive, basti un rinvio alle pagine di G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto. III. Ottocento e Novecento*, Roma-Bari, 2001, 314 ss.

Entro questa cornice si cerca di comprendere come la pandemia ancora in atto abbia influenzato la gestione delle *ADR* e – a mo' di chiasmo – come le *ADR* possano contribuire alla gestione della pandemia.

Il primo contributo del volume può apparire eccentrico rispetto a un tema giuridico, ma non lo è nella prospettiva delle *ADR* e alla necessità di individuare il contesto entro cui si collocano le singole tecniche di gestione del conflitto. Lo psichiatra Stefano Calamandrei conduce il lettore nello studio degli effetti della pandemia sulla mente umana, esplorando la sfera delle fragilità e insicurezze in cui allignano i conflitti intersoggettivi esplosi per effetto delle chiusure coatte degli ultimi diciotto mesi.

Agli occhi del giurista, il saggio appare di grande interesse proprio nella parte in cui mostra come i problemi di identità personale e la disgregazione dei rapporti – indotti solo in parte dalla pandemia, che ha semmai catalizzato e slatentizzato problemi già presenti nel tessuto sociale – precedano e prescindano dalla regolazione giuridica dei singoli fenomeni. Al contempo, la fragilità degli stessi ordinamenti particolari (famiglia, azienda, altri corpi intermedi) aumenta il livello di isolamento e di sfiducia, ponendo i presupposti per ulteriori conflitti e per la pretesa di una loro soluzione autoritativa ad opera del giudice, quale voce dell'ordinamento generale²³.

Sullo sfondo suggestivamente tratteggiato da Calamandrei si stagliano gli interventi del legislatore. Lo studio di Paola Lucarelli illustra le strategie politiche di implementazione delle *ADR* nell'ambito del PNRR, sottolineando i nessi possibili fra gestione consensuale dei conflitti e auspicata crescita economica. L'Autrice pone al contempo in rilievo la necessità di superare una prospettiva puramente efficientistica della soluzione stragiudiziale del conflitto – correlata all'idea che la giustizia possa essere declinata come un “servizio” –, a favore di una lettura delle *ADR* quale strumento di coesione sociale, nei termini della sociologia di Durkheim. Nella condivisibile prospettiva di Lucarelli, valorizzando questa funzione delle *ADR* dovrebbe essere possibile superare le persistenti resistenze a implementare questo tipo di misure.

²³ Sul punto cfr. anche il recente volume di T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma-Bari, 2021, 5 ss.

Il resto del volume rispecchia l'andamento del convegno e può quindi dividersi in due parti: nella prima parte, i vari contributi analizzano le potenzialità e i rischi connessi a un cattivo uso delle *ADR* nel settore civile e commerciale. Nella seconda parte si valuta le potenzialità delle *ADR* in ambito amministrativo e penale.

Il saggio di Silvana Dalla Bontà affronta il tema dell'esplosione dei contenziosi civili per effetto della pandemia, verificando in quale misura le *ADR* siano state utilizzate per rispondere alla crescente domanda di giustizia. Segue un'attenta disamina critica delle misure emergenziali introdotte dal legislatore in materia di mediazione obbligatoria, specie in rapporto al fenomeno della responsabilità del debitore inadempiente nell'esecuzione di contratti di durata (l. n. 27/2020).

Il maggiore pregio del contributo consiste nel cogliere le correlazioni fra disciplina sostanziale e rimediale, sulla base di un presupposto talvolta sottostimato nella discussione critica delle *ADR*: la complessità e la frequenza dei conflitti dipende da una disciplina sostanziale, o da prassi interpretative, che non rispondono in maniera adeguata alle esigenze dei consociati o alle caratteristiche dei singoli settori economici in cui si sviluppano le liti (l'esempio più lampante, in piena pandemia, concerne i contratti di locazione a uso abitativo o commerciale).

Nello stesso solco – critico e realistico – si pone il saggio di Rebecca Berto, che focalizza la propria attenzione sui rapporti fra pandemia e controversie consumeristiche, valorizzando la propria esperienza operativa nell'ambito del Centro Europeo per i Consumatori di Bolzano, dove sono trattate numerose liti di carattere transfrontaliero.

Anche in tal caso, emergono con nitore le connessioni fra disciplina sostanziale e rimediale, complicate dal fatto che le controversie transnazionali pongono agli operatori preliminari problemi di selezione e scelta del diritto applicabile, oltre che intuibili difficoltà di ordine linguistico.

Risalta pertanto, nel contributo di Berto, il problema del rapporto fra *ADR* e cultura giuridica: nessuna effettiva composizione del conflitto può essere raggiunta in difetto di un'adeguata preparazione e di una comune formazione dei professionisti che supportano le parti in lite. Ne deriva la necessità di rafforzare le competenze giuridiche, psicologiche

e linguistiche degli operatori, in una prospettiva più eclettica e umanistica che genericamente “interdisciplinare”.

Seguono tre saggi dedicati alla diffusione delle *ADR* nelle controversie di cui sia parte la pubblica amministrazione.

Si tratta di un settore ancora in notevole ritardo rispetto a quello civile, nonostante le sollecitazioni del Consiglio d’Europa. Il problema non discende, tuttavia, dalla mancanza di volontà del legislatore, ma dalle peculiari caratteristiche dei diversi tipi di lite, che trascendono gli interessi patrimoniali delle parti e hanno oggetto variabile in rapporto al tipo di funzione o attività esercitata dalle amministrazioni (si intuisce, ad esempio, come le controversie inerenti alla gestione di rapporti di pubblico servizio abbiano più tratti in comune con le controversie di diritto civile che con le liti aventi ad oggetto l’esercizio illegittimo di poteri autoritativi).

Monica Delsignore rivisita il pluriennale dibattito relativo al rapporto fra interessi pubblici e privati nella gestione delle controversie devolute alla giurisdizione amministrativa, illustrando le potenzialità delle *ADR* in alcuni specifici settori.

Molto opportunamente il saggio si sofferma su una serie di questioni preliminari di ordine teorico-generale, fornendo al lettore una chiave di lettura idonea a giustificare il ricorso alle *ADR* su questioni amministrative: le caratteristiche del potere pubblico, la struttura dei procedimenti, i limiti dell’autotutela amministrativa evidenziano la necessità di reinterpretare o riformare il sistema della l. n. 241/1990, del Codice dei contratti pubblici e del Codice del Processo amministrativo in termini tali da incentivare e garantire una reale deflazione del contenzioso.

Sara Valaguzza affronta invece il problema in un’ottica di prevenzione e neutralizzazione del conflitto. Assunto che le tecniche di mediazione e conciliazione siano di regola utilizzate per risolvere una lite già sorta, l’Autrice si chiede quale spazio esse abbiano nella stessa definizione preliminare degli assetti di interessi fra parti tenute a cooperare nella gestione di determinate attività: si fa riferimento a rapporti di partenariato pubblico-privato basati su programmi negoziali comuni, il cui equilibrio sinallagmatico è una precondizione indispensabile ai fini del perseguimento degli interessi della stessa collettività.

A differenza di quanto avviene nei contratti di diritto comune, la ricerca di tale equilibrio può essere resa difficoltosa dall'atipicità di tali negozi, dal fatto che essi siano contemporaneamente retti da regole di diritto civile e amministrativo, oltre che dall'evidente disomogeneità degli interessi perseguiti dalle parti.

Come già si è osservato per il saggio di Berto, le *ADR* pongono un problema culturale, che, nella prospettiva di Valaguzza, concerne la funzione e il ruolo del giurista quale consulente delle pubbliche amministrazioni, prima ancora che come avvocato difensore dell'una o dell'altra parte: in tale ottica, la gestione del conflitto è attività di ingegneria giuridica che sollecita la creatività del giurista ben oltre i limiti della tradizionale dialettica giudiziale.

L'ampio e denso scritto di Valentina Giomi mostra, invece, i motivi per i quali la cultura delle *ADR* tardi a diffondersi presso le stesse amministrazioni pubbliche.

Il problema non dipende unicamente da ragioni culturali o da una pretesa arretratezza della nostra amministrazione, ma da questioni di equilibrio istituzionale, connesse alla disciplina della responsabilità amministrativo-contabile: nel momento in cui il dirigente o funzionario che risolve consensualmente una controversia è potenzialmente esposto ad azioni di responsabilità – per aver negoziato l'esercizio delle prerogative dell'amministrazione in astratto danno all'erario – si disincentiva la stessa composizione negoziale della lite. Si assiste, dunque, a un'ennesima torsione del fenomeno della burocrazia difensiva: a fronte di una lite che coinvolge la p.a., politici locali, dirigenti e funzionari amministrativi preferiscono resistere in giudizio (o più raramente agire) che impegnarsi in una rischiosa gestione proattiva della controversia.

Gli ultimi due saggi affrontano questioni di diritto penale, nella chiave di lettura del rapporto fra *ADR* e giustizia riparativa. Ci si chiede, infatti, se tali strumenti possano essere utilizzati per comporre il conflitto – morale, sociale e giuridico – fra reo e vittima, che resta necessariamente estraneo alle competenze di un giudice penale tenuto istituzionalmente ad accertare la fattispecie di reato. Va da sé che la risposta a tali questioni impegna il legislatore e gli stessi operatori a risolvere una serie di problemi inerenti al ruolo e alla funzione del diritto penale (prima ancora che della pena) nell'ambito dello Stato costitu-

zionale di diritto. Si tratta di un *caveat* fondamentale sul piano metodologico, che consente di non annacquare il dibattito con vaghi richiami all'umanità della pena o a una generica cultura del perdono, dietro la quale può celarsi il volto di un nuovo paternalismo di Stato.

Il ricco contributo di Elena Mattevi si divide in due parti: nella prima parte del saggio si ricostruiscono gli effetti della pandemia nella gestione del processo penale “da remoto”, evidenziando i rischi connessi alla perdita di immediatezza del rapporto fra giudice e parti. Sempre nella prima parte del saggio si esaminano le recenti proposte di riforma del processo penale – accelerate dalla pandemia – anche con riferimento alle misure di giustizia riparativa.

La seconda parte del saggio affronta un caso di studio generato dalla pandemia, relativo a episodi di aggressioni violente subite dal personale ospedaliero da parte di vittime di episodi di pretesa malasanità o, più spesso, dei loro familiari. Si tratta di episodi solo in apparenza minori, ma espressivi della frattura del rapporto di fiducia fra medici e pazienti o potenzialmente idonei incentivare pratiche di medicina difensiva già ampiamente deprecate. Mattevi analizza, in particolare, le recenti riforme emergenziali volte a garantire la posizione del personale sanitario (l. n. 113/2020), unitamente a ulteriori progetti di riforma volti a ridefinire lo stesso ruolo del personale sanitario rispetto alla gestione della pandemia.

Chiude il volume una testimonianza di Valeria Tramonte, che coniuga a propria volta riflessioni teoriche e diretta esperienza pratica. Vengono qui illustrate le attività del Centro di giustizia riparativa della Regione Trentino-Alto Adige, specie in rapporto alle controversie sorte per effetto delle pretese responsabilità del personale sanitario.

Tutti i saggi rappresentano, a proprio modo, una testimonianza storica del ruolo della scienza del diritto e degli operatori in tempi alquanto complicati, ma non così difficili da esonerare studiosi e pratici dallo studio del cambiamento in atto.

Trento, 11 novembre 2021

PANDEMIA, PAURA DI MORIRE E MANUTENZIONE DELLA MENTE

*Stefano Calamandrei**

SOMMARIO: 1. *Riflessioni introduttive al tema.* 2. *Delimitazione dei diversi contesti psicopatologici.* 3. *Le diverse età.* 4. *Solitudine e/o 'singletudine'.* 5. *Solitudine di coppia.* 6. *Gli effetti del lockdown sulla personalità.* 6.1. *(a) Aumento della crisi identitaria e della precarietà affettiva.* 6.2. *(b) Effetto traumatico per le nostre difese esistenziali.* 7. *La manutenzione della mente.*

1. Riflessioni introduttive al tema

La pandemia da SARS-CoV-2 e la conseguente malattia Covid-19 ci hanno costretto a confrontarci con una serie di difficoltà e timori inaspettati. La velocità di diffusione e la conseguente improvvisa necessità di difendersi dall'infezione hanno determinato cambiamenti repentini, necessariamente poco pensati, alle nostre vite, alle attività professionali e alle organizzazioni familiari. Ognuno ha dovuto sperimentare, inventarsi strategie, in un mare di pressappochismo, e si è trovato improvvisamente solo a dover decidere per se stesso, per i suoi cari, per i collaboratori. Per esempio, nel mio campo professionale sono capitate molte cose: alcuni pazienti hanno effettuato brusche interruzioni, a volte temporanee, ma altri hanno colto l'occasione per interrompere del tutto la loro terapia, mentre altri non hanno accettato le limitazioni imposte dalla legge e si sono dimostrati degli 'irriducibili' delle sedute.

All'interno del rapporto analitico sono emerse fantasie, quelle che abbiamo avuto tutti nei confronti del prossimo, anche conosciuto e amato, come la paura di essere contaminati, estesa a volte fino a vera e propria paranoia ipocondriaca, con angoscia di infettare il terapeuta o di essere infettati nella stanza di analisi: ho avuto pazienti che sono venuti in seduta con lo 'scafandro' e altri perennemente senza mascherina. Il

* Psichiatra, Psicanalista S.P.I.

lavoro è andato incontro a variazioni, vi sono stati l'incremento e il massiccio, quanto necessario, impiego delle modalità di terapia a distanza che, fortunatamente, la tecnologia ci ha messo a disposizione, dai colloqui telefonici alle terapie *online*. Una specie di *smart-working* terapeutico che sta prendendo sempre più campo e che era nato sperimentalmente già, qualche decennio fa, per la formazione in remoto di psicoanalisti in Cina e in Russia, Paesi che, a causa del blocco ideologico, non avevano avuto la diffusione della psicoanalisi. Su tutti questi cambiamenti dovremo accuratamente riflettere, a posteriori, come diciamo noi, in *après-coup*, approfondendo il senso delle diverse modifiche e arrivando a comprendere come le variazioni possano aver condizionato il normale fluire del lavoro terapeutico e anche della vita quotidiana. Modifiche che riguardano ampiamente tutto l'ambito della nostra società e che porteranno a cambiamenti, probabilmente irreversibili, sia delle modalità relazionali che professionali del prossimo futuro.

L'aspetto che, però, mi sembra emerga, in maniera rilevante, come dato psicologico tangibile da questa esperienza è come le normali difese quotidiane del nostro "Io", cioè la nostra coscienza, l'assetto mentale su cui si basa la stabilità della nostra personalità siano state improvvisamente confrontate con un pericolo immediato e improvviso. La diretta e veloce minaccia della pandemia, la rapidità con cui ha preso campo il virus hanno determinato l'impossibilità di poter effettuare una mediazione 'pensata' e hanno messo in mostra tutta la fragilità del nostro assetto mentale e della struttura di personalità su cui ci basiamo.

Il SARS-CoV-2 ha direttamente portato un attacco psicologico alla struttura della nostra identità e ha messo in mostra tutti i timori che abitualmente 'neghiamo', in maniera parziale, ma che rimangono presenti per quanto come 'congelati', in relazione alla possibilità di ammalarci o perire: cioè ci ha svelato la nostra caducità. Questo è l'aspetto che più intensamente è stato colpito a livello psicologico, quel sostegno narcisistico difensivo di negazione onnipotente che ci consente, quotidianamente, di mantenere una più o meno blanda 'indifferenza' nei confronti della nostra finitezza. La pandemia, invece, ci ha costretto a confrontarci con un senso personale di morte che, all'improvviso, è tornato consapevole, come succede ogni volta che veniamo colpiti da un qualche evento traumatico, da una malattia o da un lutto vicino a noi. Infatti, il

senso di morte personale, abitualmente, viene ‘negato’ e ci difendiamo da questa consapevolezza, nella vita di tutti i giorni, scotomizzandolo e solo occasionalmente ricompare, come una rivelazione improvvisa che ci sorprende e che nuovamente si palesa e ci ricorda tutta la fragilità individuale e la finitezza delle nostre vite. Il problema è che in questa pandemia il timore di morire e il senso di lutto si sono mantenuti per un periodo di tempo incredibilmente lungo, divenendo così molto usuranti, senza che ci venisse data una possibilità per poter razionalizzare e comprenderne il significato, di trovare un modo per farcene una ragione.

2. Delimitazione dei diversi contesti psicopatologici

Ogni evento traumatico, anche di lieve entità, può avere gravi ripercussioni sulla psicologia degli individui e più questi sono emotivamente ‘fragili’, più intensamente saranno in balia e verranno sconvolti dagli eventi esterni. Però, paradossalmente, più si entra nel campo delle patologie gravi (Psicosi, Disturbi Bipolari, Gravi Disturbi di Personalità) maggiormente la personalità è bloccata, stabilizzata nella malattia e, così, molto meno questi pazienti risentono delle condizioni esterne, ambientali, poiché hanno forti difese psicologiche proprio per non percepire la realtà esterna a loro.

È comune osservare come i pazienti gravi non si preoccupino troppo del proprio futuro, né dal punto di vista economico né per quel che riguarda le malattie proprie o dei loro genitori, concentrandosi unicamente sul presente quotidiano. Si può dire che avere avuto nella prima infanzia un accudimento carente, da parte dell’ambiente genitoriale, costringe tali pazienti a costruirsi una ‘corazza’ emotiva che li rende particolarmente non-influenzabili dalle condizioni ambientali esterne. In realtà sono così ipersensibili da essere costretti a sviluppare un alto grado di indifferenza e di ‘autosufficienza’: un’autosufficienza che si sostiene sull’illusione che qualcuno o qualcosa provvederà, comunque, sempre a loro.

È proprio allontanandoci dalle patologie gravi, dalla loro illusoria e presunta autosufficienza, che troviamo le persone che, non avendo la necessità di difendere la loro sensibilità, diventano più facilmente in-

fluenzabili dalla realtà e dall'ambiente esterno. Gli effetti psicologici e sociali della pandemia hanno, quindi, preoccupato e influenzato prevalentemente il 'corpo sano' della popolazione, che si è spaventato e ha reagito in funzione del particolare momento esistenziale in cui si è venuto a trovare. Pertanto si potrebbe benissimo declinare il discorso sugli effetti del trauma pandemico in maniera molto specifica e differente se si parla di anziani, di persone già malate per altre patologie e con le difese immunitarie indebolite o di giovani adulti o di adolescenti in evoluzione e trasformazione.

A seconda delle età si sono sviluppati problemi e sentimenti diversi, però, per tutti c'è stato un doversi adeguare all'improvvisa paura della malattia e della morte. Per ognuno è stato necessario confrontarsi con la carenza dei normali rapporti relazionali, quelli che sono necessari alla crescita e al non sentirsi soli, delle esperienze formative, con il senso di precarietà per il futuro, con la temuta o reale perdita del posto di lavoro, con la costrizione più intensa dei rapporti familiari che ha portato a un diffuso sentimento condiviso di claustrofobia sociale. Il *lockdown* ha costretto tutti a stare in una dimensione coatta di reclusione, di recisione dei legami relazionali che abitualmente ci 'nutrono' affettivamente e sono intessuti nell'ambiente lavorativo, nelle amicizie ma anche nei rapporti più superficiali, esterni al proprio domicilio, sia che si abbia o che non si abbia una famiglia o un qualche tipo di convivenza.

3. *Le diverse età*

Certo per gli adolescenti e i giovani adulti le chiusure hanno determinato l'interruzione del percorso di uscita dalla famiglia, del costituirsi autonomo intorno ai compagni di scuola, al divertimento o allo sport, cioè ha ostacolato la costituzione del cosiddetto gruppo dei 'pari', così necessario per riuscire a sviluppare la propria indipendenza. Le tensioni con i genitori possono essere aumentate a causa del maggior contatto e controllo, inevitabile, in ambienti ristretti e domestici. L'isolamento adolescenziale è divenuto una difesa e una via di fuga, per non sentirsi manipolati, così sono diminuiti i dialoghi familiari e sono aumentate le difese. Mi sembra, però, francamente esagerato lanciare l'allarme sulla

tenuta della loro salute mentale, anche se i dati parlano di un aumento del 30% dei tentati suicidi e dell'autolesionismo.

Per gli adulti, è indubbio, che lo *smart working* sarà una 'conquista' difficilmente reversibile, qualcosa che cambierà forse definitivamente sia le aziende, che risparmieranno, sia i lavoratori che avranno l'illusione di conciliare meglio privato e lavoro. Comunque sembra che sui 18 milioni di dipendenti in Italia, 1/3 circa, oltre 5 milioni, nel futuro, alterneranno il loro lavoro sia fuori che dentro l'azienda, si calcola che perlomeno il 50% dell'orario *standard* rimarrà fuori dall'azienda. Gli accordi sindacali dovrebbero arrivare a concentrare il lavoro dal martedì al giovedì, nella parte centrale della settimana, ma così verrà a mancare lo spazio privato sul lavoro, le scrivanie con le foto o i disegni dei bambini, forse non ci sarà nemmeno la scrivania, che diventerà un lusso.

Paradossalmente sono i più giovani a preferire il lavoro in azienda proprio per non rinunciare alla socialità, perché hanno bisogno di imparare e si impara soprattutto in presenza e poi perché spesso convivono coi genitori da cui vogliono evadere o perché sono *single* oppure perché abitano in abitazioni troppo piccole.

Certo è che la delocalizzazione potrebbe valorizzare i piccoli borghi rispetto alle città, le seconde case se ben attrezzate con i collegamenti *Wi-Fi*: avremo un *home-working*, dove il tavolo da cucina e la scrivania si confonderanno. La confusione degli spazi e dei tempi fonderà le nostre identità in una nuova 'chimera', per cui per quanto la flessibilità di tempi e luoghi si possa rivelare una rivoluzione che ci libera da consuetudini dispersive e reinterpreta la mobilità, trasformando lo spazio urbano in città-comunità policentriche, alla fine comunque ci incatenerà in una stanza in una maniera per nulla *smart*.

4. Solitudine e/o 'singletudine'

La solitudine è stata la protagonista assoluta della pandemia, colpiva lo stesso anche prima, ma ce ne accorgevamo meno perché beneficiavamo delle interazioni sociali passive ovvero quelle piccole conversazioni e i contatti minimi che, anche non volendo, in ufficio, al bar, ecc.,

in qualche modo, ci facevano sentire meno soli: direi che siamo stati tutti trasformati improvvisamente in pensionati.

Il nostro cervello in situazioni di isolamento funziona in maniera diversa, come è stato evidenziato con la Risonanza Magnetica Funzionale (fRM), paradossalmente lavora molto più intensamente e faticosamente. La differenza consiste nel fatto che nell'individuo solitario, l'accensione metabolica di tutte le attività rimane uguale, sia se pensa a se stesso sia se pensa agli altri, mentre quando si è in rapporto con qualcuno, anche se estraneo, non si attiva in maniera generalizzata ma solamente specifica a coloro che sono in contatto: la compagnia risulta essere più riposante.

Il Covid ci ha fatto sperimentare una diversa solitudine, senza parlare di coloro che si sono ammalati ovviamente, un'emarginazione diversa per fasce di età e da normale compagnia di vita di moltissimi è, così, dilagata. Vi sono studi neurologici che hanno riscontrato che le modificazioni cerebrali della solitudine protratta sono analoghe a quelle del digiuno dal cibo. Il nostro cervello è sociale, ha bisogno di contatti umani, esattamente come di mangiare per vivere e non è una metafora, poiché diminuisce la produzione di ossitocina, l'ormone dell'attaccamento, che ha un effetto tranquillizzante.

In particolare la carenza di contatto fisico, affettuoso, produce un aumento di fatica, ansia, disturbi del sonno e dell'umore. Negli adolescenti è stata definita questa situazione di isolamento come "Sindrome della Capanna", giovani che usano la tecnologia per rimpiazzare le relazioni reali. Esisteva già il termine *Hikikomori*, fenomeno osservato nei giovani giapponesi, in epoca non sospetta pre-Covid, che sviluppavano uno stato di isolamento totale compensato da una sorta di *online-brain*, cioè soli, isolati, ma sempre connessi a qualcun altro che è da qualche altra parte. Un fenomeno generale che mi era già capitato di osservare, insegnando a una classe di giovani psicologi quando, in attesa dell'inizio della lezione, piuttosto che parlare tra loro, erano tutti a chattare sul cellulare: sembrava fossero più interessati a essere in relazione con qualcun altro, distante, virtuale, ma forse proprio per questo più facile da gestire, che non con il/la compagno/a di banco presente in carne e ossa, che sicuramente pretendeva una più faticosa attenzione emotiva relazionale 'reale'.

La solitudine si dice sia un passo verso il paradiso per chi la ricerca, ma è uno verso l'inferno per chi la subisce come imposizione e il forzato isolamento è stato il vero trauma da pandemia.

Certo, più o meno tutti abbiamo avuto malesseri psico-fisici caratterizzati da depressione, insonnia, ansia, ipocondria con la paura di infettarsi e il rifiuto di socializzare, associati alle preoccupazioni di perdere il lavoro e alla fatica di mantenerlo, alla paura per il futuro dei figli, per la loro scarsa formazione scolastica, ma siamo sempre nell'area delle normali preoccupazioni che ogni grave problema ci pone. La statistica psichiatrica, infatti, nella popolazione generale, ha rilevato solamente un aumento del Disturbo Acuto da Stress oppure da Stress Post-Traumatico, ma prevalentemente nei sanitari che svolgevano il lavoro in corsia. Se, quindi, sicuramente non vi è stato un aumento di richieste di intervento specialistico, d'altro canto, certamente, vi è stato piuttosto il ricorso individuale, anche massiccio, all'automedicazione con l'aumento di assunzione delle sostanze, di abuso di psicofarmaci o alcool e l'aumento dei disturbi alimentari, notoriamente una pratica privata. Se un peggioramento ci può essere stato nei pazienti psichiatrici è stato unicamente dovuto alla sospensione delle attività ambulatoriali, che hanno portato a saltare i numerosi appuntamenti di controllo e di mantenimento delle terapie.

5. *Solitudine di coppia*

Con la pandemia bisogna evidenziare come sia maggiormente deflagrato il malessere delle coppie, anche quelle che credevano d'aver raggiunto, pur fra liti e incomprensioni, una convivenza accettabile, magari in nome dei figli, ma non ci sono più stati gli spazi esterni di decantazione a cui appoggiarsi per 'sopportarsi'.

Il *lockdown* è stato una 'trappola' che ha fatto saltare molti equilibri: le coppie in crisi sono entrate ancor più in crisi, in maniera drammatica, poiché si sono ritrovate senza la possibilità di compensare il disagio e così la chiusura ha esacerbato la claustrofobia che emerge quando la vicinanza è obbligatoria. Mentre altre coppie, confrontandosi ogni giorno, si sono sorprese di doversi scontrare continuamente, gli spazi si so-

no ristretti e sono condivisi con i figli, quindi è stato difficile riorganizzare la vita familiare. Si sono manifestati equilibri di coppia che sono equivalenti di una separazione in casa e crisi vere e proprie che sono state congelate, in attesa della fine delle chiusure, così come ci sono state inevitabili esacerbazioni di violenza domestica.

Tralascero di commentare i benefici di una solitudine ben gestita, anche se forzata, che ci ha costretto a ridurre i ritmi frenetici della vita professionale e ci ha obbligato a riconnetterci introspektivamente. Ma a parte questo non generalizzato effetto benefico, si deve ammettere che la riduzione imposta delle dinamiche relazionali si è tradotta in una carenza di stimoli cerebrali, inducendo una sorta di ‘demenza’ da eccesso di tecnologia, dovuta al lavorare in casa senza i punti di riferimento esteriori che scandivano le giornate.

Non ricordare bene quale giorno fosse è divenuto normale, così come non riuscire più a sapere in quale altro giorno è successa la tal cosa, non avendo nemmeno più la possibilità del riferimento scandito dalla diversità di abito: in spazi sempre uguali, facciamo le stesse cose, vestiti nella stessa maniera e così la memoria non ha riferimenti a cui appigliarsi per distinguere una settimana dall’altra. La mente si è come offuscata, vittima di quella che è stata definita una ‘nebbia cognitiva’, per cui quest’anno passato in maniera uniforme porterà a blocchi di ricordi tutti uguali, perché le giornate sono state tutte uguali, con pochissimi stimoli.

Sul finire di questo percorso di chiusura forzata quello che emerge, dopo avere superato la fase iniziale della resistenza, sembra che ora siamo passati a una ‘fase di esaurimento’. Se all’inizio ci sono state ansietà, rabbia, paura, cioè tutta la parte più reattiva delle emozioni, ora si stanno verificando una progressiva perdita di speranza e l’ottundimento: ci si sente offuscati. Si ha difficoltà a vedere le cose con lucidità, costretti in un presente ripetitivo e opprimente.

Però dobbiamo anche notare che l’isolamento sociale a cui ci ha costretto il Covid non è stato visto da tutti come una gabbia da cui fuggire. A molte persone mancherà qualcosa del ‘bozzolo pandemico’ e sarà difficile riprendere la vita normale, in particolare il poter ritrovare il tempo per affetti troppo emozionanti o anche la possibilità di potersi esimere da incontri scomodi e dalle necessità organizzative, e perfino la

mascherina, potrebbe essere diventata una sorta di ‘coperta di Linus’ protettiva.

6. *Gli effetti del lockdown sulla personalità*

6.1. (a) *Aumento della crisi identitaria e della precarietà affettiva*

Quali possono essere stati, allora, gli effetti collaterali che questa situazione ha impresso alla nostra personalità, a quella di tutti?

Direi che le più importanti conseguenze sono state su due versanti differenti ma intrecciati tra loro: uno riguarda quello della nostra identità e l'altro contempla la ferita inferta alle nostre difese esistenziali.

Per quanto riguarda l'identità bisogna riconoscere che era già abbastanza in crisi, nel senso che negli ultimi decenni i meccanismi sociali, la crescente globalizzazione dell'economia e dei costumi hanno portato a erodere sempre più le basi della nostra sicurezza identitaria, cosa che ha indotto larghe masse della popolazione a reagire con proteste su posizioni massimaliste, populiste, nazionaliste, alla ricerca di maggiore sicurezza nel recupero di un modello passato.

L'identità di una persona è qualcosa di molto sfuggente, qualcosa che ognuno deve conquistare, un obiettivo da costruire, non è qualcosa che riceviamo in dono, ma che spesso sentiamo troppo stretta o asfissiante una volta che l'abbiamo indossata. A livello sociologico e psicologico negli ultimi decenni l'identità è stato il problema principale del mondo occidentale, poiché è iniziato un progressivo suo sgretolamento e disintegrazione, a partire dalla tenuta delle comunità locali, con la rivoluzione dei trasporti e le nuove forme di lavoro, con il venire a mancare, nella maggior parte dei casi, dei punti di riferimento sociali che avevano marcato il periodo precedente.

C'è stato un progressivo slittamento, per cercare sicurezza alla propria identità, dai ‘gruppi’ di riferimento tradizionali (religiosi, ideologici, politici, sportivi, di comunità locale) verso i maggiormente attraenti gruppi mediati elettronicamente. Questi nuovi ‘gruppi identitari’ garantiscono un forte senso di appartenenza, ma hanno la caratteristica di essere ‘totalmente virtuali’ e soprattutto, a causa del mezzo, sono volu-

tamente fragili poiché se è molto facile entrare è, soprattutto, altrettanto facile uscirne. Per cui non sono forme di socialità solida, su cui l'identità dell'individuo si possa basare, poiché creano un'illusione di intimità e una finzione di comunità. Le 'comunità virtuali' che vengono cercate per dare sostegno alla propria identità sono incapaci di aiutarci a costruirla. Da molti anni siamo in presenza di un fenomeno globale: la personalità media, soprattutto delle giovani generazioni, sembra essere sempre più evanescente, meno solida e impostata alla dipendenza.

In conseguenza di questo fenomeno, nella società "liquida", come la definisce Baumann, una sorta di inflazione ha colpito il "legame affettivo", si sono diffuse una sempre maggiore leggerezza e inconsistenza dei contatti interpersonali: infatti è necessaria una personalità solida e non superficiale per sostenere un buon "legame affettivo".

Si è sempre più diffusa, con l'inconsistenza delle basi della personalità, la frequenza con cui usiamo lo *smartphone* o il *computer*, per rassicurare il bisogno di dipendenza di essere sempre connessi e mai esclusi, ma sempre superficialmente in rete. Così, in verità, ci allontanano sempre più da noi stessi e dagli altri, con l'illusione, anche noi, di stare nel *cloud*, il contrario dell'introspezione. Stare da soli nella propria auto, o in coda al supermercato o per strada o anche in casa, invece che favorire una riflessione e un raccoglimento dei nostri pensieri, sempre più frequentemente ci spinge a cercare messaggi sul cellulare, per verificare se esistiamo per qualcuno, forse proprio perché non reggiamo il peso della nostra solitudine.

Sembra sempre più difficile avere un'identità, che sia scelta una volta per tutte, che dia stabilità e garantisca la costruzione di un percorso e di un impegno nel tempo, anche se tutto ciò può apparire, soprattutto nell'adolescenza e nella prima gioventù, difficile, se non sgradevole o perfino pericoloso. Mantenere, invece, la velocità, la flessibilità del lavoro, lasciarsi tutte le strade aperte, in fondo non decidere di impegnarsi, stanno diventando sinonimo di libertà. È una dimensione che di solito sarebbe esclusivamente adolescenziale ma si è, ormai, ampiamente diffusa a tutte le età.

Per molti giovani non c'è niente di più stabile di un lavoro precario che viene scelto estate dopo estate, anno dopo anno, un anno per volta ma, alla fine, effettuato per tutta la vita. Diciamo che, attualmente, ciò

che nel nostro mondo sociale viene valorizzata è la facilità con cui ci si può liberare da un impegno, come si può mettere fine a piacimento a qualsiasi scelta e questo atteggiamento sembra essere una libertà che non comporta rischi. Modalità che ha fatto pensare alla maggior parte dei lavoratori che è più desiderabile un presente diverso per ciascuno piuttosto che pensare seriamente a un futuro migliore per tutti.

La globalizzazione ha disperso le classi del lavoro come perno identitario sicuro per far leva sulle rivendicazioni e quindi lo scontento sociale si è frammentato in un numero infinito di rimostranze di gruppo o di categorie alla ricerca di una ragione sociale aggregante: il genere, la razza, il comune passato coloniale si sono rivelate tra le più efficaci e promettenti. Ognuna di queste basi identitarie ha cercato, poi, di divenire l'identità capace di contenere tutte le altre. Così facendo è successo che ogni ragione scelta è divenuta indifferente, se non sospettosa e ostile, verso analoghe rivendicazioni di esclusività, affermate dalle altre identità.

L'effetto non previsto è stato quello di una frammentazione del dissenso sociale, del precipitarsi di ogni nuova identità, progressivamente, in una serie perenne di conflitti con una moltitudine di altri gruppi: la prima vittima di questa guerra tra identificazioni è stato il convivere civile. Piuttosto che per i problemi economici, la rivendicazione si è spostata verso il bisogno di riconoscimento, nel rifiuto di quello che gli altri vogliono che tu sia, che è tipico della carenza di identità. La nostra comunità sembra stia diventando molto simile all'universo disegnato da Escher, in cui nessuno è in grado di distinguere una strada che porti verso una direzione precisa.

La società in generale non viene più percepita come un arbitro equo e intransigente, giusto e fedele ai suoi principi, infatti più di una volta, ad esempio, i mercati finanziari non hanno tenuto conto delle loro stesse regole, ci sono state sempre più eccezioni, sotterfugi che colgono impreparati le persone. La stessa scala gerarchica, il potere non è più ben individuabile, è elusivo, versatile, volatile sfugge alle aspettative delle persone e si sottrae alle sue promesse. La reazione infatti più comune è essere spinti a essere altrettanto evasivi, a valorizzare il "qui e ora", l'attimo fuggente, le sensazioni immediate: la strategia del *Carpe*

Diem è divenuta la risposta a un mondo svuotato di valori che pretende di essere duraturo.

Di conseguenza non riescono a essere appetibili le preoccupazioni per la coesione, l'adesione alle regole, il rimanere fedeli alla logica di continuità ma piuttosto si valorizza il fluttuare delle opportunità mutevoli e di breve durata. L'identità diventa confusa ma maggiormente necessaria e richiesta, così diventa un fatto esclusivamente privato, in un mondo multiculturale e flessibile.

Ma strutturare la propria identità è l'unica risorsa capace di arginare la dissoluzione e la frammentazione dell'individuo in una società senza punti di riferimento. *Internet* sappiamo come sia il regno delle false identità, il luogo dove ancor di più l'identità finisce disintegrata, ma proprio per questo viene considerato come una vera, tangibile via di fuga a un'unica, vera identità, vissuta in questi tempi come una prigione da cui non si può più uscire.

Meglio perciò le esperienze lavorative, sentimentali, di intrattenimento che garantiscono una veloce via di fuga, meglio che si possano mantenere sempre la superficialità e la possibilità di interrompere immediatamente un qualsiasi legame affettivo, magari semplicemente pigiando un tasto, così da preservare la propria preziosa libertà di rimanere indefiniti, disidentificati. Molte sequele episodiche di mini-interazioni sostituiscono sempre di più le prolungate conversazioni con gli amici e le relazioni familiari, in questo modo perdiamo la capacità di entrare spontaneamente in interazione con le persone reali.

La pandemia ci ha spinto bruscamente in questo nuovo mondo in trasformazione, non desiderato e che non ha ancora preso forma né sembra avere una chiara direzione. Psicologicamente quello che è evidente è che si sta strutturando una società dove gli individui praticano una vita 'senza legami', di lavoro flessibile, di relazioni 'senza impegno': tutte cose desiderate ardentemente, per il senso di libertà che danno, ma nello stesso tempo temute per il senso di non definizione e di solitudine a cui ci espongono. Ad esempio è stato rilevato che il regalo di Natale preferito dai bambini inglesi è un cucciolo di cane, che ha comunque circa una quindicina d'anni di aspettativa di vita, ma la riduzione dei tempi di attenzione, di questa nostra modernità, focalizzano la

durata di questo interesse intorno a soli tre mesi, tempo medio dopo il quale vengono, abitualmente, espulsi dalle case.

Credo che non possiamo più tornare indietro, ma in questa situazione saremo sempre più a disagio e nessuna delle soluzioni ‘pratiche’ ricercate dal singolo porteranno mai soddisfazione a quello che è un vero e proprio profondo bisogno psicologico.

6.2. (b) *Effetto traumatico per le nostre difese esistenziali*

L'altro effetto traumatizzante che la pandemia ci ha inferto riguarda il rapporto tra noi stessi e il senso della nostra caducità, la nostra finitezza, la nostra morte.

Nella mia esperienza di consulente psichiatra di un reparto per malattie terminali, un *Hospice*, frequentemente sono stato interpellato per le difficoltà che le persone, i parenti o lo stesso personale che assisteva, avevano ad affrontare una morte imminente e il dolore del lutto. Molto spesso ho potuto verificare come la mente del malato terminale cercasse e realizzasse uno stato di negazione della propria morte imminente, che era tanto più forte quanto meno era pronto e preparato, psicologicamente, a questa realtà, fino a raggiungere forme francamente patologiche di negazione maniacale, psicotica, della sofferenza e della propria fine.

Nelle situazioni migliori, invece, sembrava si istituisse, intorno al malato, come una ‘bolla di sapone’ illusoria che cercava di proteggerlo dalla consapevolezza e dal dolore del lutto. Il malato spesso restava sospeso in questa ‘bolla’ e tale situazione artificiale, però, riusciva anche a farlo vivere con più serenità, gli consentiva di poter effettuare i commiati necessari, a godere di alcune piccole soddisfazioni vissute nel giorno per giorno. All'interno di questa ‘bolla’ effettuava, poi, la scelta determinante della persona che lo avrebbe accompagnato negli ultimi momenti: un parente, un amico o piuttosto un operatore sanitario.

Il mio intervento si caratterizzava, quindi, piuttosto che in un'impostazione farmacologica ansiolitica o antidepressiva, nell'aiutare la persona, i parenti e il personale a essere coesi nel mantenere questa ‘bolla di sapone’ sufficientemente permeabile da consentire al malato di entrarvi e uscire, secondo le sue necessità e secondo lo stato di consape-

volezza che poteva sopportare, per essere accompagnato nella maniera che lui sceglieva e che era l'unica che poteva sostenere. Si stabiliva un'intensa 'negazione' nei confronti del proprio destino, che è facilmente rilevabile in tutti coloro che si avvicinano direttamente al fenomeno della morte come i malati terminali o i loro parenti oppure negli stessi medici quando si chiedono se informare o meno il malato della gravità del suo stato patologico. Questa capacità di negazione penso si sviluppi a partire da un meccanismo di difesa onnipotente di tipo narcisistico, che tutti utilizziamo, che amplifica la medesima naturale difesa che quotidianamente poniamo in atto per mantenere coeso il nostro Sé, la nostra personalità.

Il meccanismo che porta a negare la percezione della realtà diventa una necessaria e naturale operazione difensiva dell'"Io" che si realizza attraverso una scissione interiore, tra la percezione della realtà e la consapevolezza, tra la consapevolezza e l'emozione che accompagna una percezione traumatizzante. In maniera analoga si può supporre che la mente dell'uomo attui una parziale scissione della sua consapevolezza per riuscire a tollerare l'idea della propria finitezza, che venga cioè attivato un sistema difensivo, non patologico, per supportare un qualche livello di 'negazione' della realtà e sopportare il senso di caducità della nostra vita e delle cose, la perdita delle persone e delle situazioni.

Di fronte all'angoscia della perdita, in generale, e della propria, in particolare, la mente si difende operando un investimento narcisistico sul proprio Sé che porta alla costituzione di una parziale eppur efficiente 'bolla di sapone' di illusione. Nella stessa maniera in cui la mente reagisce per tutelarsi dal dolore fisico e psichico, cioè attraverso un investimento narcisistico sulla parte fisica o sulla rappresentazione ferita che genera dolore.

Questa 'bolla' sostiene il desiderio di essere eterni, di avere molto tempo davanti a noi, di non essere fragili biologicamente, di poter sopportare e superare tutte le malattie e tutte le perdite, pur considerando, invece, realisticamente tutti gli altri fragili, ammalabili, perituri. Si potrebbe valutare quest'operazione difensiva come necessaria per la salute mentale, come un'estensione e un'evoluzione maturativa. Si crea, infatti, uno scudo protettivo narcisistico di investimento del Sé che lo fa illusoriamente sembrare coeso, stabile, continuo nel tempo e anche im-

mortale nella sua strutturazione pur essendo, peraltro, la nostra identità molto fragile e multiframmentata. Si potrebbe considerare questa operazione molto simile a ciò che già effettua, in maniera automatica e del tutto fisiologica, la nostra mente nei confronti delle sensazioni e delle percezioni per renderle stabili e fruibili per il nostro pensiero.

Infatti, il nostro cervello per poter percepire dal reale o per poter immaginare e, quindi, pensare un oggetto deve effettuare un'operazione di illusoria 'costanza percettiva', attraverso la quale riusciamo a riconoscere un percetto, come una casa o un volto, sia che si presentino di fronte o di lato, all'alba o al crepuscolo, da vicino o da lontano: la mente costruisce un'illusoria costanza dell'oggetto. Questa è una caratteristica fondamentale dei sistemi percettivi senza la quale non potremmo riconoscere gli oggetti o le situazioni quando non si presentano nelle stesse determinate condizioni specifiche in cui li abbiamo conosciuti la prima volta.

Proprio per non essere ostaggio delle variazioni della luce o della prospettiva spaziale il cervello riesce a categorizzare e ad astrarre dei concetti costanti che ci permettono un facile riconoscimento. Ad esempio, la 'costanza cromatica' permette di distinguere un colore come se fosse sempre uguale e non influenzato dalle diverse condizioni della luce, attraverso un meccanismo di decodificazione e correzione. In realtà, se andassimo a misurare la quantità di luce rossa, verde o blu di una superficie colorata, come una cravatta o la facciata di una casa, scopriremmo notevoli variazioni a seconda se siamo all'alba o al crepuscolo o a mezzogiorno, se c'è il sole o se è nuvoloso, eppure il cervello automaticamente sottrae le variazioni e assegna una costanza al colore, cioè percepisce, vede sempre lo stesso colore, lo stesso rosso, in tutte le condizioni di luce: un inganno fisiologico, una negazione della percezione 'reale' per dare costanza alla capacità cognitiva della mente.

Nella stessa maniera penso che la mente attribuisca una costanza alla nostra identità, alla coesione del Sé e alla sua continuità nel tempo, una costanza 'esistenziale', sempre illusoriamente sostenuta da una discreta quota di negazione e onnipotenza. Non l'onnipotenza della realizzazione magica del desiderio da parte del pensiero, ma quella che deriverebbe direttamente dal principio definito del "Nirvana" secondo Freud, cioè lo stato d'animo fetale: uno stato di benessere privo di sti-

moli, uno stato così inconsapevole da non avere nemmeno bisogno di avere bisogno.

Possiamo considerare che a ogni individuo è necessario che venga concessa l'illusione di poter avere una quotidiana fiducia per la propria continuità nel tempo e che questa venga ottenuta negando l'angoscia per la sua stessa finitezza. Se questa fiducia si instaura, se il Sé può elaborare tale difesa nei confronti della realtà, si può sviluppare la capacità di 'stare soli' e di tollerare il lutto della propria caducità. Queste posizioni psicologiche sono acquisizioni, nel percorso della vita, che necessitano come base mentale la strutturazione di una personalità sufficientemente solida, integrata, capace di tollerare la riduzione della dipendenza da altre persone protettive, fino all'accettazione di una limitata protezione da parte di una sana, per quanto illusoria, relativa negazione narcisistica quotidiana della propria caducità.

Su questa nostra difesa così fragile, ma anche così potente, si è accanito il virus di questa pandemia facendoci vivere un prolungato periodo di lutto, amplificato, drammatizzato attraverso i media, a cui alcune persone hanno reagito con il fenomeno opposto della negazione del pericolo e delle attività per prevenirlo. Non credo sia stato facile per nessuno recuperare la posizione interiore, frequentemente perduta, che ci consentiva di ripristinare la propria 'bolla di sapone' illusoria, ma necessaria, per effettuare il lavoro quotidiano, la nostra vita, mantenere vivi i nostri affetti e continuare a credere che un qualche futuro era possibile.

7. La manutenzione della mente

La pandemia ci ha fatto sentire molto soli ed estremamente più fragili rispetto al nostro tragitto esistenziale e a quello dei nostri cari, la morte è stata così presente per un periodo così lungo che le nostre abituali difese hanno mostrato tutta la loro inutilità. Ma, come mi suggerisce l'esperienza con i malati terminali, l'elemento terapeutico di maggior manutenzione della nostra mente, che ci permette di superare questi strati profondi di sconforto e disperazione, consiste proprio nell'instaurare saldi legami affettivi, che vadano in direzione contraria alla

moda dei tempi. Cioè dobbiamo recuperare, non la ricerca inflazionata di molti superficiali e telematici contatti, ma la scelta qualitativa di stabilire saldi legami affettivi in presenza, a cui dedicare lo spazio e il tempo per goderne. Inoltre dobbiamo saper anche attivare una continua ed estremamente necessaria attività introspettiva che ci permetta in ogni momento di monitorare lo stato del nostro “Io”, di sapere chi siamo e dove, esistenzialmente, stiamo andando e, soprattutto, di cosa psicologicamente abbiamo maggiormente bisogno.

Quando la nostra mente è stanca psicologicamente, per recuperare la sua creatività, ha bisogno di uno spazio-tempo non definito e non programmabile, e si riposa disponendosi come un ‘campo a maggese’, il cosiddetto riposo quaternario dell’agricoltura, cioè deve poter fantasticare introspettivamente, farsi invadere da ciò che trova in se stessa, magari proprio mentre sta facendo *zapping* alla televisione, mentre segue una discutibile *soap-opera* o scorre le notifiche sullo *smartphone*. Tutte attività che hanno lo scopo di ingannare il senso del dovere, di ciò che bisogna fare, perché dentro di noi c’è una resistenza sempre più forte a dedicarci alle cose che dovremmo fare.

Quando siamo logorati psicologicamente, pur obbligandoci, dobbiamo constatare che non riusciamo a essere produttivi, sentiamo un rifiuto interiore e ciò vuol dire che necessitiamo di una moderata indolenza, di un bisogno di passività spontanea. Il restare mentalmente come ‘un campo a maggese’ realizza uno stato di distacco dalla realtà esteriore e rimanendo improduttivi facciamo riposare la mente: ma tale condizione può essere difficile da raggiungere.

Intanto è fondamentale che ci sia un ambiente favorevole perché si possa realizzare, che sia adatto a noi, adatto per conquistare e mantenere uno stato di ‘ozio’ mentale. Paradossalmente non possiamo farlo in uno stato di isolamento e solitudine completa, ma è necessaria una qualche altra presenza umana vicina, anche solo nella nostra mente, che non sia invadente, non importa nemmeno che sia protettiva ma con la sua presenza, anche a distanza, possa impedire che si scivoli in stati d’animo troppo cupi o malinconici. Questo stato d’animo d’ozio è difficile da raggiungere perché oscilla tra due estremi, da una parte, c’è l’eccessiva solitudine, il senso di abbandono, mentre, dall’altra, vi è la ricerca di esperienze di gratificazione straordinarie. Se riusciamo a rag-

giungere questa difficile condizione intermedia, e penso che spesso l'avrete fatto involontariamente per necessità interna, troveremo nutrimento per la nostra personalità e per la nostra creatività, perché ciò ci consente uno stato di non-integrazione, di sospensione rispetto all'abituale funzionamento mentale organizzato. Così possiamo 'spogliarci' dalle troppe e faticose identità che siamo obbligati a impersonare, dai doveri professionali o relazionali a quelli familiari, per ritrovare uno stato di non-definizione di noi stessi. Lo stesso stato di disidentificazione che di questi tempi viene attivamente, ma in maniera pratica e quindi inutilmente, cercato per paura del peso delle scelte e delle troppe responsabilità che derivano da ogni impegno identitario.

Ma non si tratta di divenire pigri o di lasciarsi andare a serie televisive di veramente basso livello, perché non è un problema di cultura, di scegliere uno svago purché sia 'intellettuale', come il bel romanzo o il film che si devono assolutamente leggere e vedere, per rimanere alla pari con gli altri, intelligenti alla propria e altrui considerazione, perché sarebbero un altro dovere. Si tratta di sviluppare quella capacità, propria solamente di un individuo equilibrato e dotato di una personalità ben sviluppata, di sapersi abbandonare al flusso interiore delle proprie immagini e fantasie, senza doverle indirizzare, ma rimanendo come un 'campo coltivato a maggesi'. Abbandonarsi perciò a far sbocciare tutti i pensieri che abitualmente accantoniamo, come fossero semi portati dal vento o da vecchie coltivazioni, fiori di campo o rovi, come i pensieri più dolorosi, ma senza organizzarne lo sviluppo o indirizzarne l'esito, quasi sognando, cioè in una maniera che è tutto il contrario del tempo libero organizzato e finalizzato.

Per sviluppare l'abilità di rimanere 'oziosi', senza sentirsi in colpa, bisogna sapersi accettare come persona autonoma, sapere abbandonare tutte le nostre identità 'fittizie', saper tollerare la nostra caducità, i nostri difetti e i limiti, saper rimanere soli e parzialmente isolati da ogni comunicazione umana, per ripristinare la comunicazione profonda con noi stessi, con ciò che eravamo e che sostanzialmente siamo ancora.

QUALE GIUSTIZIA IN TEMPO DI PANDEMIA?

CULTURA DELL'EVOLUZIONE E VOLONTÀ DI FARE PER UNA GIUSTIZIA CHE FUNZIONI

*Paola Lucarelli**

SOMMARIO: *1. Ripresa e resilienza: dalla politica dell'emergenza all'intervento sulla Giustizia. 2. La riduzione della durata del processo civile fra percorsi di riflessione e soluzione. 3. Processo perfetto e coesione sociale? L'insegnamento di Emile Durkheim. 4. Resilienza: un nuovo obiettivo per il giurista? 5. Il bilanciamento fra la giustizia processuale e la giustizia consensuale: una scelta illuminata, possibile, urgente.*

1. Ripresa e resilienza: dalla politica dell'emergenza all'intervento sulla Giustizia

Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) è il programma di riforme e investimenti che l'Italia ha adottato quale risposta alla situazione di emergenza causata dalla pandemia da coronavirus. Una serie di interventi ad ampio spettro che, grazie alle risorse stanziare dall'Europa nell'ambito del progetto di sovvenzioni e prestiti denominato *Next Generation EU*, dovrebbero permettere al Paese di costruire le fondamenta di una società nuova e di un'economia forte e sostenibile¹. Nell'evolversi del piano di iniziativa europea, sono stati assegnati ai singoli Paesi obiettivi specifici in ragione dei problemi rilevati. Con particolare riferimento all'Italia, si è suggerito di adottare, fra altri pro-

* Professoressa Ordinaria di Diritto Commerciale nell'Università di Firenze, membro della Commissione ministeriale per la Riforma del processo civile e degli strumenti alternativi nominata dalla Ministra della Giustizia Marta Cartabia.

¹ Il totale dei fondi previsti dal Piano ammonta a 222,1 miliardi. Come è noto il Piano si sviluppa su tre assi strategici: digitalizzazione e innovazione, transizione ecologica, inclusione sociale.

getti di riforma, politiche finalizzate all'efficienza della pubblica amministrazione, considerato che:

an effective public administration is crucial to ensure that measures adopted to address the emergency and support the economic recovery are not slowed down in their implementation. The disbursement of social benefits, liquidity measures, and the front-loading of investments, etc. may not be effective if hampered by public sector bottlenecks. Weaknesses include lengthy procedures, including civil justice ones, the low level of digitalisation and weak administrative capacity. Procedures and checks need to be dealt with swiftly, in a context where public resources are being significantly increased to support economic activity. (...) Finally, an effective justice system is key for an attractive investment and business-friendly economy and will be crucial in the recovery process, also by enabling effective rescue and recovery frameworks².

Si raccomanda, dunque, al Governo italiano di agire al fine di “improve the efficiency of the judicial system and the effectiveness of public administration”.

Da qui le Linee programmatiche della Ministra Marta Cartabia sulla riorganizzazione amministrativa della giustizia, la valorizzazione dei percorsi stragiudiziali complementari alla giurisdizione, la revisione selettiva dei processi civile, penale e tributario³.

² *Council Recommendation on the 2020 National Reform Programme of Italy and delivering a Council opinion on the 2020 Stability Programme of Italy*, COM(2020) 512 final del 20 maggio 2020, cons. 24.

³ Già il Rapporto del Comitato di Esperti in materia economica e sociale, *Iniziativa per il rilancio “Italia 2020-2022”* del giugno 2020, aveva sottolineato che “La riforma della giustizia civile, con l’obiettivo di ridurre i tempi e aumentare la certezza della giustizia civile, è imprescindibile per un paese che intenda attrarre gli investimenti esteri e aumentare quelli domestici. La durata media dei procedimenti è riconosciuta unanimemente, in Italia e all’estero, come uno dei maggiori punti di debolezza strutturale del paese (a partire dalle classifiche della Banca mondiale che ci relegano in posizioni non confacenti a un paese del G7). La riforma della giustizia civile non deve limitarsi alle modifiche tecniche di natura procedurale, ma deve focalizzarsi principalmente su questioni strutturali. Senza ledere il principio sancito dall’art. 24 della Costituzione, che garantisce a tutti l’accesso alla giustizia, occorre (i) rafforzare ulteriormente gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, rendendoli effettivamente preferibili all’azione giudiziaria, (ii) creare adeguati meccanismi che disincentivino la promozione

Ripresa e resilienza sono obiettivi inusuali con riferimento a un processo di riforma in materia di giustizia: il primo ha una portata prevalentemente economica, il secondo attiene alla dimensione sociale. Eppure è noto che dalla nascita del capitalismo fino ai nostri giorni, il legame fra economia e giustizia è ben presente a coloro che si sono occupati di sviluppo. Max Weber, ai primordi della sociologia economica, osservava che

l'impresa capitalistica moderna si fonda soprattutto sul calcolo. Essa richiede per la propria esistenza una giustizia e un'amministrazione il cui funzionamento possa almeno in linea di principio venire calcolato razionalmente in base a norme generali – nello stesso modo in cui si calcola la prestazione prevedibile di una macchina⁴.

Oggi, anche la politica sullo sviluppo locale contempla fra gli indicatori rilevanti la *performance* della giustizia⁵.

di cause di modesto valore e/o pretestuose, (iii) cercare di risolvere sul piano legislativo le cause seriali che rallentano i tribunali, (iv) digitalizzare i procedimenti, (v) rendere maggiormente efficaci i filtri per l'accesso al giudizio di Cassazione (vi) riorganizzare la macchina giudiziaria e amministrativa, e (vii) avviare le opportune verifiche sulle disfunzioni territoriali rispetto alla media nazionale di numero e durata dei procedimenti, ferme restando le competenze di CSM e Ministero della Giustizia”.

⁴ M. WEBER, *Economia e Società*, volume curato postumo da M. Weber e J. Winckelmann, 1922, trad. it., Milano, 1961, 699. Sulla calcolabilità, cfr. R. SWEDBERG, *Economia e società*, in *Enc. Treccani*, 1993, § 4, reperibile presso https://www.treccani.it/enciclopedia/economia-e-societa_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/ (15.09.2021): “la causa prima e più importante dell’esplosivo sviluppo dell’economia in Europa e negli Stati Uniti è un’altra, e cioè la calcolabilità. In Occidente il processo produttivo è completamente calcolabile: si può prevedere facilmente quanto rapidamente e con quanta precisione un operaio o una macchina possono produrre un determinato oggetto. E ugualmente calcolabile è l’ambiente in cui il sistema economico è inserito: si può infatti prevedere molto facilmente anche che cosa faranno i giudici e i politici in diverse circostanze”.

⁵ Sugli indicatori Istat, cfr. <https://www.istat.it/it/archivio/16777> (15.09.2021). Da non trascurare, nonostante le svariate critiche a proposito della scelta dei criteri di valutazione, il *Doing Business* della Banca Mondiale che studia 190 economie e, con riferimento ai temi qui di interesse, rileva le *performance* delle modalità di risoluzione delle controversie commerciali. Sul rapporto fra efficienza della giustizia civile ed efficienza economica, v. l’analisi economica, ancora interessante sul piano metodologico,

La grave crisi pandemica ha reso ancora più urgenti interventi diretti ad affrontare alcuni problemi che affliggono il Paese.

Primo fra tutti, la scarsa fiducia dei cittadini nei servizi offerti dalla pubblica amministrazione. Non è una novità, la situazione si è aggravata con riferimento all'effettività dell'accesso alla giustizia, da intendersi come garanzia di tutela dei diritti, celerità del processo, contenimento dei costi per i cittadini e le imprese. Nonostante le molteplici istanze sollevate dalla crisi emergenziale, che riguardano in particolare l'attuale inadeguatezza del sistema a rispondere in maniera efficace ed efficiente alla domanda di giustizia di cittadini e imprese, il sistema di risoluzione delle controversie è ancora radicato saldamente alla visione tradizionale della giurisdizione intesa come unica strada percorribile per risolvere le liti. L'attività giurisdizionale tuttavia – già appesantita dall'arretrato pluriennale – è stata pesantemente coinvolta dall'emergenza sanitaria, dapprima attraverso il rinvio *ope legis* di tutte le udienze e di tutte le attività processuali e, successivamente, demandando ai capi degli uffici giudiziari il potere di decidere le azioni da intraprendere per l'organizzazione di uffici e personale, nonché per la gestione degli affari giudiziari. Le regole introdotte dai d.l. n. 11 e n. 18 del 2020 e l'assenza di regolamenti ministeriali validi su tutto il territorio nazionale hanno prodotto un sistema diversificato di procedure interne volte a gestire gli uffici e i processi, con conseguenti difficoltà per gli operatori del diritto⁶.

in *Ritardi della giustizia civile e ricadute sul sistema economico. Costi della giustizia civile rilevanti per il sistema delle attività produttive*, a cura del MIPA, Consorzio per lo sviluppo delle metodologie e delle innovazioni nelle pubbliche amministrazioni, 2006.

⁶ Con il primo d.l. 8 marzo 2020, n. 11, “Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19”, si è disposto, fra l'altro, che venissero rinviate d'ufficio tutte le udienze (tranne alcune eccezioni) dei procedimenti civili comprese tra il 9 marzo e il 22 marzo 2020; con il secondo d.l. 17 marzo 2020, n. 18, “Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19”, sono stati previsti il rinvio delle udienze e la sospensione dei termini processuali dal 9 marzo al 15 aprile 2020 e la possibilità, dal 16 aprile al 30 giugno 2020, di adottare misure organizzative – compreso l'ulteriore rinvio delle udienze – volte a evitare assembramenti di persone negli uffici giudiziari. I termini sono stati poi ulteriormente prorogati.

2. La riduzione della durata del processo civile fra percorsi di riflessione e soluzione

Al quesito su come può la Giustizia, intesa come sistema, servizio, politica, diritto, contribuire a produrre ripresa e resilienza, si aprono scenari molteplici e diversi, ma al fondo si rinviene sempre una sfida che è nota, anche se non sempre convintamente praticata: la riduzione della durata dei processi. Da decenni, questa rappresenta una grave urgenza, ma non si è ancora palesato il rimedio definitivo. Pur nella certezza che negli anni sono state impiegate risorse umane di elevata qualità al fine di risolvere il problema, si fa sempre più radicata l'impressione che la soluzione non si trovi nella regola del processo⁷.

Nel frattempo, gli anni di ricerca dedicati alla mediazione dei conflitti conducono all'idea che il buon processo, semplificato, fluente, la buona organizzazione, l'innovazione, il congruo numero di decidenti, certo aiutano, ma non risolvono interamente il problema; queste sono le componenti indispensabili di una giustizia che risponde alla domanda, le condizioni minime affinché i cittadini nutrano un sentimento di fiducia verso le istituzioni, ma non sono sufficienti, seppure ovvia sia la loro urgente necessità; sono le componenti del motore della macchina della giustizia, ma il funzionamento in perfezione dipende anche e ne-

⁷ Per un'analisi delle ragioni per le quali pure nei decenni precedenti all'inizio del secolo, nonostante i numerosi ma sempre frammentari interventi per la riforma del processo civile, i numeri del contenzioso non diminuivano, anzi crescevano di anno in anno, si ricorda che è stata individuata "un'incidenza sugli obiettivi di effettività e celerità della tutela giudiziaria della ripartizione tra il giudice e le parti dei poteri nel governo del processo", ma non sembra che gli interventi sulla distribuzione di tali poteri siano stati influenti e sufficienti ai fini del raggiungimento degli obiettivi: v. C. GIORGIANTONIO, *Le riforme del processo civile italiano tra adversarial system e case management*, in *Quest. Giust.*, 2014, 109 e le analisi teoriche fra molti di O.G. CHASE, *Reflections on Civil Procedures Reforms in the United States: what has been learned? What has been accomplished?* e di F. FERRAND, *The Respective Role of the Judge and of the Parties in the Preparation of the Case in France*, in N. TROCKER, V. VARANO (ed.), *The Reforms of Civil Procedure in a Comparative Perspective*, Torino, 2005, 30, 172-5. Cfr. anche il recente contributo di A. PROTO PISANI, *Problemi del processo civile rivisti da un ottantenne*, in ID., *Dieci studi sul processo in ricordo di Virgilio Andrioli*, Napoli, 2019, 13 ss.

cessariamente dai destinatari della giustizia, si chiamerebbe *utenza*, preferibile, invece, riferirsi alle *persone* che ne hanno bisogno.

Ci si arrovela sul *servizio*, trascurando l'importanza di occuparsi dei *beneficiari*.

Il passo che la dottrina più illuminata e i decisori politici potranno fare per creare le condizioni minime di funzionamento della macchina processuale è senza dubbio di importanza estrema, ma non sarà sufficiente – come non lo è mai stato nonostante i numerosi interventi succedutisi nel passato – fino a quando l'obiettivo non si sposterà e si soffermerà sui *fruitori* della giustizia.

Dunque, il compito non si ferma e si esaurisce sulla regola del processo, ma va ben oltre se, insieme al processo perfetto nelle sue forme, si vuole anche la sua completa utilità, cioè la risposta celere ai cittadini in attesa di giustizia.

Occorre, allora, fare un passo verso la relazione fra chi offre giustizia e chi la chiede e la riceve, una relazione che non risulta ancora adeguatamente studiata.

È probabile che a questa osservazione si replichi che la giustizia è pensata in funzione della sua domanda, eppure quella relazione non è ottimale, perché nell'obiettivo della politica della giustizia non è ancora entrato realmente, a pieno titolo, il secondo termine della relazione, la *persona* cui la giustizia è destinata.

L'impronta sociologica che può caratterizzare un nuovo intervento che si aggiungerebbe ai numerosi che lo precedono, non è un vezzo e tanto meno una distrazione rispetto al compito principale della riduzione della durata dei processi. Al contrario, potrebbe essere la risposta profonda e più appropriata nell'epoca che stiamo vivendo, quando ripresa e resilienza divengono gli obiettivi primi e urgenti della politica pubblica.

L'idea per il cambiamento non sta nella parte ovvia delle condizioni minime per il funzionamento della giustizia, perché questa funzionerà in perfezione solo quando tutte le persone (cittadini, imprenditori, amministratori, professionisti) astrattamente destinatarie della stessa faranno propri i requisiti fondamentali di una società resiliente e coesa, in grado di rispondere al bisogno di benessere che è innato in ogni individuo. La politica della giustizia avrà successo quando mirerà al progres-

so civile e non solo alle regole del rito (componente minima e perfino ovvia del cambiamento).

L'occasione viene offerta proprio dalla crisi gravissima a fronte della quale si radica e diffonde nella società il concetto di coesione come risposta all'esigenza di resistenza al dramma e al potenziale distruttivo della pandemia. Se fino a un tempo recente la politica della giustizia ha potuto disinteressarsi della seconda componente della relazione, cioè della società dei destinatari della giustizia, così facendo senza mai risolvere compiutamente il problema che affligge l'inefficienza del sistema, oggi questo non è più possibile, perché la ripresa e la resilienza del Paese sono divenuti gli obiettivi a tutto campo del cambiamento.

3. Processo perfetto e coesione sociale? L'insegnamento di Emile Durkheim

Il punto di vista dal quale non si può più prescindere è dunque quello dell'attenzione alla società, al suo progresso e, per quanto concerne la giustizia, al radicamento di un sentimento di partecipazione da parte dei beneficiari al buon funzionamento della stessa.

Costruire un processo perfetto nelle sue regole non basta a realizzare coesione sociale, serve in astratto a *concepire* ordine, sicurezza sociale, ma non genera di per sé senso di comunità, cioè di appartenenza alla società, di fiducia nelle capacità, di solidarietà attraverso il dialogo, di collaborazione, di responsabilità.

La coesione si genera dal basso, non ci sono dubbi, ma è possibile stimolare un sentimento consapevole di fiducia e di responsabilità nelle persone che vivono le relazioni sociali, le inevitabili differenze, gli inevitabili conflitti⁸. Occorre promuovere e sostenere le condizioni che favoriscono la partecipazione di tutti al progredire della società.

Si rivela ancora attuale a questo proposito l'insegnamento di Emile Durkheim sui quattro ordini di requisiti irrinunciabili per generare rela-

⁸ È interessante pensare alla coesione sociale come "abilità che la società rigenera continuamente", su cui v. P. FOGLIZZO, *Coesione sociale*, in *Aggiornamenti sociali*, 2012, 1, 75 ss.

zioni favorevoli tra gli individui di una comunità⁹. Fra questi, spicca per nostro interesse quello relativo al rapporto fra i cittadini e le istituzioni e il coinvolgimento dei primi nella vita delle seconde, almeno sul piano del contributo che tutti possono portare affinché godano della gestione ottimale delle stesse, con l'effetto di procurare, tale partecipazione, un profondo senso di appartenenza alla comunità. È stato proprio Durkheim a coniare per primo il concetto di coesione sociale cui attribuì scientificamente il senso e la portata della relazione fra le persone di una comunità.

Se ripresa e resilienza sono obiettivi del nostro tempo, abbiamo molto da imparare da quella 'invenzione' secondo cui, come nella fisica i corpi godono della proprietà di resistere alla rottura, anche la comunità può giovare e progredire con la collaborazione, la solidarietà e le differenze fra gli individui che la compongono.

Così, in particolare, è anche per la giustizia oggi: l'efficienza può essere generata dal diritto del processo solo se *contemporaneamente* ci si dedica al senso di appartenenza e di partecipazione al suo funzionamento coltivati nella società, ad opera della – e grazie alla – collaborazione degli stessi beneficiari della giustizia. Le due dimensioni del diritto e dell'etica, del senso civico, si incrociano, così, fino a rendere tendenzialmente perfetto il rapporto fra domanda e offerta di giustizia, perché i cittadini, le imprese e i loro consulenti legali assumono la responsabilità tipica del buon funzionamento, discernono il campo dell'autonomia rispetto a quello della delega, si adoperano nella giustizia consensuale fino a quando diviene inevitabile quella giudiziale.

Fu proprio con Mauro Cappelletti che prese inizio quell'approccio internazionale e interdisciplinare che sollecitava l'attenzione verso i problemi sociali e politici della giustizia e, dunque, anche verso strumenti e pratiche conciliative che avrebbero potuto contribuire al suo funzionamento e al coinvolgimento dei cittadini nella consapevolezza dei relativi problemi. Quanto oggi si sta realizzando in alcuni distretti italiani con riferimento alla partecipazione di professionisti, studiosi, rappresentanti delle comunità cittadine e organizzazioni di vario tipo, induce a riflettere sulla possibilità che la collaborazione al buon funzio-

⁹ E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris, 1893.

namento della giustizia possa essere una risposta efficace per il superamento delle sue criticità¹⁰.

La promozione e il sostegno della pratica di mediazione dei conflitti creano autonomia e responsabilità, equilibrio, capacità di scelta delle persone, generano fiducia verso i consulenti, verso i decidenti, verso le istituzioni, favorendo, dunque, quel contributo di tutti al funzionamento delle istituzioni che realizza la coesione sociale, quindi la resilienza tanto auspicata.

È noto come gli Osservatori per la Giustizia civile abbiano favorito la diffusione di una cultura della soluzione con l'accordo delle controversie, favorendo la sperimentazione di progetti locali e promuovendo un percorso di riflessione sul rapporto fra processo e mediazione attraverso modelli partecipati: una pluralità di soggetti, pubblici e privati, interagiscono al fine di rendere efficiente la giustizia nei tribunali e nei percorsi complementari alla giurisdizione, una rete di istituzioni e organizzazioni impegnata nella produzione di valore per la società e di cultura professionale adeguata a una società complessa e alle sue trasformazioni.

4. Resilienza: un nuovo obiettivo per il giurista?

Tutte le azioni che sono in grado di nutrire e coltivare la fiducia delle persone e la loro auto-determinazione meritano di essere realizzate. Fra queste, un grande potenziale può essere riconosciuto alla mediazione dei conflitti.

Tutt'altro che alternativa, la mediazione riveste un ruolo che è piuttosto di complementarità, coesistenza, rispetto alla giurisdizione: nulla toglie al libero accesso alla giustizia pubblica, molto è in grado di concedere alla libertà di determinare la sorte della lite attraverso il dialogo pacifico assistito da adeguate competenze¹¹. Uscendo dalla logica del-

¹⁰ Sia permesso il rinvio per l'approfondimento di tale spunto a P. LUCARELLI (a cura di), *Mediazione dei conflitti. Una scelta condivisa*, Torino, 2019.

¹¹ L'idea di una giustizia co-esistenziale è quella che ha informato la prima disciplina organica italiana in materia di mediazione dei conflitti: V.P. PORRECA, *La composizione stragiudiziale del conflitto come momento della giustizia coesistenziale*, in

l'alternatività fra le due strade, contenziosa e consensuale, che sembra condurre a una rinuncia, si percepisce la pluralità e la ricchezza dei percorsi della giustizia: il diritto e le professioni forensi sono al servizio dello svolgimento ordinato delle relazioni sociali, realizzano la loro funzione non esclusivamente all'interno delle aule giudiziarie, soprattutto nella fase della prevenzione del contenzioso, nella precoce valutazione delle eventuali fragilità dei clienti, nella gestione dei conflitti in una modalità che precede e previene la delega giudiziale.

Intervenire sulla complementarità e sulla coesistenza delle due strade, significa, dunque, ampliare la risposta del servizio giustizia a beneficio degli interessati e della società intera. L'enorme varietà del contenzioso, delle ragioni che conducono alla lite, degli interessi, delle interazioni fra le persone, non può che trarre giovamento da un rinnovato concetto di giustizia e da una più moderna concezione della professione legale, entrambi fino a ieri costretti invece nei binomi giustizia/processo e processo/sentenza.

Dall'altra parte, il cittadino che riceve un'offerta di servizi molteplici per la tutela dei propri diritti e la soddisfazione dei propri interessi, potenzia il suo sentimento di fiducia nell'azione pubblica. Questo tema, di ovvia chiarezza, è stato oscurato nella sua importanza dalle modalità con le quali ci si è occupati fino a oggi della *giustizia consensuale*: con una disciplina inefficiente, un sistema di accreditamento e controllo inadeguati, la totale mancanza di investimenti pubblici.

Una riforma che persegua invece obiettivi di efficacia ed efficienza della giustizia conduce lo *ius dicere* nella dimensione della scelta inevitabile in ragione dell'oggetto della controversia, della natura del rapporto, del contesto di riferimento. Si attiva la delega giudiziale solo dopo aver percorso la strada del confronto, del dialogo generativo di soluzioni, assistito dagli avvocati delle parti.

Considerando che l'autonomia non può essere solo promossa, ma deve essere incentivata con interventi adeguati, la riforma che contem-

AA.VV., *La discrezionalità del giudice. Le esperienze in Italia e Germania. Spunti per una comparazione funzionale all'esercizio delle professioni giuridiche*, Atti del Convegno, Napoli, 15-16 ottobre 2010; il riferimento si trova già in M. CAPPELLETTI, *Accesso alla giustizia: conclusione di un progetto internazionale di ricerca giuridico-sociologica*, in *Foro it.*, 1979, V, 54 ss.

pli un sistema integrato di giustizia deve muovere passi decisi al fine, prima di tutto, di determinare una profonda innovazione culturale, dalla formazione universitaria a quella professionale, capace di accogliere e sostenere il cambiamento.

Non è un caso che l'attuale contesto di crisi imponga una riflessione profonda sugli insegnamenti giuridici, in particolare sulla gestione della conflittualità in condizioni di emergenza rimessa alla rinegoziazione di contratti inadempiti e alla prevenzione della crisi dell'impresa¹².

Il legislatore ha ora il dovere di condurre cittadini e imprese verso la consapevolezza, la responsabilità e l'autonomia nella gestione della crisi e del cambiamento, offrendo loro modelli di composizione del conflitto, complementari alla giustizia tradizionale, già pesantemente gravata dalla pandemia. In questo modo, non sarà soltanto garantita una risposta alla domanda di giustizia del singolo, ma più in generale saranno costruite le fondamenta dell'auspicata maturità nella scelta del modello di gestione della conflittualità¹³, nonché di quella proficua partecipazione alle istituzioni e alla gestione del bene comune che è la giustizia, sulla via consensuale accanto a quella giudiziale.

Si realizza, così, quell'effetto benefico di sollecitare l'autonomia e la coesione, la fiducia e la collaborazione da parte dei cittadini.

Rimane da chiedersi quale sia il vero motivo per il quale la cultura dell'autonomia nella prevenzione e gestione del conflitto fatichi a radicarsi insieme alla pratica e all'etica della mediazione dei conflitti. Come sia possibile che nelle aule universitarie si continui a insegnare solo il processo; che ai laureati praticanti avvocati si insegni solo a difendere il cliente nel processo; che alcuni avvocati, sempre meno peraltro, e alcuni magistrati usino ancora parole di impoverimento della cultura

¹² Nell'ultimo rapporto sulla legislazione tra Stato, Regioni e Unione europea 2019-2020, si evidenzia uno scenario della legislazione di tutte le democrazie occidentali nascente dai processi di individualizzazione delle società, con l'emersione di poteri neutri e forme di regolazione dei rapporti affidati a sistemi di *soft law*. Nel rapporto si precisa, infatti, come «alle origini di questi fenomeni vi sia una positiva presa d'atto del pluralismo delle società, superando il precedente eccesso di monismo statale». È stato anche evidenziato come lo sviluppo di questa complessità si sia per una lunga fase storica accompagnato a un potenziamento degli spazi di autonomia individuale.

¹³ L. OTIS, *La conciliation judiciaire à la Cour d'appel du Québec*, in *Revue de prévention et de règlement des différends*, 2003, 1, 2.

della mediazione, mettendola in angolo, relegandola al livello inferiore, asserendo di “non credere nella mediazione”, che “non può funzionare”, che “va prevista solo per controversie di modico valore”, che “per tali materie assolutamente no” e così via. La mediazione dei conflitti non è una religione, non è un credo, se non funziona è perché non si è fatto ciò che serve per farla funzionare. Se è legittimo, anche se criticabile, non volere determinare il radicamento completo della cultura della mediazione, se dunque non la si vuole far funzionare, allora occorre essere consapevoli che si mettono in angolo le persone, i cittadini, le attività produttive, gli investimenti.

È un pensiero scientifico ormai di natura transdisciplinare quello che si sta sviluppando. Si attende un cambio di passo culturale, prima di tutto, da parte di coloro che sono in grado di realizzare quelle condizioni complementari e indispensabili al funzionamento delle regole processuali, quelle che attengono al nutrimento della capacità di scelta delle persone a proposito della via più adeguata alla soluzione del conflitto, la decisione giudiziale o il consenso.

5. Il bilanciamento fra la giustizia processuale e la giustizia consensuale: una scelta illuminata, possibile, urgente

Rendere i cittadini protagonisti della scelta del percorso da intraprendere per affrontare la controversia significa promuovere l'educazione all'auto-determinazione e all'assunzione di responsabilità nella gestione dei conflitti, in modo pacifico e con l'aiuto di un facilitatore esperto. Alla luce di questo obiettivo, si giustifica la scelta del legislatore di rendere obbligatorio il tentativo di mediazione.

Le parti *devono* provarci: ecco cosa dice la norma. I cittadini *devono* fare esercizio della loro autonomia, cioè del potere di conoscere, valutare e decidere come affrontare la sorte dei propri problemi secondo i propri interessi. Non si tratta affatto di una contraddizione inaccettabile se solo si configuri come l'obbligo di tentare la strada della consapevolezza e della responsabilità. L'apparente paradosso fra l'obbligo di tentare la mediazione e la volontarietà, la consensualità che ne caratterizza l'esito, si scioglie completamente se si considera che alla porta della

giurisdizione e dunque della delega al giudice per la decisione della controversia, si accede – l'accesso è garantito – passando dalla stanza dell'autonomia, assistita da chi protegge da possibili abusi e asimmetrie, facilitata dal professionista imparziale. Le parti del conflitto arrivano dinnanzi al giudice solo da questo ingresso, non laterale, non secondario, ma principale se si considera la giustizia come una risposta ai reali bisogni delle persone che nella sosta dell'autonomia diventano consapevoli del problema e responsabili della soluzione. Se assistite da professionisti competenti, le persone in conflitto possono, secondo l'ordine logico e cronologico: percepire il senso e forse anche le difficoltà del confronto e cercare di comprenderne le ragioni; acquisire la consapevole visione del problema e degli interessi; collaborare nell'individuazione dell'accordo possibile e condividere la soluzione.

Occorre ancora formare il giurista che non è consapevole delle potenzialità e del valore della pratica della mediazione, ovvero di una cultura giuridica concedente spazio e tempo all'autonomia, una cultura dell'uomo adulto, pronto ad affrontare i suoi problemi con responsabilità nel confronto diretto con l'altro. Occorre accompagnare il giurista verso un altro modo di assistere il suo cliente e di fare giustizia, affinché non rimanga concentrato solo sul ruolo di avversario e di decisore esclusivo della sorte delle controversie; perché il giurista non dimentichi che i conflitti appartengono prima di tutto alle persone, che a queste – in una società evoluta – occorre offrire strumenti validi ed efficaci di gestione e di prevenzione dei problemi relazionali, per lasciare poi alla giurisdizione la decisione della lite quando non ci sono possibilità di soluzione privata pacifica o non ci sono le condizioni perché le parti possano decidere liberamente.

Certo occorre anche educare le persone al conflitto già dall'infanzia e poi nel corso delle esperienze familiari e scolastiche, ma formare il nuovo giurista, cioè chi deve prendersi cura dei loro problemi, è già un primo passo molto importante e non più eludibile¹⁴.

¹⁴ La formazione sul conflitto e sulle modalità di gestione pacifica dello stesso fin dall'età scolastica non può prescindere dal volume di L. BREGGIA, *Il giudice alla rovescia*, Torino, 2015 e, per gli adulti, di M. MARTELLO, *La formazione del mediatore. Comprendere le ragioni dei conflitti per trovare le soluzioni*, Torino, 2013.

Come è stato più volte osservato, non sarà la migliore legge possibile del processo civile a risolvere i problemi della giustizia nel nostro come in altri Paesi, ma solo la consapevolezza dei cittadini dell'importanza di scegliere e volere nella relazione con l'altro, di ascoltare, di comunicare in una sede dedicata al confronto aperto, costruttivo, con la sapiente preparazione degli avvocati e del mediatore.

La mediazione produce giustizia consensuale, il diritto della mediazione può realizzare la regia del bilanciamento fra giustizia processuale e giustizia consensuale per una società coesa e resiliente.

PANDEMIA, ESPLOSIONE DEL CONTENZIOSO EMERGENZIALE (E NON) E MEDIAZIONE

SPUNTI CRITICI SU OBBLIGO DI RINEGOZIARE E AUTONOMIA PRIVATA

*Silvana Dalla Bontà**

SOMMARIO: 1. La pandemia quale 'generatore' esponenziale di conflitti: i rischi per la giustizia civile, già da tempo in affanno nella rincorsa della ragionevole durata del processo. La via della mediazione civile e commerciale. 2. La normativa emergenziale in materia di contenzioso civile: la disciplina 'speciale' sulla responsabilità per inadempimento del debitore e l'introduzione di una nuova ipotesi di 'mediazione obbligatoria'. Tra buone intenzioni e cattiva confezione del dettato positivo. 3. La controversa disciplina su rispetto delle misure autoritative di contenimento del contagio e responsabilità per inadempimento del debitore: un intervento necessario (e utile)? 4. La nuova ipotesi di 'mediazione obbligatoria' su controversie in materia di obbligazioni contrattuali in cui il rispetto delle misure emergenziali di contenimento possa essere valutato ai fini della determinazione della responsabilità del debitore. L'incerto perimetro applicativo della norma: l'urgenza di una sua riformulazione. 5. La sperequazione del sinallagma provocata dal rispetto delle misure emergenziali di contenimento della diffusione pandemica nei contratti a prestazioni corrispettive a esecuzione continuata o periodica: il rinnovato dibattito sui rimedi (solo estintivi o anche 'manutentivi?') del rapporto contrattuale. Il discorso intorno all'obbligo di rinegoziare: tra assensi e dissensi. 6. La spinosa individuazione del contenuto dell'obbligo di rinegoziare il contratto e delle conseguenze del suo mancato adempimento. Le soluzioni avanzate dalla Relazione tematica dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione: tra rimedio risarcitorio ed 'esecuzione in forma specifica' ex art. 2932 c.c. 7. (segue) Le critiche alla ricostruzione di un obbligo di rinegoziare e alla sua 'esecuzione in forma specifica' ex art. 2932 c.c.: ammissibile (e opportuno) l'intervento giudiziale in sostituzione della volontà delle parti contraenti? 8. (segue) L'inadeguata risposta del "Decreto Sostegni": l'ineffabile "percorso condiviso per la ricontrattazione delle locazioni commerciali". 9. Dall'obbligo di rinegoziare al tentativo obbligatorio di mediare: la mediazione quale 'spazio' per la rinegoziazione tra le parti e strumento per la valorizzazione della

* Professoressa Associata di Diritto Processuale civile nell'Università di Trento.

loro autonomia privata. Dall'intervento giudiziale 'paternalistico' alla promozione dell'autodeterminazione: un percorso culturale. 10. La riforma della disciplina della mediazione: la necessità di ben precise coordinate – normative e culturali – per una rinegoziazione consapevole. Le prospettive aperte dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: un'occasione da non perdere.

1. La pandemia quale 'generatore' esponenziale di conflitti: i rischi per la giustizia civile, già da tempo in affanno nella rincorsa della ragionevole durata del processo. La via della mediazione civile e commerciale

Non v'è dubbio che la pandemia si sia rivelata un 'generatore' esponenziale di conflitti: conflitti, per così dire, 'vecchi', ossia già noti, ma accresciuti in numero e intensità dalla diffusione del virus, e conflitti 'nuovi', occasionati *principaliter* dalla pandemia come dall'adozione delle straordinarie misure di contenimento del contagio da parte dei governi nazionali, stranieri e sovranazionali.

Non stupisce, pertanto, che già a pochi mesi dalla prima ondata di diffusione del coronavirus e dall'entrata in vigore delle prime misure di imposizione di distanziamento sociale e limitazione della circolazione di persone e beni, si sia paventato il rischio – poi mostratosi fondato – di un'esplosione della litigiosità c.d. da Covid-19, ossia il pericolo – per usare espressione che ha attraversato il globo – di *Covid-19 Litigation Explosion*¹.

Tale esplosione di contenzioso non ha potuto che riguardare anche quello civile, come pure la stampa non specializzata ebbe sin da subito a evidenziare. Basti pensare, oltre al resto, alle liti generate dall'omesso pagamento dei canoni locatizi da parte di conduttori di locali a uso commerciale; dalle cancellazioni di tratte aeree, ferroviarie, marittime e stradali, con conseguenti effetti negativi sul trasporto di merci e persone; dalle frequenti interruzioni di filiere nelle somministrazioni a catena; dai ritardi nel compimento dell'opera negli appalti privati; dal-

¹ Discorre, efficacemente, di "epidemia litigiosa" quale "sviluppo contagioso" di una multiforme *Covid litigation*, per tutti, A. BRIGUGLIO, *La possibile epidemia litigiosa e la giurisdizione civile italiana*, in www.judicium.it, 02.07.2020.

l'omessa consegna del prodotto o erogazione di servizi nei contratti di consumo; e l'elenco potrebbe continuare numeroso².

Ebbene, dalle variegate manifestazioni di questa *Covid-19 Litigation* è scaturita a partire dallo scorso anno “una piena incrementale” di liti destinata ad aggiungersi agli ordinari numeri in ingresso nelle aule giudiziarie italiane³. Una piena che la macchina giudiziaria nazionale non è né sarà in grado di contrastare, da ultimo in ragione dell'arretrato di contenzioso che la stasi subita dai processi civili nel 2020 ha ulteriormente accresciuto⁴. Come noto, infatti, la sospensione dell'attività giudiziaria e al contempo gli sparuti utilizzi delle udienze da remoto hanno di non poco aumentato le sentenze arretrate nel contenzioso civile e commerciale, con inevitabili conseguenze negative sull'erogazione del servizio giustizia ai cittadini e alle imprese⁵.

² L'incidenza negativa dei provvedimenti di contenimento della pandemia adottati a livello nazionale e sovranazionale si è riscontrata – come inevitabile – sia a livello macro-economico, colpendo essa il sistema socio-economico di ogni Paese, sia sul piano micro-economico, avendo quei provvedimenti inciso sui singoli rapporti contrattuali con eventuale alterazione del loro sinallagma: così, per tutti, F. MACARIO, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del “coronavirus”: interesse individuale e solidarietà*, in *Contratti*, 2020, 129 s.

³ L'espressione è ripresa ancora una volta da A. BRIGUGLIO, *La possibile epidemia litigiosa e la giurisdizione civile italiana*, cit., II.

⁴ Evocativo sulla stasi della giustizia a causa della pandemia l'affresco tracciato da M.G. CIVININI, *La giustizia in quarantena*, in *Questione Giustizia*, 2020, che, nel dar conto della “sospensione” dell'attività giurisdizionale decretata con il d.l. n. 11 del 2020, rifiuta l'idea di una giustizia “messa in quarantena”, dal momento che “non c'è civiltà senza giustizia. Non c'è democrazia senza giustizia”, essendo in gioco “lo stato di diritto di cui la giustizia è un pilastro importante”. Sul d.l. n. 11 del 2020 v., per tutti, G. SCARSELLI, *Interpretazione e commento del decreto legge 8 marzo 2020 n. 11 di differimento delle udienze e sospensione dei termini processuali civili per contrastare l'emergenza COVID 19*, in *www.judicium.it*, 08.03.2020.

⁵ Sulla legislazione emergenziale in tema di giustizia civile, introdotta dall'art. 83 d.l. n. 18 del 2020 (e successive, sempre emergenziali, modificazioni) che hanno previsto, in deroga al codice di rito, la possibilità di tenere l'udienza mediante collegamento da remoto oppure mediante lo scambio e il deposito telematico di “note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni e la successiva adozione fuori udienza del provvedimento del giudice” v. G. RUFFINI, *Emergenza epidemiologica e processo civile*, in *Questione Giustizia*, 2020. Con riguardo alla disciplina dello svolgimento dell'udienza mediante collegamenti da remoto, essa trovava albergo, in maniera alquanto disordinata,

Non solo per questo, ma anche *per se*, ossia per la sua portata di ‘sovravvenienza eccezionale’, la pandemia, con le sue ripercussioni sulla vita dei rapporti contrattuali, ha da subito catalizzato l’attenzione di legislatore, dottrina e giurisprudenza, con esiti di cui in questa sede si evidenzieranno soltanto alcune spigolature, declinate al ruolo che la mediazione civile e commerciale può giocare nella gestione responsabile del contenzioso poc’anzi richiamato.

nei commi 6 e 7 dell’art. 221 d.l. n. 34 del 2020, dai quali emergeva con evidenza che tale modalità di svolgimento dell’udienza fosse sempre e comunque subordinata al consenso delle parti non presenti presso l’ufficio giudiziario. In particolare, il comma 7 dell’art. 221 d.l. n. 34 del 2020 stabiliva che, “con il consenso preventivo delle parti”, il giudice potesse “disporre che l’udienza civile che non richieda la presenza di soggetti diversi dai difensori, dalle parti e dagli ausiliari del giudice, anche se finalizzata all’assunzione di informazioni presso la pubblica amministrazione, si svolga mediante collegamenti audiovisivi a distanza individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia”. Si subordinava tuttavia tale possibilità, oltre che al rispetto di “modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l’effettiva partecipazione delle parti”, alla “presenza del giudice nell’ufficio giudiziario”. In ragione di tale, caotica disciplina, si intende il più frequente impiego della via dell’udienza “cartolare”.

Per una critica a tale disciplina emergenziale, v., per tutti, G. SCARSELLI, *Contro le udienze da remoto e la smaterializzazione della giustizia*, in www.judicium.it, 2020, che si sofferma in particolare sulla necessaria pubblicità dell’udienza, imposta dall’art. 6 Cedu; nonché A.M. TEDOLDI, *Il giusto processo civile in tempo di pandemia: palingenesi o de profundis?*, in ID., *Il giusto processo (in)civile in tempo di pandemia*, Pisa, 2021, 1 s., prec. 22, che sottolinea come la suddetta normativa emergenziale abbia peraltro dato luogo a un “florilegio di protocolli locali e linee guida” destinati a provocare “una diaspora regionale e campanilistica dei riti processuali”, in evidente contrasto con i principi costituzionali di riserva di legge (art. 111, co. 1 Cost.) e sovranazionali (art. 6 Cedu e 47 Carta dei diritti fondamentali dell’Ue).

2. La normativa emergenziale in materia di contenzioso civile: la disciplina 'speciale' sulla responsabilità per inadempimento del debitore e l'introduzione di una nuova ipotesi di 'mediazione obbligatoria'. Tra buone intenzioni e cattiva confezione del dettato positivo

Tra gli alluvionali interventi legislativi provocati dall'emergenza, due sono le disposizioni che, nella prospettiva di studio ivi abbracciata, più di altre hanno inciso sul contenzioso civile sorto durante il periodo pandemico. Si tratta dei noti commi 6-*bis* e 6-*ter* dell'art. 3 d.l. n. 6 del 2020, convertito, con modificazioni, in l. n. 13 del 2020, e poi ulteriormente emendato dal d.l. n. 28 del 2020, convertito nella l. n. 27 del 2020.

In quanto commi focali nell'indagine sul rapporto tra pandemia, contenzioso civile e sua possibile soluzione mediante ricorso alla mediazione, si ritiene opportuno riprodurre qui di seguito il dato testuale, a vantaggio delle osservazioni che più innanzi si svolgeranno.

Ebbene, il primo dei commi citati prevede che:

Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 del codice civile, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati od omessi adempimenti.

Il successivo comma 6-*ter* del medesimo art. 3 cit. stabilisce, invece, che:

Nelle controversie in materia di obbligazioni contrattuali, nelle quali il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto, o comunque disposte durante l'emergenza epidemiologica da Covid-19 sulla base di disposizioni successive, può essere valutato ai sensi del comma 6-*bis*, il preventivo esperimento del procedimento di mediazione ai sensi del comma 1-*bis* dell'articolo 5 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, costituisce condizione di procedibilità della domanda.

Si tratta di una normativa definita, non a torto, “più emozionale che emergenziale”⁶, in ragione della sua infelice formulazione, che ha fatalmente generato, con riguardo a sua *ratio*, interpretazione e applicazione, un acceso dibattito dottrinale nonché variegate reazioni giurisprudenziali. Dei menzionati commi pare, quindi, essenziale offrire di seguito un partito, ancorché breve, esame.

3. La controversa disciplina su rispetto delle misure autoritative di contenimento del contagio e responsabilità per inadempimento del debitore: un intervento necessario (e utile)?

Il comma 6-*bis* dell’art. 3 cit. si muove chiaramente sul piano sostanziale. Al netto della sua infelice confezione, infatti, esso mira con evidenza a offrire una disciplina di tutela del debitore a fronte di situazioni di squilibrio del sinallagma contrattuale generato dal rispetto delle misure autoritative di contenimento della diffusione pandemica. Intuitivo appare, in altri termini, lo scopo di una tale disposizione: evitare che il debitore abbia interamente a subire gli effetti negativi di un suo mancato adempimento, impedito da eventi non imputabili alla sua sfera di rischio.

Se questi sono pacificamente *ratio legis* e ambito applicativo del citato comma, non poche si sono mostrate le questioni interpretative che esso ha occasionato. Tra queste assumono qui particolare rilievo la questione circa la specialità di detta disposizione rispetto alla normativa di diritto comune dei contratti (e, a seguire, circa l’effettiva necessità di sua introduzione), nonché quella inerente alla valutazione che tale comma imporrebbe al giudice in sede di sua applicazione⁷.

⁶ Il ficcante commento alla normativa in esame è di D.U. SANTOSUOSSO, *Le misure di contenimento attenuano l’onere del debitore*, in *Il Sole 24 Ore*, 26.03.2020.

⁷ Ulteriori questioni poste dalla normativa in esame sono quelle inerenti alla valutazione del rispetto delle misure di contenimento relativamente all’applicazione di eventuali decadenze o penali, nonché alla possibilità per il creditore di attivazione dell’*exceptio inadempti contractus*: in merito, per tutti, A.M. BENEDETTI, *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, in www.giustiziacivile.com, 29.04.2020.

In merito alla prima questione, è dato riscontrare come parte della letteratura sia giunta a sostenere la superfluità dell'introduzione dell'art. 3, co. 6-*bis* cit. Superfluo sarebbe, infatti, il richiamo che esso compie all'art. 1218 c.c., posto che quest'ultimo già richiede al giudice, nel valutare la responsabilità del debitore, di considerare se costui non abbia adempiuto per causa a lui non imputabile. Ugualmente inutile si mostrerebbe il richiamo all'art. 1223 c.c., che si riferisce al nesso di causalità tra danno-evento e danno-conseguenza nonché ai criteri di selezione tra danni risarcibili e non ai fini della determinazione del *quantum* risarcitorio. Ora, se le misure autoritative di contenimento della diffusione pandemica spezzano il nesso causale, rendendo irrisarcibili i danni che il creditore avrebbe ugualmente subito per effetto dell'inadempimento anche in assenza di *lockdown*, chiaro è che l'art. 3, co. 6-*bis* cit. sia del tutto ridondante: la regola in esso prevista sarebbe infatti già ampiamente operativa nella disciplina generale della responsabilità contrattuale⁸.

Al più, a voler riconoscere una qualche autonoma rilevanza all'art. 3, co. 6-*bis* cit., si dovrebbe ammettere che la sua specialità, rispetto alla normativa sulla responsabilità contrattuale di diritto comune, si rinvenga – pur non intaccando i principi in tema di impossibilità sopravvenuta per causa di forza maggiore – con riguardo alla disciplina dell'onere della prova in capo al debitore. In altri termini, il comma in esame mirerebbe ad alleggerire l'*onus probandi* del debitore, esonerandolo dal dimostrare straordinarietà, imprevedibilità e incontrollabilità delle misure di contenimento – requisiti, questi, che ai sensi dell'art. 1218 c.c. il debitore avrebbe sempre, invece, l'onere di dimostrare⁹. In pratica il legislatore, tramite la disposizione eccezionale dell'art. 3, co. 6-*bis* cit., accerterebbe in via legislativa una causa di forza maggiore, introducendo quindi una presunzione, comunque da valutare caso per caso, secondo l'equazione per cui il rispetto di una misura di contenimento coincide con una causa di forza maggiore.

⁸ Di questo avviso V. ROPPO, R. NATOLI, *Contratto e Covid-19, dall'emergenza economica all'emergenza sanitaria*, in www.giustiziainsieme.it, 28.04.2020.

⁹ Di questo avviso D.U. SANTOSUOSSO, *Le misure di contenimento attenuano l'onere del debitore*, cit.

Anche a chi ha avanzato una siffatta interpretazione ‘salvifica’ della rilevanza e specialità della disposizione in commento non è però sfuggito il dubbio di sua inutilità, dal momento che sia *lockdown* sia misure di contenimento del contagio potevano già essere ricondotte alla generale categoria di eventi rappresentativi di forza maggiore¹⁰.

La superfluità della disposizione in parola verrebbe peraltro confermata anche a esaminare la seconda delle questioni sopra accennate, ossia quella inerente alla valutazione che l’art. 3, co. 6-*bis* cit. richiederebbe al giudice. Sarebbe infatti “arduo trovare un giudice che di fronte alle misure emergenziali non si soffermi concretamente a valutare se ricorrano i caratteri della forza maggiore, giungendo all’affermazione della loro ricorrenza”, anche in assenza dell’introduzione della disposizione in esame¹¹. Unica possibilità di riconoscere a questa una qualche autonoma rilevanza rispetto alla normativa generale sui contratti sarebbe pertanto quella di valorizzare l’inciso dell’art. 3, co. 6-*bis* cit., che esplicita che il giudice debba “sempre” valutare, ai fini della determinazione della responsabilità del debitore, il rispetto, da parte di quest’ulti-

¹⁰ Così ancora ID., *op. loc. ult. cit.* Nel senso di recuperare un significato autonomo dell’art. 3, co. 6-*bis* cit. v. anche A.M. BENEDETTI, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell’isolamento: brevi note sul decreto “cura Italia”*, in *Contratti*, 2020, 213, secondo cui il richiamo svolto da detto comma agli artt. 1218 e 1223 c.c. non sarebbe da considerare in senso generico, riferito al sistema della responsabilità contrattuale in sé e per sé, di cui le due norme sono per l’appunto espressione, ma, al contrario, “è preferibile un’interpretazione che valorizzi l’espressa menzione dell’art. 1223 c.c. (disposizione che introduce il sistema delle regole dedicate ai danni derivanti dall’adempimento)”. In quest’ottica il giudice potrebbe o escludere in radice qualsiasi responsabilità del debitore o fare in modo che l’osservanza delle misure restrittive incida sul *quantum* risarcitorio dovuto al creditore: l’art. 3, co. 6-*bis* cit. integrerebbe quindi anche una causa di riduzione del danno.

¹¹ Sono queste le parole di D.U. SANTOSUOSSO, *Le misure di contenimento attenuano l’onere del debitore*, cit. Sulla stessa linea V. ROPPO, R. NATOLI, *Contratto e Covid-19, dall’emergenza economica all’emergenza sanitaria*, cit., secondo cui “anche in assenza di tale previsione, quale giudice – senza bisogno di sentirselo espressamente dire dal legislatore – avrebbe mancato di ‘valutare’ il rispetto delle misure di contenimento del contagio (impossibilità di spostamenti, blocchi produttivi, ecc.) quali possibili cause di esclusione della responsabilità?”; nonché A. BUSANI, E.C. LUCCHINI GUASTALLA, *Il giudice valuta gli inadempimenti dovuti alle misure di emergenza*, in *Il Sole 24 Ore*, 01.04.2020.

mo, delle misure emergenziali. L'inserzione dell'avverbio "sempre" indicherebbe la volontà del legislatore di evitare automatismi eccessivi tra osservanza da parte del debitore delle misure autoritative volte al contenimento del contagio, da un lato, ed esclusione della sua responsabilità, dall'altro¹². Nel dare applicazione al comma in esame, quindi, il giudice sarebbe chiamato a verificare se realmente la misura emergenziale sia stata la sola e unica causa dell'inadempimento, dal momento che, qualora così non sia stato, dovrebbe trovare applicazione la disciplina di diritto comune in tema di responsabilità contrattuale. Questo sarebbe, ad esempio, il caso delle obbligazioni pecuniarie, la cui esecuzione non risulterebbe toccata dalla misure autoritative destinate al contenimento della diffusione pandemica¹³.

4. La nuova ipotesi di 'mediazione obbligatoria' su controversie in materia di obbligazioni contrattuali in cui il rispetto delle misure emergenziali di contenimento possa essere valutato ai fini della determinazione della responsabilità del debitore. L'incerto perimetro applicativo della norma: l'urgenza di una sua riformulazione

Come già il comma testé esaminato, anche il successivo comma 6-ter dell'art. 3 cit. non ha mancato di provocare un acceso confronto dottrinale e giurisprudenziale, seppur con alcuni *distinguo* rispetto al comma 6-bis. A differenza di quest'ultimo, infatti, si deve riscontrare

¹² Questa l'opinione di A.M. BENEDETTI, *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, cit.; A. BUSANI, E.C. LUCCHINI GUASTALLA, *Il giudice valuta gli inadempimenti dovuti alle misure di emergenza*, cit., secondo cui "la nuova norma impone (in tal senso, l'avverbio "sempre") al giudice che sia chiamato a decidere su un inadempimento di valutare l'esclusione della responsabilità del debitore nel (solo) caso in cui l'inadempimento sia stato provocato dal rispetto delle misure di contenimento: in sostanza, ad esempio, chi si sia reso inadempiente per essere stato messo in quarantena a seguito di contatti con una persona sintomatica potrà chiedere di vedersi parificare la sua situazione a quella dell'impossibilità sopravvenuta".

¹³ Di nuovo A.M. BENEDETTI, *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, cit.

come, al netto di taluni dissensi¹⁴, la più parte della dottrina abbia riconosciuto – per chi scrive, a ragione – la bontà del fine ultimo dell’introduzione dell’art. 3, co. 6-ter cit., pur al contempo sottolineandone l’ inadeguata formulazione. In altri termini, si è condivisa la previsione di una nuova ipotesi di tentativo obbligatorio di mediazione con riguardo a controversie inerenti a obbligazioni contrattuali (segnate dalla sopravvenienza pandemica); critica si è mossa, però – e giustamente – all’improvvida lettera della disposizione in oggetto. Essa, infatti, non riuscirebbe neppure a delineare con chiarezza il suo perimetro applicativo, il coordinamento con il previo comma 6-bis dell’art. 3 cit., nonché chi, a seconda del concreto modularsi del contenzioso, debba dare avvio alla mediazione onde assolvere la condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Taluno ha ritenuto che i commi 6-bis e 6-ter cit. si riferirebbero a controversie diverse: il primo, a quelle in cui si possa giungere a escludere la responsabilità del debitore per *qualsiasi obbligazione*, in ragione delle misure di contenimento *esclusivamente* stabilite dal d.l. n. 6 del 2020; il secondo, alle *sole controversie in materia di obbligazioni contrattuali*, in cui l’inadempimento sia riconducibile all’osservanza non solo delle misure di contenimento di cui al citato d.l. n. 6 del 2020, ma, in generale, anche di quelle previste da disposizioni successive, adottate durante e in ragione dell’emergenza epidemiologica¹⁵.

¹⁴ In questi termini F. DE STEFANO, *Il processo civile in fase tre (note a prima lettura alla legge 25 giugno 2020, n. 70, di conversione del d.l. n. 28 del 2020)*, in www.giustiziainsieme.it, 30.06.2020, secondo cui “la legge di conversione introduce di bel nuovo una condizione di procedibilità di cui francamente non si sentiva affatto il bisogno, per la sua efficacia dirompente nel già fragile tessuto della ripartenza della giustizia civile”.

¹⁵ Così G. FINOCCHIARO, *Tutte in mediazione obbligatoria le cause per gli inadempimenti da Covid-19*, in www.ilquotidianogiuridico.it, 07.07.2020, che a fronte dell’irragionevole disparità di trattamento determinata dagli ambiti applicativi delle due disposizioni, ritiene che l’interpretazione più corretta dovrebbe includere nell’ambito applicativo dell’art. 3, co. 6-bis cit. anche il rispetto delle misure di contenimento previste da atti diversi dal d.l. n. 6 del 2020. L’alveo applicativo dell’art. 3, co. 6-ter cit. dovrebbe comprendere anche le controversie derivanti da obbligazioni legali e giudiziali, allargandosi quindi le maglie della previsione fino a includervi i non esatti o mancati adempimenti di qualsiasi tipo di obbligazione, a prescindere dalla fonte.

Pur in una tale incertezza interpretativa, si è ritenuto che una serie di controversie rientri per certo nell'ambito di applicazione dell'art. 3, co. 6-*ter* cit. Si tratterebbe delle azioni di risoluzione del contratto per sopravvenuta impossibilità o eccessiva onerosità della prestazione in ragione dell'entrata in vigore delle misure di contenimento. A queste potrebbero aggiungersi le azioni iniziate dal creditore il cui fatto costitutivo sia integrato (anche) dall'inadempimento del debitore, e con riguardo al quale costui potrebbe eccepire, a propria difesa, la diretta derivazione del suo mancato adempimento dal rispetto delle misure restrittive emergenziali – profilo, questo, oggetto di prudente apprezzamento del giudice ai sensi dell'art. 3, co. 6-*bis* cit.¹⁶. In quest'ultima ipotesi quindi – come acutamente sottolineato – l'obbligatorietà del tentativo di mediazione sarebbe *on demand*, in quanto esso deriverebbe esclusivamente dall'eventuale eccezione sollevata dal convenuto-debitore nel corso del giudizio instaurato nei suoi confronti dall'attore-creditore¹⁷.

Chiaro è, quindi, il rischio di contenzioso che le spinose questioni ermeneutiche occasionate dall'infelice lettera dell'art. 3, co. 6-*ter* cit. finisce per generare; e ciò in aperto contrasto con l'intento deflattivo perseguito dal legislatore con la sua introduzione. Di qui, onde evitare complicate “fasi incidentali”¹⁸, il sapiente suggerimento di dare avvio al previo tentativo di mediazione *in ogni caso*, ovvero anche laddove sia il creditore ad agire in condanna per l'adempimento di obbligazioni derivanti da contratti (potenzialmente) segnati, nel proprio sinallagma, dal-

¹⁶ In questo senso F. VALERINI, *Nuova ipotesi di mediazione obbligatoria: le controversie contrattuali da rispetto delle misure Covid-19*, in www.dirittoegiustizia.it, 26.06.2020. Vi è inoltre chi sostiene che nel novero delle controversie da includersi nel perimetro applicativo dell'art. 3, co. 6-*bis* cit. possano essere comprese le ipotesi contrattuali in cui si discuta degli effetti del mancato tempestivo recesso, in tutti i casi cioè in cui l'inadempimento totale o parziale sia stato causato dal rispetto delle disposizioni emanate a livello nazionale o locale, legislativo o regolamentare o amministrativo, per il contenimento dell'epidemia: così B. TONELLI, *Riflessioni sulla nuova ipotesi di obbligatorietà del tentativo di mediazione per inadempimento delle obbligazioni contrattuali a causa delle misure di contenimento della pandemia*, in www.diritto.it, 01.09.2020.

¹⁷ Ne parla in questi termini F. VALERINI, *Nuova ipotesi di mediazione obbligatoria: le controversie contrattuali da rispetto delle misure Covid-19*, cit.

¹⁸ Il riferimento è qui alle ipotesi di anzidetta mediazione obbligatoria *on demand*.

l'adozione di misure restrittive emergenziali¹⁹. Un suggerimento, questo, che porta con sé una patente critica al legislatore che concepì la norma in parola. Si ritiene, infatti, che, anziché il citato art. 3, co. 6-ter, meglio sarebbe stato prevedere un tentativo obbligatorio di mediazione per tutte le controversie inerenti a obbligazioni contrattali.

5. La sperequazione del sinallagma provocata dal rispetto delle misure emergenziali di contenimento della diffusione pandemica nei contratti a prestazioni corrispettive a esecuzione continuata o periodica: il rinnovato dibattito sui rimedi (solo estintivi o anche 'manutentivi'?) del rapporto contrattuale. Il discorso intorno all'obbligo di rinegoziare: tra assensi e dissensi

Al netto dell'improvvida confezione dell'art. 3, co. 6-ter cit., si ritiene tuttavia sia da condividere l'intenzione legislativa a esso sottesa, e cioè quella di introdurre un tentativo obbligatorio di mediazione con riguardo a controversie su obbligazioni nascenti da contratti sinallagmatici a esecuzione continuata o periodica – fatalmente investite dalla sopravvenienza pandemica. Di qui, la convinzione che quell'*intentio legis* debba continuare a essere coltivata, ancorché tradotta in un dettato positivo più limpido e lineare. In tal senso si è mossa, d'altronde, la proposta di riforma del processo civile e degli strumenti alternativi avanzata dalla Commissione nominata dalla Ministra della giustizia Marta Cartabia e presieduta dal Prof. Francesco P. Luiso²⁰, come aveva del pari suggerito anche il c.d. Libro Bianco sulla Giustizia 2030²¹.

¹⁹ L'acuto sollecito è di F. DE STEFANO, *Il processo civile in fase tre (note a prima lettura alla legge 25 giugno 2020, n. 70, di conversione del d.l. n. 28 del 2020)*, cit.

²⁰ A riguardo, ma sul punto si ritornerà in seguito nel testo, v. COMMISSIONE PER L'ELABORAZIONE DI PROPOSTE DI INTERVENTI IN MATERIA DI PROCESSO CIVILE E DI STRUMENTI ALTERNATIVI, presieduta dal Prof. Francesco P. Luiso, *Proposte normative e note illustrative*, del 24 maggio 2021.

²¹ Il Libro Bianco Giustizia 2030 è stato redatto da un gruppo di operatori ed esperti esterni della giustizia italiana, magistrati, dirigenti di uffici giudiziari, avvocati, docenti universitari, esperti di digitalizzazione ed esperti di organizzazione dei servizi pubblici, che, nel pieno della prima fase acuta della crisi pandemica, hanno condiviso la necessità e l'urgenza di sviluppare una visione strategica e soluzioni non settoriali per trasforma-

Prima di muovere ai condivisibili suggerimenti di quella proposta di riforma, pare opportuno evidenziare le ragioni dell'asserita bontà dello scopo perseguito dal legislatore con l'introduzione dell'art. 3, co. 6-ter cit.

Ebbene, il motivo di apprezzamento della *ratio* a esso sottesa si fonda, in particolare, sugli esiti di un intenso quanto fecondo dibattito, che ha impegnato civilisti e processualisti, in merito alla gestione delle liti inerenti a rapporti contrattuali sinallagmatici di durata colpiti dalla sopravvenienza pandemica²². Il riferimento è, nello specifico, a quell'acceso confronto dottrinale (ma non solo) che è ruotato e ruota intorno all'individuazione della risposta da darsi a situazioni di sopravvenuta spequazione del sinallagma nei contratti di durata, squilibrio dovuto all'ottemperamento, a opera di uno dei contraenti, delle misure di restrizione sociale adottate dal Governo²³.

Si tratta di un dibattito noto, che ha preso le mosse, tra gli altri, dai frequenti casi di mancato pagamento del canone locatizio da parte del conduttore di immobile a uso non abitativo, laddove costui, impossibili-

re la giustizia da ostacolo a leva positiva per supportare la rinascita del Paese. I quattro pilastri su cui si fonda la proposta sulla Giustizia 2030 ruotano attorno all'idea che essa debba divenire più connessa, più integrata, più organizzata e innovativa, nonché più vicina, semplice e sostenibile. Il Libro Bianco, scaricabile all'indirizzo <https://www.giustizia2030.it/#About>, sospinge anche per una riconfigurazione dei modelli di giustizia alternativa attualmente previsti dall'ordinamento, auspicando interventi migliorativi in merito alla vigente disciplina in tema di mediazione civile e commerciale.

²² Pur non esistendo settore o rapporto economico-giuridico che sia andato esente dagli effetti dirompenti della pandemia, non v'è dubbio che tra i maggiormente colpiti, anche in ragione del contenzioso cui ha dato e darà luogo, vi è quello inerente ai contratti di durata: in questo senso, per tutti, F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "Coronavirus"*, in www.giustiziacivile.com, 17.03.2020; A. DE MAURO, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, *ivi*, 27.03.2020; V. CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, *ivi*, 31.03.2020; A.M. BENEDETTI, *Il 'rapporto' obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, *ivi*, 03.04.2020; C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza COVID-19: quale ruolo per il civilista?*, *ivi*, 15.04.2020; A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del Coronavirus*, *ivi*, 29.04.2020; A.A. DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del Coronavirus)*, *ivi*, 04.06.2020.

²³ Affresca, con partecipata lucidità, la questione e i problemi concreti che essa pone F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "Coronavirus"*, cit.

tato a tenere aperta al pubblico la propria attività commerciale durante il periodo di *lockdown*, subita una conseguente carenza di liquidità, abbia mancato la regolare esecuzione dell'obbligazione pecuniaria di cui è onerato²⁴.

In casi siffatti, il conduttore, a rigore, rimarrebbe comunque obbligato al pagamento del canone locatizio, sia perché, nonostante la misure restrittive emergenziali, egli ha comunque avuto disponibilità dell'immobile locato – si pensi alla possibilità di utilizzarlo come deposito merci – sia perché la sua c.d. impotenza finanziaria non giustificerebbe il mancato o tardivo adempimento del canone, dal momento che *genus tanquam non perit*, ossia l'obbligazione di genere pecuniaria resta sempre possibile a fronte della convertibilità in denaro di tutti i beni presenti e futuri del debitore.

Pur tuttavia, innegabile è, nella fattispecie tratteggiata, il sopravvenuto squilibrio tra prestazioni di conduttore e locatore, ancorché – è doveroso evidenziarlo – non manchi (anche) il pregiudizio di quest'ultimo a fronte dell'inadempimento del primo, ché il locatore, pure in caso di omesso pagamento del canone locatizio, è ugualmente tenuto al versamento delle imposte sull'immobile locato ed è al contempo impossibilitato a sfruttarlo.

Ebbene, come risaputo, la nostra disciplina di diritto comune – almeno ove *stricto sensu* intesa – propende, in ipotesi quali quelle descritte, e cioè inerenti a contratti a prestazioni corrispettive a esecuzione periodica o continuata, per rimedi essenzialmente ablativi del rapporto contrattuale, ossia per la sua risoluzione per inadempimento (art. 1453 c.c.)²⁵, impossibilità sopravvenuta (art. 1463 c.c.) o eccessiva onerosità (art. 1467 c.c.). Un'apertura alla possibilità di sopravvivenza del contratto sinallagmatico di durata, ove colpito da sopravvenienze, si rinviene soltanto in ipo-

²⁴ Sulle ripercussioni delle misure restrittive emergenziali adottate in occasione della pandemia su contratti locatizi di beni immobili a uso commerciale v., per tutti, V. CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, cit.; F. MACARIO, *Covid e locazioni commerciali: silenzio del legislatore e risposte urgenti della giurisprudenza*, in *Contratti*, 2020, 525.

²⁵ Nel caso di inadempimento di contratto di locazione per mancato pagamento del canone locatizio, si schiude peraltro al locatore la via del procedimento speciale di sfratto per morosità di cui agli artt. 658 c.p.c. e ss.

tesi di eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione allorché, chiesta la risoluzione dall'“eccessivamente onerato”, la controparte offerta di modificare equamente le condizioni del contratto (art. 1467, co. 3 c.c.). Ne consegue che lo spiraglio al mantenimento del vincolo viene sempre e solo lasciato alla parte che non è vittima dell'evento generatore dell'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione. Ove costei rifiuti, il rapporto contrattuale è destinato a risolversi²⁶.

Nonostante un assetto normativo in apparenza lineare, è dato però riscontrare come parte della dottrina – seguita da taluna giurisprudenza, anche di legittimità – si muova verso soluzioni ermeneutiche volte a favorire soluzioni c.d. manutentive del rapporto contrattuale.

Riprendendo datate riflessioni sul rapporto tra contratti sinallagmatici di durata e sopravvenienze²⁷ sviluppate sulla scia della dottrina tedesca²⁸, e al contempo valorizzando sollecitazioni sovranazionali ed

²⁶ Lo evidenziano, declinandolo alla vita dei contratti sinallagmatici a esecuzione continuata o periodica segnati dalla sopravvenienza pandemica e relative misure restrittive emergenziali, A.M. BENEDETTI, R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria, diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in www.dirittobancario.it, 25.03.2020; nonché F. MACARIO, *Sopravenienze e rimedi al tempo del “coronavirus”: interesse individuale e solidarietà*, cit.

²⁷ Il riferimento è qui a quegli studi degli anni Novanta del secolo scorso che, ispirati dalla letteratura d'Oltralpe, con approccio quasi pionieristico, affacciarono, in aperto contrasto con l'impianto delle scelte legislative che segnano il codice civile del '42, l'idea dell'esistenza di un 'obbligo legale' di adeguamento e rinegoziazione del contratto, in ragione del disagio avvertito a fronte dell'art. 1467 c.c. che prevede la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione. Il rinvio è qui d'obbligo allo studio monografico che aprì la strada alla riflessione sul tema: F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; e poi ancora ID., *Le sopravenienze*, in V. ROPPO (a cura di), *Trattato del contratto*, V, *Rimedi*, 2, Milano, 2006, 689 ss.; ma già sollecitazioni sul punto si rinvennero in R. SACCO, *Il contratto*, II ed., in *Trattato Sacco*, Torino, 1993, 685-6, secondo cui l'equità di cui all'art. 1374 c.c. lascerebbe sottintendere il richiamo, nei contratti a lunga durata, a una clausola di rinegoziazione; nonché F. GRANDE STEVENS, *Obbligo di rinegoziare nei contratti di durata*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civili-stiche*, Napoli, 1998, 193.

²⁸ Il riferimento è, in particolare, agli studi di N. HORN, *Neuverhandlungspflicht*, in *Arch. civ. Pr.*, 1981, CLXXXI, 255, chiamato a occuparsi del tema dei problemi legati alla durata del contratto (*Vertragsdauer*).

europee²⁹, quella letteratura sostiene, infatti, che si possa e debba discorrere – tanto più nel contesto attuale caratterizzato dalla ‘sopravvenienza pandemica’ – di un obbligo delle parti di rinegoziare il rapporto contrattuale, ove questo sia colpito da un evento sopraggiunto che ne scardini il sinallagma originario.

Nel tentativo di rinvenire un delicato equilibrio tra i principi espressi dai brocardi *pacta sunt servanda* e *rebus sic stantibus*³⁰, tale obbligo di rinegoziazione viene fondato, nella varietà di accenti, su argomenti diversi, pensosamente arati dalla letteratura civilistica e di recente evocati anche dalla dotta Relazione tematica dell’Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione n. 56 dell’8 luglio 2020, indirizzata alle “Novità normative sostanziali del diritto ‘emergenziale’ anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale”. Tali argomenti vanno dalla valorizzazione della clausola generale di correttezza e buona fede sino al richiamo al principio solidaristico enunciato all’art. 2 Cost.

Vi è chi ritiene, infatti, che la clausola codicistica di buona fede *ex artt. 1366 e 1375 c.c.* diventerebbe fonte di un obbligo di rinegoziare delle parti, finalizzato a conferire effettività alla tutela di un comportamento corretto nell’esecuzione di contratti sinallagmatici di durata. Es-

²⁹ Sul piano internazionale il richiamo è qui agli *Unidroit Principles of International Commercial Contracts* (2016), il cui *Principle 6.2.3.*, nel disciplinare gli effetti dell’*hardship* (e cioè di un’eccessiva onerosità sopravvenuta), attribuisce alla parte colpita da tale evento il diritto di chiedere all’altra parte di rinegoziare il contratto, pur non vedendo la prima sospeso il suo obbligo di adempiere. In caso di fallimento della rinegoziazione dopo un tempo ragionevole, ciascuna parte può rivolgersi al giudice, il quale, ove ritenga sussistente l’eccessiva onerosità, e sempreché lo valuti ragionevole, potrà risolvere il contratto o adeguarlo in vista di un riequilibrio del sinallagma. A livello europeo, il riferimento è ai *Principles of European Contract Law* (PECL) e, precisamente al *Principle 6:111*, dedicato al “Cambiamento delle circostanze” (*Changes of Circumstances*), al cui n. 2 si prevede che, ove la prestazione diventi eccessivamente onerosa per una delle parti, queste sono obbligate ad avviare una negoziazione al fine di adattare il contratto a tale mutamento delle circostanze o di porvi fine; e al cui n. 3, lett. b), con clausola di chiusura, si attribuisce al giudice il potere discrezionale di condannare al risarcimento dei danni cagionati dal rifiuto di una parte di avviare le trattative o dalla loro rottura in maniera contraria a buona fede e correttezza.

³⁰ Tratteggia “al tempo della crisi” (che non era ancora quella pandemica) la questione, magistralmente collocandola in un più ampio quadro sistematico, F. MACARIO, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giust. civ.*, 2014, 825 ss.

sa rappresenterebbe lo strumento idoneo a gestire le sopravvenienze impreviste che li colpiscano, pur ove queste non integrino la fattispecie di cui all'art. 1467 c.c. Più precisamente, la fonte nel principio di buona fede dell'obbligo delle parti di rinegoziare, e così (eventualmente) adeguare, il contratto rinverrebbe la sua logica nel carattere perdurante nel tempo del rapporto contrattuale inteso a realizzare un determinato risultato³¹. Laddove il contratto sia di durata, cioè, sarebbe possibile ipotizzare *ab initio* – facendo leva sull'art. 1366 c.c. – la comune intenzione delle parti di rivedere, adeguare o modificare l'assetto contrattuale al variare della situazione di fatto o di diritto, ove le condizioni pattuite non rispondano più alla logica economica sottesa alla conclusione del contratto³². Ciò permetterebbe ai contraenti, infatti, di portare a compimento il risultato negoziale da essi in origine prefigurato, allineando il regolamento pattizio alle mutate circostanze. In questo senso, lungi dal contraddire il principio dell'autonomia privata, l'obbligo di rinegoziare lo valorizzerebbe, consentendo, nei contratti a lungo termine, di adeguare il regolamento degli interessi alla diversa situazione frattanto creatasi, indipendentemente dalla ricorrenza di tutte le condizioni fissa-

³¹ In questo senso, per tutti, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 312; nonché P. GALLO, *Sopravenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, 367 ss. Negano la possibilità di fondare l'obbligo di rinegoziazione sulla clausola generale della buona fede, tra gli altri, A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2003, 710, secondo cui siffatto obbligo stravolgerebbe l'equilibrio fra rispetto della volontà e tutela degli interessi che il legislatore ha scelto di adottare e cancellerebbe il fatto che “se non è trasferito da clausole apposte al patto (...) il rischio deve restare a carico della parte su cui incide, come espressione dell'originario calcolo di convenienza”; nonché F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004, 83 ss., secondo cui, se i contraenti, da un lato, sono liberi di intervenire di comune accordo sul contenuto del contratto, dall'altro, non sono obbligati a farlo *ex lege*: le regole sulla buona fede nella fase di esecuzione entreranno in gioco, pertanto, soltanto quando entrambe le parti decidano volontariamente di rinegoziare i contenuti dell'accordo, o debbano farlo in ragione di pattuite clausole di rinegoziazione.

³² Così di nuovo F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 313; *contra* G. SICCHIERO, voce *Rinegoziazione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento, II, 2003, 1200, secondo cui le scelte dei contraenti, cristallizzate nel contratto, indicano il rischio che le stesse hanno voluto correre e in base al quale hanno orientato il proprio investimento.

te dall'art. 1467 c.c. In sintesi, secondo questa visione, superabile sarebbe "l'apparente antinomia fra l'obbligo di rinegoziare e la libertà di autodeterminazione, poiché la rinegoziazione tende, non a comprimere, bensì a realizzare la volontà delle parti"³³.

Sotteso a una tale ricostruzione vi sarebbe l'abbandono delle categorie giuridiche cui di regola si ricorre nell'esame dei contratti di scambio istantanei, a favore, nella cornice economica complessa di quelli di durata, di una logica, anziché egoistica, di cooperazione, secondo cui le parti sono chiamate a superare, con correttezza e buona fede, le sopravvenienze che comportino uno squilibrio del sinallagma³⁴.

Valorizzando tali argomenti, l'esigenza manutentiva del contratto e di rinegoziazione del suo contenuto si rinverrebbe nel vigente diritto comune dei contratti come riletto e rivitalizzato in un'ottica costituzionalmente orientata, alla luce del principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. Di questo principio costituzionale, infatti, la clausola di buona fede rappresenterebbe il portato codicistico³⁵.

L'evenienza pandemica renderebbe, d'altronde, i doveri di solidarietà economica e sociale tali da "prevalere su ogni altro interesse"³⁶, non venendo "mai come oggi, invocati invano"³⁷, ché altrimenti "la crisi sanitaria produrrebbe un ulteriore, inatteso e ancor più pernicioso effet-

³³ Sono le testuali parole di F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 322.

³⁴ Sul punto v. F. MACARIO, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, cit., 853, che parla di sostituzione alla logica dell'*advantage taking*, che favorisce il contraente avvantaggiato dalle condizioni pattuite, quella definita in area anglo-sassone di *sharing and cooperation*.

³⁵ In questi termini la Relazione tematica dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Suprema Corte di Cassazione n. 56 dell'8 luglio 2020 su "Novità normative sostanziali del diritto 'emergenziale' anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale", 23.

³⁶ Così, testualmente, A.M. BENEDETTI, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul decreto "cura Italia"*, cit., 213.

³⁷ V. A.M. BENEDETTI, R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria, diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, cit., secondo cui, dato il contesto eccezionale epidemiologico, "non è facile immaginare, in realtà, una situazione in cui il principio di solidarietà possa prendere più urgenza che nella presente".

to: quello di redistribuire ingiustamente la ricchezza a vantaggio di certi contraenti e in danno di altri”³⁸.

6. La spinosa individuazione del contenuto dell’obbligo di rinegoziare il contratto e delle conseguenze del suo mancato adempimento. Le soluzioni avanzate dalla Relazione tematica dell’Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione: tra rimedio risarcitorio ed ‘esecuzione in forma specifica’ ex art. 2932 c.c.

Se quelle brevemente descritte sono le possibili – ma non affatto pacifiche – ricostruzioni delle ‘fonti’ legali di un obbligo di rinegoziare il contratto sinallagmatico a lungo termine, non poco spinosa si mostra l’individuazione del suo ‘contenuto’ come dei ‘rimedi’ destinati a rispondere a una sua violazione. Frutto di una “tecnica certamente sofisticata”, la figura dell’obbligo di rinegoziazione, “particolarmente complessa da elaborare in chiave dogmatica”³⁹, trova infatti i maggiori ostacoli al suo riconoscimento allorché si muova dal piano ‘statico’ a quello ‘dinamico’, ovvero alla determinazione di quando e come esso possa ritenersi adempiuto e quali siano le conseguenze legali della sua mancata soddisfazione.

Temi di portata teorico-sistemica, oggetto di attenzione di autorevole dottrina civilistica, essi verranno in questa sede affrontati dalla prospettiva abbracciata dalla summenzionata Relazione tematica dell’Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione. Oltre che raccogliere, almeno in parte, gli approdi di quell’illustre letteratura, essa, infatti, declina i suddetti temi all’attualità della situazione pandemica corrente, volendo offrire una linea di lettura alla giurisprudenza e, indirettamente, agli operatori pratici. Proprio per questa ragione, a essa si sono peraltro indirizzate molte delle più recenti posizioni dottrinali confrontatesi con l’obbligo di rinegoziare contratti a lungo termine segnati da sopravvenienza (pandemica) che ne abbia sperequato il sinallagma.

³⁸ Così nuovamente A.M. BENEDETTI, R. NATOLI, *op. loc. ult. cit.*

³⁹ Riconosce, con le parole citate, la sfida teorico-dogmatica di ricostruire l’obbligo di rinegoziazione F. MACARIO, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, cit., 864.

Ebbene, quanto al ‘contenuto’ di tale obbligo, la Relazione in commento sostiene che:

rinegoziare vuol dire impegnarsi a porre in essere tutti quegli atti che, in relazione alle circostanze, possono concretamente consentire alle parti di accordarsi sulle condizioni dell’adeguamento del contratto, alla luce delle modificazioni intervenute⁴⁰.

Ciò detto, il vero problema risiede nell’individuazione dei “criteri dai quali desumere i comportamenti delle parti” nel corso delle trattative destinate alla rinegoziazione⁴¹.

Secondo la Relazione tematica, soccorrerebbe a riguardo, ancora una volta, la clausola generale di buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.), la cui declinazione, nella valutazione dell’effettivo adempimento dell’obbligo di rinegoziare, non potrebbe quindi che essere flessibile, concretizzandosi nel caso di specie alla luce delle circostanze, degli usi e della natura dell’affare⁴². Inadempimento, perciò, si avrebbe non tanto ove un contraente rifiuti, infine, di concludere il contatto modificativo, bensì soltanto

se la parte tenuta alla rinegoziazione si oppon[ga] in maniera assoluta e ingiustificata a essa o si limit[i] a intavolare delle trattative di mera facciata, ma senza alcuna effettiva intenzione di rivedere i termini dell’accordo. L’inosservanza dell’obbligo in questione dimora nel rifiuto di intraprendere il confronto oppure nel condurre trattative maliziose (senza, cioè, alcuna seria intenzione di addivenire alla modifica del contratto)⁴³.

Delineato in questi termini l’obbligo di rinegoziazione del contratto ‘a sinallagma divenuto sperequato’, la Relazione tematica indica quali punti di ricaduta, in caso di suo inadempimento, non solo il diritto di ottenere il risarcimento del danno dalla parte che abbia rifiutato ingiustificatamente di negoziare o che abbia contrattato in mala fede, ma anche la possibile applicazione in via estensiva del rimedio dell’esecu-

⁴⁰ Relazione tematica dell’Ufficio del Massimario, cit., 24.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Relazione tematica dell’Ufficio del Massimario, cit., 25.

⁴³ *Ibidem*.

zione in forma specifica del contratto preliminare inadempito, *i.e.* l'azione costitutiva *ex art.* 2932 c.c., grazie e in seno alla quale il giudice potrebbe-dovrebbe emettere una sentenza che tenga luogo del contratto non rinegoziato autonomamente dalle parti, determinando in tal modo la modifica di quello originario⁴⁴.

7. (segue) *Le critiche alla ricostruzione di un obbligo di rinegoziare e alla sua 'esecuzione in forma specifica' ex art. 2932 c.c.: ammissibile (e opportuno) l'intervento giudiziale in sostituzione della volontà delle parti contraenti?*

Le soluzioni ermeneutiche delineate dalla citata Relazione tematica non sono andate esenti da critiche.

Dubbi suscita, come già nel dibattito dottrinale, il riconoscimento della controversa figura dell'obbligo di rinegoziare. Si ritiene, infatti, che la prospettazione di rimedi manutentivi del rapporto contrattuale, basati sul dovere costituzionale di solidarietà ed eventuali interventi giudiziali, rischi di propagare ulteriormente la crisi economica, che rende ogni contraente potenzialmente parte debole e perciò per il giudice estremamente difficoltoso individuare quello veramente meritevole di maggiore protezione⁴⁵. Data l'eccezionalità del momento e i suoi effetti (tragicamente) diffusi, più che 'richiedere una solidarietà' ai contraenti sarebbe quindi preferibile fosse il legislatore a governarla a livello di sistema, tramite interventi normativi che, prima ancora del e piuttosto che il giudice nel caso concreto, riparino alla sperequazione del sinalagma causata dall'evenienza pandemica⁴⁶.

Ne conseguirebbe che, a voler discorrere di rinegoziazione del contratto, si dovrebbe al massimo rimanere sul piano dell'auspicio o dell'accorato invito, evitando di profilare imposizioni normative di un ob-

⁴⁴ Relazione tematica dell'Ufficio del Massimario, cit., 26 ss.

⁴⁵ Questa l'opinione limpidamente espressa da C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza COVID-19: quale ruolo per il civilista?*, cit.

⁴⁶ In questo senso, nuovamente ID., *op. loc. ult. cit.*

bligato in tal senso, i cui esiti sarebbero pericolosi⁴⁷. Questi emergerebbero, in particolare, nella configurazione delle tutele giurisdizionali contro l'inadempimento dell'obbligo di rinegoziare, quali strumenti che inducano i contraenti a ricercare consensualmente di superare le difficoltà create dal sopravvenuto squilibrio sinallagmatico.

Se il rimedio risarcitorio in risposta a un tale inadempimento si rivelerebbe, più che pericoloso, effimero – considerata la difficoltà in concreto di dimostrare il nesso causale tra condotta e danno e il danno stesso⁴⁸ – decisamente insidiosa sarebbe, invece, la prospettazione di un potere costitutivo del giudice di emanare una sentenza che tenga luogo delle nuove pattuizioni contrattuali non raggiunte in autonomia dalle parti. Al netto della tenuta di sistema di siffatta soluzione ermeneutica con riguardo all'asserita tipicità (se non tassatività) della tutela costitutiva ai sensi dell'art. 2908 c.c.⁴⁹, questa porta con sé il rischio di quel che è stato ficcantemente definito “paternalismo giudiziario”, e cioè di

⁴⁷ Lo rimarca A. BRIGUGLIO, *Novità sostanziali del diritto “emergenziale” anti-Covid. Contro il paternalismo giudiziario a spese della autonomia dei privati*, in *www.giustiziacivile.com*, 07.10.2020, che, negate necessità e opportunità della creazione della figura dell'obbligo di rinegoziazione, sottolinea come constatazione ovvia sia quella per cui “la rinegoziazione spontanea sarà, nelle crisi contrattuali da Covid, per avveduti players del mercato come per casalinghe e pensionati, di gran lunga il miglior rimedio rispetto a qualsivoglia intervento giudiziale”.

⁴⁸ In questo senso, di nuovo, ID., *op. loc. ult. cit.*

⁴⁹ Sull'art. 2908 c.c. dedicato agli effetti costitutivi delle sentenze quale norma che segna tassatività o tipicità dell'azione costitutiva v., per tutti, C. CONSOLO, voce *La domanda giudiziale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 10 ss., § 21, il quale propende più per la tipicità che la tassatività delle ipotesi di tutela costitutiva, con conseguente esclusione dell'applicazione analogica, ma non estensiva dell'art. 2908 c.c. Su tassatività e tipicità delle azioni costitutive ritorna da ultimo, con acuto approfondimento teorico-sistematico, dall'angolatura del possibile fondamento negoziale dell'agire in via costitutiva, A. CHIZZINI, *Dell'ammissibilità di azioni costitutive a fondamento negoziale*, in *Giusto proc. civ.*, 2020, 711 ss., prec. 729 ss. e 736 ss., che muove dalla contrapposizione tra le tesi di Schlosser e Ferri per indagare a fondo le *rationes* sottese all'art. 2908 c.c. Per l'A. il significato ultimo della tassatività delle azioni costitutive risiederebbe nel principio di legalità quale limite esterno al potere di azione, e ciò a salvaguardia dell'autonomia delle parti. Di qui, l'ammissibilità di azioni costitutive a base negoziale che potenzino la tutela sul piano sostanziale delle parti e che quindi ne esaltino, anziché menomino, l'autonomia privata.

un'indebita intrusione del giudice nella ridefinizione-adeguamento-no-vazione del rapporto contrattuale originario⁵⁰.

È vero, infatti, che la Relazione tematica si premura di sottolineare come “la decisione del giudice non p[ossa] avvenire sulla scorta di un metro casuale, soggettivo o arbitrario”, dovendo invece calibrarsi su elementi rigorosamente espressi dal regolamento negoziale fissato dalle parti nel contratto originario, e che è perciò necessario “individuare un parametro cui adeguare il contratto”⁵¹ – parametro, non a caso, chiaramente predeterminato dalle parti nell'ipotesi applicativa ‘ortodossa’ di cui all'art. 2932 c.c., in cui il giudice è chiamato, ove il contratto preliminare rimanga inadempito, a emettere sentenza costitutiva che tenga luogo di quello definitivo: qui, infatti, non v'è dubbio che l'oggetto del contratto da concludere sia già fissato dalle parti prima dell'intervento del magistrato, la cui pronuncia *ex art. 2932 c.c.* si limita pertanto “a tenere il posto di una volontà già definita nel suo oggetto o di una previsione di legge”⁵².

Ebbene, se la Relazione tematica, con gli ‘ammonimenti’ summenzionati, vorrebbe quindi salvare dall'arbitrarietà giudiziale la tutela costitutiva che seguirebbe alla violazione dell'obbligo di rinegoziare, non si può tuttavia negare che nel caso concreto il giudice, adito *ex art. 2932 c.c.* per rimediare a tale violazione, poco, se non nulla, sappia del rapporto negoziale originario, e cioè di tutte quelle valutazioni di opportunità che lo determinarono, restando pertanto sfornito di quel parametro di riferi-

⁵⁰ L'espressione è di A. BRIGUGLIO, *Novità sostanziali del diritto “emergenziale” anti-Covid. Contro il paternalismo giudiziario a spese della autonomia dei privati*, cit., che condanna la semplicistica affermazione della Relazione tematica qui in commento secondo cui, nelle ipotesi di violazione dell'asserito obbligo di rinegoziazione, “si applica (analogicamente? estensivamente?) l'art. 2932 c.c. fuori dei suoi limiti testuali”.

⁵¹ Relazione tematica dell'Ufficio del Massimario, cit., 27.

⁵² Lo ammette la stessa Relazione tematica, *loc. cit.* Di qui la tranciante osservazione di A. BRIGUGLIO, *Novità sostanziali del diritto “emergenziale” anti-Covid. Contro il paternalismo giudiziario a spese della autonomia dei privati*, cit., secondo cui “Le possibilità estensive della prerogativa giudiziale *ex art. 2932* e dei conseguenti vantaggi per la parte che deduce la violazione dell'obbligo a contrarre, (...) sono pur sempre legate a un indefettibile presupposto: che il programma negoziale ‘costituito per mano di giudice’ corrisponda a un programma già definito dell'obbligo a contrarre (o a trasferire) e al momento della sua insorgenza”.

mento sulla cui base modulare il contenuto della sua pronuncia costitutiva. Il pericolo è quindi che questa si riveli invero un *monstrum*, frutto della “divinazione” giudiziale dell’assetto contrattuale, fatalmente destinata a ledere il principio dispositivo e travalicare i limiti del *petitum*⁵³.

Non solo. Il rischio di “paternalismo giudiziario” diventerebbe ancora più ‘spinto’ laddove l’intervento ri-equilibratore del giudice venga chiesto da una delle parti del contratto a sinallagma sperequato dalla sopravvenienza, in sede di cautela d’urgenza *ex art. 700 c.p.c.* – come nei casi concreti è accaduto⁵⁴ – e così pressoché ‘alla cieca’ rispetto alla

⁵³ Di nuovo, in questo senso, con condivisibile e decisiva critica, ID., *op. loc. ult. cit.* Cfr. anche A. ZACCARIA, *L’insostenibile “pesantezza” del canone. Onirismi giuridici da Covid 19*, in *Studium iuris*, 2020, 1166 ss.

⁵⁴ Esemplari nel mettere in luce il terreno scivoloso in cui ci si muove allorché la tutela venga chiesta in via cautelare sono, tra le molte, due note pronunce del Tribunale di Roma che hanno risposto, con approccio metodologico antitetico, alle istanze di tutela provvisoria e urgente avanzate da conduttori (imprenditori), in bilico tra l’obbligo di pagamento dei canoni pattuiti e il rischio di escussione della garanzia (normalmente fideiussoria) rilasciata al locatore per il corretto pagamento degli stessi canoni: per un commento a entrambe v. per tutti F. MACARIO, *Covid e locazioni commerciali: silenzio del legislatore e risposte urgenti della giurisprudenza*, cit. Si tratta di Trib. Roma, ord., 29 maggio 2020, in *Foro it.*, I, 2020, 2497, con note di F. Macario e A. Palmieri, secondo cui non sussistono i presupposti per accogliere il ricorso con cui l’affittuario di un ramo d’azienda ubicato in un centro commerciale, impossibilitato a esercitare la propria attività di vendita al dettaglio per le misure di contenimento dell’emergenza epidemiologica da Covid-19, chieda in via d’urgenza la sospensione per almeno sei mesi di qualsiasi obbligo di pagamento nei confronti del proprietario del centro commerciale: per il giudice di merito, infatti, non persuade il richiamo alla regola di correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.). Secondo il giudice, invece, “la soluzione alla questione risiede in una applicazione combinata sia dell’art. 1256 c.c. che dell’art. 1464 c.c., ricorrendo una (del tutto peculiare) ipotesi di impossibilità parziale e temporanea”, dal momento che “il bene-azienda locato non [ha] potuto, in quel periodo, essere utilizzato per l’uso pattuito”. Per altro e antitetico verso, v., Trib. Roma, 27 agosto 2020, reperibile in www.foroitaliano.it/news/231, la cui motivazione ruota invece intorno all’obbligo di rinegoziare, a carico del locatore, fondato sui principi di correttezza e buona fede, la cui “funzione è quella di rendere flessibile l’ordinamento, consentendo la tutela di fattispecie non contemplate dal legislatore”. L’esito di una tale ricostruzione è in linea con l’atteggiamento della prevalente giurisprudenza (a cominciare dal ‘precedente’ appena

futura tutela di merito. Tanto più che il giudizio di merito, in virtù della strumentalità attenuata della tutela cautelare d'urgenza rispetto a quella a cognizione piena, ben potrebbe fatalmente non aversi. In queste ipotesi si l'intervento 'paternalistico' del giudice si rivelerebbe quasi senza confini, con perigliose insidie per l'autonomia privata delle parti.

8. (segue) *L'inadeguata risposta del "Decreto Sostegni": l'ineffabile "percorso condiviso per la ricontrattazione delle locazioni commerciali"*

Forse sospinto dalle ricordate sollecitazioni dottrinali che evocano soluzioni di sistema tese a evitare l'arbitrio giudiziale nell'individuare su chi debba ricadere il costo della sopravvenienza⁵⁵, il legislatore è di recente intervenuto con una normativa specifica in merito a una categoria di contratti tra le maggiormente investite dalle conseguenze negative della pandemia: i contratti di locazione commerciale. Il riferimento è al c.d. Decreto Sostegni⁵⁶, il cui art. 6-*nonies* discorre di un non ben precisato "Percorso condiviso per la ricontrattazione delle locazioni commerciali". Esso prevede un "percorso regolato di condivisione dell'impatto economico derivante dall'emergenza epidemiologica da Covid-19, a tutela delle imprese e delle controparti locatrici", laddove

il locatario abbia subito una significativa diminuzione del volume d'affari, del fatturato o dei corrispettivi, derivante dalle restrizioni sanitarie, nonché dalla crisi economica di taluni comparti e dalla riduzione dei flussi turistici legati alla crisi pandemica in atto.

In detti casi, "locatario e locatore sono tenuti a collaborare tra di loro per rideterminare il canone di locazione".

menzionato): riduzione temporanea del canone disposta dal giudice in mancanza di accordo tra le parti e sospensione della garanzia fideiussoria rilasciata dal conduttore.

⁵⁵ V. per tutti, a riguardo, C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza COVID-19: quale ruolo per il civilista?*, cit.

⁵⁶ Trattasi del c.d. Decreto Sostegni, d.l. 22 marzo 2021, n. 41, convertito in l. 21 maggio 2021, n. 69.

Al netto della terminologia affatto imprecisa in più punti impiegata⁵⁷, risulta evidente come quest’ennesimo intervento legislativo per nulla allievi, ma semmai complichi, il dibattito intorno alla potenziale rinegoziazione del contratto di durata colpito da squilibrio tra prestazioni corrispettive. Per un verso, infatti, esso si limita a sancire che i contraenti “sono tenuti a collaborare” nella “ricontrattazione” del canone locatizio, lasciando però senza positiva risposta l’accesso confronto su quali possano e debbano essere i rimedi all’inadempimento di un asserito obbligo di rinegoziare⁵⁸. Per l’altro, l’art. 6-*novies* cit. vincola questo indefinito “percorso condiviso” alla sola riduzione del canone, anziché allargare lo ‘spazio di manovra’ della rinegoziazione tra le parti⁵⁹. Effetto benefico, questo, che avrebbe potuto ottenersi, anziché introducendo un chimerico “percorso regolato di condivisione”, attraverso una novella della normativa speciale dedicata ai contratti di locazio-

⁵⁷ Evidenzia puntualmente tutte le sbavature terminologiche dell’articolo in commento – dal termine “ricontrattazione” in luogo di “rinegoziazione”, a quello di “percorso condiviso”, che riecheggia formule adottate altrove e per tutt’altre finalità, sino al richiamo alle “locazioni commerciali”, sintagma che esclude tutte le altre ipotesi di locazioni a uso diverso dall’abitazione – V. CUFFARO, *Rinegoziare, ricontrattare: ridefinire il canone? Una soluzione inadeguata*, in *Corr. giur.*, 2021, 954 ss.

⁵⁸ Lo mette in luce, con accenti fortemente critici, ancora ID., *op. ult. cit.*, secondo cui l’intervento legislativo in esame “non offre alcuna risposta al vero problema che la rinegoziazione pone: il rimedio al rifiuto opposto da una parte alla richiesta dell’altra e, prima ancora, la individuazione di parametri idonei a scrutinare la plausibilità del rifiuto a ridiscutere il contenuto del contratto (di locazione)”.

⁵⁹ In altri termini, l’intervento normativo suggerito nel testo avrebbe consentito al tavolo di negoziato tra locatore e conduttore ciò che nel gergo della negoziazione e mediazione viene definito come possibilità di “allargare la torta” e, così, di “creare valore” – “creazione di valore” che, in sede di soluzione autonoma del conflitto, si raggiunge mediante l’ esplorazione degli interessi delle parti, al fine di verificare se e come essi, in quanto invero disomogenei, possano essere congiuntamente soddisfatti, mediante una logica integrativa, e così di reciproco soddisfacimento, anziché distributiva, e quindi, “a somma zero”, con una parte totalmente vincitrice e una affatto perdente. Con riguardo a tali profili, dalla prospettiva di strumenti e tecniche per affrontare costruttivamente un tavolo di negoziato o mediazione, si permetta rinvio al mio *Per un’efficace gestione del tavolo di mediazione. La preparazione di parte e avvocato*, in S. DALLA BONTÀ (a cura di), *Le parti in mediazione: strumenti e tecniche. Dall’esperienza pratica alla costruzione di un metodo*, Trento, 2020, 11 ss., prec. 36 ss., disponibile in accesso aperto al seguente indirizzo: <https://iris.unitn.it/>.

ne di immobili a uso non abitativo, da decenni segnata dall'imperatività con riguardo a elementi essenziali del contratto, quali la durata e i diritti del conduttore di prelazione e indennità di avviamento⁶⁰. Contemplare, oggi, la derogabilità di tali elementi avrebbe di non poco accresciuto le probabilità di successo della rinegoziazione del contratto tra le parti, aprendo la strada al raggiungimento di accordi di riduzione del canone giustificati da un'eventualmente negoziata "minor durata del rapporto contrattuale, dalla rinuncia al rinnovo prima della scadenza o alla indennità di avviamento"⁶¹.

Ancora una volta, invece, il legislatore ha saputo generare più interrogativi che risposte, aggravando un quadro già complesso, bisognoso invero di interventi positivi lineari, l'auspicabile alternativa ai quali è sempre e soltanto il silenzio⁶².

9. Dall'obbligo di rinegoziare al tentativo obbligatorio di mediare: la mediazione quale 'spazio' per la rinegoziazione tra le parti e strumento per la valorizzazione della loro autonomia privata. Dall'intervento giudiziale 'paternalistico' alla promozione dell'autodeterminazione: un percorso culturale

In un contesto tanto articolato e complesso, altra pare debba essere la direzione da intraprendere per una più efficace e duratura soluzione del contenzioso civile emergenziale (e non), onde garantire, per un verso, la 'sopravvivenza' della macchina giudiziaria, altrimenti travolta da un carico di pendenze ingestibile in temi ragionevoli, per l'altro, la promozione di quella resilienza e coesione sociale che l'eccezionalità del fenomeno pandemico hanno rimesso al centro.

⁶⁰ Una tale soluzione era d'altronde già stata introdotta nel 2014 per le c.d. grandi locazioni: v., per tutti, F. PADOVINI, *La liberalizzazione del mercato delle grandi locazioni a uso non abitativo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 429 ss.

⁶¹ L'esemplificazione è ripresa dalla lucida analisi di V. CUFFARO, *Rinegoziare, ri-contrattare: rideterminare il canone? Una soluzione inadeguata*, cit.

⁶² Lo rimarca ancora una volta ID., *op. loc. ult. cit.*, che a fronte dell'inadeguato intervento legislativo riportato nel testo prevede un inutile aumento esponenziale del contenzioso.

Orbene, tale direzione sembra a chi scrive debba essere segnata sì dalla valorizzazione della rinegoziazione del rapporto contrattuale investito dalla sopravvenienza pandemica, ma senza che questa tuttavia assuma i connotati di un obbligo di rinegoziare il cui mancato adempimento trovi sanzione in un intervento ‘paternalisticamente’ sostitutivo del giudice, chiamato e ammesso a delineare, in luogo delle parti, un rivisitato assetto contrattuale. Alle indubbe insidie sottese a una siffatta ‘intrusione’ giudiziale nel campo dell’autonomia privata si unisce, infatti, la assai probabile inefficacia di un tale intervento nell’ottica di una soluzione definitiva della lite. Anche ad ammettere, infatti, come ipotizzato dalla citata Relazione tematica dell’Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, una tutela *ex art. 2932 c.c.* a fronte della violazione a opera di uno dei contraenti dell’obbligo di rinegoziazione, nulla assicurerebbe il conseguente adempimento spontaneo della sentenza costitutiva emessa dal giudice. Anzi, quale nuovo ‘assetto negoziale’ imposto dall’esterno e dall’alto senza la necessaria cognizione dei risvolti economici, imprenditoriali e di opportunità che determinarono quello originario, la pronuncia del giudice è assai improbabile venga volontariamente attuata dai contraenti, generando così nuovo contenzioso⁶³.

Di qui, come si diceva, l’avvertita necessità di uscire dalla logica di un obbligo di rinegoziazione inteso quale premessa di un successivo intervento giudiziale, per riportare invece al centro l’esercizio a opera delle parti della loro autonomia negoziale, esaltandone l’uso ai fini di ridefinizione, adeguamento o novazione del loro rapporto contrattuale colpito dalla sopravvenienza. Grazie all’esercizio di quell’autonomia privata, infatti, esse stesse potranno stabilire se e come ridefinire, adeguare, novare l’originario contratto che le vincola, sulla base delle cir-

⁶³ È costretta ad ammetterlo la stessa Relazione tematica dell’Ufficio del Massimario, cit., 27-8, secondo cui “il ricorso all’art. 2932 c.c. non assicura che la parte che subisce la sentenza adempia le nuove condizioni da essa stabilite”. Di qui, il possibile originarsi di nuovo contenzioso, che la Relazione cit. vede, però, come più facilmente ‘gestibile’ in ragione del fatto che, per il caso in cui una parte si rifiuti di rispettare le condizioni fissate dalla sentenza costitutiva *ex art. 2932 c.c.*, il giudice adito a fronte di un tale inadempimento si troverebbe a dover svolgere “una commisurazione agevole e maggiormente attendibile del danno risarcibile”.

costanze del caso concreto e in particolare della propria ‘intrasferibile’ valutazione degli specifici (e spesso, a un’attenta esplorazione, penetrabili) interessi in gioco. In questo senso, d’altronde si è mossa anche la proposta dei Civilisti italiani per la migliore tutela dei soggetti pregiudicati dagli effetti della pandemia. Questa, infatti, nel suggerire l’adozione di un nuovo art. 1468-*bis* c.c., spinge per la rinegoziazione volontaria delle parti del contratto sinallagmatico sperequato dalla sopravvenienza, ma senza un intervento ‘sostitutivo-costitutivo’ del giudice nell’ipotesi in cui quella fallisca⁶⁴, come invece aveva ipotizzato la

⁶⁴ In particolare detta proposta prevede, con l’introduzione del citato art. 1468-*bis* c.c., il seguente meccanismo. Gli imprenditori minori, i lavoratori autonomi e i professionisti iscritti ad albi che, per effetto delle misure di contenimento, hanno subito un’interruzione dei normali flussi di cassa possono, relativamente alle obbligazioni contrattuali preesistenti verso imprenditori non minori in scadenza tra la data di entrata in vigore delle predette misure e il termine di sessanta giorni successivi alla loro cessazione, chiedere al creditore di rinegoziarne l’ammontare e il termine di adempimento. La richiesta di rinegoziazione deve contenere l’attestazione documentata dell’interruzione dei normali flussi di cassa, un’indicazione motivata e documentata delle ragioni della rinegoziazione e una definita proposta di ripianamento totale o parziale. Il creditore deve esprimersi sulla proposta nel termine di trenta giorni dalla ricezione e qualora non accetti la proposta, deve motivare le ragioni che ostano all’accettazione e formulare una controproposta. In caso di ingiustificato rifiuto di condizioni eque, la parte che dimostri di averne derivato danno ha diritto al risarcimento nella misura dell’art. 1223 c.c.

Dal momento in cui riceve la richiesta di rinegoziazione e fino a sessanta giorni dopo la cessazione delle misure di contenimento applicabili al debitore, il creditore non può proporre in giudizio azioni a tutela del suo credito o domande di risoluzione del contratto e tali azioni, se proposte, sono improcedibili fino all’esaurimento dello stesso termine. Se decorsi sessanta giorni dalla revoca delle misure di contenimento, il creditore conviene in giudizio il debitore con azioni di condanna all’adempimento delle obbligazioni contrattuali, di condanna al risarcimento dei danni cagionati dall’inadempimento, di risoluzione del contratto o di riduzione della propria controprestazione, l’adempimento integrale da parte del convenuto dei debiti scaduti e il pagamento delle spese del giudizio liquidate dal giudice entro la data della prima udienza ha effetto pienamente liberatorio. L’imprenditore minore o il lavoratore autonomo o il professionista convenuto in giudizio per l’inadempimento o il ritardo delle obbligazioni cui era originariamente tenuto può unilateralmente attivare il procedimento di negoziazione assistita il cui esperimento costituisce condizione di procedibilità della domanda.

delega al Governo per la revisione del codice civile (d.d.l. Senato n. 1151)⁶⁵.

Ebbene, che una (ri)negoziiazione spontanea e diretta tra le parti del contratto rappresenti la via preferibile e auspicabile, è cosa di indubbia evidenza. Posto che però non sempre – o almeno non ancora nel nostro orizzonte culturale – questa si verifica – quasi che le parti non si avvedano dei benefici di una loro auto-composizione del quadro contrattuale in luogo di una sua ridefinizione eteronoma – una direzione deve di necessità essere delineata dal legislatore. In particolare, pare a chi scrive egli dovrebbe muoversi su un duplice piano.

Per un verso, egli dovrebbe intervenire a livello sostanziale, confezionando un regime chiaro delle sopravvenienze, e così distinguendo tra quelle che possono portare alla risoluzione del rapporto contrattuale e quelle che, invece, possono condurre alla sua manutenzione (e in che termini)⁶⁶. In quest'ultimo caso, peraltro, lasciando poi le parti libere, nell'esercizio della loro autonomia privata, di stabilire le ridefinite, adeguate o novate condizioni contrattuali⁶⁷.

Per altro verso, a completamento di un tale intervento sul piano sostanziale, su quello 'procedurale', il legislatore dovrebbe mantenere, perfezionandola, la previsione di un tentativo obbligatorio di mediazio-

⁶⁵ V. disegno di legge recante la “delega al Governo per la revisione del codice civile” (d.d.l. Senato n. 1151), in cui si prevedeva il “diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili, di pretendere la loro rinegoziiazione secondo buona fede ovvero, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che venga ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti”. Come evidente, questa proposta di riforma non escludeva, anzi valorizzava, l'intervento a gamba tesa del giudice, una volta che l'accordo non fosse rinegoziato. Su tale disegno di legge v. F. MACARIO, *Dalla risoluzione all'adeguamento del contratto. Appunti sul progetto di riforma del codice civile in tema di sopravvenienze*, in *Foro it.*, 2020, V, 102; P. SIRENA, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e rinegoziiazione del contratto: verso una riforma del codice civile?*, in *Jus*, 2020, 205.

⁶⁶ In questo senso il suggerimento di C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza COVID-19: quale ruolo per il civilista?*, cit.

⁶⁷ Nella direzione dell'esclusione di un intervento giudiziale che segua alla mancata rinegoziiazione del contratto di durata segnato dalla sopravvenienza si muove, come già ricordato, la proposta dei Civilisti italiani per la migliore tutela dei soggetti pregiudicati dagli effetti della pandemia.

ne in ipotesi di rapporti contrattuali sinallagmatici di lungo termine investiti da sopravvenienza. La sede della mediazione di cui al d.lgs. n. 28 del 2010, e successive modifiche, rappresenterebbe infatti l'‘ambiente’ più appropriato per valorizzare quell'esercizio dell'autonomia privata delle parti che nel nostro attuale contesto culturale, sociale e giuridico non è ancora spontaneamente intrapreso dai contraenti. La previsione della mediazione obbligatoria nei casi suddetti costituirebbe, in altri termini, quella “spinta gentile” a un cambiamento culturale che veda, al sorgere del conflitto, quale prima opzione per la sua soluzione, anziché lo scontro, il confronto con l'altra parte, nell'ottica di verificare, nel dialogo, se e come la relazione esistente, pur incrinatasi per le più svariate ragioni, possa essere mantenuta dietro condivisi aggiustamenti⁶⁸.

Nella sede della mediazione, infatti, le parti hanno esse stesse la possibilità di rinegoziare i termini del loro contratto e rispondere, secondo valutazioni di opportunità, alle esigenze del caso concreto, con l'aiuto di un mediatore, terzo neutrale, né chiamato né ammesso (paternalisticamente) a imporre loro nulla.

I contraenti sarebbero così progressivamente sospinti, grazie a questa “spinta gentile”, ad abbandonare la c.d. mistica della delega professionale, e cioè dell'attribuzione totale all'avvocato, e poi al giudice, della gestione e soluzione della lite⁶⁹. Al contrario, la sede della media-

⁶⁸ Illuminanti e ispirative al contempo le riflessioni di P. LUCARELLI, *Mediazione dei conflitti: una spinta generosa verso il cambiamento*, in *Giustizia consensuale*, 2021, 15 ss., che vede in questa prospettiva la vera risposta alle esigenze dei tempi attuali, in cui il tema “giustizia” non dovrebbe più soltanto richiamare il “servizio” giustizia, intesa come processo equo e giusto che poggia su una regola processuale e una macchina giudiziaria perfettamente funzionanti, bensì anche la “relazione” tra chi offre giustizia e chi la riceve, sottolineando così la centralità dei suoi “beneficiari”, e cioè dei suoi “fruttori”. L'occasione di un tale mutamento di visuale viene offerta proprio dalla gravissima crisi generata dalla pandemia, che impone il “radicamento di un sentimento di partecipazione da parte dei beneficiari al buon funzionamento della [giustizia]”, mediante l'impiego della loro autonomia privata sin tanto che non diventi indispensabile il ricorso alla via giurisdizionale.

⁶⁹ A riguardo si permetta rinvio al mio *Il giurista-avvocato alla prova del comunicare, negoziare e mediare in rete nella soluzione del contenzioso civile. Alle sfide della tecnologia la risposta di un modello ‘umano’ di giurista avvocato*, in S. DALLA BONTÀ (a cura di), *Comunicare, negoziare e mediare in rete. Atti del Convegno, Trento 25 settembre 2020*, Trento, 2021, 153 ss., prec. 158, reperibile in accesso aperto al seguen-

zione diventerebbe strumento per aprire la strada alla responsabilizzazione ed emancipazione delle parti – al loro c.d. *empowerment* – e, quindi, alla presa di coscienza della complessità del conflitto che le vede protagoniste e del loro ruolo centrale e unico nella sua soluzione efficace, soddisfacente e definitiva⁷⁰. Ricadute ultime di tale ripensamento culturale sarebbero un’auspicata resilienza, solidarietà e coesione sociale⁷¹.

te indirizzo: <https://iris.unitn.it/>, e ivi il richiamo alle acute riflessioni di D.A. SCHÖN, *The Reflective Practitioner*, New York, 3 ss., sul fenomeno della mistica professionale e della sua crisi; nonché C. MORDIGLIA, *Il cambio di paradigma*, in M. SALA, C. MENICHINO (a cura di), *La Pratica Collaborativa. Tra teoria e prassi*, Torino, 2017, 148 ss.

⁷⁰ Sul punto, *si vis*, si vedano le mie considerazioni su *Giustizia consensuale*, in *Giustizia consensuale*, 2021, 1 ss., prec. 6, ove chi scrive sottolinea come la presa di coscienza nella parte del proprio ruolo di protagonista nel conflitto che vive e delle sue potenzialità nel risolverlo sia alla base del realizzarsi di una giustizia partecipativa e di prossimità. Sul percorso benefico dell’*empowerment* della parte e del contributo che alla sua promozione può offrire l’avvocato nel rapporto con il proprio cliente, si consenta nuovamente riferimento al mio *Il giurista-avvocato alla prova del comunicare, negoziare e mediare in rete nella soluzione del contenzioso civile*, cit., 178. In questo senso, cfr. le penetranti riflessioni di L. BREGGIA, *La giustizia del XXI secolo dentro e fuori la giurisdizione: una riflessione sul principio di effettività*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 755 ss., § 6; nonché quelle puntuali di F. DANOVÌ, *Il prisma della giustizia e i suoi possibili modelli*, in M. SALA, C. MENICHINO (a cura di), *La Pratica Collaborativa. Tra teoria e prassi*, cit., 1 ss., prec. 5.

⁷¹ Lo dimostra, in un visione olistica del fenomeno conflittuale e delle sua modalità di approccio e soluzione soddisfacente e definitiva, ancora P. LUCARELLI, *Mediazione dei conflitti: una spinta generosa verso il cambiamento*, cit., 15 ss., che vede nel radicamento del sentimento di partecipazione dei beneficiari della giustizia alla sua realizzazione la base per lo sviluppo di coesione e resilienza sociale, in continuità con il pensiero di E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris, 1893, il primo a coniare il concetto di coesione sociale.

10. La riforma della disciplina della mediazione: la necessità di ben precise coordinate – normative e culturali – per una rinegoziazione consapevole. Le prospettive aperte dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: un’occasione da non perdere

Perché quanto descritto efficacemente accada, è necessario però si diano ben precise coordinate, che solo una riforma migliorativa della vigente disciplina della mediazione civile e commerciale può disegnare⁷².

Questa deve innanzitutto partire da una più limpida previsione delle controversie per cui si sancisce il tentativo obbligatorio di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale, superando l’infelice lettera del summenzionato art. 3, co. 6-ter d.l. n. 6 del 2020, convertito, con modificazioni, in l. n. 13 del 2020, e poi ulteriormente emendato dal d.l. n. 28 del 2020, convertito nella l. n. 27 del 2020. La previsione del tentativo obbligatorio di mediazione per le controversie in materia di contratti di lunga durata parrebbe, a questo riguardo, la più appropriata⁷³.

La riforma dovrebbe poi intervenire a sostegno di una solida preparazione del mediatore – una professione non facile, che abbisogna di una formazione capace di forgiare le abilità necessarie per gestire al meglio un tavolo di mediazione e condurre le parti verso la soluzione del loro conflitto. In tal senso essenziali risultano, per un verso, una rivi-

⁷² Un primo organico sforzo in tal senso fu fatto nel 2017 dalla COMMISSIONE DI STUDIO PER L’ELABORAZIONE DI IPOTESI DI ORGANICA DISCIPLINA E RIFORMA DEGLI STRUMENTI DI DEGIURISDIZIONALIZZAZIONE, CON PARTICOLARE RIGUARDO ALLA MEDIAZIONE, ALLA NEGOZIAZIONE ASSISTITA E ALL’ARBITRATO, presieduta dal Prof. Guido Alpa, e su cui v. G. ALPA *et al.* (a cura di), *Un progetto di riforma delle ADR*, Napoli, 2017.

⁷³ In questo senso la proposta di riforma della ‘Commissione Luiso’: v. la norma di legge delega da questa avanzata in tema di strumenti di risoluzione delle controversie complementari alla giurisdizione: art. 2, lett. e); nonché, ora, l’art. 1, co. 4, delega al Governo per l’efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata, approvata dal Senato della Repubblica il 21 settembre 2021 e dalla Camera il 25 novembre 2021, ora contenuta nella l. 26 novembre 2021, n. 206.

situazione della formazione universitaria, diretta a introdurre nei *curricula* universitari in scienze giuridiche corsi obbligatori in materia di negoziato e mediazione, per l'altro, un ripensamento in senso migliorativo dei corsi di formazione per mediatori⁷⁴. Non solo. Una riforma che efficacemente valorizzi lo strumento mediativo passa anche per l'introduzione di una serie di reali incentivi fiscali all'impiego della mediazione come per il riconoscimento del gratuito patrocinio a spese dello Stato anche in sede di mediazione⁷⁵. E questo ancora non basta.

Il successo della mediazione quale sede di esaltazione dell'autonomia privata nella ridefinizione del rapporto contrattuale segnato dalla sopravvenienza pandemica reclama anche una decisiva e sicura digitalizzazione. Che la mediazione possa svolgersi pure in rete, è ciò che la pandemia ha dimostrato: rimangono però da perfezionarsi i profili inerenti alla sua possibilità di impiego per tutte le fasce sociali della popolazione, quelli relativi a una reale tutela della riservatezza interna ed esterna della mediazione che si svolga per via telematica, nonché alla più agile conclusione dell'accordo mediante documento informatico⁷⁶.

Assicurate queste coordinate, che il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, la proposta di riforma degli strumenti alternativi avanzata dalla Commissione ministeriale presieduta dal Prof. Francesco P. Luiso e la delega al Governo che ne è gemmata hanno tutto il potenziale per

⁷⁴ Cfr. la citata norma di delega nella proposta di riforma della 'Commissione Luiso', art. 2, lett. n), nn. 1-7, cui hanno fatto seguito peraltro le concrete proposte avanzate dal Documento di sintesi, steso dalla Prof.ssa Paola Lucarelli, del Convegno tenutosi in rete il 2 luglio 2021 su *Mediazione dei conflitti. Una formazione universitaria indispensabile*, e sottoposto all'attenzione delle Ministre Marta Cartabia e Maria C. Messa. Cfr. da ultimo l'art. 1, co. 4, delega al Governo cit.

⁷⁵ Cfr. la citata norma di delega nella proposta di riforma della 'Commissione Luiso', art. 2, lett. a) nn. 1-3, e lett. b); ora l'art. 1, co. 4, delega al Governo cit.

⁷⁶ L'idea è quella di una stabilizzazione delle disposizioni emergenziali (v. art. 83, co. 20-*bis* e 20-*ter* d.-l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla l. 24 aprile 2020, n. 27, c.d. Decreto Cura Italia) emanate per lo svolgimento della mediazione in via telematica, mediante una loro organica previsione all'interno del d.lgs. n. 28 del 2010, anche in vista di una semplificazione delle modalità di firma delle parti con sistemi OTP.

realizzare⁷⁷, la mediazione nel contenzioso civile saprà tramutarsi da sfida a opportunità concreta di gestione responsabile del conflitto. In un tale rinnovato contesto, infatti, essa saprà segnare quel mutamento di prospettiva nelle parti in lite che muove anche – e innanzitutto – da un cambiamento formativo e culturale degli operatori giuridici che tradizionalmente le ‘assistono’, nei loro diversi ruoli, nella soluzione della controversia: l’avvocatura⁷⁸ e la magistratura⁷⁹. Ove questo accada,

⁷⁷ In tutte le direzioni affacciate nel testo si è mossa la proposta di riforma qui richiamata: v. COMMISSIONE PER L’ELABORAZIONE DI PROPOSTE DI INTERVENTI IN MATERIA DI PROCESSO CIVILE E DI STRUMENTI ALTERNATIVI, cit., 20-30 e, ora, la delega al Governo cit. Plaude al testo della riforma indicata dalla ‘Commissione Luiso’ con riguardo alla mediazione A.M. TEDOLDI, *Sul disegno di legge delega per la riforma del processo civile e delle ADR*, in ID., *Il giusto processo (in)civile in tempo di pandemia*, cit., 119 ss.

⁷⁸ Nella prospettiva della mediazione dei conflitti (generati dalla pandemia e non solo), quale via complementare alla giurisdizione, cambia il rapporto tra avvocato e cliente, *melius* persona coinvolta nel conflitto. In quella prospettiva, infatti, dalla tradizionale concezione paternalistica delegato-delegante – in cui l’avvocato, depositario del sapere legale, al sorgere della lite, viene immediatamente investito della tutela in giudizio dell’interesse dell’assistito-rappresentato, intendendosi per tale pressoché esclusivamente l’interesse al miglior risultato processuale – si passa a un mutamento di paradigma. L’avvocato diventa, infatti, colui che è in grado di affiancare il cliente-persona nella gestione responsabile del conflitto, e così non solo nel cammino del processo. ‘Fare l’interesse del cliente’ diventa quindi qualcosa di ben più ampio di ‘fare il suo interesse processuale’: significa, cioè, aiutare l’assistito a conseguire quelle “utilità”, diverse e più estese di quelle filtrate e cristallizzate dalla norma di legge, non necessariamente coincidenti con l’ottenimento di una decisione giurisdizionale favorevole: a riguardo si permetta riferimento al mio *Il giurista-avvocato alla prova del comunicare, negoziare e mediare in rete nella soluzione del contenzioso civile*, cit., 156, 163 e 180, ove chi scrive sostiene che tale mutamento di paradigma porta peraltro con sé una nuova auto-percezione dell’avvocatura, e così alla maturazione di una sua nuova identità. A questo condurrà, infatti, l’affermarsi di una sempre più allargata comunità di bravi avvocati-negoziatori. Una nuova identità dell’avvocatura si avrà, cioè, quanto regola sarà per l’avvocato sedersi al tavolo di negoziato e mediazione e trovare un collega ‘dall’altra parte e dell’altra parte’ realmente professionale nell’assistere nel negoziato e nella mediazione il proprio cliente.

⁷⁹ In questo senso si immagina una magistratura che sappia fare buon uso degli strumenti diretti a favorire il dialogo tra le parti in vista di una conciliazione della lite: tra questi, la mediazione disposta dal giudice ai sensi dell’art. 5, co. 2 d.lgs. n. 28 del 2010 e successive modifiche, così come della proposta transattiva e conciliativa ai sensi del-

allora sì la pandemia si sarà rivelata una crisi generatrice di quella trasformazione culturale, sociale e giuridica capace di immaginare una giustizia realizzata non solo in via giurisdizionale, ma anche, ove se ne diano le condizioni, in via consensuale⁸⁰.

l'art. 185-bis c.p.c.: in questo senso v. le acute riflessioni di I. PAGNI, P. LUCARELLI, *Introduzione*, in P. LUCARELLI (a cura di), *Mediazione su ordine del giudice a Firenze. Prassi, problemi e linee guida di un modello*, Torino, 2015, XI ss.; L. BREGGIA, *Il dilemma del giudice che delega al mediatore*, in P. LUCARELLI, G. CONTE (a cura di), *Mediazione e progresso. Persona, società, professione, impresa*, Torino, 2012, 265 ss., e sulla stessa linea anche il mio *Funzione conciliativa del giudice di pace e mediazione ex d.lgs. n. 28/2010. Osservazioni su un binomio possibile (e virtuoso)*, in AA.VV., *Tutela giurisdizionale e giusto processo. Scritti in memoria di F. Cipriani*, I, Napoli, 2020, 413 ss.

⁸⁰ Sull'urgenza di riflettere sulla relazione tra queste due 'giustizie', e prima ancora sul concetto – per certi versi provocatorio – di “giustizia consensuale”, nella cornice di una rinnovata indagine sulla “questione teorica centrale, dai contorni invero ancora bisognosi di adeguata ricostruzione sistematica: quella che concerne il rapporto tra giustizia e autonomia delle parti”, v. da ultimo, *si vis*, il mio *Giustizia consensuale*, cit., I ss., ove chi scrive avanza l'idea di una reciprocamente benefica co-esistenza della giustizia giurisdizionale e di quella consensuale, intesa, questa, non tanto quale giustizia anti-giurisdizionale bensì a-giurisdizionale, diretta cioè a conferire alle parti un *quid aliud e pluris* rispetto alla prima. In questo senso si veda anche il *Manifesto della Giustizia complementare alla Giurisdizione*, steso il 15 aprile 2020 a firma della Prof.ssa Paola Lucarelli e sottoscritto da numerosi accademici e professionisti.

DIRITTO DEI CONSUMATORI NEL CONTENZIOSO TRANSFRONTALIERO

LE SFIDE IN TEMPO DI PANDEMIA

*Rebecca Berto**

SOMMARIO: *1. Introduzione. 2. Le caratteristiche peculiari delle dispute transfrontaliere. 3. L'impatto delle misure anti-Covid adottate dal legislatore. 3.1. Viaggi, pacchetti viaggi, turismo: le misure anti-Covid e impossibilità sopravvenuta. 3.2. Commercio elettronico e misure precauzionali anti-Covid. 4. La gestione del conflitto: giurisdizione e alternative alla giurisdizione. 5. Conclusioni.*

1. Introduzione

La pandemia da Covid-19 ha indotto vari governi ad adottare delle misure restrittive alla mobilità delle persone e altre misure contenitive. Tali norme hanno avuto degli impatti pratico-giuridico evidenti sul settore dei viaggi e del trasporto in generale: si ricorderà il clamore suscitato dal mancato sbarco di persone che avevano prenotato un pacchetto viaggio alle Mauritius, le quali dovettero rientrare in Italia¹. Tuttavia, molti altri settori economici sono stati interessati in vario modo dalle norme dettate per far fronte all'emergenza pandemica da Covid-19: basti pensare alle modalità relative all'esecuzione di prestazioni contrattuali, come la consegna a domicilio di beni o servizi, concordate tramite mezzi di comunicazione a distanza.

* Consulente legale presso il Centro Europeo Consumatori Italia - Ufficio di Bolzano.

¹ Skytg24, *Coronavirus, Mauritius vieta lo sbarco di 40 turisti lombardi e veneti arrivati con Alitalia*, in <https://tg24.sky.it/mondo/2020/02/24/volo-alitalia-bloccato-mauritius> (27.07.2021).

La rilevanza delle misure adottate dai vari governi per contrastare la pandemia da Covid-19 emerge con maggiore chiarezza nei contratti che presentano elementi transfrontalieri. La rete dei Centri Europei dei Consumatori (c.d. rete ECC), co-fondata dalla Commissione europea, Direttorato Generale Giustizia e Eisma, e dai vari Stati Membri, Islanda, Norvegia e per ora Regno Unito compresi, ha reso più che mai evidente lo scopo per cui fu fondata, ossia fornire assistenza giuridica ai consumatori in problematiche transfrontaliere e rafforzare la fiducia dei cittadini nel mercato unico europeo, supportando anche attività di prevenzione e assicurazione volte al rispetto delle norme.

Nel solo mese di marzo 2020, la rete ECC, quando le prime misure restrittive vennero adottate, fornì consulenza legale a 15.000 richieste². Questi numeri si riflettono anche sull'attività svolta nel corso dell'anno 2020: solamente il Centro Europeo Consumatori Italia ha evaso oltre 11.800 consulenze, di cui oltre il 49% concernevano problematiche legate all'esecuzione, risoluzione, annullamenti di pacchetti viaggio, servizi di trasporto o servizi di alloggio, mentre circa un 20% riguardava questioni proprie del commercio elettronico, ossia mancata consegna dei beni o servizi acquistati *online* e problematiche relative al reso. Tali numeri sono in linea con quelli di altri uffici come l'ECC Germania o ECC Francia: quest'ultima ha visto, tuttavia, un aumento delle richieste in altri settori economici³.

In termini generali la pandemia da Covid-19 ha determinato nuove problematiche giuridiche inerenti il diritto sostanziale, e contemporaneamente ha evidenziato problematiche giuridiche di natura procedurale, già emerse prima della pandemia, le quali interessavano le controversie europee di modesta entità, il cui procedimento a livello europeo è disciplinato dal Regolamento (UE) n. 861/2007, successivamente modificato dal Regolamento (UE) 2015/2421.

² Commissione europea, "La rete ECC-Net e l'emergenza Covid-19", in https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/consumers/resolve-your-consumer-complaint/european-consumer-centres-network-ecc-net/ecc-net-and-covid-19_it (27.07.2021).

³ ZEV-EVZ 2020 Jahresbericht 5 <https://www.evz.de/fileadmin/Media/PDF/Jahresbericht.pdf> (27.07.2021).

Il presente contributo mira a offrire un approccio pratico al tema, anche con riferimento a casi trattati dall'ECC Italia - Ufficio di Bolzano.

Per questo motivo esso è strutturato come segue: si restituiranno, innanzitutto, le caratteristiche peculiari che contraddistinguono una disputa transfrontaliera da una controversia avente carattere nazionale; in secondo luogo, si esamineranno le problematiche interpretative poste dalle norme eccezionali emanate dal legislatore; quindi si analizzeranno gli strumenti procedurali, alternativi al processo avanti al giudice statale, a disposizione della singola parte al fine di dirimere una disputa transfrontaliera. Si tenterà così di giungere a talune considerazioni conclusive.

2. Le caratteristiche peculiari delle dispute transfrontaliere

La gestione di una controversia transfrontaliera ha caratteristiche proprie, perché presenta degli elementi internazionali rispetto a una controversia nazionale: le parti sono dislocate in Stati Membri diversi e per questo motivo portano con sé differenze linguistiche, culturali e giuridiche che evidentemente si riflettono anche sulle aspettative della singola parte circa le modalità di risoluzione della controversia. Difatti, distanza geografica, difficoltà di comunicazione, barriere linguistiche, differenze culturali o anche pregiudizi sono fattori estranei alla sfera legale di una disputa fra parti contrattuali, ma che sono in grado di incidere sulla stessa.

Al contrario l'applicazione di legislazioni diverse, la mancata conoscenza della normativa applicabile e la complessità di una disputa transfrontaliera sono gli elementi tipici dei profili giuridici della lite. Un chiaro esempio in questa direzione è dato dalle peculiarità della normativa francese in tema di garanzia legale. Infatti, ai sensi della norma di cui all'art. L217-10 del codice del consumo francese, se entro un termine di 30 giorni non sia stato possibile raggiungere una soluzione, il consumatore può chiedere la risoluzione del contratto: evidente è il diverso approccio normativo adottato dal legislatore francese rispetto alle di-

sposizioni di cui agli artt. 129-130 d.lgs. n. 205 del 2006, con le quali il legislatore italiano ha implementato la Direttiva (UE) n. 44/1999.

Appare del tutto evidente che la risoluzione di una disputa transfrontaliera, a prescindere dal ricorso alla modalità stragiudiziale o giudiziale, comporta certamente l'applicazione delle norme vigenti, ma al contempo impone anche di considerare elementi esterni alla controversia, in modo da poter agevolare e raggiungere una soluzione quanto più possibile condivisa fra le parti.

Fra i fattori esterni che influenzano una controversia transfrontaliera particolare rilievo assumono le difficoltà linguistiche: ogni persona tende a esprimersi meglio nella propria lingua nativa. Questo consente di poter porre l'accento su quegli aspetti giuridici o circostanze fattuali della disputa ritenuti rilevanti dalla parte. In una disputa transfrontaliera, invece, le parti spesso non ricorrono alla propria lingua madre, ma a una mediata, come l'inglese o altre lingue diffusamente parlate o studiate, conosciuta anche da controparte.

Il ricorso a una lingua mediata comporta, però, il rischio concreto che non sia possibile esprimersi con completezza e che possano emergere errori di natura ostantiva oppure errori-vizio, dovuti a un'inesatta conoscenza della lingua mediata e del significato delle parole impiegate. Celebre il caso di scuola dell'asta dei vini di Treviri⁴. In questo senso, un caso concreto che può essere qui richiamato è il seguente.

Un consumatore italiano aveva stipulato tramite un intermediario un contratto di noleggio di un veicolo. A seguito della conferma di prenotazione, egli ricontattò telefonicamente l'intermediario al fine di comprendere se una riduzione dell'arco temporale del servizio prenotato avrebbe comportato una variazione di prezzo⁵.

Dal momento che tutte le comunicazioni si erano svolte in lingua inglese, l'intermediario aveva inteso che il consumatore desiderasse una modifica contrattuale e provvedeva in tal senso, inviando conferma scritta. Al contrario il consumatore sosteneva di aver richiesto solamente un preventivo. Chiaro è come il nocciolo della questione vertesse sul dialogo intercorso telefonicamente tra intermediario e consumatore e

⁴ A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, XXXVIII ed., Padova, 1998, 143-4.

⁵ Centro Europeo Consumatori Italia - Ufficio di Bolzano: ECCIT-29XXX.

sul testo della conferma scritta espressa in tali termini: “local supplier advised they can change pick up date manually, however the price will remain the same”.

Ebbene, il consumatore interpretava tale frase nel senso che la prenotazione potesse essere cambiata; al contrario, l’intermediario intendeva che il fornitore del servizio in loco era in grado di modificare manualmente la data di ritiro del mezzo.

In un caso siffatto, si è di fronte a un errore-vizio oppure a un errore-ostativo? La risposta a tale quesito dipende dalle registrazioni telefoniche.

Alla questione relativa alla determinazione del tipo di errore occorso, se ne affiancava anche un’altra, ovvero relativa alla sussistenza o meno in capo all’intermediario dell’obbligo giuridico di conservare le registrazioni telefoniche.

In Grecia, sede dell’intermediario, non è previsto un tale obbligo: le aziende si limitano a rispettare le disposizioni del Regolamento europeo sulla *privacy*. Altresì per l’esibizione delle registrazioni telefoniche è necessario un intervento di un giudice che ne ordini l’esibizione. Nel caso concreto, la conciliazione della lite non fu possibile perché l’azienda riteneva di aver operato correttamente.

Le differenze linguistiche possono anche riflettere differenze culturali, come per esempio le modalità con cui viene affrontata una disputa transfrontaliera, anche da un punto di vista procedurale. Tale differenza culturale può sfociare in una diversa legislazione.

Per esempio, in Portogallo è stato introdotto quello che viene denominato il “Libro dei Reclami” (*Livro de Reclamações*), con il d.l. n. 156 del 2005. Tale libro fa parte dei libri sociali che qualsiasi attività commerciale deve tenere. Di conseguenza, se dovesse emergere una disputa, il reclamante può annotare il proprio reclamo in tale libro: una copia viene consegnata al reclamante, una rimane all’azienda e una terza copia viene inoltrata all’Autorità di Vigilanza del mercato portoghese. L’azienda ha un termine di due settimane per fornire un riscontro scritto al reclamante. La norma prevede, inoltre, che la mancanza di tale libro costituisce una violazione amministrativa, punita con pena pecuniaria ai sensi dell’art. 9 d.l. cit. Inoltre, l’Autorità di Vigilanza può agire d’ufficio, laddove ravvisi gli estremi di una pratica commerciale scorretta.

Nel 2017 la l. n. 74 del 2017 ha introdotto anche la versione *online* di tale libro sociale.

Un ulteriore esempio di differenze culturali che si riflettono sugli istituti giuridici è costituito dagli organismi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR). Pur essendo i meccanismi ADR fondati sulla volontarietà, le scelte operate da alcuni legislatori hanno reso più incisiva l'azione dei meccanismi ADR, agevolando e incoraggiando il ricorso a tali procedure alternative. In Estonia, per esempio, sussiste in capo al professionista un obbligo giuridico di fornire un riscontro all'organismo alternativo delle controversie, come previsto dagli artt. 58 ss. *Consumer Protection Act* del 2015. Inoltre, le norme sulla risoluzione delle liti estoni prevedono un termine di 30 giorni decorrente dalla comunicazione della decisione dell'ADR per eseguire volontariamente la decisione: qualora non sia data esecuzione volontaria, la decisione viene pubblicata, ai sensi dell'art. 24 *Consumer Protection Act*. Ancor più interessanti, da un punto di vista procedurale, sono le soluzioni adottate dal legislatore islandese, il quale ha introdotto una procedura sui meccanismi ADR che in fase esecutiva potrebbe definirsi ibrida. Difatti, l'organismo ADR islandese inizia con una procedura conciliativa. A seguito della decisione adottata dall'organismo ADR e comunicata alle parti, il professionista può espressamente dichiarare di non accettare la decisione. In assenza di tale dichiarazione e trascorsi 30 giorni, decorrenti dalla comunicazione della decisione alle parti, la decisione resa dall'organismo assume efficacia vincolante. La parte che vuole procedere con l'esecuzione può richiedere all'organismo l'emissione di un certificato di esecutività della decisione e proporre al tribunale dell'esecuzione competente istanza di esecuzione forzata ai sensi del regolamento islandese n. 1197 del 2019.

La presenza di legislazioni diverse, la mancata conoscenza della normativa applicabile e la complessità di una disputa transfrontaliera ne sono tratti giuridici caratterizzanti.

Per esempio, il Regolamento (UE) n. 861/2007, modificato dal Regolamento (UE) 2015/2421, prevede un limite di valore della controversia pari a euro 5.000,00 per l'utilizzabilità del procedimento europeo su controversie di modesta entità. In Italia, le controversie europee di modesta entità rientrano nella competenza del Giudice di Pace; al con-

trario, in Spagna, con la l. n. 4 del 2011, che coordina la procedura spagnola con il regolamento sul procedimento europeo per le controversie di modesta entità, si è prevista una procedura documentale fino a un valore massimo della controversia pari a euro 6.000,00: al di sopra di tale limite di valore, sono ammesse dal giudice anche prove testimoniali.

Altro fattore giuridico tipico del contenzioso transfrontaliero è dato dalla sua complessità: difatti, in esso possono intrecciarsi problematiche di natura interpretativa e di carattere amministrativo.

Anche in tal caso un esempio concreto sarà illustrativo.

Un privato compratore ungherese, tramite un'asta *online*, procedeva all'acquisto di tre monete d'antiquariato⁶. Tuttavia l'esportazione di tali monete veniva temporaneamente sospesa dal competente ufficio della Sovrintendenza Archeologica delle Belle Arti, la quale adottava un provvedimento amministrativo sospensivo. L'efficacia del contratto veniva pertanto sospesa fino alla conclusione di un supplemento di indagini ordinate dallo stesso ente.

Con il trascorrere dei mesi, il compratore ungherese non era disposto ad attendere ulteriormente e chiedeva di poter recedere dal contratto. Al contrario, la casa d'aste riteneva che una risoluzione del contratto fosse possibile solo laddove intervenisse un provvedimento impeditivo all'esportazione emesso dalla Sovrintendenza.

Qui la complicazione giuridica è duplice: da un lato, il diritto di recesso non è espressamente previsto per i contratti conclusi tramite le aste *online*, sebbene sulla questione sia intervenuta la Commissione europea esplicitando la *ratio* relativamente alle disposizioni introdotte dalla Direttiva (UE) 2011/83, sui contratti conclusi a distanza⁷. Dall'altro, il provvedimento adottato dalla Sovrintendenza poteva essere sola-

⁶ Centro Europeo Consumatori Italia - Ufficio di Bolzano: ECCHU - 62XX.

⁷ Commissione europea DG Giustizia, *Documento di orientamento concernente la direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio*, 2014, 14.

mente oggetto d'impugnazione presso il competente tribunale amministrativo regionale.

Gli istituti per risolvere una controversia transfrontaliera sono i più svariati e comprendono negoziazioni dirette con l'azienda, l'impiego della rete ECC oppure l'utilizzo della piattaforma ODR qualora il contratto sia stato concluso *online*, o il ricorso diretto a un organismo ADR. Infine, vi sono le procedure giudiziali europee, quali il procedimento europeo per le controversie di modesta entità, il procedimento per l'emissione dal decreto ingiuntivo europeo e il sequestro conservativo europeo di conti bancarie. Quest'ultimo è stato introdotto con il Regolamento (UE) n. 655/2014, con il quale il legislatore si prefissava di fornire uno strumento per facilitare il recupero transfrontaliero del credito, qualora la parte avesse ottenuto in proprio favore una sentenza oppure quale misura volta a garantire la soddisfazione della pretesa, in pendenza di un procedimento europeo. Nel dicembre 2020 è entrato in vigore il d.lgs. n. 152 del 2020 che ha fissato la disciplina di coordinamento e di raccordo della normativa processuale italiana al Regolamento (UE) n. 655/2014.

3. L'impatto delle misure anti-Covid adottate dal legislatore

3.1. Viaggi, pacchetti viaggi, turismo: le misure anti-Covid e impossibilità sopravvenuta

I provvedimenti restrittivi della mobilità delle persone hanno avuto un impatto notevole sui viaggi, di piacere o di lavoro, e sui trasporti in genere. L'art. 88 *bis* l. n. 27 del 2020, e successive modifiche ad opera della l. n. 77 del 2020, ha introdotto delle eccezioni alla regola generale per cui se il viaggio è annullato dal trasportatore o dall'operatore turistico, il costo del biglietto oppure del pacchetto viaggi deve essere rimborsato. Soprattutto nelle dispute transfrontaliere, le diverse norme dettate a tal proposito hanno determinato difficoltà interpretative.

L'art. 88 *bis* l. 27 del 2020 ha dato luogo a delle criticità, fra le quali l'esclusione di alcuni settori economici, la delimitazione dell'arco temporale dell'applicabilità della norma e la sua delimitazione al territorio

italiano. A prima vista, le criticità elencate apparirebbero in linea con lo scopo ultimo di una norma eccezionale, la quale devia dalle regole generali per soddisfare specifiche esigenze. Ne consegue che, ai sensi dell'art. 14 Preleggi, le norme eccezionali non sono estensibili per analogia: perciò l'ambito oggettivo e soggettivo delle norme risulta delimitato.

Dall'applicazione dell'art. 88 *bis* cit. rimanevano esclusi, per esempio, gli operatori economici del settore del noleggio dei veicoli, i quali dovevano provvedere a rimborsare le prenotazioni pre-pagate del noleggio.

A riguardo, un caso eclatante ha riguardato un consumatore britannico che aveva noleggiato una vettura fra il 5 e l'11 marzo 2020 per recarsi in Francia⁸. La vettura doveva essere riconsegnata in Italia, a Torino. Il primo d.P.C.M. del 9 marzo 2020 impediva, però, di fatto al consumatore di poter rientrare in Italia per riconsegnare la vettura: a seguito di detto provvedimento anche gli uffici delle compagnie di noleggio erano chiusi e lo spostamento del consumatore britannico non rientrava fra le eccezioni previste dal d.P.C.M. cit. Di conseguenza costui si accordava per restituire la vettura in Francia. Qualche mese più tardi, però, gli veniva addebitata una somma di denaro per le spese di recupero del veicolo.

Nonostante fossero state evidenziate le circostanze fattuali eccezionali e le norme del codice civile sull'impossibilità sopravvenuta, la compagnia di noleggio insisteva nel ritenere che l'addebito fosse giustificato perché le condizioni generali del contratto prevedevano che la vettura fosse restituita secondo le modalità concordate, nel caso di specie, presso gli uffici della compagnia di noleggio dislocati all'aeroporto di Torino. Nel caso di specie, non fu possibile raggiungere una soluzione negoziata, come per esempio una ripartizione delle spese di recupero del veicolo, a causa del rifiuto del professionista: alternativa a disposizione del consumatore sarebbe stata quella di instaurare un procedimento europeo su controversia di modesta entità, presso il Giudice di Pace competente.

⁸ Centro Europeo Consumatori Italia - Ufficio di Bolzano: ECCUK - 38XXX.

Anche la limitazione temporale dell'applicabilità dell'art. 88 *bis* cit. ha determinato criticità interpretative e probatorie.

Ai sensi del comma 11 di detto articolo, la norma era applicabile ai soli contratti con esecuzione prevista tra l'11 marzo e il 30 settembre 2020, la cui risoluzione fosse stata effettuata entro il 31 luglio 2020, indipendentemente dal fatto che la risoluzione del contratto fosse stata richiesta dal viaggiatore o dal professionista. Tuttavia, rimaneva aperto il problema del regime giuridico applicabile alle cancellazioni operate dal professionista prima del 30 aprile 2020, data di entrata in vigore della l. n. 27 del 2020, e in tutti quei casi in cui la risoluzione del contratto di trasporto o l'annullamento del pacchetto turistico non siano riconducibili a ragioni connesse all'epidemia di Covid-19.

In tal caso, si ritiene debbano continuare a trovare applicazione i regolamenti europei relativi ai diritti dei passeggeri nei trasporti nonché l'art. 41, co. 4 e 5 Codice del turismo, che non contemplano la possibilità di restituire il prezzo del servizio di trasporto/pacchetto tramite buono. La naturale problematica probatoria consiste nel riuscire a dimostrare che l'annullamento operato dal professionista sia dovuto a ragioni estranee alla pandemia.

Da ultimo anche l'ambito soggettivo di applicazione della norma ha sollevato problematiche pratico-giuridiche. Si pensi al caso di un pacchetto turistico acquistato presso un operatore turistico con sede in un altro Stato Membro dell'Unione europea, cui è seguito, però, a causa del divieto imposto dalla legislazione italiana di mettersi in viaggio, il divieto per il consumatore di partire. Secondo la normativa vigente i viaggiatori avevano diritto a un buono oppure al rimborso del prezzo del viaggio?

A tale quesito si risponde che i consumatori italiani abbiano diritto al rimborso, in quanto il divieto di mettersi in viaggio e/o divieto di ingresso in uno Stato Membro dell'Unione europea costituiscono una circostanza eccezionale non imputabile al viaggiatore che rende impossibile usufruire della prestazione.

In termini più generali, si è posto il quesito se una norma di applicazione necessaria, come quelle emanate dal legislatore italiano, possa trovare applicazione in un contratto disciplinato da una legge diversa, scelta dalle parti o determinata in base ai criteri del c.d. Regolamento

Roma I. Nel caso *Repubblica ellenica v Nikiforidis* (C-135/15), la Corte di giustizia dell'Unione europea ha ritenuto che le norme di uno Stato diverso, necessariamente applicabili, possano essere considerate quali elementi di fatto. Tuttavia l'art. 28, co. 8 d.l. n. 9 del 2020 ha precisato che:

Le disposizioni di cui al presente articolo costituiscono, ai sensi dell'articolo 17 della legge del 31 maggio 1995, n. 218 e dell'articolo 9 del regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, norme di applicazione necessaria.

Tale norma potrebbe lasciar spazio ad argomenti *a contrario*, e quindi a favore della non-qualificabilità come norme ad applicazione necessaria di tutte le altre norme contenute nei decreti emergenziali successivi, perché in quei casi il legislatore italiano non si è espressamente pronunciato in tal senso.

3.2. Commercio elettronico e misure precauzionali anti-Covid

I provvedimenti precauzionali anti-Covid hanno esplicito i propri effetti anche sulle modalità di esecuzione delle prestazioni di consegna da parte dei vettori a seguito di acquisti effettuati *online*.

Il Codice del consumo all'art. 61 prevede che la consegna è adempita mediante il trasferimento della disponibilità materiale, o comunque del controllo, dei beni al consumatore. L'attività di consegna prevede degli adempimenti pratici, quali la sottoscrizione della lettera di vettura. Quest'ultima assume una duplice funzione probatoria: da un lato, a tutela del vettore di aver provveduto alla consegna del bene al destinatario dell'ordine o alla persona dallo stesso incaricata, e, dall'altro, a tutela del ricevente, il quale, allo scopo di far valere più agevolmente la garanzia legale o soddisfare una condizione posta dal venditore, deve far annotare sulla lettera di vettura l'accettazione con riserva.

I provvedimenti della primavera 2020 hanno previsto una variazione nelle modalità di consegna da parte dei vettori. L'art. 108 d.l. c.d. Cura Italia del 17 marzo 2020 ha disciplinato, fino al 30 giugno 2020, la distribuzione di raccomandate, posta e pacchi nel seguente modo:

Gli operatori postali procedono alla consegna dei suddetti invii e pacchi mediante preventivo accertamento della presenza del destinatario o di persona abilitata al ritiro, senza raccoglierne la firma, con successiva immissione dell'invio nella cassetta della corrispondenza dell'abitazione, dell'ufficio o dell'azienda, al piano o in altro luogo, presso il medesimo indirizzo indicato contestualmente dal destinatario o dalla persona abilitata al ritiro. La firma è apposta dall'operatore postale sui documenti di consegna in cui è attestata anche la suddetta modalità di recapito.

In altre parole, il vettore doveva suonare il campanello del luogo di recapito, lasciare davanti alla porta il pacco e attendere che qualcuno si recasse a ritirare il pacco, con il vettore stesso che sottoscriveva la lettera di vettura.

Tale modalità di consegna presenta delle criticità già a livello giuridico-probatorio: la mancata sottoscrizione della lettera di vettura da parte del destinatario, da un lato, non consente di dimostrare con certezza l'identità del ricevente, e, dall'altro, costituisce un impedimento all'esercizio dei diritti previsti dalla garanzia legale, ai sensi degli artt. 129-130 Codice del consumo.

A tal proposito due casi hanno reso particolarmente evidenti tali criticità. Nel primo, un consumatore non aveva ricevuto il bene consegnato⁹: il giorno della consegna, egli si trovava al lavoro in ufficio in presenza. Il commerciante-venditore riteneva che la consegna fosse avvenuta perché dalle registrazioni del GPS del vettore risultava che egli avesse guidato lungo la strada in cui la consegna doveva avvenire. Tuttavia, un dettaglio consentì al consumatore di riuscire a dimostrare la mancata consegna: il vettore aveva precisato di aver inserito il pacco da consegnare nella buca delle lettere. La misura di quest'ultima, però, era troppo ridotta rispetto alle dimensioni del pacco: tale argomento, unitamente a una foto con le misure della buca delle lettere, consentì di risolvere la disputa a favore del consumatore.

Al contrario, in un secondo caso relativo alla garanzia legale¹⁰, la consumatrice si trovava in casa nel momento in cui avveniva la conse-

⁹ Caso del mese di aprile 2021: newsletter Centro Europeo Consumatori Italia ufficio di Bolzano: v. www.euroconsumatori.org/it/newsletter_aprile_2021 (04.08.2021).

¹⁰ Centro Europeo Consumatori Italia - Ufficio di Bolzano: ECCIT - 26XXX.

gna. Quest'ultima avveniva secondo le modalità di consegna indicate: tuttavia erano evidenti al momento della consegna danni esteriori al pacco, per cui la consumatrice insisteva nel voler inserire nella lettera di vettura la dicitura "accettazione con riserva". Il vettore riteneva, però, di poter non aderire alla richiesta della consumatrice in quanto ipotesi non legislativamente prevista. Pur tuttavia, il contenuto del pacco presentava dei vistosi danni.

Nonostante gli argomenti a favore della posizione della consumatrice, il commerciante *online* insistette nel sostenere che, per esercitare i diritti connessi alla garanzia legale, il pacco avrebbe dovuto essere accettato con espressa riserva, come previsto nelle condizioni generali del contratto. La mancanza di tale riserva nella lettera di vettura era d'altronde una condizione contrattuale posta dal commerciante per poter aprire un'azione di rivalsa nei confronti del vettore e chiamare in causa l'assicurazione del vettore.

Ma non sono state solamente problematiche nuove a emergere: altre, più semplicemente, sono divenute maggiormente evidenti.

Una questione giuridica dibattuta già prima della pandemia da Covid-19 ineriva al passaggio del rischio della perdita/danneggiamento del pacco di reso. Si ritiene si debba operare una distinzione: se il vettore è stato scelto dal consumatore che rende il bene, naturalmente il consumatore sopporta il rischio di perdita o danneggiamento derivante dal trasporto fino a quando il bene non sia consegnato al destinatario. Se il vettore viene invece scelto dal professionista a cui il bene va restituito, il passaggio del rischio avviene nel momento in cui il pacco viene consegnato al vettore incaricato: si tratta di un'applicazione analogica del dettato normativo di cui all'art. 61 Codice del consumo.

In sintesi, gli operatori attivi nel settore del commercio elettronico hanno affrontato nel corso della pandemia la sfida di fronteggiare problemi di logistica e trasporto rispettando al contempo le norme dettate a tutela dei consumatori nei contratti conclusi a distanza¹¹.

¹¹ A. ABIAD, M. ARAO, S. DAGLI, B. FERRARINI, I. NOY, P. OSEWE, J. PAGADUAN, D. PARK, R. PLATITAS, *The economic impact of the Covid-19 outbreak on developing Asia*, in *Asian Development Bank Briefs*, n. 128, 2020.

4. *La gestione del conflitto: giurisdizione e alternative alla giurisdizione*

Da una prima analisi generale, la pandemia da Covid-19 ha contribuito a incentivare il ricorso a strumenti alternativi di risoluzione delle controversie anche *online*, fra le quali figurano la piattaforma *online* di risoluzione delle controversie (Piattaforma ODR) e gli organismi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR). I dati della piattaforma ODR dimostrano che nell'anno 2020 sono stati registrati 7.194 reclami da parte di consumatori residenti in Italia.

Attualmente la piattaforma ODR prevede due diverse forme di risoluzione delle controversie *online*: la procedura ODR/ADR, nel quale l'intervento di un organismo ADR è condizionato dalla comune scelta dalle parti, e la negoziazione diretta. Quest'ultima forma è stata introdotta nell'agosto del 2018 per far fronte anche a uno sviluppo invalso nella pratica aziendale, ossia l'utilizzo di moduli *online* per inviare un reclamo. Tuttavia i moduli *online* non consentono alle parti di condurre una prima negoziazione, in quanto i moduli *online* prevedono spesso delle risposte a cui non è possibile replicare.

Nonostante la sua introduzione relativamente recente i negoziati diretti sono lo strumento preferito dai consumatori italiani: nel corso del 2020 sono stati trattati con tale modalità 4.413 reclami, quasi 2/3 rispetto al numero totale dei reclami registrati nell'anno 2020.

La procedura della piattaforma ODR/ADR risulta dalla combinazione di due strumenti giuridici, ossia il Regolamento (UE) n. 513/2014 e la Direttiva (UE) 2013/11. La piattaforma ODR è strutturata in modo da prevedere una prima fase iniziale caratterizzata da comunicazioni automatizzate e una fase successiva in cui si prevede l'intervento umano. La fase iniziale è caratterizzata dalla registrazione del reclamo in piattaforma ODR: dopo aver completato la fase di registrazione del reclamo, la piattaforma ODR inoltra la comunicazione di avvenuta apertura del reclamo, invitando l'azienda a prendere visione della lite e a decidere come risolverla, e cioè o mediante contatto diretto con la controparte oppure proponendo il ricorso a un organismo ADR.

Se l'impresa non fornisce alcun riscontro entro 30 giorni dalla sua registrazione, il reclamo viene archiviato automaticamente per assenza

di accordo delle parti. Se al contrario il professionista, una volta presa visione della controversia, decide di proporre un organismo ADR, è solo il consumatore ad avere la scelta se aderire o meno a quanto proposto dal professionista. In caso di adesione all'ADR indicato da costui, la procedura ODR diviene ADR, ossia si caratterizza per la presenza umana, in cui l'organismo ADR, attraverso l'utilizzo dei sistemi di comunicazione a distanza predisposti dalla piattaforma ODR, ricerca una soluzione negoziata fra le parti in disputa.

Tuttavia, proprio per tale commistione di procedura tecnologica e intervento umano, la procedura ODR/ADR presenta dei limiti procedurali riconducibili alla struttura tecnologica della piattaforma ODR. Questo aspetto è emerso con chiarezza, ad esempio, nel caso in cui il professionista ha proposto al consumatore un organismo ADR diverso da quello indicato nelle proprie condizioni generali del contratto. Da un punto di vista meramente tecnico-informatico, che si riflette però anche sulla procedura ODR/ADR, non si prevede la possibilità di una replica, o quantomeno una controproposta da parte del consumatore.

Le soluzioni pratiche adottate per ovviare a tale limitazione sono consistite nel verificare se l'organismo ADR proposto del professionista, diverso da quello indicato nelle proprie condizioni generali del contratto, presentasse caratteristiche e condizioni peggiorative in termini di tempi, spese da sostenere e/o di procedura ADR rispetto a quelle dell'organismo indicato nelle condizioni generali di contratto. Vi è in alternativa la possibilità di rifiutare l'organismo ADR proposto dal professionista e riproporre il reclamo nella piattaforma ODR, aggiungendo una nota in cui si richiama l'attenzione del professionista sull'organismo ADR da egli stesso indicato nelle proprie condizioni generali del contratto. Tuttavia, riproponendo il reclamo, sussiste il rischio concreto che l'azienda non fornisca alcun riscontro al consumatore. Tale limitazione tecnico-informatica è attualmente oggetto di discussione per eventuali correttivi.

Anche gli organismi ADR di Bolzano registrati nella Piattaforma ODR hanno notato un numero costante o in aumento delle liti sottoposte alla loro attenzione. L'ADR *Conciliareonline.it*, ad esempio, ha gestito 190 pratiche conciliative nel 2020: il numero è interessante se si considerano anche le limitazioni territoriali e di materia di tale organi-

smo ADR. Si tratta, infatti, di un organismo ADR specifico, la cui competenza per materia è limitata ai contratti conclusi *online*, mentre la competenza per territorio è limitata alla Regione Trentino-Alto Adige: il consumatore o il professionista devono avere una residenza o una sede legale all'interno del Trentino-Alto Adige (art. 3 Regolamento di *Conciliareonline.it*).

L'organismo ADR della Camera di Commercio di Bolzano, c.d. generalista, occupandosi di materie per cui non è previsto un organismo ADR specifico del settore, ha notato, invece, una lieve diminuzione delle pratiche conciliative e mediative, ossia nel 2020 sono state gestite 438 pratiche (-1,6% rispetto all'anno precedente). La casistica della Camera di Commercio di Bolzano, d'altronde, è più concentrata sui contratti conclusi in presenza; si è notato però un incremento delle richieste relative alla procedura da sovra-indebitamento.

Se, da un lato, il ricorso alle procedure stragiudiziali di risoluzione delle controversie è stato incentivato dalla pandemia da Covid-19, dall'altro, sono state evidenziate con maggiore prepotenza problematiche giuridiche già emerse prima della pandemia da coronavirus.

Per quanto concerne le vie giurisdizionali per la soluzione del contenzioso transfrontaliero costituite dal procedimento europeo su controversie di modesta entità e dal decreto ingiuntivo europeo, si riscontrano differenze applicative che non riguardano solo questioni come la gratuità o meno della procedura – in Lussemburgo e in Spagna la controversia europea di modesta entità è gratuita, mentre in Germania e Italia segue le norme generali sui contributi unificati o spese giudiziarie.

Se queste tutto sommato sono differenze lievi fra Stati Membri, quelle più vistose sono una conseguenza diretta delle scelte operate dal legislatore europeo. Difatti i regolamenti europei sul procedimento europeo su controversie di modesta entità e sul decreto ingiuntivo europeo non sono autosufficienti, ma presentano numerosi rinvii alla disciplina nazionale degli Stati Membri, per tutte quelle integrazioni procedurali che si rivelino essere necessarie per condurre il procedimento di fronte a un giudice.

Basti semplicemente pensare all'art. 163, co. 3 n. 4 c.p.c. che richiede nell'atto di citazione l'esposizione "dei fatti e degli elementi di diritto costituenti la ragione della domanda, con relative conclusioni".

Ebbene, il Modulo A allegato al Regolamento sul procedimento europeo su controversie di modesta entità richiede, invece, solamente una breve descrizione dell'oggetto della domanda. Ciò detto, però, l'art. 4 par. 3 del Regolamento cit. richiede all'organo giurisdizionale adito di esaminare "la controversia secondo il diritto processuale applicabile nello Stato Membro in cui si svolge il procedimento". E questo implica che il Modulo A, compilato senza precisazione degli elementi di diritto e le conclusioni, possa essere considerato, secondo una valutazione di stretto diritto, incompleto.

Sono emerse, ad esempio, problematiche con riguardo alla nullità dell'atto introduttivo, ai sensi dell'art. 164 c.p.c., per mancata individuazione del convenuto oppure per mancato accertamento delle notifiche del Modulo A, a cura della cancelleria. La prima questione è stata sollevata da una società maltese in sede di esecuzione del provvedimento di condanna, la cui procedura avrebbe dovuto essere avviata di fronte al tribunale competente per l'esecuzione di Malta¹². La società maltese sollevava eccezioni relative alla sua denominazione, la quale risultava essere inesatta: in sentenza non era riportata la partita Iva del professionista, al fine di poter identificare lo stesso con maggiore precisione.

L'inesatta individuazione del convenuto ha comportato anche l'inesatta notifica e la conseguente mancata costituzione in giudizio, secondo la società maltese. Tale eccezione ha posto un'evidente problematica procedurale, ossia se quanto eccepito possa essere ritenuto un errore materiale, e quindi correggibile dal Giudice di Pace, ai sensi degli artt. 287 ss. c.p.c. Inoltre, rimaneva aperta la questione se una sentenza corretta dal Giudice di Pace potesse essere eseguita dal tribunale maltese secondo il codice di procedura maltese.

Gli altri rimedi possibili contro la pronuncia emessa in sede di procedimento europeo su controversia di modesta entità sono esperibili esclusivamente dal convenuto dichiarato contumace, come per esempio la richiesta di revisione della pronuncia, ai sensi dall'art. 18 Regolamento (UE) n. 861/2007, oppure l'impugnazione *ex art.* 327 co. 2 c.p.c., che consente al contumace involontario di proporre in ogni tempo un'impugnazione se la parte contumace sia in grado di dimostrare di non aver

¹² Sentenza del Giudice di pace di Ivrea n. 182/2020.

avuto conoscenza del processo per nullità della citazione o della sua notificazione e per nullità degli atti di cui all'art. 292 c.p.c. Tali rimedi presuppongono un interesse da parte del convenuto ad avvalersi di tali istituti: interesse che non è da dare per scontato, considerato che, nel caso di specie, ad esempio, la compagnia di noleggio aveva solamente interesse a respingere una richiesta di esecuzione a Malta, dove si trovavano i cespiti patrimoniali, di una sentenza pronunciata in Italia.

Il secondo caso ha riguardato una sentenza emessa a seguito di un procedimento europeo di modesta entità in cui il giudice aveva accertato che la notifica dell'atto introduttivo (Modulo A) non era andata a buon fine. Il giudice si trovava innanzi a una situazione incerta in quanto dalla dicitura riportata sul plico spedito al destinatario contenente il Modulo A pareva potersi comprendere che la mancata notifica fosse da attribuirsi alla volontà della convenuta spagnola¹³. In caso di incertezza, il giudice può disporre una nuova notifica. Nel caso di specie il giudice ha ritenuto, invece, di poter procedere e ha pronunciato una sentenza a favore dell'attore. Nel frattempo il convenuto ha presentato istanza di fallimento in Spagna. Una sentenza costituisce un credito privilegiato, ma il dubbio sull'esito della notifica dell'atto introduttivo è un'eccezione che il curatore fallimentare potrebbe teoricamente sollevare per non inserire il credito vantato fra i creditori privilegiati.

Le procedure europee sollevano soprattutto problematiche in sede di esecuzione forzata della sentenza. In ogni Stato Membro si seguono le previsioni contenute dal codice di procedura civile in tema di esecuzione. Una differenza con la Spagna, per esempio, si ravvisa laddove il giudice dell'esecuzione, ai sensi degli artt. 548 ss. del codice di procedura civile spagnolo, decida, a seguito dell'istanza di esecuzione inoltrata dalla parte interessata, quale è la modalità di esecuzione più adeguata tra il sequestro conservativo europeo oppure il pignoramento. Al contrario, in Germania è la parte interessata a dover decidere la modalità di esecuzione della sentenza, tramite esecuzione sul conto corrente bancario oppure avviando la procedura di pignoramento. Il rischio insito in tale scelta è quello per cui una modalità non dia alcun esito e si

¹³ Sentenza del Giudice di Pace di Fabriano n. 45/2021.

debba attivare una seconda procedura esecutiva, sostenendo nuovamente le spese giudiziarie.

Queste sono solamente alcune delle problematiche sottese alla procedura europea su controversia di modesta entità o al decreto ingiuntivo europeo, ma già rendono evidente come le discrepanze normative e applicative di tali strumenti procedurali in parte ne diminuiscano le potenzialità in tema di semplificazione, agevolazione all'accesso alla giustizia e ricorso all'elaborazione automatizzata dei dati.

Il ricorso al procedimento europeo per controversie di modesta entità oppure al decreto ingiuntivo europeo costituiscono, come detto, gli strumenti giudiziali per la soluzione di una lite transfrontaliera. Dall'altro lato, il legislatore europeo ha però incoraggiato la predisposizione e il ricorso agli organismi alternativi di risoluzione delle controversie. Le ADR rappresentano una soluzione agile e rapida nella risoluzione dei conflitti e sono fondate sulla volontarietà delle parti in disputa. Volontarietà che si esplica nel ricorrere e partecipare alla procedura, nell'aderire alla soluzione proposta da un organismo alternativo di risoluzione delle controversie e volontarietà nel dare esecuzione alla decisione concordata, ai sensi della Direttiva (UE) n. 11/2013.

Come già rilevato, un modello fondato esclusivamente sulla volontarietà ha un'efficacia pratica limitata, soprattutto nei confronti di professionisti restii a partecipare o ad avvalersi di tali strumenti alternativi per risolvere una disputa e che hanno sempre la possibilità di non dare esecuzione volontaria a una decisione dell'organismo ADR, a cui hanno aderito. Alcuni legislatori nazionali hanno avuto anche attenzione alla fase esecutiva di una decisione dell'organismo ADR, introducendo misure volte a incentivare l'esecuzione di tali decisioni.

In questo quadro generale di strumenti stragiudiziali e giudiziali a disposizione per risolvere una disputa transfrontaliera s'inserisce l'attività della rete ECC-Net. Tale attività si declina in un'attività di carattere mediativo/negoziabile. La caratteristica peculiare della Rete ECC, e che la contraddistingue dagli altri strumenti, è che le problematiche esposte dai consumatori sono esaminate alla luce della normativa europea, ma anche di quella nazionale dello Stato Membro in cui l'azienda ha la propria sede legale: gli uffici coinvolti compiono un'ulteriore va-

lutazione giuridica al fine di esaminare tutti gli argomenti e circostanze di fatto e di diritto del caso.

Se l'attività di mediazione degli uffici ECC coinvolti, quello del consumatore e quello della sede legale dell'azienda, non dovessero avere successo raggiungendo una soluzione negoziata, gli uffici coinvolti esaminano se sussista la possibilità di avvalersi di un organismo ADR specifico del settore oppure se sussistano le condizioni per avviare una procedura europea su controversia di modesta entità o un decreto ingiuntivo europeo, fornendo consulenza relativamente a tali istituti giuridici e informando anche sui rischi procedurali e giudiziari connessi.

5. Conclusioni

La pandemia da Covid-19 ha determinato l'insorgere di nuove problematiche giuridiche di diritto sostanziale, dovute alla normativa emergenziale dettata dal legislatore, oppure ha acuito questioni giuridiche già presenti nel periodo pre-pandemico.

Simili considerazioni possono essere svolte sia per le procedure stragiudiziali come le ADR o come la Piattaforma ODR, oppure per quelle giudiziali, come il procedimento europeo su controversie di modesta entità.

Certamente, la Piattaforma ODR, che prevede comunicazioni automatizzate, o le semplificazioni introdotte con l'impiego dei moduli nel procedimento europeo per controversie di modesta entità, hanno il merito di voler agevolare l'accesso alla giustizia e l'elaborazione automatica dei dati. Tuttavia, le limitazioni tecnico-informatiche dovute a una procedura in parte automatizzata possono essere fatali di fronte a circostanze inedite.

Per questo, l'esperienza pandemica potrebbe aprire a ulteriori approfondimenti su come adattare una procedura informatica a un procedimento di risoluzione delle controversie, anche stragiudiziale, mantenendo fermi principi fondamentali come il diritto di poter compiutamente presentare il caso o il diritto al contraddittorio.

LE ADR NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO: QUALI MARGINI PER UNA GIUSTIZIA CONSENSUALE?

*Monica Delsignore**

SOMMARIO: 1. *Delimitazione dell'ambito dell'indagine.* 2. *Il progressivo affievolirsi del tradizionale limite dell'indisponibilità del potere.* 3. *L'attenzione al dialogo nel procedimento anche da parte del legislatore.* 4. *Gli spazi per la composizione della controversia al di fuori del giudizio in base alle recenti suggestioni della dottrina.*

1. Delimitazione dell'ambito dell'indagine

Trattare dei rimedi ADR nel diritto amministrativo richiede di porsi in una prospettiva particolare. Non si tratta, cioè, di occuparsi di tutte le controversie in cui sia parte la pubblica amministrazione¹, ma solo di alcune di esse: quelle che riguardano l'esercizio del potere. È opportuno, allora, introdurre la trattazione delimitando i confini dell'indagine.

Fuoriescono dall'ambito di osservazione, anzitutto, la mediazione e conciliazione nelle liti civili o commerciali: si tratta certamente di strumenti rilevanti nelle controversie in cui sia parte la pubblica amministrazione, tanto che nel progetto di riforma ad opera della commissione presieduta dal professor Luiso esse sono oggetto di specifico riferimento. Anzi ivi si lamenta la generale assenza o ritrosia dei soggetti pubblici all'utilizzo di tali rimedi, motivata anche dal timore di incorrere in

* Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Milano-Bicocca.

¹ Per una sintetica illustrazione generale del tema si veda M. DELSIGNORE, M. RAMAJOLI, *ADR e Pubblica Amministrazione*, in F. DANOVÌ, F. FERRARIS (a cura di), *ADR una giustizia complementare*, Torino, 2018, 240. Il tema è trattato più diffusamente anche con uno sguardo comparato in G. FALCON, B. MARCHETTI (a cura di), *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto*, Trento, 2015.

eventuali responsabilità contabili². D'altra parte, poiché la mediazione e la conciliazione si riferiscono appunto a liti civili, esse espressamente riguardano solo atti di natura non autoritativa dell'amministrazione, che restano estranei all'ambito di indagine in quanto non richiedono l'applicazione di regole e principi dell'azione amministrativa, in cui si esprime il potere funzionalizzato alla cura degli interessi pubblici.

Nemmeno ci si soffermerà sulle controversie tra privati erogatori di servizi pubblici e cittadini utenti, perché non si tratta di discutere del corretto o mancato esercizio del potere, ma di applicare le norme private che disciplinano tali rapporti. Si noti, in merito, che, ai fini della risoluzione di questa tipologia di controversie nei mercati liberalizzati e sottoposti alla regolazione di autorità amministrative indipendenti, spesso sono previsti strumenti di arbitrato, mediazione e conciliazione, a volte anche obbligatoria in quanto condizione per il successivo accesso alla tutela giurisdizionale³. In questi casi l'amministrazione non è però parte della controversia, ma presso l'Autorità indipendente si incardina il procedimento per la risoluzione del conflitto. In proposito la dottrina⁴ ha fatto notare come i diversi strumenti di ADR conoscano una disciplina molto diversificata nel procedimento e anche quanto alle regole del rapporto tra rimedio giustiziale e accesso al ricorso giurisdizionale, suggerendo, perciò, l'intervento del legislatore al fine di dettare un quadro di regole e principi comuni, in grado di offrire uniformi garanzie ai cittadini utenti.

² Nella relazione si legge, infatti, che: “segnatamente, gli enti pubblici tendono a disertare le procedure di conciliazione, ancorché ritualmente convocate, persino nei casi di mediazione disposta *iussu iudicis*. Simile atteggiamento, di regola, viene seccamente argomentato alla stregua di quanto suggerito nella circolare n. 9 del 10 agosto 2012, emanata dal Ministero per la semplificazione e la Pubblica amministrazione. Talvolta, si aggiunge il timore del funzionario di incorrere in una responsabilità erariale della quale, nella maggior parte dei casi, non vengono identificati gli esatti contorni e le causali”.

³ In merito S. LUCATTINI, *Modelli di giustizia per i mercati*, Torino, 2013, M. RAMAJOLI, *Tutele differenziate nei settori regolati*, in *Riv. reg. merc.*, 2015, 6 ss.

⁴ In questo senso M. RAMAJOLI, *Per una giustizia amministrativa alternativa con particolare (anche se non esclusivo) riguardo alle transazioni pubblicistiche*, in *Giustizia consensuale*, 2021, 123.

Anche l'arbitrato rituale non sarà oggetto di specifica analisi. L'istituto, infatti, nei limiti in cui specificamente ammesso all'art. 12 del Codice del processo amministrativo, riguarda "le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo". Si tratta, nuovamente, di rapporti da cui esula l'esercizio del potere disciplinato nel diritto amministrativo, posto che di diritti e non di interessi legittimi si parla.

Tuttavia, le controversie passibili di arbitrato sono relative a materie in cui, come ha ricordato la Corte costituzionale nella nota sentenza n. 204 del 2004, opera la pubblica amministrazione come autorità⁵. La scelta del legislatore in favore dell'introduzione di una previsione espressa sull'arbitrato rituale nel Codice del processo amministrativo va, dunque, sin d'ora sottolineata in quanto espressione dell'apertura all'utilizzo di rimedi diversi dalla tradizionale giurisdizione dello Stato; apertura che, come si avrà modo di precisare, rappresenta il frutto della progressiva evoluzione dello Stato diritto e della sempre più ampia tutela offerta dall'ordinamento al cittadino.

Lo sguardo sarà, dunque, rivolto a verificare quali siano gli spazi per l'applicazione di una giustizia consensuale alle controversie propriamente amministrative in cui, da un lato, come precisato dalla dottrina⁶, minore è l'impulso del diritto europeo – tradizionalmente concentrato nel senso della diffusione dell'impiego di questi strumenti con riferimento alle liti civili e commerciali e nell'ambito della tutela dei consumatori – e, dall'altro lato, il giudice competente non è il giudice ordinario, ma il giudice amministrativo, che da sempre conosce regole e statuto proprio e distinto.

⁵ Per una riflessione critica e una ricostruzione di un ambito più ampio al di là della stretta interpretazione della lettera della legge si permette di rinviare a M. DELSIGNORE, *Art. 12*, in G. FALCON, B. MARCHETTI, F. CORTESE (a cura di), *Commentario breve al codice del processo amministrativo*, Padova 2021. Sull'arbitrato nelle controversie di diritto amministrativo si veda F. GOISIS, *Compromettibilità in arbitri (e transigibilità) delle controversie relative all'esercizio del potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 243.

⁶ Cfr. B. MARCHETTI, *La tutela non giurisdizionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 423.

2. *Il progressivo affievolirsi del tradizionale limite dell'indisponibilità del potere*

In questo primo quarto di secolo la riflessione della dottrina sul tema delle ADR e degli spazi per la loro applicazione nel diritto amministrativo⁷ si è molto arricchita, stimolata dal dibattito dei processual-civilisti e dall'interesse del legislatore, ma anche del giudice, per questi temi.

Certamente la complessità della società moderna ha comportato l'acuirsi dei conflitti, delle tensioni e della litigiosità tra amministrato e autorità, anche a causa della crisi economica del 2008 e dell'attuale crisi pandemica: il caos normativo e l'inefficienza della pubblica amministrazione hanno finito per attribuire al giudice il ruolo di supplente di entrambi i poteri. A questi fenomeni si è associato anche il progressivo

⁷ Pur senza la pretesa di essere esaustivi si ricordano qui di seguito alcuni scritti che contengono trattazioni generali sul tema: in ordine cronologico cfr. M.P. CHITI, *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 1; A. CASSATELLA, *Il ricorso alle A.D.R. nelle controversie fra privati e pubblica amministrazione: ammissibilità e limiti*, in *Dir. e form.*, 2004, 1211; F. GOISIS, *Compromettibilità in arbitri (e transigibilità) delle controversie relative all'esercizio del potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 243; M. DELSIGNORE, *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, Milano, 2007; M. GIOVANNINI, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternative delle controversie*, Bologna, 2007; F. MANGANARO, *Strumenti giuridici alternativi alla tutela giurisdizionale nell'ordinamento amministrativo italiano*, in www.giustamm.it, 2007; M.P. CHITI, F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Forme alternative di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione ed effettività della tutela*, Bologna, 2009; F. CINTIOLI, *Le tecniche alternative dispute resolution nelle controversie della pubblica amministrazione*, in *Aipda. Annuario 2009*, Napoli, 2010, 126; G. LIGUGNANA, *L'altra giustizia amministrativa*, Torino, 2010; M. DELSIGNORE, *Le ADR nell'attuazione della dir. 2007/66/CE*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1519; M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Dir. amm.*, 2014, 1 e ID., *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 481; M. CALABRÒ, *L'evoluzione della funzione giustiziale nella prospettiva delle appropriate dispute resolution*, in www.federalismi.it, 2017; V. DOMENICHELLI, *La giustizia nell'amministrazione fra procedimento e processo, fra giurisdizione amministrativa e modelli alternativi di risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 55.

allargamento della legittimazione processuale e quindi dell'accesso al giudizio amministrativo⁸.

Ne è derivato il progressivo sovraccarico anche delle corti amministrative⁹, pur in termini meno drammatici di quanto accade nel giudizio civile o penale, e il conseguente accendersi dell'interesse per tecniche alternative a quella giurisdizionale.

Le ragioni della valorizzazione di questi strumenti non sono però semplicemente legate alla crisi, alla necessità di considerare la giustizia come una risorsa pubblica da utilizzare con parsimonia, anche predisponendo filtri all'accesso, nonché all'avvenuto superamento del principio della statualità della giurisdizione¹⁰, ma, soprattutto, all'evoluzione della nozione e della essenza del potere amministrativo nell'ordinamento, talora anche combinata con la tecnicità e specializzazione di alcune controversie, considerate perciò meglio risolvibili attraverso il ricorso a soggetti dotati di conoscenze privilegiate.

In particolare, quanto al primo profilo, certamente l'art. 24 Cost. assicura il diritto all'accesso alla tutela di fronte a un giudice dello Stato

⁸ Sulla legittimazione nel giudizio amministrativo diversi sono i contributi recenti della dottrina, ricordati nella rassegna critica di G. TROPEA, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo: una rassegna critica della letteratura recente*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, in corso di pubblicazione. Si ricordi in particolare S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2018 e anche, della stessa A., *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo: un'analisi alla luce della dicotomia giurisdizione soggettiva/giurisdizione oggettiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 602 ss.; F. SAITTA, *La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione?*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 529; B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2020; P.L. PORTALURI, *La cambiale di Forsthoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021. Se si vuole cfr. pure M. DELSIGNORE, *L'amministrazione ricorrente. Considerazioni in tema di legittimazione nel giudizio amministrativo*, Torino, 2020.

⁹ In merito già B. MARCHETTI, *La tutela non giurisdizionale*, cit., e più di recente V. CERULLI IRELLI, *Federalismi*, n. 30/2020 parla di "dimensioni abnormi" del contenzioso amministrativo "che superano qualsiasi confronto europeo". Nello stesso senso anche M. CLARICH, *Giustizia amministrativa e processi economici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 19.

¹⁰ In merito si permette di rinviare a M. DELSIGNORE, *La disponibilità degli interessi legittimi: nuovi spazi per la risoluzione extragiudiziale del contenzioso*, in *Riv. arb.*, 2017, 521.

e, tuttavia, lo considera come mera facoltà del privato, sempre libero di scegliere una via alternativa. Ciò impone al legislatore il divieto di prevedere le ADR quali rimedi esclusivi e unici per la soluzione della controversia, garantendo pur sempre, semmai in un momento successivo nel tempo, la possibilità di accedere alla tutela di fronte al giudice. Nel rispetto di tale limite, ampi margini sono invece riservati all'intervento del legislatore ai fini della promozione di tali misure. Anzi, nel 2015 l'allora Presidente del Consiglio di Stato, Giorgio Giovannini, nel suo discorso di inaugurazione dell'anno giudiziario, tracciando le linee delle possibili modifiche al sistema della giustizia amministrativa, suggeriva che

si potrebbe (...) pensare per il futuro all'introduzione, a scopi deflattivi, di rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale – le cosiddette a.d.r. (*alternative dispute resolution*) – in analogia con un indirizzo che Governo e Parlamento hanno già intrapreso in campo civile e commerciale sulla scorta delle direttive europee.

Fondamentale ai fini dell'apertura ai rimedi ADR è stata l'evoluzione della concezione del potere amministrativo nel nostro ordinamento.

Soprattutto con l'adozione della l. n. 241 del 1990, come attentamente osservato dalla dottrina¹¹, si assiste a un cambiamento nel modo di intendere il potere della pubblica amministrazione nei confronti del cittadino poiché si è riconosciuto che il potere amministrativo non è sinonimo di potere sovrano, ma è sempre regolato dal diritto; che l'interesse pubblico non può essere predeterminato in via astratta, ma è sempre frutto di un concreto e continuo processo di ponderazione dei numerosi interessi in gioco; che l'attività della pubblica amministrazione non è perenne, ma deve essere soggetta anch'essa alla variabile temporale, a tutela della certezza del diritto e del legittimo affidamento dei singoli. L'esercizio del potere avviene non solo nella forma autoritativa, ma attraverso il dialogo, lo scambio collaborativo con il cittadino.

¹¹ Così M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubbliche*, cit.

Si è perciò precisato¹² che i rimedi alternativi vanno avvertiti non come atti di autonomia privata e quindi vietati nell'ipotesi di esercizio del potere amministrativo, quanto piuttosto come possibili modalità di applicare diversamente le norme rispetto a quanto ritenuto in prima battuta dalla pubblica amministrazione in occasione dell'esercizio del potere. Così si precisa¹³ che ammettere che sia possibile applicare *diversamente* le norme rispetto a quanto opinato dall'amministrazione significa riconoscere che l'interesse pubblico concreto è in grado di racchiudere al suo interno anche il superamento del contenzioso: è sempre d'interesse pubblico risolvere un conflitto e quindi la risoluzione alternativa di una controversia è una *altra* possibile modalità di perseguimento dell'interesse pubblico.

Di recente, nel settore dei contratti pubblici in cui le ADR già trovavano i maggiori spazi di applicazione¹⁴ – da un lato per la tecnicità delle questioni, dall'altro per l'essere molte delle controversie relative all'esecuzione del contratto (fase, come noto, a connotazione privatistica) – si è osservata l'introduzione del parere di precontenzioso di fronte ANAC.

Tale istituto¹⁵, previsto all'art. 211 del Codice dei contratti pubblici, integrato da successivi Regolamenti dell'Autorità stessa¹⁶, ammette, su

¹² Sempre M. RAMAJOLI, *op. ult. cit.*

¹³ Sempre M. RAMAJOLI, *op. ult. cit.*

¹⁴ Nel contenzioso riguardante gli appalti pubblici vari e diversificati sono gli strumenti riconducibili alla logica delle ADR: la transazione, l'accordo bonario, l'arbitrato, l'informativa di proporre ricorso e il parere non vincolante espresso dall'Anac. Se si vuole in merito M. DELSIGNORE, *La transazione e l'arbitrato nel Codice dei contratti pubblici*, in *Riv. arb.*, 2019, 389.

¹⁵ Per un esame dei profili critici si veda M. RAMAJOLI, *Il precontenzioso nei contratti pubblici tra logica preventiva e tutela oggettiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 581; G. TROPEA, *Pareri di precontenzioso dell'ANAC*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2017, 1698; E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2016, 895; F. APERIO BELLA, *Il nuovo parere precontenzioso vincolante Anac: la tutela giustiziale nei confronti della pubblica amministrazione tra procedimento e processo*, in *Rivista AIC*, 2016. Si permetta infine il rinvio a M. DELSIGNORE, *Gli istituti di precontenzioso nel nuovo codice degli appalti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 749.

istanza di uno o più litiganti, un parere precontenzioso da parte di ANAC per la risoluzione delle questioni controverse insorte durante lo svolgimento della procedura di gara. Si tratta, dunque, di controversie che caratterizzano la fase dell'evidenza pubblica, in cui la stazione appaltante esercita il suo potere discrezionale per la scelta del miglior contraente.

Pur presentando alcune criticità e pur restando il parere di precontenzioso sempre impugnabile di fronte al giudice amministrativo, l'introduzione della disposizione è qui di interesse poiché esprime l'apertura del legislatore in favore di rimedi giustiziali anche per la soluzione di controversie di diritto pubblico, attraverso l'intervento di un soggetto di pubblica amministrazione, pur terzo e distinto dai litiganti, esperto nella materia. Tale istituto suggerisce, anzitutto, di concentrare l'attenzione sugli spazi per una giustizia consensuale inserita all'interno dell'amministrazione medesima, prima che il provvedimento diventi inoppugnabile.

3. L'attenzione al dialogo nel procedimento da parte del legislatore

Il conflitto tra amministrazione e amministrato è immanente nel diritto amministrativo, poiché la realizzazione dell'interesse pubblico avviene di regola attraverso il suo confronto con gli altri interessi presenti nella situazione di fatto, che il soggetto pubblico conosce attraverso l'istruttoria del procedimento. La discrezionalità in cui si esprime tale confronto e ponderazione rivela la difficoltà di predeterminare la soluzione e la necessità di adattarla in relazione allo specifico caso concreto.

La giustizia nell'amministrazione, quale attività atta ad assicurare il rispetto delle regole e dei principi che l'ordinamento predispone per l'esercizio del potere pubblico a garanzia del cittadino, si realizza non solo attraverso l'intervento successivo sul provvedimento con cui l'amministrazione individua l'assetto preferibile degli interessi, ma già in

¹⁶ Dubbi sulla scelta della fonte esprime M. RAMAJOLI, *Brevi note sui rimedi di precontenzioso dell'Anac tra legalità processuale e termine di decadenza*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 174.

precedenza. In questo senso il legislatore è intervenuto con la previsione di strumenti che mirano ad assicurare un dialogo tra l'amministrazione e il destinatario della sua azione così da giungere a soluzioni che siano condivise e ben accette e, come tali, in grado di ridurre l'eventuale contenzioso sul provvedimento definitivo¹⁷.

La recente promozione e attenzione per gli strumenti atti a favorire il dialogo, lo scambio benefico e la comprensione delle diverse posizioni in gioco si colloca senz'altro in questa dimensione, che tiene conto anche della peculiarità dell'assetto degli interessi che il provvedimento determina nell'ordinamento.

Diversamente da quanto accade nella maggior parte delle liti civili e commerciali, infatti, la logica bipolare non è sempre frequente nel diritto amministrativo, che più spesso si connota per conflitti multipolari, poiché il provvedimento controverso riversa i suoi effetti non solo nei confronti del diritto destinatario, ma anche sui terzi visto l'assetto di interessi in esso determinato. Di qui lo sforzo nel senso di anticipare la giustizia del caso, evitando di ricorrere al giudice.

Si pensi alle diverse previsioni esistenti e sempre più frequenti in tema di democrazia partecipativa¹⁸. Con tale locuzione si allude a tutte le pratiche che si propongono di includere attivamente la società civile nelle decisioni pubbliche, coinvolgendo anche i titolari dei cosiddetti interessi deboli. Senza avere l'intenzione di sostituirsi ai tradizionali modelli di decisione, l'obbligo, in capo ai soggetti titolari della decisione finale, di motivare la propria scelta nei casi in cui questa si distanzi dalla prospettiva emersa in sede di discussione, è in grado di generare una concreta valutazione dei temi emersi e, conseguentemente, un effettivo coinvolgimento dei cittadini.

Tra queste pratiche partecipative si ritrova l'istituto del dibattito pubblico¹⁹, il quale si pone come un dialogo aperto, trasparente e pari-

¹⁷ In merito F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, 2017.

¹⁸ In proposito V. MOLASCHI, *Arene deliberative. Contributo allo studio delle nuove forme di partecipazione nei processi di decisione pubblica*, Napoli, 2018; U. ALLEGRETTI, *La democrazia partecipativa in Italia e in Europa*, in *www.rivistaaic.it*, 2011.

¹⁹ In merito si rinvia a E. FREDIANI, *Dibattito pubblico, inchiesta pubblica e valutazioni ambientali: una "relazione" problematica*, in *Dir. amm.*, 2020, 399; A. AVERAR-

tario tra pubblica amministrazione e singoli soggetti, anche riuniti in associazioni e organizzazioni, atto a condurre a una decisione, relativa alla costruzione di grandi opere e infrastrutture, maggiormente condivisa da tutti i partecipanti.

L'istituto introdotto nel 2016 all'art. 22 del Codice dei contratti pubblici è valorizzato anche nel recente d.l. 31 maggio 2021, n. 77, che, nel dettare la *governance* del piano di rilancio e resilienza, auspica un'applicazione diffusa del dibattito. L'applicazione dell'istituto nei primi mesi di quest'anno per la realizzazione della diga foranea del Porto di Genova ha mostrato, anche in tempi brevi e nonostante le difficoltà legata alla pandemia e alla impossibilità compresenza fisica nello stesso luogo tra i partecipanti, l'utilità dell'ascolto delle diverse posizioni per affinare la proposta iniziale.

Ed è proprio questa logica partecipativa e il tentativo di favorire e individuare soluzioni consensuali e condivise a essere da sempre sottesa anche ai rimedi alternativi e al dialogo attraverso cui si cerca di superare il conflitto²⁰.

Sempre in funzione dialogica, tra gli interventi recenti del legislatore si ricordi, inoltre, la modifica dell'art. 10-*bis*, l. n. 241 del 1990 con il c.d. decreto semplificazione n. 76 del 2020.

Tale disposizione, come noto, disciplina l'istituto del c.d. preavviso di rigetto, con cui l'amministrazione annuncia i motivi che ostano all'accoglimento dell'istanza del privato, ammettendo un ulteriore momento di confronto prima dell'adozione del provvedimento negativo.

DI, *Amministrare il conflitto. Costruzione di grandi opere e partecipazione democratica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 1173; G. PIZZANELLI, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Politiche ambientali e realizzazione delle grandi opere infrastrutturali*, Milano, 2010. Anche in una prospettiva comparata con l'omologo istituto francese ragiona M. MERSINI, *Il dibattito pubblico: l'inquadramento della Commission nationale du débat public quale autorità amministrativa indipendente e il parallelismo con la Commissione nazionale introdotta dal d.P.C.M. 76/2018*, in *Riv. giur. urb.*, 2021.

²⁰ In merito già si vedano, tra gli altri, le osservazioni di G. LIGUGNANA, *L'altra giustizia amministrativa*, cit. e A. CASSATELLA, *Il ricorso alle a.d.r. nelle controversie fra privati e pubblica amministrazione: ammissibilità e caratteri*, cit.

La norma, che già era stata salutata dalla dottrina²¹ come momento per realizzare un pieno contraddittorio con l'amministrazione, essendosi ormai conclusa la fase istruttoria così che tutte le informazioni e acquisizioni fossero conoscibili ai destinatari interessati, è stata raffinata così da rendere più incisivo l'obbligo di comunicazione dei motivi ostativi.

L'introduzione del divieto di dedurre per la prima volta in giudizio motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento impugnato rafforza, infatti, il dovere dell'amministrazione di pienamente esporre in sede istruttoria tutti gli argomenti esistenti e, di conseguenza, il dovere di fornire un quadro completo al privato, all'insegna del confronto e della collaborazione.

4. Gli spazi per la composizione della controversia al di fuori del giudizio in base alle recenti suggestioni della dottrina

Nonostante, come si è cercato di illustrare, esistano nell'ordinamento strumenti atti a comporre le posizioni e gli interessi per offrirne l'assetto preferibile nella situazione concreta, essi spesso non si rivelano adeguati alla definizione di una sistemazione degli interessi in grado di soddisfare le parti coinvolte. A ciò si aggiunge, come già si anticipava, la superficialità e il pressapochismo con cui spesso l'amministrazione svolge il proprio compito.

Quando, dunque, nonostante il dialogo procedimentale o per difetti e mancanze nel medesimo o più in generale nell'agire dell'amministrazione, il provvedimento adottato non convince i suoi destinatari che ne lamentano vizi e difetti di fronte al giudice, la dottrina ha identificato sempre più ampi spazi per l'applicazione di strumenti di giustizia consensuale.

Anzitutto si suggerisce di cercare tali spazi all'interno degli stessi strumenti tipici del diritto amministrativo.

²¹ Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *L'istruttoria procedimentale dopo l'art. 10-bis della legge sul procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2011, 353.

Si è proposto perciò di ragionare sull'autotutela e sui presupposti per l'annullamento d'ufficio²².

Il potere di autotutela consente un nuovo momento di manifestazione di interessi delle parti in seno a un procedimento amministrativo di secondo grado e, in particolare, l'annullamento d'ufficio, disciplinato in via generale dall'art. 21-*nonies*, l. n. 241 del 1990, consente all'amministrazione di rimuovere dall'ordinamento gli effetti di un provvedimento viziato laddove esistano motivi di interesse pubblico.

L'amministrazione, tuttavia, secondo la legislazione vigente, non è tenuta a rispondere all'istanza o segnalazione del privato, posto che il potere è riservato ed esercitabile solo d'ufficio.

Si è perciò proposto di introdurre l'obbligo dell'amministrazione di rispondere all'eventuale invito all'autotutela così di fatto introducendo una sorta di nuovo ricorso amministrativo interno stante l'inadeguatezza dei tradizionali ricorsi amministrativi previsti dal d.P.R. n. 1199 del 1971.

Per superare la naturale ritrosia della pubblica amministrazione a rimettere in discussione il suo operato, si suggerisce di legare il mancato esperimento dell'autotutela su invito a particolari responsabilità amministrative in capo al soggetto che non abbia riconsiderato la sua determinazione nonostante le sollecitazioni degli interessati.

Si potrebbe anche ragionare nel senso di imporre, entro un termine breve o comunque non superiore a quello per il ricorso giurisdizionale, la decisione espressa dell'amministrazione sull'annullamento, a fronte dell'obbligo della presentazione di istanza in tal senso dal privato: si introdurrebbe così una sorta di condizione per il successivo accesso alla tutela di fronte al TAR azionabile dalla parte ricorrente. Certamente il ricorrente sarebbe così gravato dell'onere di "tenere pronto" il ricorso giurisdizionale per il deposito entro il termine e, tuttavia, potrebbe essere un costo sostenibile a fronte poi di una più rapida soluzione della controversia che eviti la strada processuale.

Il dovere di pronunciarsi dell'Amministrazione e l'obbligo di presentare l'istanza in capo all'eventuale ricorrente finirebbero, tuttavia,

²² Così M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2018.

per sacrificare la dimensione della volontarietà e della consensualità delle parti a utilizzare la via in alternativa a quella giurisdizionale; in aggiunta, verrebbe senz'altro a mancare altro carattere proprio dei rimedi ADR, cioè la terzietà.

Forse allora, si potrebbe suggerire al legislatore la istituzione di un Board of Appeal, sulla stregua dell'esperienza delle Agenzie europee²³, senza dimenticare, però, che si tratta di una soluzione costosa per il suo buon funzionamento.

Si ricordi, inoltre, che al medesimo risultato di evitare il processo a mezzo dell'intervento in autotutela dell'Amministrazione già mira la previsione, nella particolare materia dei contratti pubblici, dell'obbligo in capo al ricorrente della informativa in ordine all'intenzione di proporre ricorso giurisdizionale prevista dall'art. 243-*bis* del Codice dei contratti pubblici. A tale obbligo, tuttavia, non corrisponde un dovere di risposta in capo all'Amministrazione, la cui condotta è semplicemente valutabile ai fini della decisione delle spese di giudizio. L'informativa, di conseguenza, finisce per essere uno strumento vuoto a fronte di un'Amministrazione difficilmente disposta ad ammettere i propri errori e più incline a rinviare nel tempo al giudice la soluzione.

Infine, soprattutto a causa della strutturale e difficile conciliabilità tra rimedi alternativi e termine breve per il ricorso giurisdizionale di fronte al TAR²⁴, può essere utile anche ragionare sul ruolo del giudice facilitatore²⁵, ovvero sull'introduzione di strumenti conciliativi endo-processuali soprattutto laddove si tratti di vertenze bilaterali, che coinvolgono il ricorrente e un solo controinteressato. Il giudice cioè potreb-

²³ In questo senso M. CALABRÒ, *L'evoluzione della funzione giustiziale nella prospettiva delle appropriate dispute resolution*, cit., qui 10. Si rinvia per una trattazione del tema a B. MARCHETTI, *La tutela non giurisdizionale*, cit.; P. CHIRULLI, L. DE LUCIA, *Non-Judicial Remedies and EU Administration. Protection of Rights versus Preservation of Autonomy*, Torino, 2021 e *Rimedi amministrativi ed esecuzione diretta del diritto europeo*, Torino, 2018.

²⁴ Per una riflessione sui termini di impugnazione nel giudizio amministrativo si veda M. RAMAJOLI, *Riflessioni critiche sulla ragionevolezza della disciplina dei termini per ricorrere nel processo amministrativo*, in *Federalismi*, n. 17/2018.

²⁵ Dubbi in merito sembra esprimere V. DOMENICHELLI, *La giustizia nell'amministrazione fra procedimento e processo, fra giurisdizione amministrativa e modelli alternativi di risoluzione delle controversie*, cit.

be suggerire alle parti l'utilità di risolvere il conflitto attraverso una transazione, che non inciderebbe sugli effetti del provvedimento adottato dall'amministrazione, ma permetterebbe alle parti private di trovare tra di loro un accordo in grado di comporre le posizioni, pur fermo l'assetto degli interessi individuato dall'amministrazione. In questo senso esperienze utili possono ricavarsi anche dalla comparazione con altri ordinamenti, come quello francese che ha introdotto l'obbligo della registrazione delle transazioni urbanistiche, così manifestando la diffusione in quell'ordinamento di casi in cui il privato rinuncia all'impugnazione giurisdizionale del permesso di costruire del vicino a fronte vuoi del riconoscimento di un compenso monetario, vuoi di altri obblighi cui il vicino si vincola in grado di rendere accettabile il provvedimento dell'amministrazione²⁶.

Del resto, la dottrina italiana²⁷ ha brillantemente dimostrato i pregi dello strumento transattivo anche direttamente tra privato e amministrazione, in quanto strumento in grado di risolvere l'incertezza sistemica nel diritto amministrativo.

Altre proposte sono state avanzate come l'introduzione della negoziazione assistita amministrativa sul modello del processo civile²⁸ ovvero il ricorso a colleghi tecnici con compiti di mediazione tra le parti nelle controversie in materia di contratti pubblici²⁹ o ancora forme di risoluzione del contenzioso di fronte alle Camere di conciliazione e arbitrato istituite presso Consiglio dell'Ordine degli avvocati in base al Regolamento del Ministero della Giustizia del 14 febbraio 2017 n. 34³⁰.

In conclusione, la dottrina ha dimostrato che esiste uno spazio per la giustizia consensuale anche nelle controversie di diritto amministrativo. Tali strumenti rivelano la loro utilità, non tanto per supplire alla povertà

²⁶ In merito si permette di rinviare a M. DELSIGNORE, *La disponibilità degli interessi legittimi: nuovi spazi per la risoluzione extragiudiziale del contenzioso*, cit.

²⁷ Cfr. A. CASSATELLA, *La transazione amministrativa*, Napoli, 2020.

²⁸ Cfr. S. TARULLO, *Mediazione e negoziazione assistita nelle controversie con la p.a.: modelli a confronto*, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁹ In merito V. CERULLI IRELLI, *op. ult. cit.*

³⁰ Cfr. V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Per una sentenza sempre meno ingiusta: uscita di sicurezza dal processo amministrativo e mediazione giustiziale*, in *Giust. amm.*, 2017, 11 ss.

di mezzi e risorse della giurisdizione, né per permettere ai privati di trovare le soluzioni più convenienti al di fuori del rispetto dei principi e delle regole dell'ordinamento, ma per arricchire il catalogo dei rimedi per la tutela del cittadino così da permettere di trovare quello più adeguato alle proprie esigenze.

Già Nigro³¹, del resto, precisava che la giustizia amministrativa è una

espressione polisensa e ambigua che sta a indicare un complesso di mezzi che un ordinamento giuridico appresta per poter assicurare la conformità dell'azione amministrativa alle leggi e, in certi casi, all'opportunità e alla ragionevolezza.

³¹ Cfr. M. NIGRO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, 17.

IL “GIUSTO” CONTEMPERAMENTO DEGLI INTERESSI ATTRAVERSO I CONTRATTI AMMINISTRATIVI: UNA FORMA DI ADR?

*Sara Valaguzza**

SOMMARIO: *1. La funzione sociale del contratto nella prospettiva delle ADR. 2. Contratti pubblici come strumenti di soluzione dei conflitti tra amministrazioni e privati. 3. Contratti pubblici e “giusto” contemperamento di interessi: il ruolo degli accordi collaborativi.*

1. La funzione sociale del contratto nella prospettiva delle ADR

Proverò ad argomentare una tesi che sintetizzo subito, per cercare di articolare meglio il ragionamento che vado a proporvi.

La tesi è che i contratti dell’amministrazione debbano assolvere compiti in senso lato “sociali”¹, cioè portare innovazione e progresso nel campo dello sviluppo sostenibile, nel tessuto imprenditoriale e della vita in comunità, migliorando, progressivamente e di volta in volta, le condizioni di partenza del contesto sul quale il contratto impatta.

In quest’ottica, il contratto può essere uno strumento molto efficace di governo, al pari della legge e degli atti di regolazione. Utilizzerò così l’espressione “governare per contratto”², volendo intendere un governare dal basso, attraverso la disciplina dell’accordo tra le parti, per far fronte a precise esigenze che derivano dalle peculiarità dei casi concreti, differenziando tale tecnica di governo da quella propria degli atti di regolazione, attraverso i quali si governa, invece, dall’alto, cioè, dise-

* Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo nell’Università degli Studi di Milano La Statale.

¹ Cfr. da ultimo E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti. Oltre il primato della concorrenza?*, Napoli, 2021.

² Si tratta di una nozione già introdotta e illustrata in S. VALAGUZZA, *Governare per contratto*, Napoli, 2018.

gnando a un macro livello generale e astratto un quadro generale, a prescindere da specifici bisogni individuali.

È in un certo senso fisiologico che i contratti dell'amministrazione servano per governare, data la missione pubblica che caratterizza direttamente lo stato soggettivo di uno dei contraenti, che, per missione, persegue l'interesse pubblico, quindi governa la società³.

In un contesto fortemente antagonista e decisamente conflittuale come è quello dei contratti pubblici, tra i "valori" di cui le amministrazioni hanno l'onere di farsi portatrici vi è (o almeno ragionevolmente vi dovrebbe essere) anche la collaborazione, che rafforza, nella fase di esecuzione delle prestazioni contrattualizzate, quell'accordo tra le parti che è requisito essenziale del contratto ai sensi dell'art. 1325 c.c.⁴.

Nell'ottica del *governare per contratto*, la decisione di rendere la collaborazione protagonista del mercato dei contratti pubblici equivale anche a una precisa scelta strategica capace di incidere sulle abitudini e sulle scelte degli operatori che popolano quel mercato.

A ben vedere – e qui sta lo spunto di riflessione che vorrei proporvi – ove il contratto messo a base di una gara pubblica o comunque sottoscritto da un'amministrazione promuova la collaborazione e introduca elementi di flessibilità nell'alleanza degli operatori coinvolti in una certa iniziativa di interesse pubblico, attivando forme di dialogo costruttivo basate su impegni di *best effort* e reciproca fiducia, esso diventa, di per sé, lo strumento di risoluzione stragiudiziale delle controversie. Più precisamente, il contratto diventa il luogo entro il quale le parti decidono di definire le proprie diversità di vedute, l'ambiente nel quale discutere imprevisti e cogliere opportunità. Seguendo le migliori prassi internazionali, le strutture (giuridiche) di *collaborative contracting* prevedono che la disciplina contrattuale contenga e disciplini organismi paritari che seguono l'andamento dell'esecuzione dell'accordo, prevenendo i

³ La funzione dei contratti pubblici è ampiamente discussa, tra gli altri, in L. FIORENTINO, A.M. LA CHIMIA (a cura di), *Il procurement delle pubbliche amministrazioni*, Bologna, 2021; A. FARÌ, *L'uso strategico dei contratti pubblici*, in M. CAFAGNO, F. MANGANARO (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze, 2016, 441 ss.; M. CAFAGNO, *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure consorsuali*, in *Dir. amm.*, 2020, 35 ss.

⁴ Cfr., *si vis*, S. VALAGUZZA, *Collaborare nell'interesse pubblico*, Napoli, 2019.

conflitti e funzionano come camera di compensazione delle tensioni, assumendo poteri di conciliazione tra le eventuali diverse posizioni.

Là dove sono stati studiati e perfezionati modelli tipizzati di contratto collaborativo ispirati alla logica a cui ho appena accennato – come, per esempio, nel Regno Unito – sono emersi risultati positivi e incoraggianti, perché i soggetti pubblici sono riusciti a plasmare il mercato, migliorando la qualità dei prodotti e dei processi produttivi, guidando gli operatori economici verso l’etica dell’inclusione, della cura dell’ambiente, della digitalizzazione.

Ho scelto questo taglio per l’intervento che mi è stato assegnato perché mi pare che sullo sfondo della giornata di oggi ci sia la bellissima intenzione di soffermarsi su un approccio “culturale” del diritto, e sulla sua forza propulsiva come motore di progresso, entro la quale penso possa trovare spazio anche un ragionamento sul significato della contrattualistica pubblica in rapporto ai connotati del suo principale attore (*id est* l’amministrazione pubblica), la cui funzione istituzionale, come promotore di una certa idea di sviluppo, non va trascurata, nemmeno quando l’amministrazione si rivolge al mercato attivando un confronto competitivo per ottenere beni o servizi. Sullo sfondo del nostro discorso si colloca, dunque, una riflessione, in termini di “pensiero laterale”, sullo scopo (diretto e indiretto) della contrattualistica pubblica e sulle modalità con cui si può migliorare la prospettiva del loro utilizzo come strumento anch’esso capace di contribuire ad apportare valore pubblico.

E vengo allora al ragionamento sul se e come il contratto può essere un baluardo nella gestione del conflitto.

2. Contratti pubblici come strumenti di soluzione dei conflitti tra amministrazioni e privati

A mio modo di vedere, il contratto può e deve essere un baluardo nella gestione del conflitto perché si basa su un accordo tra le parti.

Ogni contratto, compreso il contratto pubblico, si basa sull’accordo tra le parti. In mancanza di accordo, il contratto è nullo. Tanto importante è l’accordo, che quest’ultimo può prevalere sul senso letterale delle parole in caso di dubbio interpretativo tra quello che è nello scritto e

quello che è nella intenzione delle parti. L'art. 1362 è una norma molto chiara in questo senso, che giunge fino ad affermare la regola appunto che vuole la volontà delle parti prevalente rispetto alle parole. Anzi, è proprio vietato limitarsi al senso letterale delle parole: “nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole”⁵.

Questa regola vale anche qualora si sia in presenza di un contratto amministrativo.

A questo riguardo però potremmo chiederci meglio quale sia il peso dell'accordo tra le parti quando si pensa al contratto amministrativo.

Il fatto che il contratto amministrativo sia esito di una procedura di gara depotenzia, e in un certo senso elimina, l'incontro negoziale tra le volontà delle parti. Il contratto – o meglio, lo schema di contratto – è perlopiù posto a base di gara per come inteso dall'amministrazione e imposto agli offerenti, che possono solo accertarlo. Fanno eccezione a questa regola solo alcune situazioni specifiche.

Questa imposizione suscita spesso una reazione perversa nei rapporti tra le parti, che sono immediatamente oppositivi, conflittuali. E anzi, il conflitto, che usualmente interviene in situazioni patologiche, accompagna perfino la sottoscrizione (con riserva) del documento contrattuale. A ben vedere questo accade, perché, di fatto, la maniera in cui sono concepite le procedure di evidenza pubblica scalza l'accordo, prescinde da esso. Anzi, alcuni guarderebbero con sospetto al caso in cui l'ente aggiudicatore e l'impresa aggiudicataria abbiano il medesimo obiettivo.

Se si approfondisce il fenomeno dei contratti stipulati con l'amministrazione, non è un caso che, per esempio, il livello di conflittualità relativo all'esecuzione delle convenzioni urbanistiche, oggetto di dialogo tra il soggetto privato e il soggetto pubblico, sia molto inferiore rispetto a quello proprio dei contratti sottoscritti in esito a una procedura di evidenza pubblica. Perché le prime sono negoziate, i secondi no.

L'assenza, nei fatti, di un accordo è dunque un elemento pregiudizievole per costruire rapporti contrattuali collaborativi.

⁵ Cfr., fra i tanti contributi sul tema, G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993; M. CAPODANNO, *L'interpretazione del contratto*, Padova, 2006; C. GRASSETTI, *Interpretazione del contratto*, Torino, 1938; N. IRTI (a cura di), *L'interpretazione del contratto nella dottrina italiana*, Padova, 2000.

La mia prima osservazione è quindi questa: nel nostro comparto, abitato dai soggetti pubblici tenuti all'applicazione delle regole tanto del codice civile quanto del codice dei contratti pubblici, il contratto può essere, di per sé, una radice di discordia dal momento che non è portatore di un “vero” accordo tra le parti. La mancanza di accordo sostanziale – cioè la mancanza di due o più volontà che vengono a convergere dopo una negoziazione – è parte del problema.

Seguirebbe poi una precisazione, che qui mi limito ad accennare, sulla quale non voglio però troppo intervenire perché Antonio Cassatella si è occupato del tema in maniera magistrale e posso quindi rinviare comodamente alla sua recente monografia⁶: se manca l'accordo e i contratti amministrativi sono fisiologicamente portatori di discordia, non si capisce come sia possibile scandalizzarsi laddove si attivino transazioni, accordi bonari, o si sottoscrivano atti aggiuntivi per sopravvenute modifiche all'oggetto del contratto. A ma pare ovvio che sia così: ma non è la transazione o l'atto aggiuntivo a essere estraneo rispetto al modello logico giuridico del contratto tra due o più parti, è piuttosto il contratto senza accordo a rendere inevitabile lo scenario modificativo a cui si è appena accennato.

C'è poi un altro elemento che rende faticoso l'accordo tra le parti nell'ambito del contratto pubblico e qui si colloca la mia seconda osservazione: la normativa attuale enuncia, come regola generale, il principio di immodificabilità, o di limitata modificabilità dei contratti pubblici, allo scopo, evidente, di proteggere la concorrenza.

Il ragionamento è più o meno questo: una modifica sostanziale del contenuto delle prestazioni contrattuali dovrebbe comportare una nuova gara, perché, diversamente, si favorirebbe il contraente in pectore a danno della concorrenza⁷.

Per esempio, nella Determinazione n. 5 del 6 novembre 2013 *Linee guida su programmazione, progettazione ed esecuzione del contratto*

⁶ Cfr. A. CASSATELLA, *La transazione amministrativa*, Napoli, 2020.

⁷ Cfr. A. BROWN, *Application of EU Procurement Rules on Contract Modifications to Extension of the Term of a Motorway Concession: European Commission v Italy (C-526/17) (Case Comment)*, in *PPLR*, 2020, 10 e 15; K. SMITH, *A Risk Worth Taking? Practical Application of the Law on Contract Modifications in the Context of PPP Accommodation Projects*, in *PPLR*, 2019, 16 e 25 ss.

nei servizi e nelle forniture, l’Autorità di Regolazione dei Contratti Pubblici ha ritenuto che:

il principio di immodificabilità dell’oggetto del contratto, nel caso di appalti pubblici, sovrintende all’esecuzione di ogni prestazione e, nel sistema generale delle obbligazioni, costituisce il fulcro della teoria dell’adempimento.

Epperò, sotto l’egida della tutela della concorrenza si rischia di perdere di vista la realtà: il contratto non è una realtà solo giuridica, il contratto dà una forma legale a cose che accadono nella realtà. E nella realtà è ovvio che ci possano essere imprevisti, ma anche idee nuove, miglioramenti offerti da nuove tecnologie, opportunità da cogliere.

Più in generale, la possibilità di introdurre migliorie e variazioni migliorative anche in esito a dinamiche di scambio di informazioni tra diversi attori coinvolti nel raggiungimento del medesimo obiettivo è, secondo gli studiosi delle scienze comportamentali, un importante elemento di coesione tra le parti e di promozione di dinamiche positive nei gruppi.

Ecco perché ritengo che l’eccessiva rigidità dei contratti pubblici sia il secondo grave problema, dopo la mancanza di accordo, che porta alla conflittualità tra le parti.

3. Contratti pubblici e “giusto” temperamento di interessi: il ruolo degli accordi collaborativi

Identificati i principali problemi, e quindi circoscritto l’ambito su cui l’amministrazione, nel costruire i propri contratti, può portare innovazione e *added value*, governando per contratto, veniamo ora a chiederci in che maniera il contratto amministrativo può invece garantire il “giusto” temperamento degli interessi.

A tale riguardo, come anticipavo, l’impiego delle tecniche di *alliancing* e *collaborative behaviours* è un percorso interessante e ricco di spunti: tali strumenti sono alla base di meccanismi che possono essere applicati anche ai contratti pubblici, consentendo di entrare in una nuova e diversa prospettiva che, ferme restando le norme imperative che

delimitano la cornice di azione dei committenti pubblici, valorizza la collaborazione ponendo in essere quella che, in effetti, potrebbe proprio essere qualificata come una forma di ADR interna al contratto.

Le matrici collaborative sono strutturate in maniera da consentire che committenti, appaltatori e filiera delle imprese coinvolte nell'esecuzione cerchino – e trovino – soluzioni efficienti e vengano favoriti comportamenti costruttivi e disciplinati incentivi per rinunciare all'antagonismo in favore della collaborazione. Nelle tecniche di *alliancing* i contratti diventano un baluardo per la gestione dei conflitti.

Gli accordi collaborativi si affiancano, senza sostituirli, ai contratti tradizionali e disegnano una rete più ampia, che include gli operatori economici la cui attività è collegata, più o meno in maniera diretta, al raggiungimento del medesimo macro-obiettivo di interesse pubblico.

Così, per la realizzazione del medesimo programma di interesse pubblico, un contratto di appalto di lavori lega il committente all'appaltatore, diversi subcontratti legano i subappaltatori all'appaltatore e altri contratti di appalto di forniture legano il committente ai fornitori; invece l'accordo collaborativo, analizzato il contesto, viene a unire tutti o parte dei singoli contratti inseriti nel programma, realizzando un'alleanza che esce dai confini dei singoli contratti, le cui attività vengono così coordinate con la finalità di mettere in comune informazioni e strategie e affrontare eventuali crisi in maniera dialogica e non conflittuale.

I contratti collaborativi consentono di affrontare un errore di impostazione che spesso si insinua anche negli accordi che puntano a prevenire e ridurre i rischi con una puntuale mappatura del contesto.

L'errore dell'impostazione sistematica più diffusa è quella di guardare al contratto come a un luogo di prevenzione del conflitto solo con riferimento a quello che viene regolato, cercando di dettagliare tutto il dettagliabile, e a ciò che si è immaginato che possa accadere, rendendo quindi di fatto ancora più rigido l'impianto complessivo. E così, la forza maggiore, per esempio, viene spesso declinata, per ragioni di bancabilità, in pagine di esempi, lasciando però indietro il senso dell'utilità di una clausola generale che, in quanto tale, ha utilità nel momento in cui riesce ad adattarsi al caso, e non invece se si pretende di includere, in elenchi paranoici, ogni possibile scenario.

I conflitti, infatti, spesso nascono dall'imponderabile e quindi anche un attentissima regolamentazione contrattuale di ciò che è interno al rapporto non garantisce adeguatamente proteggendo dagli atteggiamenti antagonisti che possono emergere tra le parti; piuttosto, il contratto riesce a essere davvero capace di gestire il conflitto quando lascia spazio alla flessibilità e alla collaborazione, cioè quando non viene interpretato come una stanza asettica del dover essere, ma come una relazione in mezzo ad altre relazioni. Se questa è l'impostazione corretta, le clausole che consentono il contratto devono garantire (non l'onnicomprensività, ma) la adattabilità.

Il vero e preziosissimo elemento di gestione del conflitto viene a essere la flessibilità, che consente al contratto di adeguarsi alla realtà attraverso l'enunciazione di principi generali.

Abbandonare la logica antagonista per abbracciare quella collaborativa è possibile solo all'interno di una disciplina contrattuale che inserisca l'impegno a collaborare, rendendolo conveniente per tutti i partners.

Chi pensa che la collaborazione sia utopica, sbaglia. Cioè, è certamente utopica, e spesso perfino fomenta astuzie e ambiguità, se non viene correttamente regolata. Invece, se è oggetto di una disciplina giuridica, è l'unico modo per evolvere i contratti tenendo conto del mondo che ci circonda e delle sue alterne vicende.

Se si lavora sul contratto, pensando di governare tramite esso, tutto cambia. Per farlo, occorre redigere dei modelli di contratto, metterli alla prova e sperimentarne gli effetti sulle performance delle parti.

Allora la gestione del conflitto comincia dal contratto, dentro al contratto.

Di recente, un collega che ha un importante incarico istituzionale ci ha allertato sul fatto che spesso non è solo la tecnica di redazione delle norme o l'assenza di norma a creare problemi: c'è infatti una montagna da scalare anche quando le norme non vengono attuate. Come per la norma che prevede che spetti all'Anac redigere contratti tipo.

Vorrei chiudere questo intervento condividendo con voi quello che ho scoperto in questi giorni nelle mie ricerche, sul termine "controparte", ricerche avviate perché mi sono confrontata con un amico avvocato che mi ha spiegato la sua visione dei contratti sostenendo che la conflit-

tualità è inevitabile perché è insito nel concetto di controparti essere rivali.

E invece, ho scoperto che all’origine del termine “controparte” non c’era alcuna notazione oppositiva, anzi. L’essere controparti significava dialogare con reciproca valorizzazione. Per esempio, si era controparti in un duetto, oppure in una rappresentazione teatrale quando si cantava o recitava nel medesimo contesto.

Poi il termine ha assunto una connotazione negativa. Ognuno di noi avrà – immagino – un’idea su di chi sia la colpa...

BUROCRAZIA DIFENSIVA E DISINCENTIVI ALLA SOLUZIONE CONSENSUALE DEI CONFLITTI AMMINISTRATIVI: IL RUOLO DELLA GIUSTIZIA CONTABILE

*Valentina Giomi**

SOMMARIO: 1. Le premesse giuridiche per il delinearsi della “burocrazia difensiva”. 2. Il peso della scelta pubblica nel ricorso alla transazione come soluzione possibile e alternativa alla conflittualità amministrativa. 3. Limiti e confini del sindacato contabile sulla scelta pubblica di transigere per risolvere il conflitto. 4. Burocrazia difensiva, effetti sulle scelte transattive della p.a. e recenti antidoti normativi. Riflessioni conclusive.

1. Le premesse giuridiche per il delinearsi della “burocrazia difensiva”

Nell’ultimo decennio, con sempre maggiore frequenza, agli elementi che compongono ogni scelta amministrativa originata da valutazioni discrezionali i cui effetti generano sull’amministrazione precedente ricadute economiche, dirette o indirette, si è aggiunta anche la ponderazione del rischio ipotizzato per la generazione dei suddetti effetti.

Quando la auto-valutazione anticipata delle conseguenze delle future scelte amministrative da adottare (o da non adottare) sconfinava oltre la naturale ponderazione dei differenti interessi in gioco, si apre la strada a quella che la dottrina amministrativistica, su mutazione di una felice formula coniata in ambito medico, ha definito come “amministrazione difensiva”.

A confermare l’esistenza di un generalizzato “timore del decidere” milita la costante crescita del mercato di polizze assicurative stipulate dai dipendenti pubblici di ogni amministrazione e in modo trasversale¹.

* Professoressa Associata di Diritto Amministrativo nell’Università di Pisa.

¹ Colpisce, infatti, che a stipulare polizze assicurative non siano più soltanto funzionari nella posizione apicale e chiamati a operare nell’ambito di alcune aree ammini-

La formula “amministrazione difensiva”, ben analizzata da alcuni recenti studi che si sono dovuti cimentare nel non semplice compito di tradurre in termini giuridici un fenomeno psicologico dai confini incerti, racchiude una pluralità di significati.

Per maggiore praticità essa può qui essere efficacemente rappresentata avendo riguardo proprio al suo profilo negativo, che mette in luce la possibile distorsione delle scelte pubbliche in conseguenza della proiezione di future (e incerte) forme responsabilità per l’agire pubblico.

L’approdo terminale della anticipazione del suddetto rischio è duplice: a decrescere, si può assistere a una “paralisi del fare”, oppure all’adozione di una scelta amministrativa differente da quella astrattamente attesa.

Da un lato, quindi, si ha un rallentamento decisionale che può arrivare fino all’assenza di decisione, dall’altro si ha una distrazione della decisione verso finalità più individualistiche che pongano il decisore pubblico al riparo da eventuali disutilità derivanti dall’attivazione di meccanismi di responsabilità e controlli.

Entrambe le ipotesi sono la spia di un malfunzionamento della macchina amministrativa e sono foriere di conseguenze destinate a ricadere sull’intera collettività, in termini di costo sociale in rapporto all’interesse pubblico.

La cosiddetta “paura della firma” non va poi confusa con la naturale cautela che assiste il decisore pubblico nella elaborazione di scelte ontologicamente complesse, a elevata difficoltà (anche) tecnica e dall’esito incerto: una cosa, infatti, è l’esistenza (ineliminabile) di un rischio oggettivo (anche di perdite economiche per l’amministrazione di appartenenza) connotato al grado di specialità/delicatezza richiesto per l’adozione di determinate scelte amministrative² professionalità; altra

strative dove massime sono le responsabilità correlate alla tipologia di mansioni esercitate, bensì ogni funzionario e dipendente che, a prescindere dal ruolo ricoperto e dalla mansione esercitata, percepisca un elevato tasso di rischio nello svolgimento delle “normali” attività amministrative.

² A tale grado di elevata specializzazione della scelta amministrativa, generalmente si associa (o dovrebbe associarsi) l’elevata professionalizzazione richiesta in capo al funzionario chiamato ad adottare quella scelta; sul tema, non nuovo, v. già S. CASSESE,

cosa è il suo riflesso in termini di percezione soggettiva da parte del decisore pubblico, specialmente allorquando il diffuso disallineamento fra competenze disponibili e professionalità richieste dai modelli economici e produttivi adottati al livello nazionale, impegna i decisori finali in una sfida impari³.

E ancora: pur essendo sempre in presenza di un generale rischio connaturato all'esercizio di qualunque attività amministrativa⁴ che, a gradazione differenziata, innesca processi di responsabilità pubbliche, investendo la Corte dei Conti della funzione giurisdizionale a tutela delle risorse erariali, non è sempre semplice misurare e isolare la quota di rischio "reale" da quella di rischio "percepito"⁵.

A che serve la formazione dei dipendenti pubblici?, in *Pol. dir.*, 1989, 432; oggi, in una prospettiva attualizzata, ma sempre in termini critici, con particolare riferimento a L. SALTARI, *La formazione e la selezione dei dirigenti pubblici nell'ordinamento statale, negli ordinamenti regionali e negli altri Stati*, in B.G. MATTARELLA, *La dirigenza dello Stato e il ruolo della Scuola superiore della pubblica amministrazione*, Roma, 2010.

³ Il tema è centrale anche nell'ambito delle nuove prospettive di riforma della p.a. varate con il secondo PNRR approvato dal Governo Draghi. Indispensabile per riacquistare "la capacità di implementare investimenti pubblici e privati" e per "fornire strutturalmente beni e servizi pubblici adeguati alle esigenze di cittadini e imprese", oltre che per "realizzare in maniera efficace ed efficiente i progetti di riforma e di investimento previsti dal Piano", diviene agire dall'interno e dall'esterno, risolvendo il vuoto creato dal mancato ricambio generazionale e colmando il gap della inappropriata competenza, atteso che soltanto una "capacità amministrativa stabile e strutturata" può assicurare la ripresa economica del sistema-Paese. Adeguamento delle competenze, percorsi di selezione delle persone che consentano di reclutare le migliori professionalità, formazione del personale per mantenere elevati standard di qualità costituiscono le leve di forza dell'intero disegno riformatore.

⁴ Il punto, ma in relazione alla prospettiva prescelta dall'A., è approfondito da M. CAFAGNO, *La stima di perdite e vantaggi occorrente all'accertamento del danno erariale tra atto ed attività*, in *Giust. Amm.*, 2012, 9.

⁵ Tale prospettiva è quella prescelta da G. BOTTINO, *Rischio e responsabilità amministrativa*, Napoli, 2017, nella puntuale indagine casistica condotta per analizzare lo squilibrato rapporto, nell'agire pubblico, fra la misura del rischio reale occorso, che deriva da fattispecie di responsabilità amministrativa concretamente accertabili in sede giuscontabile con le modalità proprie di questo giudice, e la misura del rischio percepito, che deriva dalla proiezione, non sempre corretta, delle suddette responsabilità per come l'agente pubblico se le rappresenta.

In altri termini: il disallineamento fra l'effettivo rischio di rispondere – a titolo di responsabilità amministrativo-contabile – concretamente posto a carico di funzionari e dipendenti e il timore, non realistico, di dover rispondere dell'idea di un maggior rischio, si ripercuote in modo negativo e condizionante sull'esercizio dell'attività amministrativa, inducendo a un agire pubblico cauto e fin troppo prudenziale.

Tracciate tali premesse è possibile ricondurre il problema del corretto inquadramento della “amministrazione difensiva” a una maggiore nitidezza: se per un numero sempre crescente di scelte amministrative la percezione di un timore decisionale diventa una componente stabile del processo decisionale, l'agire amministrativo, già reso complesso dall'instabilità normativa e dall'incertezza degli effetti⁶, ne risulterà inevitabilmente influenzato.

Lo sforzo maggiore diviene, allora, quello di riportare il fenomeno descritto entro confini giuridici.

La corretta trasposizione giuridica di tale atteggiamento psicologico ha spinto a interrogarsi sulla delimitazione del concetto di “amministrazione difensiva” attraverso la configurazione di specifiche fattispecie in cui si inverte; a isolare le cause che inducono una simile risposta amministrativa e, infine, a ipotizzare alcuni rimedi per arginarne le ricadute negative sull'interesse pubblico⁷.

Il quadro emerso è, nel complesso, piuttosto preoccupante; gli effetti generati, sull'intero processo decisionale amministrativo, dal legame fra percezione del rischio e conseguente mutamento delle scelte condotte in sede di esercizio dell'attività amministrativa, non sono di poco momento.

L'evidenza è piena in alcuni settori dell'agire pubblico nei quali più immediato è il legame con l'impiego di risorse pubbliche⁸, in conside-

⁶ Per una lettura in chiave critica dell'attuale immagine della p.a., v. L. TORCHIA, *L'amministrazione presa sul serio e l'attuazione del PNRR*, in *Astrid*, n. 6/2021.

⁷ Il tema è ampiamente trattato da S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2019, 293.

⁸ Il punto è analizzato anche da M. CAFAGNO, *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2020, 35, per il quale un antidoto alla “tossina dell'amministrazione difensiva” potrebbe essere

razione del fatto che il destinatario dell'esercizio del potere pubblico è spesso un operatore economico che agisce sul mercato e in regime di mercato (concorrenziale).

Tuttavia l'effetto non è meno impattante in altri settori nei quali più sfumata è l'entità del possibile danno erariale connesso alla responsabilità amministrativo-contabile esigibile per quell'attività decisionale, perché l'impegno economico dell'amministrazione deriva da scelte spesso coperte da valutazioni di merito, quindi difficilmente sindacabili in sede giuscontabile.

Al riguardo, poi, mentre nel primo caso, anche in ragione della rilevanza del fenomeno sull'assetto economico del nostro Paese⁹, l'attenzione del legislatore è stata massima e si è cercato, con interventi continui, di arginare, in via preventiva, il rischio della burocrazia difensiva ora riducendo la portata della responsabilità amministrativa attraverso la contrazione dell'ampiezza della discrezionalità¹⁰ ora introducendo forme tipizzate di responsabilità sanzionatoria¹¹, nel secondo caso, al

proprio una lettura degli scopi delle norme orientata agli effetti, così da stimolare un'azione adeguata.

⁹ L'indissolubile legame fra funzionamento dell'apparato amministrativo, dinamiche dell'attività amministrativa e grado di sviluppo economico è da anni al centro del dibattito dottrinario, rappresentando, *ex post*, il miglior indicatore per la valutazione degli effetti delle riforme pubbliche realizzate, *ex ante*, la miglior spinta verso la costruzione ragionata di riforme utili; di recente, sul punto e da differenti prospettive, M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1, 2020, 159; L. TORCHIA, *L'efficienza della pubblica amministrazione fra ipertrofia legislativa e atrofia dei risultati*, in G. DELLA TORRE (a cura di), *Sviluppo economico, vincoli finanziari e qualità dei servizi: strumenti e garanzie*, Atti del 64° Convegno di Studi Amministrativi su *Sviluppo economico, vincoli finanziari e qualità dei servizi: strumenti e garanzie*, Varenna, 20-21-22 settembre 2018, Milano, 2019, 141.

¹⁰ La innegabile connessione fra riduzione del tasso di discrezionalità e decrescita della responsabilità innesca, però, perniciose conseguenze in termini di inefficacia amministrativa, che diventa l'elemento disfunzionale da parametrare alle conseguenze del possibile danno erariale, secondo quanto evidenziato da S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, cit., 312.

¹¹ Sul tema della responsabilità sanzionatoria in capo al giudice contabile v. S. CIMINI, *Tipizzazione dell'illecito erariale e limiti all'attribuzione del potere sanzionatorio al giudice contabile*, in F.G. COCA, A. DI SCIASCIO, *Le linee evolutive della responsabilità amministrativa e del suo processo*, Napoli, 2016, 99 e M. OCCHIENA, *La fuga dal-*

contrario, la gestione legislativa dell'impatto della burocrazia difensiva è stato sottovalutato o non adeguatamente delimitato, anche in ragione della minore frequenza con cui l'amministrazione compie questo tipo di scelte amministrative caratterizzate da una certa sporadicità in ragione della peculiarità del contenuto.

A una minore frequenza non sarebbe però corretto far corrispondere una incidenza più sfumata dei possibili effetti di una amministrazione che abbia agito "in modalità difensiva", condizionata dal timore che dal proprio operato possano derivare conseguenze pregiudizievoli indagate dalla Corte dei Conti.

Così è senza dubbio accaduto in tutti quei casi in cui la scelta amministrativa, maturata in un tale contesto di timore per le conseguenze giuscontabili, abbia avuto ad oggetto la decisione in ordine all'impiego di strumenti per giungere a una soluzione consensuale del conflitto amministrativo in essere o ipotizzato nel futuro imminente.

In particolare, l'attenzione si rivolge a quelle decisioni pubbliche che hanno indotto l'amministrazione a concludere accordi transattivi con i privati, per porre fine o evitare, mediante reciproche concessioni che soddisfino vicendevoli bisogni e interessi, un contenzioso giurisdizionale in ordine a una questione controversa.

La preferenza per tale ambito d'indagine non è casuale: la decisione amministrativa di impiegare strumenti di risoluzione alternativa delle controversie che impegnano immediatamente risorse pubbliche a questo scopo, investe l'amministrazione dell'obbligo di operare valutazioni ad alto tasso di discrezionalità, nelle quali le ragioni che conducono all'aprodo finale assumono contenuti variabili e modulabili anche in base alla ponderazione di possibili rischi futuri di incorrere in giudizi di responsabilità.

La prospettiva privilegiata si propone di valutare, previa verifica dell'esistenza del fenomeno tracciato, peso ed effetti della componente cautelativa – maturata in ragione di una proiezione anticipata del rischio di responsabilità futura – sull'impiego di accordi transattivi pub-

l'atipicità nella responsabilità amministrativa: profili sostanziali e processuali, in *Il dir. econ.*, n. 3, 2017, 919.

blici, quali strumento di risoluzione consensuale della conflittualità amministrativa.

Tale aspetto poco indagato della “burocrazia difensiva” se trascurato potrebbe porsi in contrapposizione con le nuove linee guida dettate dal PNRR in tema di rinnovamento del sistema di giustizia¹², costituendo un freno allo sviluppo di obiettivi che mirano a incentivare e potenziare l’impiego di quelle forme alternative al ricorso alla funzione giurisdizionale in caso di *res* controversa che vede coinvolta una pubblica amministrazione nell’esercizio di una funzione istituzionale mai depotenziata.

Questo assume un significato ancora più pregnante in un momento in cui all’attenzione alla contrazione dei costi per l’organizzazione e il funzionamento delle strutture giurisdizionali, già incrementato per garantire lo svolgimento dei compiti istituzionali in sicurezza, si unisce un sempre maggiore bisogno di una tutela effettiva, differenziata ed efficace.

2. Il peso della scelta pubblica nel ricorso alla transazione come soluzione possibile e alternativa alla conflittualità amministrativa

Per procedere nella direzione di indagine tracciata due precisazioni appaiono opportune.

La prima è di ordine metodologico; la seconda di ordine sistematico.

Quanto al metodo, l’impostazione del tema prescelto rende necessario, sul piano formale, circoscrivere l’interesse a quei rimedi alternativi alla giurisdizione esterni al procedimento e, fra essi, a quei rimedi nei

¹² Il riferimento è alle cosiddette “Riforme orizzontali” di cui al punto 2 del PNRR, che investono trasversalmente pubblica amministrazione e giustizia; per il vero, la centralità di questo asse di riforma emerge solo in parte dalle indicazioni racchiuse nel documento nazionale, che costituisce il punto terminale di un intenso *iter* interlocutorio avviato fra la Commissione europea e il nostro Governo (Ministero dell’Economia) proprio con specifico riferimento alla riforma della giustizia, in vista di obiettivi “più sfidanti” di quelli proposti in ipotesi, il punto è messo in luce da L. CASINI, nella propria *Relazione* rinvenibile in Atti del Convegno AIPDA *Next generation EU. Proposte per il Piano nazionale di ripresa e resilienza*, 28 aprile 2021, disponibile sul sito AIPDA.

quali la soluzione al conflitto amministrativo (potenziale o reale) è formalizzata con un negozio giuridico i cui tratti essenziali sono già noti al legislatore¹³, che caratterizza questo rapporto negoziale affidando il nuovo equilibrio fra le posizioni delle parti confliggenti alla volontà delle medesime e a ciò che esse ritengono soddisfacente in relazione alle contestazioni insorte.

Esulano dall'indagine, quindi, sia le modalità consensuali di determinazione dell'assetto degli interessi convergenti ma confliggenti nell'ambito del procedimento¹⁴, sia i differenti strumenti extragiudiziali alternativi al giudice a cui le parti in via (non sempre)¹⁵ convenzionale affidano la composizione della lite, mediante il deferimento a un soggetto terzo della funzione di dirimere il conflitto, che elabora la solu-

¹³ Per un'originale costruzione della disciplina applicabile al negozio transattivo amministrativo, che muove da una rilettura critica delle categorie ordinarie e da una nuova impostazione della fattispecie come operazione transattiva di determinazione della formazione del consenso delle parti in ordine alla composizione della controversia, A. CASSATELLA, *La transazione amministrativa*, Napoli, 2020.

¹⁴ Si esclude, quindi, che possano essere esaminati, sotto questa prospettiva, gli strumenti della consensualità amministrativa o gli strumenti per il coordinamento dell'attività amministrativa, giungendo a estromettere anche gli accordi di cui all'art. 11 della legge n. 241 del 1990 in quanto ritenuti non causalmente fondati sulla *res* controversa e sulla necessità di comporre il conflitto. Per una analisi delle ADR pubblicistiche impostata proprio da tale distinzione, F. MANGANARO, *Strumenti giuridici alternativi alla tutela giurisdizionale nell'ordinamento amministrativo italiano*, in www.giustamm.it, 2007.

¹⁵ Occorre ricordare, infatti, che in molti casi è la stessa legge a imporre, al momento dell'insorgenza della lite, una via stragiudiziale tipica, anche ai fini dell'accesso alla tutela per la soluzione della situazione controversa, come accade per mercati liberalizzati affidati alla regolazione delle autorità indipendenti, sul punto v. S. LUCATTINI, *Modelli di giustizia per i mercati*, Torino, 2013; a diverse conclusioni non si giunge neppure quando il vincolo legislativo cade sulla connotazione dello strumento alternativo al giudice cui ricorrere per la composizione del conflitto nella specificità del contesto di riferimento, in tema v. M. DELSIGNORE, *La transazione e l'arbitrato nel Codice dei contratti pubblici*, in *Riv. arb.*, 2019, 389 e B. MARCHETTI, *La tutela non giurisdizionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 423.

zione in rapporto alle posizioni giuridiche coinvolte nella lite e mediante specifiche regole di diritto¹⁶.

Quanto alle prime, perché la sede procedimentale, in quanto naturale sede giuridica di manifestazione delle relazioni fra posizioni soggettive contrapposte (anche di terzi)¹⁷, costituisce sempre un terreno dialettico, ma ciò non implica assegnare in automatico la qualificazione giuridica del conflitto alla dialettica in essere¹⁸; il procedimento, al massimo, può divenire il presupposto per l'insorgenza della eventuale situazione di conflitto.

Quanto ai secondi, perché difetta, nella fattispecie indicata, l'autonomia decisionale delle parti in contesa che mantengono integra, nella transazione, la volontà di costituire, mediante il confronto reciproco finalizzato a vicendevoli concessioni e previa estinzione del conflitto, un assetto in grado di modificare la realtà su cui inciderà.

Sul piano sostanziale lo strumento transattivo ben si presta a costituire un valido terreno di analisi per l'insorgenza di possibili manifestazioni di un'amministrazione che agisce in forma difensiva e per la valutazione dell'impatto che da esse è generato.

E ciò in conseguenza del configurarsi di possibili ipotesi di responsabilità amministrativa connesse alla scelta di transigere la lite condotta dal decisore amministrativo e alle ricadute economiche che sono derivate per l'amministrazione a seguito della generazione degli effetti dell'assetto convenuto in fase transattiva.

¹⁶ La differenziazione è ripresa dalla partizione sistematica operata nell'ambito processual-civilistico dalla migliore dottrina, cfr. F.P. LUISSO, *Diritto processuale civile*, V, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, Milano, 2019.

¹⁷ Sul tema per un inquadramento generale, cfr. G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Rimini, 2016; più di recente, per una rilettura della partecipazione alla luce della modalità decisoria finale, L. TORCHIA, *Garanzie partecipative e decisioni amministrative imparziali*, in *Astrid, Rassegna*, 1, 2019.

¹⁸ Tale precisazione diviene di particolare utilità in un momento in cui le aperture partecipative hanno trasformato lo stesso procedimento amministrativo, in termini fra i molti, V. MOLASCHI, *Arene deliberative. Contributo allo studio delle nuove forme di partecipazione nei processi di decisione pubblica*, Napoli, 2018; A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, 2016.

Se concentriamo l'obiettivo sulla pubblica amministrazione, l'idea di fondo che possa esistere un condizionamento amministrativo fra la scelta del "se", del "come" e del *quomodo* comporre un conflitto mediante lo strumento transattivo è giustificata da almeno due ragioni.

La prima è legata al cennato elemento ponderativo che connota sia la specifica scelta, fra tutte le soluzioni praticabili per la composizione della lite, di risolvere il conflitto attraverso questa peculiare via stragiudiziale; sia la discrezionalità usata dall'amministrazione nella definizione dei presupposti e dei contenuti di un accordo transattivo che deve rispondere sempre a logiche di funzionalizzazione.

In questa direzione ben si presta il fenomeno transattivo a essere analizzato in termini di "operazione transattiva" comprensiva "dell'attività che determina la formazione del consenso delle parti in ordine alla composizione della controversia"¹⁹, dal momento che l'accordo finale che riceve esplicita disciplina normativa non può essere l'unico momento a essere riletto col filtro giuridico.

La seconda, strettamente correlata a essa, origina dalla considerazione che sia l'esistenza del suddetto spazio decisionale a costituire il presupposto necessario per il possibile condizionamento dell'amministrazione che si predispone alla stipula dell'accordo transattivo.

La valutazione prognostica delle conseguenze generate – sotto il profilo delle responsabilità pubbliche per danno erariale – dall'accordo transattivo eventualmente siglato, può svilupparsi con maggiore intensità laddove sussistano differenti elementi idonei a supportare la determinazione del consenso pubblico (ritenuto possibile oppure no).

In particolare, l'attività prodromica al negozio transattivo costituisce, per l'amministrazione, il luogo di analisi dei rischi (reali o percepiti) di ricadute, sull'onere finanziario derivato per l'ente pubblico, degli effetti della successiva transazione.

¹⁹ L'espressione è mutuata, anche con riferimento al significato giuridico che assume in questo contesto derivato, da A. CASSATELLA, *La transazione*, cit., *passim*, del quale si condivide l'idea che acquisisca un autonomo rilievo giuridico l'attività di predisposizione alla formazione del consenso delle parti verso la composizione del conflitto che sfocia nel contratto transattivo.

Tale filtro prodromico, se “inquinato” da timori e “paure del fare”, si presta a influenzare la scelta e il futuro contenuto della eventuale decisione di transigere.

La soluzione proposta appare particolarmente meritevole di attenzione perché offre il vantaggio di cogliere il fenomeno transattivo nella sua completezza, mettendo in autonomo rilievo proprio la fase prodromica alla scelta di comporre la lite stragiudizialmente mediante un accordo negoziale atto a definire assetti futuri fra le parti in conflitto.

Sull’attività di maturazione del consenso si innerva il peso di una futura rilettura dell’operato in termini di responsabilità amministrativa.

Diviene pertanto ovvio immaginare che le valutazioni maturate nel contesto preparatorio alla scelta di transigere si riverseranno nella determinazione dell’oggetto e delle condizioni dell’accordo transattivo da parte dell’amministrazione e aiuteranno a meglio evidenziare il peso di possibili atteggiamenti difensivi dell’amministrazione nell’addivenire a quella specifica decisione pacificatrice.

Nell’ottica seguita il *focus* si sposta sul momento della composizione dei termini della relazione fra le parti, perché è lì che possono germogliare quegli elementi che orienteranno le valutazioni pubbliche destinate a sfociare in decisioni formali.

L’assetto convenuto, con cui si rimedia stragiudizialmente al conflitto in modo soddisfacente per gli interessi reciproci, costituisce lo strumento di manifestazione, ma non il luogo di formazione di una burocrazia difensiva eventualmente esistente e incidente su valutazioni amministrative “ingabbiate” dal peso di rischi futuri.

Per tale ragione si propone una rilettura che anticipi il baricentro all’origine dell’operazione transattiva.

Quanto affermato induce a una ulteriore precisazione, di ordine più generale e di carattere sistematico.

Il mutamento del contesto giuridico-ordinamentale in cui il tema della transigibilità delle controversie in cui fosse parte la pubblica amministrazione, sia su questioni patrimoniali, sia nei rapporti di diritto pubblico, era assistito da molteplici dubbi in dottrina²⁰, ha reso possibi-

²⁰ Ci si limita, qui, a un formale inquadramento delle posizioni dottrinarie che si sono succedute, senza accedere al dettaglio delle tesi sostenute, cfr. A. DE VALLES, *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Foro it.*, 1934 ed E. GUICCIARDI, *Le transazioni degli*

le, oggi²¹, l'impiego di negozi bilaterali in funzione transattiva con lo scopo di ricomporre rapporti controversi fa la p.a. e i privati, altrimenti risolvibili solo con la via giurisdizionale.

La praticabilità della soluzione transattiva nell'ambito di conflitti maturati in tutti i rapporti che coinvolgono la pubblica amministrazione, può essere ammessa senza distinguere fra gli accordi transattivi aventi ad oggetto questioni suscettibili di valutazione patrimoniale e questioni relative all'esercizio di potestà amministrative²².

Ciò comporta un ampliamento di impiego della transazione.

Non solo.

Se l'accordo transattivo soddisfa al meglio le parti, migliora di conseguenza anche la stabilità degli effetti giuridici generati dai rapporti

enti pubblici, in *Arch. Dir. pubbl.*, 1936, che per primi analizzarono sul piano teorico l'operabilità della transazione nel diritto amministrativo, traendone conclusioni divergenti, ma orientate a una forte limitazione nell'utilizzo; per una progressiva apertura alla transazione nei rapporti pubblicistici, v. G. MIELE, *La transazione nei rapporti amministrativi*, in *Id.*, *Scritti giuridici*, I, Milano, 1987.

²¹ Sempre seguendo la logica della sommaria ricostruzione formale, si distinguono, sulla scia del solco di Guicciardi, E. FERRARI, *Transazione della pubblica amministrazione*, in *Enc. Giur.*, XXXI, Roma, 1994 e G. GRECO, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva*, in *Dir. Amm.*, 2005; differenti, per modalità di impostazione del tema, sia lo studio di P. STELLA RICHTER, P. CHIRULLI, *Transazione (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, sia i lavori di M. D'ORSOGNA, *Gli accordi transattivi*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. DEL FEDERICO (a cura di), *Azione amministrativa ed azione impositiva tra autorità e consenso. Strumenti e tecniche di tutela dell'amministrato e del contribuente*, Milano, 2010, entrambi orientati all'esame della transazione pubblicistica in un confronto con la disciplina degli accordi tracciata dalla legge sul procedimento amministrativo. Occorre segnalare, infine, il recente lavoro monografico di A. CASSATELLA, *op. cit.*, *passim*, che, previa ricostruzione critica dei precedenti studi in materia, ha offerto una rilettura sistematica e attuale della transazione amministrativa, valorizzandone le potenzialità.

²² Ciò, secondo la prospettiva di A. CASSATELLA, *op. cit.*, 105, costituisce l'elemento identificativo unificante e specializzante che spinge a teorizzare un modello di transazione amministrazione che l'A. tipicizza e costruisce in modo unitario, superando la originaria dicotomia fra contratto transattivo (su rapporti privatistici) e accordo transattivo (su rapporti pubblicistici).

siglati in funzione pacificatrice, con ciò riducendo l'idea di incertezza spesso associata all'intervento della giurisdizione amministrativa²³.

Gli incentivi al potenziamento di questa strada divengono allora molteplici ed eterogenei.

Nella scelta amministrativa di percorrere una strada alternativa al ricorso al giudice sono contenuti molti elementi a carattere positivo, in un momento storico in cui, da un lato, la centralità catalizzatrice della giurisdizione amministrativa vacilla²⁴ e dall'altro l'ampliamento dell'accesso alla giurisdizione amministrativa²⁵ ha generato un incremento esponenziale di controversie radicate nelle sedi giudiziarie competenti, con la conseguenza che la stessa giurisdizione amministrativa debba considerarsi come una risorsa preziosa, della quale si auspica un utilizzo ponderato²⁶.

Senza trascurare che lo sfondo di un contesto sociale ed economico segnato da una profonda crisi globale, acuita dalla recente situazione pandemica, costituisce un terreno – non neutrale – entro cui svolgere ogni riflessione in ordine alla utilità di potenziare strumenti di risoluzione non giurisdizionale del conflitto, sia per abbattere i costi di giustizia, sia per migliorare la qualità delle risposte al conflitto.

²³ Per una lettura prospettica della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo, L. TORCHIA, *La giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo alla prova dell'evoluzione*, in P.L. PORTALURI (a cura di), *L'Amministrazione pubblica, i cittadini, la giustizia amministrativa: il percorso delle riforme*, Atti del Convegno di Lecce del 16-17 ottobre 2015, Napoli, 2016.

²⁴ M. DELSIGNORE, *La disponibilità degli interessi legittimi: nuovi spazi per la risoluzione extragiudiziale del contenzioso*, in *Riv. arb.*, 2017, 521.

²⁵ Fra i molti studi che hanno attentamente analizzato i confini della giurisdizione amministrativa in rapporto al profilo dell'accesso alla tutela e dell'esercizio del diritto di difesa, limitatamente ai contributi più recenti, v. G. TROPEA, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo: una rassegna critica della letteratura recente*, in *Dir. proc. amm.*, 2021; F. SAITTA, *La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione?*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 529.

²⁶ M. CLARICH, *Giustizia amministrativa e processi economici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 19.

Entro tale contesto si sviluppa l'ulteriore tendenza che mira a rileggere con una certa organicità il fenomeno²⁷, in parte anche contrastando una certa ritrosia del legislatore a riordinare sul piano sistematico e generale un utilizzo regolare delle ADR nel diritto amministrativo²⁸, oggi ridotto entro una clausola normativa di generica impiegabilità di alcuni strumenti entro certe condizioni²⁹.

Proprio il ricorso alla strada della transazione, allora, se mantenuta entro i limiti giuridici di praticabilità e adeguatezza, offre una concreta soluzione ben aderente alle pretese soggettive delle parti in conflitto³⁰, scongiurando il rischio di una futura frattura del rapporto, salvo che accadimenti patologici imputabili alle parti la rendano disfunzionale³¹.

Più nello specifico, ma senza voler eccedere in riflessioni politologiche³², è possibile convenire, con ragionevole tranquillità, sul fatto che

²⁷ Per una visione d'insieme del fenomeno delle ADR nell'ambito pubblicistico, M. DELSIGNORE, M. RAMAJOLI, *ADR e Pubblica Amministrazione*, in F. DANOVÌ, F. FERRARIS, a cura di, *ADR una giustizia complementare*, Torino, 2018, 240.

²⁸ Per una ricostruzione recente dello stato dell'arte si veda V. DOMENICHELLI, *La giustizia nell'amministrazione fra procedimento e processo, fra giurisdizione amministrativa e modelli alternativi di risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 55.

²⁹ Si pensi all'art. 12 c.p.a., su cui si rinvia alle riflessioni di N. LIPARI, *L'arbitrato e la giurisdizione amministrativa: certezze acquisite e questioni aperte*, in *Giur. it.*, 2019, 1243.

³⁰ Come evidenziato da M. RAMAJOLI, *Per una giustizia amministrativa alternativa con particolare (anche se non esclusivo) riguardo alle transazioni pubblicistiche*, in *Giustizia consensuale*, 2021, 123, che caratterizza le ADR per specificità, proporzionalità e appropriatezza della risposta (differenziata) di tutela.

³¹ Ciò può accadere, a esempio, nel caso in cui i contenuti precettivi degli accordi transattivi non siano ottemperati dall'amministrazione, con conseguente difficoltà di esecuzione successiva; oppure nel caso in cui alcuni elementi del negozio transattivo risultino viziati ab origine per cause esterne o condizionati da logiche animate da spinte personalistiche o utilitaristiche.

³² Con tale espressione si allude a eventuali giudizi di valore espressi in relazione alla bontà della soluzione negoziale di composizione della lite in via stragiudiziale e derivanti dalla presupposizione che la concreta individuazione del contenuto del rapporto transattivo da parte della p.a. che ha scelto di negoziare rappresenti la migliore modalità di soddisfacimento dell'interesse pubblico, in luogo di uno dei possibili modi di esso.

la transazione rappresenti, per l'amministrazione, una valida strada di realizzazione dell'interesse generale³³.

È sufficiente ribadire, infine, che dal lato pubblico il perseguimento delle finalità istituzionali non è solamente presupposto per l'accesso e l'impiego della transazione da parte dell'amministrazione³⁴, ma diviene anche una delle principali condizioni per sostenere la convenienza economica e la ragionevolezza della soluzione transattiva convenuta, eventualmente circoscrivendo la configurazione di un danno erariale o di elementi soggettivi dell'illecito contabile indagato dalle procure regionali nell'ambito dell'esercizio di un'azione di responsabilità amministrativa.

Nell'ambito delle controversie pubblicistiche – reali o potenziali – che hanno ad oggetto un rapporto conflittuale caratterizzato dalla presenza condizionante dell'amministrazione³⁵, sia essa agente in veste privatistica in relazione a diritti patrimoniali, sia essa agente nell'esercizio del potere amministrativo, la transazione, quindi, costituisce un modello negoziale di composizione di una conflittualità amministrativa la cui utilizzabilità concreta, dal lato pubblico, può essere condizionata da rischi connessi alla proiezione di future (e incerte) forme responsabilità amministrativa.

³³ Per una attenta analisi di tale profilo, ampiamente M. RAMAJOLI, *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 481.

³⁴ I due momenti sono individuati in modo distinto in relazione al differente atteggiarsi del doveroso l'interesse pubblico da perseguire da parte dell'amministrazione: l'interesse a rinunciare alla via giurisdizionale in un contesto di rischio di soccombenza e l'interesse a definire al meglio l'assetto del rapporto con il negozio transattivo; per un approfondimento del rapporto fra l'interesse primario come causa del potere e l'interesse secondario come scelta di transigere, F. CINTIOLI, *Le tecniche di alternative dispute resolution nelle controversie della Pubblica Amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4, 2009, 918.

³⁵ Secondo quanto efficacemente osservato da A. CASSATELLA, *op. cit.*, qui 15 e 233 e s., la principale caratteristica della "conflittualità amministrativa" risiede proprio nell'esistenza di un tipo di conflitti riconponibili soltanto "attraverso norme giuridiche applicabili all'amministrazione, siano esse stabilite dal Codice civile o da discipline settoriali", ma comunque dotate di una peculiarità all'interno dell'ordinamento; ciò sulla premessa che la posizione istituzionale dall'amministrazione e i poteri a essa riconosciuti dall'ordinamento non mutano a seguito del fatto giuridico occasionale dell'evento-lite.

3. Limiti e confini del sindacato contabile sulla scelta pubblica di transigere per risolvere il conflitto

La rilettura delle conseguenze amministrative relative alla percezione del rischio di incorrere in future responsabilità pubbliche può essere affrontata solo previa delimitazione dei confini del sindacato del giudice contabile e, più in generale, del ruolo della Corte dei Conti in merito agli esiti delle scelte pubbliche discrezionali di concludere, in un dato modo, un accordo transattivo con i privati.

In premessa è utile ricordare che, in linea di massima, è sempre configurabile un condizionamento dei risultati prodotti dallo svolgimento dei compiti processuali affidati alla Corte dei Conti sull'agire quotidiano delle amministrazioni: se giurisdizione contabile e amministrazione finiscono con il "compenetrarsi in modo funzionale", giungendo la prima a trasferire sulla seconda le conseguenze e le criticità maturate in quel contesto³⁶, il legame appare innegabile e biunivoco.

Al netto dell'ampiezza della portata di quanto appena rilevato, una corretta perimetrazione della possibile incidenza indiretta del futuro operato del giudice contabile sull'attività amministrativa in essere – in questo caso volta a costruire l'operazione transattiva che condurrà alla decisione del "se" transigere e "come" transigere – si impone per vari ordini di motivi.

Non soltanto per impostare in termini adeguati il rapporto fra (effetti della) decisione amministrativa in ordine alla transazione e giudizio di responsabilità amministrativa, avviato dalle conseguenze della medesima transazione; ma vieppiù per mantenere inquadrata tale forma di tutela nell'ambito della funzione tipica di questo giudice speciale³⁷.

³⁶ Il punto di vista qui riportato è l'asse cartesiana lungo la quale si snoda l'approfondimento condotto da E. D'ALTERIO, *Come le attività della Corte dei Conti incidono sulle pubbliche amministrazioni*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1, 2019, 39 e volto a mettere in luce come sempre più di frequente le disfunzioni della giurisdizione contabile generino paradossi in grado di condizionare l'operato presente e futuro delle amministrazioni pubbliche.

³⁷ Su cui v. F.G. COCA, *Fondamento storico ed ordinamento generale della giurisdizione della Corte dei Conti in materia di responsabilità amministrativa*, in AA.VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, *Atti del LI convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 2006, 1; ID.,

Il presupposto da cui muovere è la configurabilità, rispettivamente: di effetti (economici) derivati dal rapporto transattivo aventi una dimensione ultra pattizia; di un contenuto dei medesimi suscettibile di valutazione patrimoniale e dell'emersione di un conseguente danno pubblico all'erario da essi derivato.

La prima caratteristica è pacifica, ma non scontata: che l'accordo transattivo generi conseguenze valutabili in una sede diversa da quella del negozio transattivo è insita nella mancata perdita del ruolo istituzionale dell'amministrazione, anche in presenza del mutamento dell'interesse pubblico concreto³⁸.

Diversamente argomentando si rischierebbe di avere delle aree di irresponsabilità per l'amministrazione che, al contrario, deve sempre rispondere della corretta gestione delle risorse finanziarie di cui dispone, dinanzi alla Corte dei Conti.

Quanto al profilo economico dell'effetto dell'accordo transattivo, esso può rivestire diverse forme: si va dall'immediato esborso di denaro da parte dell'amministrazione come elemento componente l'oggetto dell'accordo di risoluzione della lite siglato con il privato; al conseguimento di un risparmio di spesa per la mancata prosecuzione della lite dal probabile esito infausto nella sede giurisdizionale; ai vantaggi amministrativi ottenuti dalle pattuizioni assentite dal privato.

Gli aspetti enucleati consentono di approdare al punto più delicato dell'inquadramento del sindacato contabile in rapporto al negozio transattivo di cui sia parte l'amministrazione: delineare l'oggetto dell'interesse giurisdizionale della Corte dei Conti.

Esso segna il passaggio conclusivo, ma più delicato, dal momento che l'indagine va ricondotta entro la specialità che assiste tale tipo di giudizio in rapporto alla funzione costituzionalmente riconosciuta alla magistratura contabile.

Sguardo d'insieme sugli aspetti sostanziali e processuali della responsabilità amministrativa, in ID. (a cura di), *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, Padova, 1997, 1; V. TENORE, *La nuova Corte dei Conti: Responsabilità, Pensioni, Controlli*, Milano, 2018; F. GARRI, *La Corte dei Conti. Controllo e giurisdizione. Contabilità pubblica*, Milano, 2012.

³⁸ Per la differenza fra esso e l'interesse pubblico generale al perseguimento delle finalità istituzionali dell'amministrazione, v. F. CINTIOLI, *Le tecniche*, cit., 925.

In aderenza al recente monito della Corte costituzionale, che ha avuto ancora occasione di precisare come la Corte dei Conti, in qualità di magistratura indipendente e neutrale al servizio dello Stato ordinamento, sia garante imparziale dell'equilibrio finanziario del settore pubblico nel suo complesso e della corretta gestione delle risorse³⁹, occorre procedere ricentrando sulla specialità della funzione ogni intervento della procura contabile sul negozio transattivo.

Ciò investe anche la ricerca di ipotesi di responsabilità amministrativa causative di pregiudizi erariali soggettivamente imputabili a funzionari e dipendenti che hanno scelto di concludere accordi transattivi.

Tale assunto porta già all'esclusione di tutti quei casi in cui l'indagine sulla responsabilità amministrativa sia avviata sulle condotte causative della situazione controversa da cui è scaturita la lite oggetto di successivo accordo transattivo stipulato da parte di soggetti diversi: in tale circostanza, infatti, a tacer del fatto che non può aversi opponibilità dell'accordo transattivo alle parti diverse da quelle estranee all'operazione transattiva, la personalizzazione dell'illecito contabile impedisce di estendere il nesso causale del "danno primario" al cosiddetto danno indiretto, da cui è scaturita la necessità di transigere.

Sulla premessa che la transazione conclusa dall'amministrazione per tale oggetto non preclude il potere-dovere del giudice contabile di pronunciarsi sulla sussistenza dei presupposti della responsabilità erariale "originaria" e sulla determinazione del quantum risarcibile dal dipendente nei confronti dell'amministrazione che ha subito il pregiudizio per l'insorgenza della lite, l'attenzione si circoscrive ai casi in cui la negoziazione non sia il risultato rimediale/pacificatorio di una precedente illegittimità amministrativa accertata nelle sedi giurisdizionali competenti.

Del resto, che la transazione non rappresenti mai uno "sconto di responsabilità" amministrativa è irrefutabile se solo si rammenta che il ruolo stesso del procuratore contabile è quello di promuovere l'azione di responsabilità amministrativo-contabile posta a tutela dell'interesse generale alla conservazione e alla corretta gestione dei beni e mezzi

³⁹ In modo uniforme e conforme, Corte cost. n. 39 del 2014 e n. 60 del 2013.

economici pubblici; si tratta, a ben vedere, di una investitura esclusiva, indisponibile e irrinunciabile.

Il perimetro a cui correttamente va ricondotto il ruolo della Corte dei Conti, nel caso di operazioni transattive sfociate in un preciso accordo contrattuale reso tipico dalla volontà pattizia convergente, è allora da ricercarsi all'interno della diseconomicità concreta dell'assetto concordato dalle parti; ciò, ponendo sempre mente al fatto che una delle due parti è una pubblica amministrazione che non può mai abdicare alla funzione istituzionale di curare al meglio il fine pubblico, anche attraverso la corretta ed equilibrata gestione delle risorse disponibili.

Ciò che è diseconomico, è disequilibrato e scarsamente conveniente, pertanto impattante in negativo sulle risorse pubbliche, o, meglio, contrastante con il fine pubblico generale, ma tipicizzato dalla funzione⁴⁰.

Il parametro di riferimento rimane, quindi, il pregiudizio erariale, che rischia persino di prevalere sulla causa funzionale della transazione, tipicamente orientata a comporre la lite, risolvendola.

Esso si oggettiva nella concreta quantificazione del pregiudizio ipotizzato sotto forma di danno erariale specifico, arrecato dalla transazione conclusa o non conclusa, sul quale andranno a calibrarsi i differenti contributi causativi dei funzionari e dipendenti, in rapporto alle speciali regole sull'imputazione soggettiva.

In linea teorica, pertanto, è riservata al giudice contabile la valutazione in ordine alle modalità concrete impiegate per assicurare l'economicità dell'operazione per la pubblica amministrazione, vale a dire ogni elemento utile ad accertare e perseguire fattispecie di responsabilità amministrativo-contabile derivanti da quella specifica transazione, in relazione alla quale, però, è preclusa ogni indagine in ordine alle ragioni amministrative poste a supporto della scelta.

Se il sindacato contabile si arresta alla verifica della convenienza economica dell'operazione transattiva, devono restare fuori dalla sua conoscibilità diretta sia l'aspetto ponderativo che ha supportato l'amministrazione nell'attività di formazione del consenso a dirimere il conflitto mediante la transazione, che le ragioni della scelta condotta nella

⁴⁰ Non va dimenticato, poi, che le coordinate dell'operato dell'amministrazione, anche laddove essa agisca *iure privatorum* per risolvere situazioni a carattere patrimoniale, rimangono sempre quelle dell'art. 1 l. n. 241 del 1990.

determinazione del contenuto o nella valutazione dei costi e dei benefici, che l'eventuale profilo di illegittimità amministrativa.

Detto altrimenti, l'indagine contabile può spingersi fino al limite dell'insindacabilità del merito amministrativo⁴¹.

Se, allora, le dinamiche sottese alle scelte pubbliche di transigere sono sottratte al rischio di un successivo sindacato del giudice contabile, l'alea della percezione del rischio per l'amministrazione si riduce sensibilmente e un eventuale condizionamento per la introduzione della valutazione prognostica negativa in merito a un successivo giudizio di responsabilità amministrativa, dovrebbe essere scongiurato.

Ma nel contesto giuridico attuale è proprio la "riserva di scelta amministrativa" a risultare fortemente ridotta e depotenziata⁴².

⁴¹ All'art. 1, co. 1, l. n. 20 del 1994 si legge infatti che rimane esclusa dall'accertamento della personale responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti, l'indagine nel merito delle scelte discrezionali, che si profilano sempre insindacabili: tale previsione è stata introdotta nell'ottica di evitare che il magistrato, attraverso il sindacato delle scelte discrezionali, realizzi una ri-valutazione nel merito e si trasformi in amministratore, travalicando così lo spazio di azione definibile come "riserva di amministrazione" (Atti seduta della Camera dei Deputati 18 dicembre 1996, n. 109, nonché C. Conti, Sez. I Giur. Centr. App., 23 settembre 2005 n. 292 e Cass. SS.UU. 29 gennaio 2001, n. 33); precisa ulteriormente la giurisprudenza contabile, che "l'agire libero degli amministratori e dipendenti pubblici entro gli spazi normativamente assentiti, si traduce in una condotta giuridicamente consentita, perciò in un requisito positivo del comportamento, finalizzato a tradurre una scelta, tra più opzioni di merito tutte ugualmente lecite e legittime, in un provvedimento decisorio destinato all'attuazione di un determinato fine di pubblico interesse, rispondente alla causa del potere esercitato", C. Conti, Sez. I Giur. Centr. App., 29 marzo 2019 n. 61.

⁴² Per circoscrivere la portata preclusiva di tali limiti entro lo stretto necessario, la giurisprudenza ha costantemente precisato che "La disposizione circa l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali non preclude, nel giudizio contabile, la valutazione delle scelte discrezionali che, eccedendo i limiti della ragionevolezza, sconfinano nell'arbitrio e siano perciò viziate da illegittimità per eccesso di potere, è consentita la piena sindacabilità delle scelte discrezionali quando si sia agito in contrasto con prescrizioni dell'ordinamento disattendendo in modo palese canoni di razionalità e di adeguatezza funzionale; l'oggetto del giudizio può riguardare la razionalità e congruità dell'azione amministrativa nonché il corretto perseguimento dell'interesse pubblico" (*ex multis*, C. Conti, Sez. giur. reg. Abruzzo, 7 gennaio 2004 n. 1; C. Conti, Sez. II Giur. Centr. App., 19 novembre 2003 n. 320/A).

L'erosione della sfera del merito amministrativo in conseguenza del progressivo affermarsi dei principi derivanti dalla legge sul procedimento amministrativo ha comportato un restringimento dell'area preclusa all'accesso del giudice contabile, oggi chiamato a vagliare, nel contesto funzionalizzato all'accertamento di eventuali responsabilità pubbliche per danno erariale, il rispetto dei principi di efficienza, economicità ed efficacia nell'ambito della scelta ponderativa riservata alla pubblica amministrazione.

Ciò, con precipuo riferimento all'asse delle scelte transattive, sposta molto il baricentro dell'indagine contabile, arricchendo il sindacato della Corte dei Conti di nuovi elementi utili a ricostruire la configurazione di forme di responsabilità amministrativa originate dall'operazione transattiva, qui intesa come fattispecie comprensiva anche dell'attività di determinazione del consenso a transigere.

Preservando – ma solo sotto un profilo formale – quegli elementi valutativi inerenti alla ponderazione e al bilanciamento dell'interesse pubblico in cura all'amministrazione in rapporto alla scelta di transigere e al contenuto dell'accordo transattivo, le procure regionali possono autonomamente procedere ad avviare indagini sull'equilibrio economico delle prestazioni convenute con la transazione, con ciò investendo alcuni ambiti oggetto delle scelte pubbliche.

La sostenibilità dell'equilibrio economico della transazione conclusa è cosa diversa dalla diseconomicità concreta che incide in modo immediato sull'assetto finanziario dell'amministrazione e sulle risorse pubbliche da essa gestite, valutabile sia in termini di diretta fuoriuscita di denaro pubblico, che in termini di mancati introiti per l'erario.

Quest'ultima si traduce in un giudizio estrinseco ancorato a parametri certi attraverso cui ancorare la generazione del danno pubblico; si rinvengono ipotesi di tale tipo nel caso in cui sia stata condotta una valutazione oggettivamente erronea dei presupposti della transazione, oppure sussiste l'assenza di elementi probatori in ordine ai presupposti della transazione⁴³; o, ancora, per un manifesto svantaggio economico per l'amministrazione in conseguenza di un sinallagma sbilanciato in modo non ragionevole, o un contenuto pattizio abnorme: ipotesi di re-

⁴³ C. Conti, Sez. giur. reg. Campania, 29 febbraio 2012 n. 250.

sponsabilità amministrativa si delineano in presenza di una transazione stipulata sulla base di una lite che trae origine da pretese palesemente infondate⁴⁴ o da situazioni non disponibili o, ancora, da debiti prescritti⁴⁵.

La prima fattispecie, invece, per essere valutata, impone al giudice contabile di condurre un giudizio intrinseco e puntuale e richiede l'estensione verso un sindacato condotto per singolo caso di specie e operato attraverso una indagine che si estende a tutta l'attività prodromica al negozio transattivo, esaminata nel suo contenuto.

Il giudice contabile deve acquisire elementi utili a vagliare la ragionevolezza, la razionalità, la diligenza, la prudenza, la proporzionalità tenuta dal funzionario o dipendente nel compiere scelte generatrici di conseguenza indirette per l'erario pubblico, attraverso una ricostruzione del caso concreto che muova da una proiezione futura degli effetti generati sull'amministrazione in termini di possibili pregiudizi erariali.

Viene, quindi, condotta una valutazione probabilistica di stampo prognostico per esaminare con rigore la condotta dell'amministratore che ha stipulato l'accordo transattivo, attraverso la formulazione di una ipotesi di verosimiglianza che proietti in contropiede il risultato amministrativo ottenuto all'esito del negozio transattivo: ciò consente al giudice contabile di rapportare quanto convenuto, con la situazione che si sarebbe generata senza la soluzione pacificatrice del conflitto, oppure con quello che avrebbe dovuto essere pattuito per generare un vantaggio diverso all'amministrazione⁴⁶.

Si estende il sindacato in ordine al buono o cattivo esito della lite che fornisce il presupposto della transazione⁴⁷, oppure in ordine al con-

⁴⁴ C. Conti, Sez. giur. reg. Marche, 27 marzo 2006 n. 383.

⁴⁵ Sul punto la giurisprudenza è ampia e consolidata, fra le molte, di recente, C. Conti, Sez. giur. reg. Lombardia, 8 marzo 2018 n. 47; C. Conti, Sez. III Giur. Centr. App., 2 febbraio 2017 n. 53; C. Conti, Sez. giur. reg. Lombardia, 7 luglio 2016 n. 115.

⁴⁶ Sul punto, a esempio, ancora C. Conti, sez. giur. reg. Lazio, 13 dicembre 2005 n. 2921.

⁴⁷ È significativo che l'indagine contabile sulla responsabilità copra anche ipotesi di mancata sottoscrizione di accordi transattivi asseritamente vantaggiosi da parte di dipendenti pubblici che, in luogo del ricorso a strumenti alternativi, hanno deciso di intraprendere la via giudiziaria dall'esito incerto, cfr. C. Conti, Sez. II Giur. Centr. App., 20 marzo 2007 n. 52/A.

tributo causalmente negativo del funzionario/dipendente che ha dato origine alla stipula di un accordo non equilibrato e sostenibile per l'amministrazione⁴⁸, magari per negligenza o eccessiva superficialità nella conduzione dell'operazione transattiva⁴⁹; o, ancora, in ordine alla ingiustificata sproporzione del contenuto dell'accordo negoziale sottoscritto dall'amministrazione pur in un contesto conflittuale incerto e controverso, che, però, non giustifica la scarsa diligenza tenuta dal funzionario stipulante nel ponderare i vantaggi per l'ente⁵⁰.

Se la transazione è finalizzata a evitare o porre fine al conflitto destinato a sfociare in una sede giurisdizionale, così escludendo o limitando conseguenze patrimoniali di rilievo per l'amministrazione, è necessario che sussista una incertezza (oggettiva o soggettiva) in ordine alla conclusione del conflitto⁵¹ oppure che via sia una alta probabilità di soccombenza per l'amministrazione (futura) convenuta⁵².

Ipotesi, quella da ultimo tracciata, assai frequente.

Si rammenti, infatti, che l'attuale congestione normativa incrementa la situazione di incertezza in ordine alla prefigurazione della cornice normativa di riferimento del conflitto insorto e che tale confusione sistemica alimenta la percezione del rischio in capo all'amministrazione.

Ma presupporre che l'incertezza di un esito giudiziario futuro o la certezza della soccombenza pubblica all'esito di una lite, diventino elementi valutabili nell'azione di responsabilità amministrativa implica riconoscere al giudice contabile la legittimazione a spingersi verso la ri-

⁴⁸ V. C. Conti, Sez. giur. reg. Umbria, 23 ottobre 2012 n. 107.

⁴⁹ Situazione, a esempio, riscontrabile nel caso in cui l'operazione transattiva che ha condotto alla stipula del contratto sia stata condotta senza adeguato approfondimento e supporto istruttorio da parte dell'amministratore stipulante, v. C. Conti, Sez. giur. reg. Lazio, 13 dicembre 2005 n. 2921.

⁵⁰ Interessante su punto C. Conti, Sez. giur. reg. Abruzzo, 5 gennaio 2012 n. 1.

⁵¹ Cfr. C. Conti, Sez. giur. reg. Molise, 2 maggio 2013 n. 51.

⁵² In merito, C. Conti, Sez. giur. reg. Toscana, 15 ottobre 2012 n. 485, dove si riconosce una ipotesi di responsabilità amministrativa a carico di un funzionario che aveva siglato un accordo transattivo con la controparte privata, già convenuta in giudizio di primo grado, accordando piena soddisfazione alle pretese di quest'ultima a scapito del vantaggio per l'amministrazione, pur in presenza di ampi margini di impugnazione della pronuncia di primo grado per la p.a.

costruzione delle dinamiche pubbliche che hanno supportato l'operazione transattiva sfociata nell'accordo negoziale⁵³.

Allora la difficoltà del compito delle procure prima e (eventualmente) del giudice contabile dopo sta proprio nel trovare la misura un sindacato che si mantenga entro i limiti dettati dall'ordinamento.

Operazione sempre più complessa che richiede il trasfondere il sindacato da una situazione archetipica astratta a una situazione concreta, senza introdurre un sindacato nel merito delle ragioni che hanno condotto l'amministrazione a compiere quelle scelte discrezionali che hanno costruito l'operazione amministrativa sfociata nel contratto transattivo, del quale, tuttavia, il giudice contabile può conoscere il contenuto.

4. Burocrazia difensiva, effetti sulle scelte transattive della p.a. e recenti antidoti normativi. Riflessioni conclusive

La realtà esaminata ci ha restituito un quadro dominato dal sospetto che l'influenza indiretta del giudice contabile assuma un peso di primario rilievo nelle scelte pubbliche di concludere accordi in funzione transattiva.

Ciò accade per almeno due concomitanti circostanze.

Da un lato, vi è l'ampliamento dell'oggetto dei negozi transattivi in funzione compositiva di liti pendenti o future in cui sia parte la pubblica amministrazione, con conseguente dilatazione delle possibilità di ricorrere alla composizione del conflitto amministrativo attraverso questo strumento alternativo alla giurisdizione, del quale sono noti i vantaggi.

Dall'altro, vi è il delinearsi di un modello di giudizio contabile per responsabilità amministrativa nel quale la ricerca degli elementi dell'illiceità di sempre nuove fattispecie di danno pubblico implica un as-

⁵³ Al riguardo, è stato in altra sede argomentato sulla necessità che il sindacato del giudice contabile, in ossequio alla specialità della funzione consolidata dall'ordinamento, non possa prescindere, per i profili di competenza spettanti, dal condurre una attenta indagine dell'iter decisionale che ha supportato il decisore amministrativo, se si vuole, V. GIOMI, *Processo contabile e decisione amministrativa: le dinamiche di una relazione complessa*, in *Diritto e Processo*, 2, 2021, 365.

sottigliamento del confine di insindacabilità del merito amministrativo⁵⁴.

La pubblica amministrazione che si accorda per transigere è dunque chiamata, nell'ambito dell'operazione transattiva, a condurre ogni scelta connessa a definire il contenuto dell'accordo negoziale futuro.

Sullo sfondo, a completamento del quadro sistemico, si rammenti che il momento decisionale dell'amministrazione che si avvia a transigere non è supportato neppure dall'ausilio della Corte dei Conti che, nelle previste forme di collaborazione con le amministrazioni pubbliche, può rilasciare – su richiesta – pareri in merito a questioni inerenti alla regolarità finanziaria, all'efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa e in materia di contabilità pubblica⁵⁵; l'apporto eventualmente fornito ai funzionari che ipotizzano di intraprendere una operazione transattiva è limitato a un vaglio formale di fattibilità, che, non volendo tradursi in una surrettizia modalità di co-amministrazione, si limita a una delibazione sulla generale rilevanza della questione proposta, con riguardo alla legittimazione del proponente e al rispetto dei confini oggettivi di proponibilità.

Il timore di uno sconfinamento nell'esercizio di compiti di amministrazione attiva e gestionale, mediante il rilascio di valutazioni a contenuto discrezionale oppure di una interferenza con la funzione giurisdizionale, depotenzia l'apporto della Corte dei Conti e rimette in toto la scelta nelle mani dell'amministrazione.

A dire il vero una sorta di antidoto contro il rischio di una duplicazione funzioni può rinvenirsi in quelle previsioni del Codice del processo contabile, novellate dal correttivo, che aumentano la separazione fra il giudizio di responsabilità amministrativa da avviare su una decisione

⁵⁴ Se ne ha una conferma avendo riguardo alle ipotesi di responsabilità amministrativa enucleate dalle nuove figure di danno pubblico quali, a esempio, il danno all'ambiente, il danno alla violazione della concorrenza e il danno da tangente, il danno da disservizio, il danno all'immagine.

⁵⁵ La fattispecie è regolata dall'art. 7, co. 8, l. n. 131 del 2003, che statuisce "Le Regioni possono richiedere ulteriori forme di collaborazione alle sezioni regionali di controllo della Corte dei Conti ai fini della regolare gestione finanziaria e dell'efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, nonché pareri in materia di contabilità pubblica. Analoghe richieste possono essere formulate, di norma tramite il Consiglio delle autonomie locali, se istituito, anche da Comuni, Province e Città metropolitane".

amministrativa deliberata all'esito delle risultanze di un precedente parere, chiesto e rilasciato dalle sezioni consultive della Corte dei Conti, ed effetti "scriminanti automatici" del medesimo sul nesso di imputazione⁵⁶.

In merito, infatti, il nuovo assetto normativo, da un lato, esclude che vi sia un automatico effetto de-responsabilizzante per il funzionario che procede recependo il parere dell'organo consultivo pubblico, affidando al P.M. contabile il compito di valutare l'assenza della colpa grave nel caso di recepimento fedele e uniforme del suddetto⁵⁷; dall'altro affida alla discrezionalità del giudice la decisione finale da esso adottata, mediante un controllo giurisdizionale sulle archiviazioni⁵⁸.

Ciò, se da un lato risolve possibili interferenze indebite fra le differenti funzioni attribuite alla Corte dei Conti, dall'altro, però, si pone come ulteriore fattore di accelerazione della percezione di un rischio potenziale per l'agire amministrativo.

La giurisprudenza, infine, si preoccupa da sempre di addivenire a un corretto inquadramento contabile delle somme pubbliche eventualmente versate (o introitate) dalla p.a. per obblighi patrimoniali derivanti da un accordo transattivo.

Nel silenzio legislativo, la difficoltà di una esatta identificazione del titolo di imputazione delle medesime, ha recentemente indotto la Corte dei Conti a stabilire che, laddove la transazione comporti oneri patrimoniali per l'amministrazione derivanti dal rapporto debito-credito, le maggiori spese non previste in bilancio necessitano di essere riconosciu-

⁵⁶ La vecchia versione dell'art. 96, co. 2, d.lgs. n. 174 del 2016, prevedeva l'archiviazione disposta dal p.m. per assenza di colpa grave in caso di conformazione dell'azione amministrativa "al parere reso dalla Corte dei Conti in via consultiva, in sede di controllo e in favore degli enti locali".

⁵⁷ Così dispone il nuovo art 96, co. 2, che lascia al p.m. contabile la possibilità di archiviare la posizione del soggetto convenuto per assenza di colpa grave "ove valutati che l'azione amministrativa si sia conformata al parere reso dalla Corte dei Conti in via consultiva, in sede di controllo e in favore degli enti locali nel rispetto dei presupposti generali per il rilascio dei medesimi".

⁵⁸ Art. 69, co. 3-6.

te con le procedure all'uopo formalizzate, previa specificazione della sussistenza di una utilità per l'amministrazione⁵⁹.

L'arresto giurisprudenziale con cui si ribalta il precedente orientamento⁶⁰ segna una importante svolta per l'impatto derivato sull'attività decisionale dell'amministrazione e per l'implementazione del rischio percepito in connessione delle possibili conseguenze derivanti dalla conclusione di accordi transattivi pubblici.

Ben si comprende, allora, come in tale articolato e sfumato contesto, l'idea che possano annidarsi forme di burocrazia difensiva condizionante le scelte transattive dell'amministrazione va ben oltre la mera suggestione.

Che di mera suggestione non si tratti è comprovato anche dall'urgenza con la quale il legislatore ha deciso arginare il rischio di una amministrazione paralizzata dal timore dell'agire, introducendo norme "manifesto" con le quali si promettono risultati che, se non sapientemente costruiti con un rigoroso esercizio dell'attività giurisdizionale da parte del giudice contabile, possono andare ben oltre le legittime aspettative, sovvertendo la legalità del sistema⁶¹.

L'intervento innovatore e avente ad oggetto proprio la disciplina generale dei presupposti costitutivi della fattispecie di responsabilità amministrativa, è contenuto in una riforma governativa⁶², varata senza il supporto della stessa Corte dei Conti⁶³.

⁵⁹ C. Conti, SS.RR. giur., 1 luglio 2020 n. 37, confermata da C. Conti, Sez. Lazio, deliberazione n. 48/2021/PAR.

⁶⁰ Cfr. C. Conti, Sez. contr. reg. Lazio, delib. n. 48/2021/PAR e Sez. contr. reg. Sicilia n. 164/2016; C. Conti, Sez. contr. reg. Sardegna, 23 luglio 2012 n. 62.

⁶¹ Per un'interessante rilettura del rapporto fra principio di legalità e contenuto della responsabilità in ragione della funzione pubblica A. CASSATELLA, *La responsabilità funzionale nell'amministrare. Termini e problemi*, in *Dir. Amm.*, 2018, 677, il quale propone di fornire *ex ante* un fondamento positivo alla responsabilizzazione funzionale, oggi ricostruibile soltanto *ex post*.

⁶² Decreto-Legge 16 luglio 2020, n. 76, recante "Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale", convertito senza modifiche sul punto con legge 11 settembre 2020, n. 120.

⁶³ V. SS.RR. contr., Audizione della Corte dei Conti sul disegno di legge n. 1883 del luglio 2020.

In tale ambito, la novella interviene a modificare la modalità con cui opera l'imputazione soggettiva della fattispecie illecita erariale.

Accentuando la già segnata distinzione fra il dolo e la colpa grave, prosegue nel solco della frattura con la previsione di un allontanamento definitivo fra le due ragioni di imputazione.

La soluzione introdotta circoscrive l'elemento soggettivo valutabile dal giudice contabile nella ricostruzione della responsabilità per danno pubblico, al dolo, del quale si definisce il significato giuridico⁶⁴ e attenua la responsabilità amministrativa nei confronti degli amministratori pubblici⁶⁵ che abbiano cagionato danni erariali in conseguenza di fatti derivanti da condotte commissive poste in essere con colpa grave.

Con l'unica eccezione che riguarda i fatti dannosi generati all'inerzia amministrativa⁶⁶, per i quali continua a operare l'imputazione a titolo di colpa.

Il temperamento necessario a placare l'intensità del dibattito sorto all'ingresso della disposizione è rinvenibile nella temporaneità e transitorietà della norma⁶⁷; ma si è trattato di un palliativo iniziale, atteso il sopraggiungere immediato di una prima proroga, che ne ha esteso l'efficacia a un altro biennio⁶⁸.

Nell'intenzione del legislatore la limitazione della responsabilità erariale avrebbe dovuto costituire un valido antidoto al dilagare della

⁶⁴ Il nuovo comma 1 dell'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, dispone che "La prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso"; ciò sposta l'onere probatorio sulla volontà dell'evento, oltre che sulla condotta e rende più difficile la contestazione di tale elemento soggettivo e, quindi, l'ampliamento delle ipotesi di responsabilità erariale, sul tema si rinvia a G.L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal Governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, in *www.sistemapenale.it*, 2020, il quale criticamente ha parlato di "scudo erariale".

⁶⁵ Si badi bene: l'estensione soggettiva oltre a essere massima, è anche indeterminata, poiché la legge parla di "soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti in materia di contabilità pubblica", con ciò rimettendo alla logica giuridica del momento il confine di applicabilità.

⁶⁶ V., nello specifico, il comma 2 dell'art. 21 della legge n. 120 del 2020.

⁶⁷ Si circoscrive la portata normativa ai fatti commessi dall'entrata in vigore della legge n. 120 del 2020 fino al 31 dicembre 2021.

⁶⁸ Il termine del 31 dicembre 2021 è stato successivamente prorogato al 30 giugno 2023.

burocrazia difensiva e al conseguente rischio che essa possa tradursi in un condizionamento concreto per le scelte decisionali operate dall'amministrazione⁶⁹.

Al netto delle forti critiche sollevate in dottrina da chi non ha colto nella novella né elementi utili a supportarne la compatibilità con i principi costituzionali che informano l'attività amministrativa, né rispondenza agli obiettivi di efficienza richiesti dal PNRR e ai meccanismi di responsabilizzazione del decisore in ordine alla gestione delle risorse finanziarie postulate dall'Europa, la previsione non pare essere di forte ausilio neppure per la prospettiva analizzata⁷⁰.

In primo luogo l'immissione del sistema di ulteriori elementi legislativi forieri di complicazione interpretativa non contribuisce a stemperare il "rischio percepito", che è alla base di manifestazioni di burocrazia difensiva.

Infine, il vantaggio generato può ritenersi solo apparente se solo si rammenti che ogni creazione di forme più o meno marcate di "scudo erariale" generano un fenomeno distorsivo di traslazione dei costi e degli effetti del danno pubblico generato da un'azione amministrativa illecita non correttamente perseguita nelle sedi opportune, sulla collettività degli amministrati.

La quota di danno assorbita dall'amministrazione come contrappeso alla crescente tendenza alla responsabilizzazione del decisore pubblico che gestisce risorse erariali, deve mantenersi nei limiti della ragionevole proporzionalità, come correttamente ci ha ricordato la Corte costituzionale⁷¹.

Seguendo tale monito anche nel caso di scelte pubbliche volte a stipulare accordi transattivi, la novella può rappresentare solo un apparente allentamento dei condizionamenti amministrativi incidenti sul ricorso allo strumento transattivo da parte dell'amministrazione per risolvere

⁶⁹ Tale lettura trova conforto in quella parte della dottrina che ha salutato positivamente l'ingresso della riforma, cfr. L. TORCHIA, *L'amministrazione presa sul serio*, cit., 5.

⁷⁰ In merito G. RIVOCCHI, *La Corte dei Conti ai tempi del "Recovery plan": quale ruolo tra responsabilità amministrativa contabile, semplificazioni e investimenti*, in *Federalismi*, 20, 2021.

⁷¹ Il riferimento è alla storica pronuncia Corte cost., 20 novembre 1998, n. 371.

varie forme di conflittualità, ma dietro il “manifesto” si dissimula un rischio ancora più eccessivo: quello di dar vita a tipologie di accordi transattivi i cui possibili effetti pregiudizievoli per le risorse pubbliche non verranno mai indagati dal giudice delle responsabilità pubbliche, generando costi collettivi insanabili.

Transigere di più, ma transigere peggio.

Allora, forse, sarebbe auspicabile che in luogo di una prospettiva di una progressiva deresponsabilizzazione dell’attività pubblica, si sostituisse, specialmente nel caso di decisioni pubbliche volte a impiegare modelli non giurisdizionali di composizione delle controversie che sfociano in negozi transattivi, una più attenta responsabilizzazione dell’operato del giudice chiamato ad accertare quella responsabilità amministrativa eventualmente scaturita dal contratto di transazione.

Risultato conseguibile soltanto con una migliore funzionalizzazione dell’articolazione i compiti pubblici⁷² e con il concomitante perfezionamento sostanzialistico del sindacato contabile in materia di responsabilità, che si liberi in modo definitivo da forme di giudizio estrinseco e parametrico.

Soltanto in tal modo si potrebbe efficacemente neutralizzare il freno della “burocrazia difensiva”, rimuovendo un importante disincentivo alla soluzione consensuale dei conflitti amministrativi per via transattiva.

⁷² V. A. CASSATELLA, *Le responsabilità di un’amministrazione posta nelle condizioni di decidere: concetti alla ricerca di un sistema*, in M. RENNA, R. URSI (a cura di), *La decisione amministrativa*, Napoli, 2021, 153.

ALCUNI SPUNTI DI RIFLESSIONE SULLE POTENZIALITÀ DELLA GIUSTIZIA RIPARATIVA NEL QUADRO DELLA PANDEMIA

*Elena Mattevi**

SOMMARIO: 1. Giustizia penale e pandemia: l'emergere di bisogni vecchi e nuovi di cui la giustizia riparativa può farsi carico. 2. Pandemia e responsabilità penale degli esercenti le professioni sanitarie impegnati nella gestione dell'emergenza Covid-19. 3. Le aggressioni al personale sanitario: una nuova disciplina. 4. La giustizia riparativa nel contenzioso penale in ambito medico-sanitario.

1. Giustizia penale e pandemia: l'emergere di bisogni vecchi e nuovi di cui la giustizia riparativa può farsi carico

La giustizia penale è stata scossa profondamente dalla pandemia. Scopo del presente intervento è quello di riflettere su alcuni dei contributi che la *restorative justice* può offrire al sistema penale, proprio in questo contesto.

La drammatica rapidità con cui il contagio si è diffuso in carcere a fronte dell'impossibilità di attuare le misure idonee ad arginarlo (distanze, sanificazione) ha fatto emergere, per esempio, nuove buone ragioni per affrontare – anche con l'aiuto di strumenti riconducibili alla giustizia riparativa – la questione del sovraffollamento e delle condizioni di vita nei luoghi di detenzione¹.

* Ricercatrice RtdA di Diritto penale nell'Università di Trento.

¹ Cfr. G. GIOSTRA, *Disinnescare in modo sano la bomba-virus nelle carceri*, in *Sistema penale*, 22 marzo 2020; Rapporto Associazione Antigone, *Il carcere alla prova della fase 2*, 10 agosto 2020; *Osservazioni e proposte del Consiglio direttivo AIPDP sull'emergenza carceraria da coronavirus*, in *Sistema penale*, 23 marzo 2020; E. SANTORO, *Diritto alla salute e prevenzione in carcere: problemi teorici e pratici di gestione del coronavirus negli istituti di pena*, in *La legislazione penale*, 4 maggio 2020. D. PULITANÒ, *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, in

Vorrei però volgere lo sguardo più in generale al funzionamento della giustizia, paralizzata per lungo tempo dall'emergenza sanitaria.

I legislatori di tutto il mondo sono stati costretti dal virus a prendere decisioni drastiche, come quella di rinviare la trattazione di un gran numero di procedimenti, pur di preservare il diritto alla salute.

L'Italia non è stata da meno. Mi pare utile l'immagine, che è stata utilizzata per descrivere la situazione, "di una bandiera bianca issata su tutti i palazzi di giustizia della Penisola"².

L'art. 83, co. 1, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 ha disposto il rinvio d'ufficio, salve limitate eccezioni di cui al comma 3, di tutte le udienze dal 9 marzo 2020 al 15 aprile 2020, data prorogata all'11 maggio 2020. Parallelamente è stato sospeso il decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto.

La disciplina emergenziale introdotta (art. 83, co. 4 e 9, d.l. n. 18 del 2020) ha stabilito poi, relativamente ai procedimenti penali, la sospensione del corso della prescrizione del reato con riferimento ai procedimenti oggetto di sospensione dei termini, le cui udienze erano state rinviate *ex lege*, o, per il periodo successivo all'11 maggio 2020, dai capi degli uffici giudiziari (salvo che per l'ipotesi dei procedimenti pendenti in Cassazione, per cui la disciplina dettata è stata diversa)³.

Sistema penale, 1 aprile 2020, ricorda come, forti dell'insegnamento di Keynes, non si debba lasciare che la crisi diventi un'occasione sprecata. Egli evidenzia come l'emergenza sanitaria abbia acuitizzato i problemi della situazione carceraria. Lo scarto tra la realtà del carcere e un livello adeguato di rispetto della dignità personale dei detenuti è troppo alto. Sul punto, cfr. anche L. EUSEBI, *Covid-19 ed esigenze di rifondazione della giustizia penale*, in *Sistema penale*, 13 gennaio 2021, 20 ss., per una valorizzazione degli orientamenti della *restorative justice* al fine di definire modalità sanzionatorie ricostruite come progetto.

² E. AMODIO, E.M. CATALANO, *La resa della giustizia penale di fronte alla bufera del contagio*, in *Sistema penale*, 5/2020, par. 1.

³ Cfr. G.L. GATTA, *Il corso della giustizia e il corso della prescrizione del reato durante l'emergenza COVID-19*, in *Sistema penale*, 2 novembre 2020, il quale evidenzia come la logica di fondo fosse quella di una generale temporanea sospensione dei procedimenti e processi penali, realizzata attraverso la sospensione dei termini processuali e il rinvio delle udienze, alla quale è stata correlata una corrispondente sospensione del corso della prescrizione. Con sentenza della Corte costituzionale, 6 luglio 2021 (ud. 25 maggio 2021), n. 140, è stata tuttavia dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 83, comma 9, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 (Misure di potenziamento del Servi-

Con riferimento, invece, al processo a distanza, in una primissima fase il settore della giustizia penale è parso poco interessato al fenomeno: il d.l. 18 del 2020 non prevedeva la celebrazione in videoconferenza delle udienze penali, salvo che per la partecipazione delle sole persone *in vinculis*. Nella prassi processuale, però, il processo a distanza si è radicato rapidamente per mezzo dei protocolli e delle linee guida dei capi degli uffici, chiamati ad adottare le misure organizzative per la trattazione degli affari giudiziari (non sospesi) in regime di sicurezza. Nel convertire il decreto n. 18, così, il Parlamento ha optato in modo convinto a favore della partecipazione *online*, rendendola applicabile, fino alla fine dell'emergenza, alle attività investigative, alle udienze penali e alle camere di consiglio (l. 24 aprile 2020, n. 27). Il giorno stesso della sua entrata in vigore, l'ambito operativo della nuova disciplina contenuta nella legge di conversione, però, è stato ridotto con un nuovo d.l. 30 aprile 2020, n. 28, che ha escluso la videoconferenza per la discussione e l'assunzione delle prove con l'esame di testimoni, parti, consulenti o periti (e non solo quindi in presenza di testimoni, per cui già la legge di conversione aveva escluso i collegamenti da remoto, pur che non si trattasse di ufficiali o di agenti di P.G.), a meno che le parti non esprimessero il proprio consenso al rito a distanza⁴.

Abbiamo quindi assistito all'emergere di un rito criminale del tutto nuovo perché celebrato in gran parte "da remoto" e non nei palazzi di giustizia.

Il legislatore ha navigato a vista prorogando, con atti normativi successivi a quelli sopra indicati, l'utilizzo della "giustizia virtuale" in base

zio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19), convertito, con modificazioni, nella legge 24 aprile 2020, n. 27, nella parte in cui prevede la sospensione del corso della prescrizione per il tempo in cui i procedimenti penali sono stati rinviati ai sensi del precedente comma 7, lettera g), e, in ogni caso, non oltre il 30 giugno 2020 e quindi per il tempo in cui sono stati rinviati sulla base delle misure organizzative adottate dai capi degli uffici giudiziari.

⁴ E. AMODIO, E.M. CATALANO, *La resa della giustizia penale di fronte alla bufera del contagio*, cit., par. 4.

all'evolversi della pandemia⁵. Con il d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, artt. 23 e 24, convertito nella legge 18 dicembre 2020, n. 176, sono state introdotte una nuova serie di previsioni in materia, che hanno riproposto, con alcuni ritocchi, diverse norme già vigenti nel periodo di maggior gravità dell'epidemia (indagini con collegamenti da remoto, udienze da remoto se non richiedono la partecipazione di soggetti diversi dal pubblico ministero, dalle parti private, dai rispettivi difensori e dagli ausiliari del giudice, nonché partecipazioni dei detenuti mediante teleconferenza). Il d.l. 1 aprile 2021, n. 44 ha fissato nel 31 luglio 2021 il nuovo termine per le misure emergenziali già contenute nel decreto di ottobre, poi prorogate, mentre il d.l. 23 luglio 2021, n. 105, ha limitato solo ad alcune di queste l'ulteriore proroga fino al 31 dicembre 2021⁶.

L'espansione dell'ambito applicativo delle udienze a distanza ha dato vita a un dibattito molto vivo, nel quale sono stati illustrati, in particolare, i rischi di stravolgimento della fisionomia costituzionale del processo penale⁷.

I problemi emersi non sono pochi; alcuni sono stati progressivamente risolti, come quelli posti dalle udienze in cui vengono sentiti i testi o esaminati i periti – visto che la testimonianza acquista il suo pieno valore conoscitivo solo quando sono percepibili anche gli aspetti non verbali⁸ senza il filtro di un video e visto che il contraddittorio immediato e

⁵ Cfr. ampiamente M. GIALUZ, J. DELLA TORRE, *D.L. 20 ottobre 2020, n. 137 e processo penale: sulla "giustizia virtuale" servono maggiore cura e consapevolezza*, in *Sistema Penale*, 9 novembre 2020.

⁶ La proroga in materia penale riguarda, in particolare, la partecipazione alle udienze mediante videoconferenza o collegamenti da remoto di detenuti, internati, persone in stato di custodia cautelare, fermate o arrestate, nonché il possibile compimento di atti tramite collegamenti a distanza nella fase delle indagini preliminari (cfr. art. 7 d.l. 23 luglio 2021, n. 105).

⁷ Cfr. il Documento del Consiglio Direttivo dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale "G.D. Pisapia" del 13 aprile 2020 *Osservazioni sulle disposizioni eccezionali per la giustizia penale nell'emergenza COVID-19*, in *Sistema Penale*, 14 aprile 2020, nonché I. CONTI, *Il processo penale al tempo del COVID-19: le udienze a distanza*, in *Penale – Diritto e Procedura*, 18 marzo 2020, O. MAZZA, *Distopia del processo a distanza*, in *Archivio pen.*, 2020, 1, ed E. AMODIO, E.M. CATALANO, *La resa della giustizia penale di fronte alla bufera del contagio*, cit., par. 4 ss.

⁸ E. AMODIO, E.M. CATALANO, *La resa della giustizia penale di fronte alla bufera del contagio*, cit., par. 5.

in presenza è fondamentale in ordine ai capitoli importanti dell'istruzione probatoria⁹ – ma ciò che è evidente a tutti è che il mezzo informatico nel processo penale, anche per lo svolgimento delle udienze, è stato ampiamente testato.

Le prospettive, a questo punto, possono essere due: porre l'attenzione sui problemi rimasti irrisolti e decidere fermamente di rinunciare alle udienze a distanza o, invece, sfruttarne anche in futuro le potenzialità.

Quanto alla prima opzione, possiamo certo sostenere di aver colto i limiti, sul piano delle garanzie, di questi strumenti e di voler rimanere aggrappati al modello di “giustizia in presenza” che conosciamo. Come è stato puntualizzato,

posto che nessuna tecnologia potrà mai surrogare la necessaria immediatezza su cui poggiano il diritto di difesa, il contraddittorio e la decisione del giudice, l'impossibilità di garantire tali valori è la negazione stessa della possibilità del processo a distanza¹⁰.

Non credo sia facile imboccare questa strada di ritorno al passato, ma se si vuole anche solo provare a farlo è necessario investire convintamente nell'efficienza del sistema.

Come altri paesi europei caratterizzati sul piano processuale dalla doverosità dell'azione penale¹¹, l'Italia, lasciata da parte una “finalità cieca di retribuzione obbligatoria” e una “mitica obbligatorietà indifferenziata”, guarda da un po' di tempo, sempre con maggior apertura, a soluzioni trasparenti, ma più flessibili, con una “disciplina di raccordo

⁹ Cfr. Associazione tra gli studiosi del processo penale “G.D. Pisapia” del 13 aprile 2020, *Osservazioni sulle disposizioni eccezionali per la giustizia penale nell'emergenza COVID-19*, cit., par. 4.

¹⁰ O. MAZZA, *Distopia del processo a distanza*, cit., 9. In termini molto critici si esprime anche, tra i penalisti, V. MAIELLO, *Udienze on line: un golpe. Al potere forze eversive*, in *Discrimen*, 2020 (25 aprile 2020).

¹¹ L. LUPARIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, in *Giur. it.*, 2002, 1751 s. afferma che i paesi che prevedono una doverosità dell'azione penale dimostrano un'apertura sempre maggiore verso ambiti di discrezionalità, mentre gli altri vanno continuamente temperando gli spazi discrezionali concessi all'agire del P.M.

fra il diritto penale e il processo”¹². Grazie al contributo offerto dalla Commissione Lattanzi, istituita con d.m. 16 marzo del 2021 proprio per elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale ispirate a criteri di “efficienza ed efficacia processuale”¹³, che ha concluso i suoi lavori il 24 maggio 2021¹⁴, questa prospettiva è diventata più concreta. Il disegno di legge approvato dalla Camera dei deputati in data 3 agosto 2021 e in data 23 settembre 2021, in via definitiva, dal Senato con il nuovo titolo “Delega al Governo per l’efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari” è il risulta-

¹² M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 259. G. FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, in *Foro it.*, 2000, V, 142, parla di “concezione realistica – e non mitica o ipocrita” dell’obbligatorietà dell’azione penale. Sul punto, cfr. i contributi contenuti in AA.VV., *L’obbligatorietà dell’azione penale*, Milano, 2021, a partire dal quello di M. CHIAVARIO, *Obbligatorietà dell’azione penale: né un mito da abbattere né un feticcio da sottrarre a ogni discussione*, *ivi*, 9 ss., che, pur evidenziando la funzione positiva dell’art. 112 Cost., sottolinea come vi siano diverse ragioni che lo hanno fatto sempre più rifuggire da un’impostazione manichea.

¹³ Come precisato, da ultimo, nel decreto istitutivo della Commissione creata dal Ministro della Giustizia Cartabia per elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale, nonché in materia di prescrizione del reato (decreto del 16 marzo 2021), tra i compiti della Commissione è stato indicato quello di stendere “un documento nel quale siano delineate, anche mediante la prospettazione di alternative, le misure più idonee ad assicurare maggiore efficienza ed efficacia al processo penale”.

¹⁴ Commissione di studio per elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale, nonché in materia di prescrizione del reato, attraverso la formulazione di emendamenti al Disegno di legge A.C. 2435, recante Delega al Governo per l’efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d’appello (d’ora in poi Commissione Lattanzi), *Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435*, in https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_LATTANZI_relazione_finale_24mag21.pdf. Tra i primi commenti, con specifico riferimento al tema della giustizia riparativa, cfr. V. BONINI, *Le linee programmatiche in tema di giustizia riparativa: il quadro e la cornice*, in *La legislazione penale*, 15 giugno 2021.

to degli emendamenti che hanno condiviso alcune delle ipotesi elaborate dalla Commissione (legge 27 settembre 2021, n. 134)¹⁵.

Si afferma spesso in termini condivisibili che quella della deflazione non è l'angolazione giusta per cogliere nel profondo il valore dei programmi di giustizia riparativa visto che, da un lato, essi hanno una base consensuale e volontaria che seleziona anche di molto gli accessi e, dall'altra, hanno un significato ben più profondo di un'asettica riduzione quantitativa del contenzioso, fondandosi "su dinamiche qualitative di ascolto attento e attivo, di empatia, di riconoscimento dell'umanità e della dignità dell'altro, di riparazione simbolica prima ancora che materiale"¹⁶.

Ma è proprio nelle logiche eccentriche rispetto a quelle che sorreggono molte scelte puramente deflative che si nascondono le potenzialità di un modello riparativo applicato a questo contesto, purché non venga ridotto a esso.

Il ruolo della giustizia riparativa in tale perimetro non è infatti secondario, se consideriamo come gli strumenti riparativamente orientati siano capaci di contribuire a dare un contenuto "sostanziale" a una scelta deflattiva, alla luce di criteri di valore riconducibili con coerenza alle funzioni proprie della pena. Una riparazione dell'offesa arrecata con il reato che sia coerente con le istanze della giustizia riparativa, e che quindi sappia riscoprire l'importanza della dimensione relazionale del conflitto e, assumendo una valenza anche simbolica, sia volta al riconoscimento della persona-vittima di reato e della sua dignità, arricchisce il quadro delle risposte possibili al fatto penalmente rilevante a cui l'ordinamento può dare rilievo¹⁷, perché, senza dimenticare la vittima che

¹⁵ Per una prima lettura del disegno di legge, oggi legge 134/2021, cfr. il Dossier del Servizio Studi di Camera e Senato del 31 luglio 2021 in <https://www.camera.it/leg18/126?tab=6&leg=18&idDocumento=2435&sede=&tipo=> e G. DE FRANCESCO, *Brevi appunti sul disegno di riforma della giustizia*, in <https://www.laegislazionepenale.eu/brevi-appunti-sul-disegno-di-riforma-della-giustizia-giovannangelo-de-francesco>.

¹⁶ G. MANNOZZI, *La diversion: gli istituti funzionali all'estinzione del reato tra processo e mediazione*, in F. CONSULICH, M. MIRAGLIA, A. PECCIOLI (a cura di), *Alternative al processo penale? Tra deflazione, depenalizzazione, diversion e prevenzione (Atti del Convegno Università degli Studi di Genova, 12 aprile 2019)*, Torino, 2020, 39.

¹⁷ Sul punto, anche se in chiave di sensibile riduzione della pena, più che di rinuncia alla stessa, merita una specifica menzione la proposta di Donini sul "delitto riparato":

voglia essere coinvolta, può essere in grado di attestare l'avvenuta re-sponsabilizzazione dell'autore rispetto all'illecito: a determinate condizioni, in presenza di fatti di gravità medio-bassa, può consentire di rinunciare alla sanzione e agevolare una rapida uscita dal procedimento penale, o, quanto meno di fronte a reati più gravi, di incidere in misura significativa sulla sua severità¹⁸.

È tuttavia indispensabile pensare a una disciplina attenta ai momenti di raccordo tra il procedimento giudiziario e il programma riparativo.

Con riferimento al momento di attivazione del programma, esso può avere collocazioni diversificate nello sviluppo ordinario del procedimento penale. Nonostante si sia assistito, nelle riforme più recenti, all'inserimento di un *restorative justice programme* o almeno di alcuni strumenti orientati al modello riparativo in istituti, come la messa alla prova, che trovano una più frequente applicazione in sede di udienza preliminare o in fase predibattimentale e che pur meritano di ricevere sempre nuova linfa con un ampliamento dei presupposti applicativi¹⁹, si dovrebbe pensare con maggior convinzione a un processo riparativo da promuovere di regola già nella fase delle indagini, dove i ruoli sono meno stigmatizzati dalle vicende processuali e un esito positivo di que-

M. DONINI, *Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato*, in *questionegiustizia.it*, 29 ottobre 2020; ID., *Il delitto riparato. Una disegualità che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2015, 2, pp. 235 ss.; ID., *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Coppi*, vol. II, Torino, 2011, pp. 889 ss.

¹⁸ Sul punto, sia consentito rinviare, anche per i profili definitivi, a E. MATTEVI, *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, Napoli, 2017, 45 ss.

¹⁹ In questa direzione si è mossa sia la Commissione Lattanzi sia, coerentemente, anche se per reati puniti con un limite di pena massima più basso (non superiore nel massimo a sei e non più a 10 anni), il Governo e poi il Parlamento con la riforma per l'efficienza del processo penale, approvata in via definitiva (legge 134/2021), prevedendo che nell'esercizio della delega sia esteso l'ambito di applicabilità della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato "oltre ai casi previsti dall'articolo 550, comma 2, del codice di procedura penale, a ulteriori specifici reati, puniti con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a sei anni, che si prestino a percorsi risocializzanti o riparatori, da parte dell'autore, compatibili con l'istituto" (art. 1, co. 22). Tra i criteri si prevede altresì che la richiesta di messa alla prova dell'imputato possa essere presentata anche dal pubblico ministero.

sta procedura potrebbe evitare lo svolgimento del processo penale, a determinate condizioni²⁰.

La legge delega ipotizzata dalla Commissione Lattanzi mirava all'introduzione di un articolo molto ricco (art. 9-*quinquies*) dedicato proprio alla "disciplina organica della giustizia riparativa"²¹, intesa come complementare al sistema penale; tuttavia, se la proposta aveva previsto un opportuno recepimento degli esiti del ricorso a detti programmi "in ogni stato e grado del procedimento di merito" (lett. e), nulla di esplicito aveva disposto su di un momento generalizzato di accesso a essi. È preferibile allora, per questo aspetto, la versione contenuta nella legge di delega al Governo per l'efficienza del processo penale, approvata dal Parlamento (l. 27 settembre 2021, n. 134), la quale, dando ampio spazio a questa disciplina organica con una proposta articolata, include tra i principi e i criteri direttivi "la possibilità di accesso ai programmi di giustizia riparativa in ogni stato e grado del procedimento penale e durante l'esecuzione della pena" (art. 1, co. 18, lett. c). Un limite all'operatività del modello si coglie tuttavia nella necessità che l'invio ai servizi di giustizia riparativa sia rimesso all'iniziativa dell'autorità giudiziaria competente, che deve sempre valutarne l'utilità alla luce dei criteri di accesso che dovranno essere definiti²²; in ottemperan-

²⁰ F. RUGGIERI, *Obbligatorietà dell'azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile*, in L. PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Padova, 1998, 201; M. WRIGHT, *Quanto è riparatrice la giustizia riparatrice?*, in <http://www.restorativejustice.org/10fulltext/wright-martin.-quanto-e-riparatrice-lagiustiziariparatrice/view>, 10, con riferimento, in generale, alla giustizia riparativa.

²¹ Cfr. Proposte contenute nel par. 4.5 della Relazione finale della Commissione Lattanzi (nuovo art. 9-*quinquies* d.d.l. A.C. 2435), cit.

²² Il nuovo art. 1, co. 18 della l. 134/2021 sulla *Giustizia riparativa*, alla lett. c), è così formulato: "prevedere la possibilità di accesso ai programmi di giustizia riparativa in ogni stato e grado del procedimento penale e durante l'esecuzione della pena, su iniziativa dell'autorità giudiziaria competente, senza preclusioni in relazione alla fattispecie di reato o alla sua gravità, sulla base del consenso libero e informato della vittima del reato e dell'autore del reato e della positiva valutazione da parte dell'autorità giudiziaria dell'utilità del programma in relazione ai criteri di accesso definiti ai sensi della lettera a)". Il vaglio preventivo dell'autorità giudiziaria potrebbe rappresentare un ostacolo all'accesso se non si diffonderà nella magistratura una più ampia sensibilità e fiducia nella giustizia riparativa e comunque, anche a prescindere da questo, qualora l'indagato, che voglia accedere direttamente al programma, tema che la richiesta di

za alla Raccomandazione del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulla giustizia riparativa in materia penale CM/Rec(2018)8 (par. 19), sarebbe opportuno che alle parti non fosse precluso del tutto anche un ricorso autonomo ai servizi²³.

Con riferimento al secondo momento di raccordo e quindi al ritorno del caso all'autorità giudiziaria dopo la conclusione del programma, valorizzando i contenuti sostanziali della giustizia riparativa, si può rinunciare alla risposta punitiva e ottenere un risultato diversivo del procedimento penale mediante la remissione della querela e altri istituti funzionali all'estinzione del reato come quella a seguito di condotte riparatorie o la sospensione del procedimento con messa alla prova, qualora sussistano tutti i requisiti richiesti dalle norme che disciplinano specifiche cause estintive. Queste misure potrebbero essere potenziate, prendendo seriamente le distanze dalla logica meramente risarcitoria che in alcuni casi sembra animarle²⁴.

invio, rivolta all'autorità giudiziaria, possa essere da questa interpretata come un riconoscimento della sua "non estraneità" alla vicenda penale.

²³ Il vaglio preliminare dell'autorità giudiziaria si giustifica per i procedimenti più delicati per le vittime, come quelli contemplati dalla Convenzione di Istanbul del 2011 sulla violenza nei confronti delle donne e sulla violenza domestica. Per le altre ipotesi si dovrebbe garantire un accesso diretto ai servizi da parte degli interessati, in ottemperanza a quanto previsto dal par. 19 CM/Rec(2018)8: "I servizi di giustizia riparativa dovrebbero essere disponibili in ogni fase del procedimento penale. Alle vittime e agli autori dell'illecito dovrebbero essere fornite, da parte delle autorità competenti e dei professionisti legali, informazioni sufficienti per decidere se desiderino o meno partecipare. Le autorità giudiziarie o le agenzie della giustizia penale possono ricorrere a tali servizi in ogni momento del procedimento penale; ciò non preclude la possibilità di ricorrere autonomamente a un servizio di giustizia riparativa".

²⁴ La necessità di allontanarsi dalla logica meramente risarcitoria riguarda soprattutto l'art. 162-ter c.p. che avrebbe richiesto una revisione in sede di riforma, ma che invece, purtroppo, non è stato interessato dal disegno riformistico elaborato sulla scorta delle indicazioni offerte dalla Commissione Lattanzi. Se, infatti, la soluzione accolta dal legislatore del 2000 con l'art. 35 d.lgs. 274 del 2000 è stata quella di escludere un riduttivo automatismo tra condotte riparatorie (a maggior ragione se intese come meramente risarcitorie) ed estinzione del reato, imponendo al giudice una valutazione più complessa, che comprende l'eliminazione del danno criminale e la capacità della condotta antagonistica di assolvere da sola alle funzioni di riprovazione e di prevenzione ("giudizio di equivalenza sanzionatoria"), con l'art. 162-ter c.p., buona parte degli sforzi fatti per autonomizzare la riparazione estintiva da una logica esclusivamente civilistica pare

Come la Commissione Lattanzi ha voluto dimostrare andando a investire su alcune cause estintive²⁵ oltre che sull'art. 131-*bis* c.p., chiamato a dare finalmente rilievo anche “alla condotta susseguente al reato”²⁶, questi strumenti sono imprescindibili, in verità, in qualunque sce-

vanificata. Al giudice ordinario non viene richiesto di operare un giudizio di “equivalenza sanzionatoria”, ma solo di verificare se l'imputato ha riparato “interamente” il danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, ed eliminato – ma solo “ove possibile” – le conseguenze dannose o pericolose del reato. L'ipotesi in cui la persona offesa non accetti la riparazione è concretamente declinata avendo presente unicamente il profilo risarcitorio e così la riparazione oltre il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento è incentrata esclusivamente sul “pagamento, anche in forma rateale, di quanto dovuto a titolo di risarcimento”.

²⁵ Nelle Proposte contenute nel par. 4.5 della Relazione finale della Commissione Lattanzi si prevede che sia introdotta “la possibilità di accesso ai programmi di giustizia riparativa senza preclusioni in relazione alla gravità dei reati e di recepire gli esiti del ricorso a detti programmi in ogni stato e grado del procedimento di merito, nell'ambito degli istituti previsti dal codice penale, dal codice di procedura penale, dall'ordinamento penitenziario, dall'ordinamento minorile e da leggi speciali che possano essere arricchiti dall'innesto della prospettiva riparativa”. La Commissione ritiene infatti fondamentale “agevolare la gestione a livello processuale degli esiti dei percorsi *restorative*”, sollecitando la cura dell'innesto della giustizia riparativa a livello normativo, anche nell'ambito delle cause estintive, oltre che nell'art. 131-*bis* c.p., nell'art. 34 d.lgs. 274 del 2000, nel perdono giudiziale, nella sospensione condizionale della pena e nella commisurazione della pena, per quanto riguarda la fase cognitiva. La riforma per l'efficienza del processo penale (legge 134/2021) si indirizza nella stessa direzione, ma con una formulazione più sintetica e attenta a evitare che un esito di non fattibilità o negativo produca effetti pregiudizievoli per le parti: “e) prevedere che l'esito favorevole dei programmi di giustizia riparativa possa essere valutato nel procedimento penale e in fase di esecuzione della pena; prevedere che l'impossibilità di attuare un programma di giustizia riparativa o il suo fallimento non producano effetti negativi a carico della vittima del reato o dell'autore del reato nel procedimento penale o in sede esecutiva” (art. 1, co. 18).

²⁶ Cfr. Proposta contenuta nel par. 4.3 della Relazione finale della Commissione Lattanzi (nuovo art. 9-*bis* d.d.l. A.C. 2435, che prevede anche l'estensione del campo applicativo dell'istituto; estensione poi circoscritta dalla Camera dei deputati), cit. Nel testo approvato dal Parlamento ritroviamo sul punto la medesima formulazione (art. 1, co. 21). A tale riguardo, è interessante rilevare come anche se, a rigore, dal “fatto bagatellare” esula “la spontanea restaurazione, o la minimizzazione *ex post* del bene leso da parte dell'autore” (C.E. PALIERO, “Minima non curat praetor”. *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, 750), una valorizza-

nario, perché, anche qualora decidessimo di aprire le porte in modo convinto alle nuove tecnologie nel processo non potremmo illuderci di aver risolto tutti i problemi. Il fattore tempo rimane determinante.

Aggiungiamo tuttavia un ulteriore dettaglio, che arricchisce il quadro offerto dalla seconda prospettiva che si potrebbe aprire: quella per cui, viste le potenzialità offerte dallo strumento informatico, si arrivi in futuro a un sempre maggior affrancamento dalla dimensione della fisicità della giustizia, previa rimodulazione nel nuovo contesto delle garanzie fondamentali del giusto processo.

Questo scenario, del resto, non è stato scongiurato né dalla Commissione Lattanzi né dalla riforma per l'efficienza del processo penale, visto che tra i principi e criteri direttivi indicati nell'ambito della legge delega (art.1, co. 8, lett. c) legge 134/2021) è stato incluso proprio quello di “individuare i casi in cui, con il consenso delle parti, la partecipazione all'atto del procedimento o all'udienza possa avvenire a distanza”²⁷.

Al di là di alcuni profili critici squisitamente tecnici che i processualisti hanno ben illustrato²⁸, credo che un punto di grande debolezza del

zione *ex post* di condotte realmente restauratrici sia tuttavia altamente raccomandabile, sia dal punto di vista vittimologico che della teoria dei fini della pena. Non mancano, infatti, opinioni volte a sottolineare come le condotte riparatorie possano giocare un ruolo importante anche in questo contesto: esse fanno ritenere scarsamente apprezzabili le esigenze sottese all'applicazione della pena. Cfr. L. PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, Palermo, 2012, 467; A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino, 2010, 317 (in tema di art. 34 d.lgs. 274 del 2000); G. MANNOZZI, *Collocazione sistematica e potenzialità deflative della mediazione penale*, in G. DE FRANCESCO, E. VENAFRO (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, Torino, 2002, 144; G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, Torino, 2016, 92 s.

²⁷ Nel testo licenziato dalla Commissione Lattanzi si richiedeva, opportunamente, anche “il rispetto del diritto di difesa”. Nella Relazione della Commissione (par. 2.5) si ricordava tuttavia l'opportunità di “fare tesoro delle esperienze fatte durante la fase dell'emergenza, per non abbandonare alcuni possibili impieghi della c.d. *remote justice*, che possono non solo assicurare maggiore efficienza e rapidità al procedimento penale, ma anche incrementare le garanzie della difesa”.

²⁸ Associazione tra gli studiosi del processo penale “G.D. Pisapia” del 13 aprile 2020, *Osservazioni sulle disposizioni eccezionali per la giustizia penale nell'emergenza COVID-19*, cit., par. 6 si sofferma anche, per esempio, sulle deliberazioni collegiali in

modello virtuale si possa cogliere proprio nell'inevitabile impoverimento della dimensione relazionale, favorito dal video; un impoverimento ancora più marcato di quello che già si avverte chiaramente nella giustizia in presenza, visto che non è più possibile pensare nemmeno a un incrocio di sguardi, spesso assai significativo.

In particolare, temo che la vittima – ma non solo la vittima, anche l'imputato, a volte – finisca per sentirsi sempre più sola e per avvertire un bisogno ancora più urgente di trovare uno spazio diverso di incontro, per porre delle domande e per cercare delle risposte.

Che proprio la giustizia riparativa possa contribuire efficacemente a offrire questo “luogo” lo si comprende con facilità, se si va alle radici del suo successo a livello internazionale²⁹.

camera di consiglio, che pongono seri problemi di disponibilità degli atti processuali, di segretezza e, soprattutto, di immediatezza del dibattito collegiale.

²⁹ La giustizia riparativa è nata – o, più precisamente, è stata riscoperta – come un modello alternativo alla giustizia tradizionale, capace di valorizzare i protagonisti del conflitto sotteso o nascente dal reato, per rispondere a delle istanze e, tra queste, soprattutto a quelle espresse dalle vittime, marginalizzate dalla giustizia che conosciamo. Come evidenzia anche Zehr (H. ZEHR, *Changing Lenses*, Scottsdale (Pennsylvania)-Waterloo (Ontario), 1990, 111 ss.), infatti, se con il Tardo Medioevo si verifica una progressiva ascesa del paradigma della *State justice*, con la fine del XVIII secolo, in Occidente, lo Stato è giunto a formulare una pretesa radicale di monopolio della giustizia penale. Nel diritto penale moderno lo Stato si è assunto monopolisticamente il compito di tutelare gli interessi di chi ha subito il reato, marginalizzando la vittima “in carne e ossa” e le sue presunte istanze di vendetta privata (G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, 254; S. VEZZADINI, *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, Bologna, 2006, 16 s.; L. CORNACCHIA, *Vittime e giustizia criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1763). Sul contributo della giustizia riparativa nella prospettiva dell'apertura al dialogo con la vittima cfr., di recente, il ricco saggio di G. DE FRANCESCO, *Il silenzio e il dialogo. Dalla pena alla riparazione dell'illecito*, in *La legislazione penale*, 1 giugno 2021.

2. *Pandemia e responsabilità penale degli esercenti le professioni sanitarie impegnati nella gestione dell'emergenza Covid-19*³⁰

Affrontate le questioni di sistema, che la gestione della crisi aperta dalla pandemia ha reso ormai improcrastinabili, proviamo a fare un passo ulteriore verso una categoria di conflitti che sono stati favoriti dall'emergenza sanitaria.

Nell'emozione suscitata dall'emergenza Covid-19, i sanitari si sono trovati al centro dell'ammirazione pubblica. Celebrati dalla retorica della stampa che li ha dipinti come eroi in guerra³¹, hanno recuperato una considerazione sociale che sembrava ormai un mero ricordo.

Ma – è noto – queste emozioni sono destinate a svanire di fronte a vicende tragiche che colpiscono i pazienti negli affetti più cari.

Di fronte al numero di decessi legati al Covid-19 e alle denunce presentate soprattutto dai congiunti a seguito del trattamento ricevuto dai malati nelle strutture sanitarie, è parso subito centrale il tema della possibile responsabilità penale di coloro che, privi addirittura dei presidi adeguati almeno nella fase della più violenta sofferenza epidemiologica, in un momento di grande fragilità emotiva sono stati e sono tuttora impegnati da vicino nella salvaguardia della salute: i medici e gli infermieri³².

Il quadro in cui questi eventi lesivi si sono verificati è molto particolare.

Come è stato correttamente rilevato, “nel combattere il contagio da Covid-19 si opera in assenza di linee guida consolidate, di buone prati-

³⁰ Le considerazioni contenute nei prossimi paragrafi ripresentano, in sintesi, una parte delle riflessioni svolte in un più lungo articolo dedicato al tema della giustizia riparativa nell'ambito del conflitto tra sanitari e pazienti, pubblicato sulla rivista *La legislazione penale*.

³¹ Su questa semplificazione comunicativa discutibile, ma comunque efficace, cfr. M. CAPUTO, *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, in *La legislazione penale*, 22 giugno 2020, 2.

³² Cfr. G. LOSAPPIO, *Covid-19 e infortuni sul lavoro in ambito ospedaliero*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 3; A. GARGANI, *La gestione dell'emergenza Covid-19: il “rischio penale” in ambito sanitario*, *Dir. pen. proc.*, 2020, 7, 887.

che clinico-assistenziali riconosciute come tali dalla comunità scientifica, di evidenze terapeutiche”³³.

Il contesto emergenziale ha poi reso evidente una distanza insuperabile, prodotta dai tagli indiscriminati alla spesa sanitaria, tra bisogni di cura e risorse disponibili e i luoghi di assistenza medica sono diventati terreno di una disperata lotta per la vita dei pazienti³⁴.

Nel periodo dell'emergenza pandemica, l'attività medica si svolge tra incertezze scientifiche e problemi organizzativi tanto gravi da tradursi in tragedia non solo per i malati e le loro famiglie, ma anche per gli stessi medici, esposti al contagio³⁵ e obbligati a scegliere chi curare prima o addirittura chi non curare.

Nonostante gli sforzi profusi e i drammi affrontati dai sanitari nel quadro descritto, le morti sono numerose e numerosi sono i casi di

³³ Comitato Nazionale per la Bioetica, Covid-19: *La decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del “triage in emergenza pandemica”*, 8 aprile 2020, 10. Si riporta, per completezza, l'intero passaggio: “I professionisti della salute si sono spesso trovati a dover lavorare per molte ore consecutive, con ritmi massacranti, a volte anche con dispositivi di protezione inadeguati, con un alto rischio di infettarsi e persino di morire: sono infatti numerosissimi i decessi degli operatori sanitari. Va inoltre tenuto conto dell'incertezza scientifica che caratterizza la novità dell'attuale emergenza pandemica: nel combattere il contagio da Covid-19 si opera in assenza di linee guida consolidate, di buone pratiche clinico-assistenziali riconosciute come tali dalla comunità scientifica, di evidenze terapeutiche. In considerazione di ciò il CNB segnala con preoccupazione la proliferazione di contenziosi giudiziari nei confronti dei professionisti della salute nel contesto dell'attuale emergenza pandemica”.

³⁴ Come evidenziato da C. CIARDO, *Il Servizio Sanitario Nazionale alla prova dell'emergenza CoViD-19: il rischio di una sanità disuguale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto (Special Issue)*, 2020, 1, 233, “nel periodo successivo alla crisi economica del 2008 è stato attuato un progressivo definanziamento del Servizio Sanitario attraverso un aumento annuo del budget destinato al SSN ben più contenuto sia rispetto a quello previsto negli anni precedenti, sia rispetto alle reali necessità della sanità italiana. A conferma di quanto esposto si evidenzia che nel periodo tra il 2009 e il 2014 la spesa sanitaria pubblica ha fatto registrare un incremento annuo dello 0,7%, mentre nel quinquennio precedente (2003-2008) la crescita si era attestata sulla percentuale del 6%”. Cfr. anche S. GARATTINI, *Riflessioni sul post-pandemia da Sars Cov-19*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto (Special Issue)*, 2020, 1, 775 ss.

³⁵ Cfr. sul punto F. D'ALESSANDRO, *Le vittime vulnerabili all'epoca del coronavirus. Dalle vittime di violenza domestica agli operatori sanitari esposti al contagio*, in G. FORTI (a cura di), *Le regole e la vita. Del buon uso di una crisi*, Milano, 2020, 99 ss.

eventi lesivi che, in condizioni diverse (questo è un punto importante), si sarebbero, forse, potuti evitare: il rischio di possibili conseguenze giudiziarie, anche penali, a carico dei professionisti della salute per *malpractice* si fa molto concreto. Le notizie di indagini avviate per la ricerca di eventuali responsabilità penali, infatti, non mancano³⁶.

In questo quadro, tenuto conto delle preoccupazioni espresse sul punto dal Comitato Nazionale per la Bioetica³⁷ e proprio per evitare il rischio di fare dei sanitari dei prevedibili “capri espiatori”, la dottrina si è da subito impegnata in modo convinto nella ricerca delle vie percorribili per escludere o circoscrivere la responsabilità penale di coloro che sono impegnati nell’emergenza, in ossequio all’art. 27, co. 1 Cost.

La strada è tuttavia in salita.

Volgendo lo sguardo alle coordinate tracciate dalla nota sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione (sentenza Mariotti), pronunciata dopo la riforma c.d. Gelli-Bianco (legge 8 marzo 2017, n. 24), se ne ricava che le condizioni poste dall’art. 590-*sexies* c.p. ai fini dell’esonero da responsabilità dell’operatore sanitario sono difficilmente applicabili alle specificità dell’emergenza Covid-19³⁸, in considerazione della si-

³⁶ Cfr. A. ROIATI, *Esercizio della professione sanitaria e gestione dell’emergenza Covid-19: note minime per un ampliamento delle fattispecie di esclusione della responsabilità penale*, in *La legislazione penale*, 19 maggio 2020, 2 s. A testimonianza di questa tendenza, basti ricordare che sono nati Associazioni e Comitati (reperibili agilmente in rete) con oggetto sociale quello di promuovere o sostenere iniziative giudiziarie (anche penali) per i decessi legati alla diffusione del Virus. Cfr. anche C. CUPELLI, *Gestione dell’emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso (d.l. 44/2021)*, in *Sistema Penale*, 1 giugno 2021, par. 1.

³⁷ Comitato Nazionale per la Bioetica, Covid-19: *La decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del “triage in emergenza pandemica”*, 8 aprile 2020, cit., *passim*.

³⁸ Cass. pen., sez. un., 21 dicembre 2017 (dep. 22 febbraio 2018), n. 8770 (Mariotti), in <https://bit.ly/2G2Lun8>. In argomento, A. ROIATI, *Il compromesso interpretativo praeter legem delle Sezioni unite in soccorso del nuovo art. 590-*sexies* c.p.*, in *Archivio pen.*, 2018, 2, 423 ss.; C. CUPELLI, *L’art. 590-*sexies* c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un’interpretazione “costituzionalmente conforme” dell’imperizia medica (ancora) punibile*, in *Dir. pen. cont.*, 2018/3, 246 ss. I punti fondamentali della sentenza Mariotti, che ha sostanzialmente ridisegnato i confini applicativi della fattispecie, sono così riassumibili: quando si tratti di negligenza o imprudenza, l’esercente la professione sanitaria risponderà anche per colpa lieve; quando si tratti di imperizia, occorre distingue-

tuazione di incertezza scientifica attestata dalla assenza di linee guida accreditate e di buone pratiche applicabili al caso clinico e delle difficoltà organizzative legate all'elevato numero di malati e alla insufficienza sia di posti nelle terapie intensive che di personale specializzato³⁹.

La soluzione interpretativa della riforma Gelli-Bianco offerta dalle Sezioni Unite, secondo cui, quando non esistono linee guida o buone pratiche applicabili al caso clinico, l'esercente la professione sanitaria risponde anche per colpa lieve, applicata al caso dell'emergenza sanitaria da Covid-19, una patologia nuova ma dagli effetti dirompenti, ha destato molte perplessità. L'art. 590-*sexies* c.p. riguarda situazioni complesse che comunque attengono alla normalità⁴⁰.

Si apre allora un ampio dibattito concernente l'opportunità di intervenire con uno "scudo"⁴¹ per i medici impegnati a fronteggiare l'emer-

re: nei casi di errore nella scelta di linee guida o buone pratiche, in quanto non pertinenti e adeguate rispetto alla specificità del caso clinico, l'esercente la professione sanitaria risponderà anche per colpa lieve; quando non esistano linee-guida ufficialmente riconosciute o buone pratiche applicabili al caso clinico, l'esercente la professione sanitaria risponderà anche per colpa lieve; invece, quando venga commesso un errore esecutivo nell'applicazione di una linea-guida o di una buona pratica scelta correttamente, cioè adeguata al caso clinico, l'esercente la professione sanitaria sarà responsabile solo in ipotesi di colpa grave. Sul punto cfr. anche A. PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio*, Napoli, 2020, 141 s.

³⁹ Cfr. G. LOSAPPIO, *Responsabilità penale del medico, epidemia da "Covid19" e "scelte tragiche" (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.d. "Cura Italia")*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 9; L. RISICATO, *La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia*, in *Discrimen*, 25 maggio 2020, 3.

⁴⁰ R. BARTOLI, *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del Coronavirus. Fra la "trincea" del personale sanitario e il "da remoto" dei vertici politico-amministrativi*, in *Sistema Penale*, 10 luglio 2020, par. 3.1.2.; A. ROIATI, *Esercizio della professione sanitaria e gestione dell'emergenza Covid-19: note minime per un ampliamento delle fattispecie di esclusione della responsabilità penale*, cit., 9 s. Per una riflessione più generale sulla rilevanza delle linee guida anche alla luce della sentenza delle Sezioni Unite cfr. A. VALLINI, *Codifier l'incodifiable: la legge "generale e astratta" e l'irriducibile singolarità dell'atto medico*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2019, 1, 199 ss.

⁴¹ È proprio il Comitato Nazionale per la Bioetica, Covid-19: *La decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del "triage in emergenza pandemica"*, 8 aprile 2020, 10, ad aver proposto di prendere "in considerazione l'idea di limitare even-

genza pandemica: non si tratta, in questo caso, di arginare con nuove proposte il fenomeno della c.d. “medicina difensiva”, ma piuttosto di venire incontro a un’esigenza di giustizia.

Da un lato, si sviluppano così le argomentazioni di chi – evidenziando la necessità di partire da qui per proporre poi una riforma più ampia della colpa sanitaria, anche a prescindere da un legame con la crisi pandemica, spingendo i limiti della non punibilità di cui all’art. 590-*sexies* c.p. oltre la sola imperizia lieve nella fase esecutiva – richiede al legislatore un ampliamento delle ipotesi di esonero da responsabilità colposa, per il periodo di emergenza sanitaria⁴².

tuali profili di responsabilità professionale degli operatori sanitari in relazione alle attività svolte per fronteggiare l'emergenza Covid-19". C. CUPELLI, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso (d.l. 44/2021)*, cit., par. 7 vuole evitare che si pensi a un privilegio e utilizza la formulazione “norma di buon senso e di garanzia”.

⁴² C. CUPELLI, *Emergenza COVID-19: dalla punizione degli “irresponsabili” alla tutela degli operatori sanitari*, in *Sistema penale*, 30 marzo 2020, par. 5: egli propone altresì di allargare l’area di irresponsabilità colposa anche a fattispecie diverse da lesioni e omicidio (si pensi ad altri eventi avversi e alla possibile contestazione del delitto di epidemia colposa nei riguardi del medico costretto a operare in assenza di adeguati presidi protettivi) e di ragionare sul peso da attribuire, in una situazione di incertezza scientifica, al rispetto di linee guida anche se non accreditate o di buone pratiche clinico-assistenziali non ancora consolidate; cfr. anche A. ROIATI, *Esercizio della professione sanitaria e gestione dell'emergenza Covid-19: note minime per un ampliamento delle fattispecie di esclusione della responsabilità penale*, cit., 10 ss., che condivide, almeno come punto di partenza, la proposta di una normativa “speciale”, espressamente legata alle specificità dell'emergenza pandemica determinata dal Covid-19, che consentirebbe di prevedere una causa di non punibilità o di esclusione del tipo del tutto sganciata dal sistema di accreditamento di linee guida e buone prassi che caratterizza invece l'esistente art. 590-*sexies* c.p., ma poi propone una riforma di carattere generale, con l'intento di modificare l'art. 590-*sexies* c.p. nei seguenti termini: “quando il giudice è chiamato a verificare la colpa dell' esercente la professione sanitaria la punibilità è esclusa in ipotesi di osservanza delle raccomandazioni previste da linee guida (accreditate) e buone prassi clinico-assistenziali adeguate alle specificità del caso concreto e nei casi in cui l'osservanza della regola di condotta risulti in concreto inesigibile a fronte di situazioni di comprovata emergenza o di oggettiva carenza di mezzi o di organizzazione” e limitando la punibilità dell'agente ai casi di dolo o colpa grave in relazione a tutte quelle prestazioni (ivi comprese quelle non rientranti nell'ambito sanitario) che siano caratterizzate da “speciale difficoltà o [...] da elevata incertezza scientifica”.

Sul fronte opposto, vi sono coloro che ritengono che la responsabilità in contesti complessi che non attengono alla normalità, ma all'emergenza, possa essere esclusa senza la necessità di previsioni peculiari⁴³.

Sullo sfondo resta sempre la difficoltà dell'accertamento del nesso di causalità e in particolare la difficoltà (allo stato difficilmente superabile), nella logica della causalità individuale, di ricondurre i singoli eventi di contagio a una precisa condotta inosservante⁴⁴. Tuttavia, se ci riferisce alla responsabilità del sanitario al quale il paziente già contagiato si rivolge per essere curato, pare corretto valorizzare, come è stato fatto, lo squilibrio tra innumerevoli necessità assistenziali e limitate risorse sanitarie disponibili, per valutare se questa situazione emergenziale di crisi si sia riflessa sulla posizione di garanzia dell'operatore sanitario e tradotta in un difetto dei poteri impeditivi dell'evento riferibili al "garante" della salute e della vita del paziente contagiato e bisognoso di cure⁴⁵.

⁴³ R. BARTOLI, *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del Coronavirus. Fra la "trincea" del personale sanitario e il "da remoto" dei vertici politico-amministrativi*, cit., par. 3.1.2 e 3.1.3. G. LOSAPPIO, *Responsabilità penale del medico, epidemia da "Covid19" e "scelte tragiche" (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.d. "Cura Italia")*, cit., 12, ritiene che non sia scontato che la soluzione migliore per garantire un'applicazione della legge penale che tenga pienamente conto dell'eccezionalità della situazione generata dal contagio possa essere soltanto una ridefinizione della colpa professionale. Cfr. altresì, in termini critici con riferimento a un'ulteriore riforma della colpa in ambito penale sanitario, O. DI GIOVINE, *Ancora sull'infezione da SARS-CoV-2: omicidio e lesioni personali tra incertezze scientifiche, sovradeterminazioni causali e trappole cognitive*, in *La legislazione penale*, 27 gennaio 2021, 13 ss.

⁴⁴ Cfr. V. VALENTINI, *Profili penali della veicolazione virale: una prima mappatura*, in *Archivio pen.*, 2020, 1, 2 ss.; D. CASTRONUOVO, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs. modelli precauzionali*, cit., 9 e O. DI GIOVINE, *Ancora sull'infezione da SARS-CoV-2: omicidio e lesioni personali tra incertezze scientifiche, sovradeterminazioni causali e trappole cognitive*, cit., 4 ss.

⁴⁵ A. GARGANI, *La gestione dell'emergenza Covid-19: il "rischio penale" in ambito sanitario*, cit., 892. L'A. (p. 890), pragmaticamente, ricorda tuttavia come la prassi ci offra "innumerevoli esempi di "flessibilizzazione" adattiva dei coefficienti di imputazione, assiologicamente fondata sul rango primario dei beni in gioco e strumentale al soddisfacimento di aspettative sociali di repressione".

Sul fronte della tipicità, poi, il sanitario ha in ogni caso diritto a essere giudicato assumendo quale elemento costitutivo del fatto tipico una regola cautelare di carattere “modale” individuabile *ex ante* in concreto:

non potrebbe ritenersi configurato il fatto tipico colposo – o comunque dovrebbe escludersi la punibilità – in tutti i casi in cui, al momento dell’agire, la norma precauzionale non fosse predeterminata e/o conoscibile dal sanitario⁴⁶.

Infine, il contesto emergenziale può assumere rilievo per valutare se sia esigibile in concreto, per quel soggetto, il comportamento conforme alla regola medica, a partire dal momento di verifica della misura soggettiva della colpa. Il giudizio individualizzante della colpevolezza colposa permette di prendere in considerazione il condizionamento esercitato sul sanitario dalla situazione concreta: le condizioni personali e ambientali del tutto particolari in cui si è collocata la condotta inosservante⁴⁷.

Per quanto riguarda invece la condotta del medico che, costretto a scegliere tragicamente chi curare (a causa dell’insufficiente disponibilità dei posti di terapia intensiva), decida di intubare il paziente che ha maggiori possibilità di vivere, in tal modo provocando il decesso dell’altro, essa può essere ricondotta nel contesto normativo dello “stato di necessità”⁴⁸.

⁴⁶ A. ROIATI, *Esercizio della professione sanitaria e gestione dell'emergenza Covid-19: note minime per un ampliamento delle fattispecie di esclusione della responsabilità penale*, cit., 19.

⁴⁷ Cfr. A. GARGANI, *La gestione dell'emergenza Covid-19: il “rischio penale” in ambito sanitario*, cit., 893. Con riferimento alle questioni di contesto cfr. ampliamente M. CAPUTO, *La responsabilità penale degli operatori sanitari ai tempi del Covid19. La gestione normativa dell'errore commesso in situazioni caratterizzate dall'emergenza e dalla scarsità di risorse*, in G. FORTI (a cura di), *Le regole e la vita. Del buon uso di una crisi, tra letteratura e diritto*, Milano, 2020, 109 ss. Sul tema cfr. D. CASTRONUOVO, *La colpa “penale”: misura soggettiva e colpa grave*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1723 ss. e, sull’inesigibilità, G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990.

⁴⁸ Cfr. L. RISICATO, *La metamorfosi della colpa medica nell’era della pandemia*, in *Discrimen*, cit., 7: resta ferma la configurabilità, almeno teorica, a carico del sanitario di “un eventuale eccesso colposo nel caso in cui il bilanciamento tra bene salvato e sacri-

Nonostante la ragionevolezza di queste argomentazioni proposte dai sostenitori dell'inutilità di una riforma della responsabilità penale dei sanitari impegnati nell'emergenza pandemica, il legislatore si è conformato alla prima opzione descritta e ha sentito la necessità di assicurare il personale sanitario con una nuova norma.

Sull'onda dell'esempio offerto dall'intervento "pedagogico" attuato con la neo-introdotta "non punibilità" per gli eventi dannosi da vaccino anti-Covid⁴⁹, contenuta già nell'art. 3 d.l. n. 44 del 2021, in sede di con-

ficato sia stato fondato su valutazioni eccentriche". L'Autrice evidenzia altresì come paia "evidente che il perimetro di applicabilità dell'art. 54 c.p. coincida con la sua – limitata ma indiscutibile – dimensione scusante, fondata sull'inevitabilità del pericolo involontario e attuale di un danno grave alla persona e sulla ricaduta dell'azione necessitata su un terzo innocente". Cfr. anche M. CAPUTO, *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, cit., 5 e G. LOSAPPIO, *Responsabilità penale del medico, epidemia da "Covid19" e "scelte tragiche" (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.d. "Cura Italia")*, cit., 13, che si sofferma sul possibile ricorso, nel caso di scelte tragiche, alle cause di giustificazione dello stato di necessità o dell'adempimento di un dovere, propendendo, *de iure condito*, per la prima, anche in considerazione della sua capacità di lasciare aperto il discorso relativo all'allocazione delle conseguenze comunque lesive a carico della vittima.

⁴⁹ L'ipotesi è disciplinata dall'art. 3 d.l. 1 aprile 2021, n. 44: "Per i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale verificatisi a causa della somministrazione di un vaccino per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2, effettuata nel corso della campagna vaccinale straordinaria in attuazione del piano di cui all'articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, la punibilità è esclusa quando l'uso del vaccino è conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio emesso dalle competenti autorità e alle circolari pubblicate sul sito istituzionale del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione". Come è stato ben illustrato, se questa norma non fosse stata introdotta, la non punibilità deriverebbe dall'applicazione dell'art. 43, co. 3 c.p., trattandosi di condotta osservante le regole cautelari contenute nell'autorizzazione d'immissione in commercio e nelle circolari ministeriali sulla vaccinazione anti Covid-19: cfr. P. PIRAS, *La non punibilità per gli eventi dannosi da vaccino anti-Covid 19*, in *Sistema Penale*, 23 aprile 2021; E. PENCO, "Norma-scudo" o "norma-placebo"? *Brevi osservazioni in tema di (ir)responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti SARS-CoV-2*, in *Sistema penale*, 13 aprile 2021, 8. Cfr. anche F. FURIA, *Lo "scudo penale" alla prova della responsabilità da inoculazione del vaccino anti SARS-CoV-2*, in *Archivio pen.*, 2021, n. 1, 14 s.: "L'art. 3, D.L. 1° aprile 2021 n. 44, si limita sostanzialmente a ribadire quel che già si poteva affermare seguendo le norme regolanti il settore dei farmaci e i principi generali

versione del decreto (legge 28 maggio 2021, n. 76), il legislatore ha introdotto anche l'art. 3-*bis*, volto a limitare ai casi di colpa grave la responsabilità penale di tutti gli esercenti una professione sanitaria, nell'ambito della fase emergenziale Covid-19 – e quindi dal 31 gennaio 2020 al 31 luglio 2021, salvo proroghe che già sono state introdotte almeno fino al 31 dicembre 2021 (d.l. 23 luglio 2021, n. 105) – per i fatti di omicidio e lesioni colpose riconducibili causalmente al contesto emergenziale sopra descritto⁵⁰. Tra i fattori normativamente previsti

in tema imputazione colposa e causalità. Il risultato di mandare esente da responsabilità per omicidio e lesioni personali colpose l'operatore sanitario che, nell'attività di inoculazione del vaccino anti SARS-CoV-2, si attenga alle indicazioni contenute nel provvedimento di messa in commercio del farmaco (e nei documenti collegati) emanato dall'AIFA e nelle circolari emesse dal Ministero della Salute, infatti, si sarebbe potuto ottenere, nelle medesime situazioni, anche senza bisogno di introdurre una nuova norma. Come visto, non c'è necessità, peraltro, nemmeno di scomodare il già esistente art. 590-*sexies*, co. 2, c.p., che mal si adatta (anche) a questa situazione". C. CUPELLI, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso (d.l. 44/2021)*, cit., par. 2, qualifica l'istituto come causa di esclusione della colpevolezza e quindi, in presenza dei presupposti indicati dalla norma, di qualunque residuo margine di rimproverabilità colposa, anche grave; nello stesso senso si esprime la Relazione n. 35/2021 dell'Ufficio del Massimario e del ruolo della Corte Suprema di Cassazione, su *Artt. 3 (Responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti SARS-CoV-2) e 3-bis (Responsabilità penale per morte o lesioni personali in ambito sanitario durante lo stato di emergenza epidemiologica da COVID-19) del decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44, convertito, con modificazioni, in legge 28 maggio 2021, n. 76*, del 21 giugno 2021, par. 3.1, che vi dedica un'approfondita analisi: le norme penali introdotte, in quanto norme *in bonam partem*, potranno trovare un'applicazione retroattiva.

⁵⁰ Ecco il testo dell'articolo introdotto dalla l. 28 maggio 2021, n. 76: "Art. 3-*bis*. – (*Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario durante lo stato di emergenza epidemiologica da COVID-19*) – 1. Durante lo stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, e successive proroghe, i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale, commessi nell'esercizio di una professione sanitaria e che trovano causa nella situazione di emergenza, sono punibili solo nei casi di colpa grave. 2. Ai fini della valutazione del grado della colpa, il giudice tiene conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità, della limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da SARS-CoV-2 e sulle terapie appropriate, nonché della scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare, oltre che del minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale

che possono concorrere a escludere la gravità della colpa vi è la limitatezza delle conoscenze scientifiche sulle patologie da SARS-Cov-2 e sulle terapie al momento del fatto, la scarsità delle risorse umane e materiali disponibili, il minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato. Gli indici paiono formulati per invitare la giurisprudenza a non dimenticare, col passare del tempo, la situazione in cui i sanitari si sono trovati a operare⁵¹, ma è auspicabile che questa riforma avvertita come irrinunciabile dalla classe medica in un momento particolare e da questa accolta con entusiasmo sia soprattutto l'occasione per un generale ripensamento della disciplina penale della colpa medica, volto a superare i limiti in cui l'art. 590-*sexies* c.p., come interpretato dalla giurisprudenza, ha ristretto le ipotesi di esclusione della responsabilità⁵².

In conclusione su questo aspetto, è presumibile che, anche senza "scudi" e a disciplina processuale invariata, la massima parte dei procedimenti penali attivati per responsabilità medica in situazioni di emergenza Covid-19 si sarebbero conclusi già nella fase delle indagini con un provvedimento di archiviazione; ora abbiamo una norma che può assicurare questo epilogo e che rassicura la classe medica.

non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza". Per un primo commento, oltre a C. CUPELLI, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso (d.l. 44/2021)*, cit., *passim*, cfr. P. PIRAS, *Lo scudo penale Covid-19: prevista la punibilità solo per colpa grave per i fatti commessi dai professionisti sanitari durante l'emergenza pandemica*, in *Sistema Penale*, 1 giugno 2021.

⁵¹ Così C. CUPELLI, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso (d.l. 44/2021)*, cit., parr. 6 e 7 che si dice favorevole, come da lui stesso proposto, a un regime siffatto, che trova giustificazione nelle oggettive peculiarità del contesto emergenziale.

⁵² P. PIRAS, *Lo scudo penale Covid-19: prevista la punibilità solo per colpa grave per i fatti commessi dai professionisti sanitari durante l'emergenza pandemica*, cit., par. 4, ritiene che lo "scudo" sia privo di utilità pratica perché il medico già risponderebbe penalmente solo per colpa grave, in casi di speciale difficoltà o in una situazione emergenziale, secondo la regola dell'art. 2236 c.c. L'ipotesi è interessante e si fonda su alcuni pronunciamenti giurisprudenziali oltre che su alcune letture che la dottrina stessa ha offerto (cfr. *supra* nota 46). Appare tuttavia difficilmente sostenibile come principio unanimemente condiviso, soprattutto con riferimento a ipotesi diverse dalla mera imperizia.

Il quadro che ne risulta ha una sua coerenza interna, ma non possiamo esimerci dal chiederci se non sia comunque parziale.

Rischia di dimenticare troppo rapidamente, infatti, una voce; la voce delle vittime; la voce di chi ha vissuto la tragedia sulla propria pelle, subendo conseguenze gravi, e che per ottenere giustizia si è rivolto all'unico interlocutore ritenuto, anche se erroneamente, idoneo a dare una risposta: la Procura della Repubblica⁵³.

Di fronte a vicende drammatiche che, a causa delle difficoltà incontrate dal sistema sanitario nella gestione della situazione emergenziale, hanno lasciato esiti molto pesanti in termini di morti o di lesioni permanenti, le esigenze di giustizia espresse dalle "vittime", che non devono trovare un apparente appagamento in sede penale con la condanna del singolo sanitario "al fronte", non devono neppure rimanere inascoltate o finire per essere solo presuntivamente soddisfatte in termini economici in sede civile.

Per evitare che si aggravino le lacerazioni sociali e si esacerbino i sentimenti di vendetta delle parti lese, serve una risposta istituzionale profondamente diversa.

3. Le aggressioni al personale sanitario: una nuova disciplina

Il quadro, già complesso, è stato arricchito nell'estate del 2020 da una riforma che ha interessato il fenomeno delle aggressioni ai sanitari sul luogo di lavoro, poste in essere dai pazienti o dai loro familiari. La riforma, in questo caso (approvata a due anni dalla presentazione e, nel corso dell'emergenza pandemica, proprio l'ultimo giorno utile prima

⁵³ Sul punto cfr. la profonda analisi offerta da C. MAZZUCATO, *To heal Covid-19 wounds we need a Truth and Reconciliation Commission. Reflections from Lombardy*, in <https://www.euforumrj.org/en/heal-covid-19-wounds-we-need-truth-and-reconciliation-commission>, che ha ricordato come il Comitato di Bergamo "Noi denunceremo", per esempio, abbia invitato la popolazione interessata, che aveva subito la morte di un proprio caro, a recarsi in Procura, in data 10 giugno 2020, per il "denuncia-day", con lo scopo di chiedere ai magistrati di fare chiarezza in merito alla cattiva gestione dell'emergenza sanitaria e di ottenere giustizia. Le denunce sono state presentate nei confronti di tutte le autorità coinvolte nella gestione.

della chiusura estiva dei lavori camerali), non è stata dichiaratamente sollecitata dalla pandemia, quanto piuttosto dall'allarme sociale suscitato da diversi episodi di cronaca che si sono verificati ben prima dell'emergenza sanitaria e che anche la Federazione nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e Odontoiatri aveva stigmatizzato nell'ambito di un'efficace campagna di sensibilizzazione contro le aggressioni al personale medico⁵⁴. La coincidenza temporale non pare tuttavia del tutto casuale. L'approvazione della legge ha inevitabilmente risentito di quel sentimento di gratitudine nei confronti di medici e infermieri che si era largamente diffuso in seno all'opinione pubblica durante la crisi dovuta al Covid-19 e che aveva portato a riscoprire la centralità del loro ruolo sociale⁵⁵.

Il tema è poi solo a prima vista distante da quello appena trattato: alcuni atteggiamenti violenti al centro del fenomeno possono essere facilitati – è intuibile – proprio dalla forte emotività e frustrazione in cui a volte versano i malati e le loro famiglie, utenti di un servizio che si trova in costante sofferenza.

I numeri di questi casi, per quanto riguarda la realtà italiana, sono sostanzialmente stabili negli ultimi anni, se non addirittura in riduzione, in quanto si è passati da 2.576 episodi di infortuni da violenza – riconosciuti dall'INAIL – nel settore dei servizi sanitari e sociali, nel 2010, a 2.082 casi nel 2017. Non abbiamo dati relativi alla fase della pandemia, ma il fenomeno è significativo perché, nell'interpretazione delle frequenze, va sempre tenuta in considerazione la percentuale degli eventi non denunciati, stimata in circa il 70%, sia tra i medici che tra gli infermieri: le vittime, oltre che in conseguenza del rapporto molto stretto che spesso si instaura col paziente, non denunciano perché temono conseguenze professionali negative, come essere considerate incapaci di adattarsi alle situazioni o di stabilire buone relazioni con il paziente⁵⁶.

⁵⁴ M. CAPUTO, Nessuno tocchi Ippocrate. *Il contrasto penale alle violenze commesse ai danni del personale sanitario*, in *Archivio pen.*, 2020, n. 3, 1.

⁵⁵ Cfr. B. FRAGASSO, *Aggressioni ai danni del personale sanitario: di fronte all'allarme sociale, la legge 113/2020 inasprisce le pene*, in *Sistema penale*, 2 febbraio 2021, par. 2.

⁵⁶ Cfr. C. MAMO, M. PENASSO, D. QUARTA, *Infortuni lavorativi da aggressioni nel personale sanitario: dimensioni e trend del problema*, in *Boll. Epidemiol. Naz.*, 2020, 1(2),

La legge 14 agosto 2020, n. 113, recante “Disposizioni in materia di sicurezza per gli esercenti le professioni sanitarie e socio-sanitarie nell’esercizio delle loro funzioni” ha introdotto così una serie di misure preventive e, soprattutto, di contrasto, che coinvolgono una platea molto ampia di destinatari ai quali la legge assicura tutela⁵⁷.

Sul piano preventivo, oltre all’istituzione di un Osservatorio nazionale sulla sicurezza degli esercenti le professioni sanitarie e socio-sanitarie (art. 2 l. 113 del 2020), si prevede, ad esempio, la promozione di iniziative di informazione sull’importanza del rispetto del lavoro del personale esercente una professione sanitaria o socio-sanitaria (art. 3)

15 ss., dove si evidenzia, peraltro, come, in questo lasso di tempo, si è progressivamente ridotto il personale operante nelle ASL e negli istituti di cura pubblici, passato da 724.245 unità del 2010 a 603.375 unità nel 2017: il tasso grezzo di eventi è passato quindi da 35,6*10.000 addetti nel 2010 a 34,5 nel 2017, indicando una sostanziale stabilità del problema.

⁵⁷ Come previsto dall’art. 1 della legge: “Ai fini della presente legge si intendono quali professioni sanitarie quelle individuate dagli articoli 4 e da 6 a 9 della legge 11 gennaio 2018, n. 3, e quali professioni socio-sanitarie quelle individuate dall’articolo 5 della medesima legge n. 3 del 2018”. L’elemento dirimente è rappresentato dall’appartenenza a professioni costituite negli ordini professionali, ma non soltanto: medici-chirurghi, odontoiatri, veterinari, infermieri, farmacisti, tecnici sanitari di radiologia medica, professionisti in ambito ostetrico e riabilitativo e ancora chiropratici, osteopati, chimici, fisici, biologi, psicologi, operatori sociosanitari, assistenti sociali, sociologi ed educatori professionali. Cfr., per un approfondimento, M. CAPUTO, Nessuno tocchi Ippocrate. *Il contrasto penale alle violenze commesse ai danni del personale sanitario*, in *Archivio pen.*, cit., *passim*. A pag. 3, in particolare, egli evidenzia che “concorrono all’incremento degli atti di violenza: l’aumento di pazienti con disturbi psichiatrici acuti e cronici dimessi dalle strutture ospedaliere e residenziali; la diffusione dell’abuso di alcol e droga; l’accesso senza restrizione di visitatori presso ospedali e strutture ambulatoriali; le lunghe attese nelle zone di emergenza o nelle aree cliniche, con possibilità di favorire nei pazienti o accompagnatori uno stato di frustrazione per l’impossibilità di ottenere subito le prestazioni richieste; il ridotto numero di personale durante alcuni momenti di maggiore attività (trasporto pazienti, visite, esami diagnostici); la presenza di un solo operatore a contatto con il paziente durante visite, esami, trattamenti o gestione dell’assistenza in luoghi dislocati sul territorio e isolati, quali i presidi territoriali di emergenza o continuità assistenziale, in assenza di mezzi di segnalazione; la mancanza di formazione del personale nel riconoscimento e controllo dei comportamenti ostili e aggressivi; la scarsa illuminazione delle aree di parcheggio e delle strutture; le barriere culturali e/o linguistiche”.

“utilizzando le risorse disponibili a legislazione vigente per la realizzazione di progetti di comunicazione istituzionale” a cura del Ministero della Salute. In base alla legge, poi, al fine di prevenire episodi di aggressione e di violenza le strutture presso cui opera il personale devono prevedere (art. 7) nei propri ‘piani per la sicurezza’ misure volte a stipulare specifici protocolli operativi con le forze di polizia per garantire interventi tempestivi.

Sul piano penale l’art. 4 è intervenuto sull’art. 583-*quater* c.p., modificando la rubrica – che oggi è così formulata: “Lesioni personali gravi o gravissime a un pubblico ufficiale in servizio di ordine pubblico in occasione di manifestazioni sportive, nonché a personale esercente una professione sanitaria o sociosanitaria e a chiunque svolga attività ausiliarie a essa funzionali” – e aggiungendo un secondo comma, che estende le sanzioni comminate in caso di lesioni gravi e di lesioni gravissime, previste dal comma 1 dell’art. 583-*quater* c.p.⁵⁸, ai casi in cui le vittime appartengano al personale esercente una professione sanitaria o socio-sanitaria e le lesioni siano cagionate nell’esercizio o a causa delle funzioni o del servizio, nonché a chiunque svolga attività ausiliarie di cura, assistenza sanitaria o soccorso, funzionali allo svolgimento di dette professioni, nell’esercizio o a causa di tali attività⁵⁹.

Con l’aggiunta del n. 11-*octies* all’elenco dell’art. 61 c.p., la riforma ha introdotto una nuova aggravante a effetto comune:

l’aver agito, nei delitti commessi con violenza o minaccia, in danno degli esercenti le professioni sanitarie e socio-sanitarie nonché di chiunque svolga attività ausiliarie di cura, assistenza sanitaria o soccorso, funzionali allo svolgimento di dette professioni, a causa o nell’esercizio di tali professioni o attività

⁵⁸ Per le lesioni gravi, la reclusione da quattro a dieci anni, per le lesioni gravissime, la reclusione da otto a sedici anni.

⁵⁹ Sulla natura giuridica di quest’ipotesi quale circostanza aggravante o, invece, più condivisibilmente, per ragioni di ordine logico, teleologico e sistematico, come titolo autonomo di reato cfr. M. CAPUTO, Nessuno tocchi Ippocrate. *Il contrasto penale alle violenze commesse ai danni del personale sanitario*, cit., 12 s.

e, con effetti dirompenti, l'art. 6 ha inciso sul regime di procedibilità dei reati di percosse e di lesioni personali lievi, che sono oggi procedibili d'ufficio se ricorre la nuova circostanza aggravante.

Al di là dell'incidenza di questa modifica sulla competenza⁶⁰ e sugli istituti, anche deflattivi, applicabili (per le lesioni aggravate dalla nuova circostanza non si applicherà più né l'art. 35 d.lgs. 274 del 2000 né l'art. 162-ter c.p.), ritengo che l'effetto più rilevante sia legato proprio alla cancellazione del diritto del sanitario di scegliere di non denunciare il reato, per attivare percorsi alternativi di ricostruzione del dialogo o di ricomposizione del conflitto.

La gestione del conflitto è stata spostata irrimediabilmente in sede giudiziaria, ma l'impressione che si ha, leggendo questa riforma, è che si sia dimenticato il contesto in cui i fenomeni aggressivi maturano; come, spesso, dietro atteggiamenti finanche violenti si nasconde la frustrazione di chi, invece di sentirsi accolto, si sente trascurato dal servizio sanitario, dimenticato all'interno di liste di attesa lunghissime. Non dobbiamo sottovalutare il fatto che molto spesso il medico, in momenti di grande tensione, non è attaccato come persona, ma come parte della struttura alla quale appartiene, che non manca di presentare gravi disservizi, soprattutto in un periodo di emergenza sanitaria.

Nel modello che è stato delineato nel 2020 si risponde all'aggressione con la sanzione penale, ma il procedimento penale, almeno come fino a oggi è stato concepito, rischia solo di radicalizzare la conflittualità, accentuando la subalternità dei soggetti deboli e innescando dinamiche che non sono sempre funzionali alla prevenzione. La gestione del conflitto viene delegata a terzi, quando invece la fiducia andrebbe ricostruita favorendo lo scambio di gesti significativi tra le parti e responsabilizzando i protagonisti, visto che essa è fondamentale nell'alleanza terapeutica.

⁶⁰ Pare utile ricordare, infatti, come la modifica della procedibilità, in forza del testo dell'art. 4 d.lgs. 274 del 2000, sia andata a incidere sulla competenza per quanto riguarda le lesioni lievi, attribuite oggi al tribunale e non più al giudice di pace in presenza dell'aggravante, mentre le percosse rimangono di competenza del giudice di pace.

4. *La giustizia riparativa nel contenzioso penale in ambito medico-sanitario*

Perché allora – a maggior ragione sfruttando le occasioni di riflessione che sono state stimulate dalla pandemia – non guardare al contesto definito dal contenzioso penale in ambito medico-sanitario come a un campo privilegiato per l'applicazione dei processi riparativi, che si propongono proprio di facilitare la soluzione dei contrasti in chiave di ricostituzione della comunicazione sociale?

La responsabilità medica apre le porte a un contenzioso dalla venatura emotivo-simbolica molto forte⁶¹ che è particolarmente adatto a essere gestito all'esterno del procedimento penale con strumenti volti a perseguire le finalità sopra descritte e che per questo va tenuto in grande considerazione quando si riflette sulla giustizia riparativa.

Per la prima volta in modo molto chiaro, a causa della pandemia, entrambi i protagonisti del tipico conflitto che si apre in questo campo si sono trovati in una posizione di grande debolezza: da una parte il malato, fisiologicamente debole e spesso trascurato dal sistema, dall'altro il medico, debole perché chiamato a operare in situazioni precarie e depositario di una scienza che si è rivelata ampiamente vulnerabile, a prescindere dalla specializzazione, visto il carattere violento del processo infiammatorio indotto dal virus.

L'emergenza sanitaria, poi, ha reso evidente a tutti come molte tragedie si sarebbero potute evitare con una diversa allocazione delle risorse pubbliche, volta ad assicurare in via prioritaria il diritto alla cura di tutti i pazienti.

La giustizia riparativa, con i suoi molteplici strumenti, potrebbe offrire l'occasione per consentire al medico di spiegare il proprio punto di vista, le proprie ragioni e, allo stesso tempo, potrebbe rispondere al bisogno del paziente di vedersi finalmente riconosciuta la dignità negata e

⁶¹ M. PAPA, *Discrezionalità del giudice e tipicità dell'illecito*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, Milano, 2005, 31.

di elaborare il lutto per un evento inaccettabile, nella sua prospettiva⁶²; potrebbe aiutare a gestire i sentimenti di rabbia, di vergogna, di solitudine, di timore, di rancore, provati da entrambi i protagonisti del conflitto⁶³; potrebbe rappresentare il contesto in cui definire consensualmente la riparazione, comprendendo anche alcuni impegni di natura risarcitoria.

Più in generale, potrebbe poi favorire lo sviluppo di una riflessione più profonda su quello che è accaduto e ancora sta accadendo, senza mirare alla ricerca delle responsabilità giuridiche, quanto invece, alla ricerca della verità⁶⁴.

A un processo riparativo quale un incontro di mediazione allargata, infatti, potrebbero essere chiamati a partecipare anche i soggetti posti in posizione apicale, il primario, un rappresentante dell'Azienda ospedaliera o dell'Azienda sanitaria locale, visto che molte vicende tragiche hanno trovato una causa, almeno remota, in carenze strutturali e in scelte gestionali sbagliate⁶⁵.

Se, proprio alla luce dell'esperienza maturata con questa tragedia collettiva che ha saputo rivelare molti punti di vulnerabilità dell'assistenza pubblica, si vuole guardare in termini più ampi e duraturi al futuro di questo specifico settore di contenzioso, un progetto molto interessante è quello che era stato elaborato (ben prima della pandemia e della riflessione di sistema che è stata condotta da ultimo proprio in seno alla

⁶² Cfr. altresì F. MACRÌ, *Un campo privilegiato della mediazione penale: la responsabilità medica*, in F. PALAZZO, R. BARTOLI (a cura di), *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, Firenze, 2011, 12 ss.

⁶³ Cfr. per una riflessione su questi aspetti in conflitti che pure esulano dalla sfera di diretto interesse del sistema penale, a fronte di una scelta di depenalizzazione effettuata dal legislatore, cfr. G. MANNOZZI, *La diversion: gli istituti funzionali all'estinzione del reato tra processo e mediazione*, cit., 36 ss.

⁶⁴ G. LOSAPPIO, *Responsabilità penale del medico, epidemia da "Covid19" e "scelte tragiche" (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.d. "Cura Italia")*, cit., 15, senza riferirsi espressamente alla giustizia riparativa, illustra molto chiaramente l'esigenza di condurre una riflessione in sedi diverse da quelle giudiziarie, con un previo indennizzo delle vittime delle scelte tragiche compiute dai sanitari, da parte delle Regioni.

⁶⁵ Per un possibile ampliamento della responsabilità penale a questi soggetti, cfr. L. RISICATO, *La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia*, cit., 7 ss.

Commissione Lattanzi) dal Centro Studi “Federico Stella” sulla Giustizia penale e la Politica criminale (CSGP, oggi Alta Scuola), che – oltre a intervenire sul piano penalistico sostanziale con la proposta di una nuova fattispecie criminosa (rubricata “Morte o lesioni come conseguenza di condotta colposa in ambito sanitario”) caratterizzata dalla limitazione della responsabilità alla sola colpa grave – dedica un ampio spazio alle potenzialità della giustizia riparativa in ambito sanitario⁶⁶.

Si era ipotizzata l'introduzione di una causa estintiva *ad hoc* per il nuovo reato di “morte o lesioni come conseguenza di condotta colposa in ambito sanitario” (art. 590-ter c.p.), a seguito di condotte a contenuto riparatorio (per attenuare o elidere le conseguenze del reato) e conformativo (per prevenire o correggere l'inosservanza delle regole dell'arte o le lacune organizzative), che rappresentino il risultato di un programma riparativo al quale il sanitario abbia partecipato. L'art. 590-ter dovrebbe includere, all'ultimo comma, una nuova causa di estinzione del reato, che opererebbe qualora l' esercente la professione sanitaria eseguisse le condotte di cui all'art. 7 e all'art. 19, ult. co., di una legge da

⁶⁶ Cfr. il Progetto di riforma contenuto in G. FORTI, M. CATINO, F. D'ALESSANDRO, C. MAZZUCATO, G. VARRASO (a cura di), *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, Pisa, 2010, elaborato dagli studiosi del Centro Studi “Federico Stella” sulla Giustizia penale e la Politica criminale (CSGP, oggi Alta Scuola). Nel progetto di riforma proposto dal Sottogruppo AIPDP coordinato dal prof. Sergio Seminara e composto dai proff. Domenico Pulitanò e Matteo Caputo si ricorda che: “una parte significativa del Progetto del Centro Studi “Federico Stella” sulla Giustizia penale e la Politica criminale riguardava la promozione di programmi di giustizia riparativa, il cui svolgimento, a determinate condizioni, comportava nei casi di colpa grave la richiesta di archiviazione da parte del pubblico ministero per estinzione del reato, previa audizione della persona sottoposta alle indagini e della persona offesa. Il Sottogruppo ha deciso di non introdurre nell' articolato la complessa e analitica disciplina, anche di taglio processualistico, che permette di conseguire un esito liberatorio nonostante la gravità della colpa ascritta all' esercente la professione sanitaria, ma ritiene tale congegno meritevole di approfondimento e rinvia al dibattito che seguirà la pubblicazione del presente documento la valutazione circa l'opportunità di arricchire la regolamentazione dei casi di *malpractice* di ulteriori previsioni dedicate alle impegnative modalità da osservare per impedire l' inflizione della pena detentiva a fronte di condotte venute da un grado di colpa particolarmente elevato”. Cfr. testo in https://www.aipdp.it/allegato_prodotti/60_colpa_medica_Caputo.pdf.

introdurre in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività medico-chirurgica e gestione del contenzioso legato al rischio clinico⁶⁷.

⁶⁷ Cfr. G. FORTI, M. CATINO, F. D'ALESSANDRO, C. MAZZUCATO, G. VARRASO (a cura di), *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, cit., 199 ss.; art. 2 legge di riforma: *Modifiche al codice penale*. 1. Dopo l'articolo 590-bis, è inserito il seguente: "Art. 590-ter (Morte o lesioni come conseguenza dell'esercizio di una professione sanitaria) – L'esercente una professione sanitaria che, in presenza di esigenze terapeutiche, avendo eseguito od omesso un trattamento, cagioni la morte o una lesione personale del paziente è punibile ai sensi degli articoli 589 e 590 solo in caso di colpa grave. Ai sensi del presente articolo la colpa è grave quando l'azione o l'omissione dell'esercente una professione sanitaria, grandemente inosservante di regole dell'arte, ha creato un rischio irragionevole per la salute del paziente, concretizzatosi nell'evento. In tutti i casi previsti dal presente articolo, il reato è estinto se sono eseguite le condotte di cui agli articoli 7 e 19, ultimo comma, della legge...". Art. 6 legge di riforma: *Programma di giustizia riparativa. Definizione e tipologia*. 1. Sono programmi di giustizia riparativa in ambito sanitario, ai fini della presente legge: a) la mediazione, preferibilmente diretta; b) l'incontro delle parti allargato ad altri soggetti; c) l'assistenza della persona alla quale il fatto è attribuito nella riparazione indiretta delle conseguenze del reato; d) l'ascolto protetto della persona offesa. 2. I programmi di cui alle lettere a) e b) del precedente comma consistono in ogni procedimento informale nel quale la persona offesa, la persona alla quale il fatto è attribuito e, ove occorra, i loro congiunti o altri soggetti interessati partecipano attivamente, in modo libero, a un confronto volontario, diretto o indiretto, con l'aiuto di mediatori imparziali. 3. Quando non è possibile procedere ai sensi del precedente comma per mancanza di consenso da parte degli interessati o per altra causa, si procede – ove occorra – con uno dei programmi indicati alle lettere c) e d) del primo comma del presente articolo. 4. L'assistenza della persona alla quale il fatto è attribuito nella riparazione indiretta delle conseguenze del reato può avvenire anche mediante incontro con vittime aspecifiche eventualmente individuate per il tramite di enti e associazioni rappresentativi degli interessi lesi dal reato o mediante il coinvolgimento dell'Unità di gestione del rischio clinico di cui all'art. 34. 5. I programmi di giustizia riparativa di cui ai precedenti commi possono essere avviati anche indipendentemente dal procedimento penale, su richiesta dei soggetti in conflitto. Art. 7 legge di riforma: *Risultato del programma* 1. Il risultato del programma consiste in adeguate condotte volontarie a contenuto riparatorio e conformativo. 2. Le condotte a contenuto conformativo consistono nell'assunzione di impegni quali lo svolgimento di attività informative, formative e di aggiornamento professionale, attività di collaborazione con l'Unità di gestione del rischio clinico di cui all'art. 34, e ogni altra attività diretta alla prevenzione e correzione dell'inosservanza delle regole dell'arte e di eventuali lacune organizzative.

Se l'equiparazione del reato di lesioni a quello di omicidio, quanto agli effetti estintivi delle condotte a contenuto riparatorio e conformativo (art. 7), mi pare difficile da giustificare in un ordinamento che ha una connotazione prevalentemente oggettivistica, la prospettiva indicata è incoraggiante e meriterebbe di essere sviluppata operando un necessario coordinamento con istituti che sono stati introdotti nel nostro ordinamento più di recente⁶⁸.

Mi sembra feconda l'idea di creare una Commissione *ad hoc*, presso ogni distretto di Corte d'Appello, che promuove i programmi di giustizia riparativa a seguito della mera trasmissione della notizia di reato da parte del pubblico ministero, prima delle indagini, oppure anche indipendentemente da un procedimento penale, su richiesta dei soggetti in conflitto. Destano interesse, poi, le tipologie di programmi riparativi elaborati, che mantengono al centro la mediazione, ma non scordano allo stesso tempo di tener conto dell'eventualità in cui la vittima non possa partecipare, si rifiuti o abbandoni il percorso intrapreso.

Questo aspetto è di particolare importanza. La giustizia riparativa si contraddistingue per il riconoscimento alla vittima di un ruolo significativo, come abbiamo detto, e può essere di grande beneficio per lei.

La vittima deve essere tuttavia del tutto libera di accedere ai servizi di giustizia riparativa prestando un consenso informato⁶⁹ e questa libertà può essere favorita anche dalla consapevolezza che il suo rifiuto di partecipare non condiziona necessariamente l'esito del programma.

⁶⁸ Il riferimento è naturalmente all'art. 162-ter c.p., applicabile per i reati procedibili a querela. Come già puntualizzato, però, è fondamentale che l'estinzione del reato, opportunamente riformulata, si allontani dalle logiche strettamente risarcitorie che sembrano animarla. Essa deve essere accompagnata da percorsi di *restorative justice* che esitino in condotte autenticamente riparatorie dell'offesa penale, da cui si possa evincere la comprensione del precepto violato e, soprattutto, il riconoscimento dei bisogni delle vittime.

⁶⁹ Cfr. sul punto l'art. 12 Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la Decisione quadro 2001/220/GAI. Per un approfondimento relativo anche ai rapporti con la posizione dell'accusato: V. BONINI, *Le linee programmatiche in tema di giustizia riparativa: il quadro e la cornice*, cit., 18.

Nel Progetto del CSGP si prevede opportunamente la possibilità di ricorrere ad altre soluzioni, come l'ascolto protetto della persona offesa e, se del caso, anche a percorsi che, in funzione prevalentemente trattamentale, coinvolgono una vittima "aspecifica", che abbia subito un reato analogo a quello commesso nel caso in questione. Se la vittima in carne e ossa a cui il programma di giustizia riparativa è prioritariamente rivolto ha il diritto – dopo essere stata adeguatamente informata e sostenuta – di rifiutare una partecipazione attiva, il sanitario non deve subire un trattamento processuale e/o sanzionatorio deteriore solo per questo.

Nel progetto, poi, si è acutamente sfruttata la peculiarità degli interessi civilistici in gioco – che non vanno esaltati, certo, ma nemmeno del tutto dimenticati in quanto il risarcimento è spesso una delle tessere che compongono il mosaico della riparazione intensa in senso ampio – e in particolare il ruolo rivestito dalle compagnie di assicurazione, per porre a carico di queste ultime la copertura finanziaria del sistema; il costo delle agenzie pubbliche di giustizia riparativa, infatti, ha sempre costituito un grosso ostacolo all'implementazione di un modello "riparativamente orientato". Nella proposta elaborata dal CSGP, le compagnie sono tenute al versamento di contribuzioni obbligatorie a un Fondo Nazionale per la Giustizia riparativa in ambito sanitario, in ragione dei premi incassati per i contratti stipulati per la copertura assicurativa della responsabilità civile nell'esercizio della professione sanitaria (art. 25).

La creazione di servizi di giustizia riparativa che siano specializzati nel contenzioso sanitario e si affianchino a quelli che verranno auspicabilmente creati in attuazione della delega contenuta nella riforma appena approvata (art. 1, co. 19, legge 134/2021)⁷⁰, dando finalmente corpo alle condizioni organizzative e fattuali necessarie per lo sviluppo delle pratiche di *restorative justice*, sarebbe la migliore garanzia per un'efficace promozione di condotte volontarie a contenuto riparatorio e conformativo poste in essere dal sanitario.

⁷⁰ La legge 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", con riferimento al tema della giustizia riparativa, prevede finalmente uno specifico stanziamento per il finanziamento dei servizi (art. 1, co. 19).

L'obiettivo è quello di favorire il non verificarsi di ulteriori eventi lesivi o pericolosi e il risultato del programma potrà essere il più vario: potrà consistere in un formale gesto di scuse, in un'attività socialmente utile, nel promuovere il miglioramento delle prassi organizzative interne al reparto o alla struttura sanitaria, nella frequenza di un corso di aggiornamento professionale, nella disponibilità a sottoporre a verifica di altri esperti l'operato del professionista, nell'impegno ad astenersi da determinate prestazioni professionali, nella devoluzione di una parte dello stipendio in opere benefiche in qualche modo connesse all'evento lesivo causato.

Il diritto penale arretra, ma si offrono risposte alternative, che non si limitano a un risarcimento riconosciuto, forse, in sede civile dopo un lungo giudizio. Si offre un luogo di ascolto attento e attivo, di riconoscimento della dignità delle persone coinvolte, di riparazione simbolica, prima ancora che materiale.

Un discorso parzialmente analogo si può proporre per le ipotesi di aggressioni ai danni del personale sanitario, che senza dubbio non sono necessariamente legate alla pandemia, ma che sono al centro della riforma approvata nel 2020 anche sull'onda del sentimento di gratitudine che si era diffuso nell'opinione pubblica verso queste categorie professionali.

Se si tiene conto del contesto in cui maturano si può comprendere come queste siano aggressioni in relazione alle quali il sindacato giuspenalistico può avere poco senso e quindi in relazione alle quali è innanzitutto importante che la procedibilità, per percosse o lesioni lievi che vengano integrate, torni a essere a querela⁷¹.

⁷¹ La delega riguarda anche le condizioni di procedibilità dei reati contro la persona puniti con pena edittale detentiva non superiore nel minimo a due anni. Nella legge delega, all'art. 1, co. 15, si prevede, infatti, che: "Nell'esercizio della delega di cui al comma 1, i decreti legislativi recanti modifiche al codice penale e al codice di procedura penale in materia di condizioni di procedibilità, per le parti di seguito indicate, sono adottati nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: a) prevedere la procedibilità a querela della persona offesa per il reato di lesioni personali stradali gravi o gravissime previsto dall'articolo 590-bis, primo comma, del codice penale; b) prevedere l'estensione del regime di procedibilità a querela di parte a ulteriori specifici reati contro la persona o contro il patrimonio nell'ambito di quelli puniti con pena edittale detentiva non superiore nel minimo a due anni; prevedere che ai fini della determinazione della pena

Le aggressioni fisiche hanno qualcosa in comune con le aggressioni giudiziarie ai danni del personale sanitario; sono facce diverse di un fenomeno unitario di delegittimazione del professionista della salute al quale negli ultimi anni abbiamo assistito quasi costantemente, ma l'ordinamento non può intervenire a senso unico, pur in un contesto ambientale parzialmente mutato.

Alle seconde, il sistema ha reagito creando, a favore dei sanitari, degli spazi liberi dalla risposta penale e non è da escludersi un loro possibile ampliamento; alle prime, il sistema ha reagito con lo strumento penale, ma sempre a favore dei sanitari: appesantendo la macchina, ma, spesso, senza un vero significato di giustizia⁷².

Entrambe le categorie di risposte – prese da sole – sono insoddisfacenti, perché deresponsabilizzano la parte pubblica, le istituzioni che finiscono per non riconoscere la propria incapacità di prevenire⁷³, la propria corresponsabilità nel creare le condizioni per un servizio poco adeguato, soprattutto durante l'imperversare dell'emergenza sanitaria⁷⁴, e perché si disinteressano della dimensione della fiducia, della necessità di promuovere un clima di reciproca comprensione prestando attenzione alle radici del conflitto e alla possibilità di una riparazione, di creare uno spazio di verità.

Proprio per evitare che i problemi del settore non siano affrontati dalle agenzie pubbliche con alcuno strumento oppure siano trasferiti in blocco sul terreno giudiziario con il rischio di “espansioni panpenalistiche”⁷⁵ o anche solo di nuove cause civili, che non sanno comunque risolvere alcunché visto che il processo non è capace di risanare le fratture

detentiva non si tenga conto delle circostanze, facendo salva la procedibilità d'ufficio quando la persona offesa sia incapace per età o per infermità”.

⁷² Cfr., per queste espressioni, pur in un diverso contesto, D. PULITANÒ, *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, cit., par. 6.

⁷³ Come precisa L. EUSEBI, *Covid-19 ed esigenze di rifondazione della giustizia penale*, in *Sistema penale*, cit., 3, la prevenzione antecedente al verificarsi di eventi lesivi è soprattutto un fatto di programmazione, di organizzazione, di efficienza amministrativa.

⁷⁴ Cfr. M. CAPUTO, *Nessuno tocchi Ippocrate. Il contrasto penale alle violenze commesse ai danni del personale sanitario*, cit., 22.

⁷⁵ È questo il termine utilizzato da D. PULITANÒ, *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, cit., par. 4.2.

re che si sono drammaticamente aperte, ma approfondisce la separazione tra le parti e aggrava la lacerazione dei legami sociali prodotta dalla condotta offensiva, io credo che, pur con i dovuti accorgimenti volti a tutelare la sensibilità delle vittime, si debbano sfruttare al massimo le potenzialità della giustizia riparativa in questo campo.

La *restorative justice*, in cui si sta dimostrando di credere nel delineare una riforma della giustizia penale di ampio respiro con istituti sostanziali e processuali idonei a valorizzarla, deve diventare insomma lo strumento per eccellenza di una seria strategia integrativa e complementare a quella tipicamente penale e più in generale a quella giurisdizionale nella gestione del conflitto tra sanitario e paziente; strategia imprescindibile per evitare di nascondere le lacerazioni ma, allo stesso tempo, per favorire, anche e soprattutto in questo campo la ricostruzione di una nuova convivenza, di un clima di fiducia⁷⁶; di fiducia nel medico e, più in generale, nel sistema dell'assistenza pubblica.

⁷⁶ Come precisa M. CAPUTO, Nessuno tocchi Ippocrate. *Il contrasto penale alle violenze commesse ai danni del personale sanitario*, cit., 26, "l'auspicio è che dall'esperienza traumatica del Coronavirus pazienti e curanti possano trarre la forza per scrivere insieme una pagina nuova e fondamentale dell'alleanza terapeutica, rivolgendosi compatti al legislatore per ottenere investimenti mirati nel settore della salute e del welfare in generale". Cfr. anche L. EUSEBI, *Covid-19 ed esigenze di rifondazione della giustizia penale*, cit., 27.

PRATICHE DI GIUSTIZIA RIPARATIVA NELLA PANDEMIA

L'ATTIVITÀ DEL CENTRO DI GIUSTIZIA RIPARATIVA DELLA REGIONE AUTONOMA TRENINO-ALTO ADIGE/SÜDTIROL

*Valeria Tramonte**

SOMMARIO: *1. Il Centro di giustizia riparativa. 2. Giustizia riparativa in tempi di emergenza sanitaria. 3. Possibilità e limiti del colloquio online.*

1. Il Centro di giustizia riparativa

Una breve introduzione sul Centro.

Nel corso dell'anno 2003, la Regione Autonoma Trentino-Alto Adige, in virtù dei particolari compiti e funzioni in materia di giudici di pace previsti dalla normativa di attuazione dello speciale Statuto di autonomia, ha dato vita a un progetto relativo al Centro per la mediazione penale, al fine di supportare ulteriormente l'attività dei giudici di pace operanti sul territorio regionale.

Il riconoscimento formale della mediazione penale è avvenuto in base alla disposizione contenuta nell'art. 29, co. 4, d.lgs. n. 274 del 2000, che prevede la possibilità per i giudici di pace, quando il reato è perseguibile a querela, di sospendere il processo e di ricorrere ai centri di mediazione per tentare la conciliazione tra querelante e querelato. Il centro, attivato nel giugno del 2004 con una sezione a Trento e una a Bolzano, ha successivamente aperto la propria attività anche all'ambito della giustizia minorile: nel 2005 è stato siglato un protocollo di collaborazione tra la Regione Autonoma Trentino-Adige e il Ministero della Giustizia il quale prevede lo sviluppo di percorsi di mediazione in am-

* Mediatrice del Centro di Giustizia Riparativa della Regione Autonoma Trentino-Alto Adige/Südtirol.

bito minorile e nel corso dell'esecuzione della pena, nonché la diffusione e la promozione sul territorio delle pratiche di mediazione e del modello di mediazione attuato dal Centro. Dal 2016 è attivo l'ulteriore settore della mediazione nell'ambito della messa alla prova dell'imputato adulto sulla base di un protocollo di collaborazione con il Provveditorato Regionale dell'Amministrazione Penitenziaria di Veneto, Trentino-Alto Adige, Friuli Venezia Giulia.

Il Centro, ora Centro di giustizia riparativa, è inoltre attivo sul tema della mediazione sociale e della sensibilizzazione ai principi e ai valori della giustizia riparativa.

2. Giustizia riparativa in tempi di emergenza sanitaria

Nel mio intervento cercherò di rispondere alla domanda “Come abbiamo reagito alla pandemia e in che modo la pandemia ha modificato la nostra attività?”, che mi pare sia ciò che ci è richiesto. Anzitutto va detto che tutti abbiamo vissuto un periodo che è difficile descrivere: un periodo di incredulità, di disorientamento, in cui le normali abitudini che costituivano la *routine* giornaliera sono state improvvisamente interrotte, sostituite da altre: il bollettino quotidiano della protezione civile, la lettura dei numeri e delle previsioni di andamento della pandemia, la difficile decodifica di testi di decreti che stabilivano cosa si poteva e non si poteva fare. Nell'immediato, all'indomani della chiusura totale, pensavamo si trattasse di una situazione temporanea, transitoria, e quindi come tutti ci siamo fermati con le attività in presenza, nel tentativo di capire cosa stesse succedendo, quali fossero gli orizzonti di azione nel breve e nel medio periodo. Non sapevamo bene che informazioni fosse corretto dare, se fosse opportuno fissare appuntamenti, ed eventualmente per quando. Una prima fase, dunque, di confusione e di sospensione. Si è trattato però di una fase molto breve. Piuttosto velocemente, prima vagamente e poi sempre più chiaramente, si è fatta strada in tutti noi la consapevolezza che non sarebbe stata una situazione temporanea, che le scuole non avrebbero riaperto, che le limitazioni sarebbero durate ancora forse a lungo. Abbiamo quindi dovuto e voluto cercare delle alternative alla presenza fisica che permettessero di offrire

un servizio, dico “un” perché non si è trattato del servizio che avremmo potuto offrire in una condizione ordinaria, ma di una soluzione nel contesto delle limitazioni e dei distanziamenti imposti.

Le soluzioni tecnologiche erano a disposizione; fortunatamente la tecnologia aveva già superato la frontiera della presenza fisica e ideato modalità di incontro a distanza. La possibilità di vedersi faccia a faccia, pur nella difficoltà di collegamenti che non funzionavano, di password che non si trovavano, di linee che cadevano proprio nel momento in cui era previsto che parlassimo o nel momento *clou* di un incontro, ci ha permesso di proseguire l’attività per mesi. Abbiamo svolto colloqui *online* con tutti: minori in famiglia, minori in comunità, adulti che si connettevano dall’auto per cercare un po’ di tranquillità in case in cui i bambini, con le scuole chiuse, non davano tregua, anziani che riuscivano a gestire connessioni, *link* e *password* grazie alla determinazione che solo il bisogno di comunicare può mantenere. Alcune persone, diffidenti in un primo momento (“non so farlo, non ho il pc, è strano”), si sono poi ricredute; altre invece hanno preferito attendere la riapertura della possibilità di incontrarsi di persona piuttosto che accettare un incontro *online*. Sono stati però rari, rarissimi casi.

Non abbiamo svolto molte mediazioni virtuali: io solo in due casi e mi pare che le colleghe non ne abbiano fatte. Per le mediazioni, abbiamo atteso la riapertura parziale ed è stata una scelta dettata dal fatto che l’incontro che genera, dal nostro punto di vista, l’empatia e la relazione necessarie per favorire la comprensione reciproca, la comprensione del vissuto dell’altro, è l’incontro faccia a faccia, o mascherina a mascherina, però insomma l’incontro fisico, non sostituibile con l’incontro virtuale se non in casi eccezionali, in cui accettiamo di rinunciare a qualcosa pur di svolgere l’incontro entro un tempo definito, che è stato il motivo per cui abbiamo fatto quelle poche mediazioni di cui vi parlo.

3. Possibilità e limiti del colloquio online

Alcune riflessioni sull’uso delle piattaforme per i colloqui: una riflessione preliminare sull’importanza di creare comunque un contesto adeguato. Ovviamente il *setting* dev’essere ripensato e dev’esserci una

certa flessibilità a riguardo, perché mentre normalmente il *setting*, qui inteso come ambiente e contesto dell'incontro, è preparato da noi, nel caso dei colloqui *online* il *setting* è fatto di due contesti diversi, in collegamento, e del mezzo che li mette in collegamento. Naturalmente possiamo controllare solo uno di questi, che è quello dal quale avviene la nostra connessione, ma alcuni suggerimenti possono essere dati alle parti, in modo che sia garantita la necessaria tranquillità e la riservatezza dei contenuti che si trattano. Cercare di collegarsi da una stanza che si possa chiudere, e non da un corridoio, dalla strada, da una stanza condivisa. Cercare di prendersi il tempo necessario per il colloquio, evitando di ritagliarsi "dieci minuti" tra un impegno e un altro; in altre parole, evitare che l'estrema disponibilità dell'uso del mezzo porti a non dare il corretto significato al momento del colloquio. Aiutare le parti a comprendere che, se è vero che ciascuno è a casa propria o quanto meno in un contesto privato, è comunque bene creare le condizioni per disporsi al dialogo e alla comunicazione e quindi: una sedia comoda; una connessione stabile e un piano d'appoggio per il telefono se si usa, appunto, il telefono per collegarsi; la richiesta a chi è con noi di concederci un momento di solitudine e di non essere disturbati per la durata del colloquio. Il colloquio *online* non irrompe senza preavviso come può accadere per una telefonata e ci concede dunque il tempo di organizzarci e organizzare un ambiente adeguato.

Certamente un colloquio virtuale è molto diverso da un colloquio faccia a faccia: anzitutto, si devono superare alcuni problemi pratici che nell'incontro faccia a faccia sono superati nel momento in cui una persona si siede a colloquio. In quel momento ha già trovato parcheggio, individuato la sede e, nella migliore delle ipotesi, anche spento il telefono: si può iniziare. Nel colloquio *online* non esiste un inizio definitivo, perché il collegamento può cadere, perché possono esserci elementi di disturbo o una connessione poco stabile che fa perdere alcune parti del dialogo. È dunque fondamentale essere flessibili e non innervosirsi.

In secondo luogo, vedendosi solo a mezzo busto, e a volte meno, si perdono molti elementi della comunicazione non verbale che durante un incontro avremmo invece notato e a cui avremmo dato un significato. Difficile cogliere occhi bassi, mani che si contorcono, piedi che ticchettano, e dunque più difficile, dovendosi affidare solo a espressioni

del viso e a elementi verbali, calibrare il colloquio sulla base dei *feedback* che giungono dalla persona. C'è anche da dire che i colloqui in presenza con mascherina non sono esenti da difficoltà: lì si perde tutta la mimica facciale e a volte, purtroppo, non si capisce cosa una persona stia dicendo, si chiede di ripetere e questo ovviamente toglie fluidità al discorso.

Va sottolineato inoltre che durante un colloquio *online* il punto di vista è frontale, anche se esistono delle piattaforme che propongono una disposizione dei partecipanti in cerchio e che risulterebbero particolarmente utili nell'organizzare una mediazione con collegamento da remoto.

Inoltre, ci si vede, si vede se stessi, e questo è un aspetto che differenzia profondamente il colloquio *vis a vis* da quello virtuale. Ho scelto una configurazione che riduce a icona molto piccola il mio volto e la tengo visibile solo per verificare di non spegnere inavvertitamente telecamera o audio. Per il resto, cerco di ignorare la mia immagine perché vedersi distrae e rende la comunicazione molto meno fluida e spontanea.

Ma veniamo ai lati positivi: anzitutto, si tratta di uno strumento che ci ha permesso di non fermarci, di continuare a offrire un servizio, o una parte di servizio, anche in momenti in cui non era possibile uscire di casa. Inoltre, il colloquio *online* permette di utilizzare il tempo in modo molto meno dispersivo: ho notato che è più semplice, per alcune persone, collegarsi da casa a fine giornata, o durante la pausa pranzo, piuttosto che chiedere un permesso dal lavoro oppure aggiungere a una giornata lavorativa l'ulteriore impegno di venire presso il Centro per il colloquio.

Durante la pandemia abbiamo svolto da remoto anche tutte le altre attività del Centro: interventi nelle scuole, riunioni di tavoli di lavoro territoriali, informazione alle assistenti sociali territoriali sulla GR e sulle pratiche di mediazione. I nostri Dialoghi sulla giustizia riparativa organizzati su piattaforma *online*, in cui abbiamo avuto il piacere di ospitare, tra gli altri, la Prof.ssa Marta Cartabia, il Prof. Adolfo Ceretti, il Dott. Marco Bouchard, sono sempre molto partecipati e ci offrono l'occasione di diffondere i principi e i valori della giustizia riparativa.

Possiamo poi rilevare che durante la pandemia le occasioni di conflitto sono da un lato diminuite e diventate, per così dire, Covid-specifiche, e quindi alcuni casi che sono arrivati alla nostra attenzione riguardavano liti per non aver indossato correttamente la mascherina, non aver rispettato le regole di distanziamento, ecc.

Dall'altro lato non va dimenticato il disagio e il vero e proprio stato di bisogno che la pandemia ha generato o acuito: se è ipotizzabile che siano diminuite le "liti" e i conflitti interpersonali perché le occasioni di incontro sono diminuite date le limitazioni, è altrettanto vero che la pandemia ha avuto un effetto molto negativo sulle persone, e in modo particolare sui minori, in situazioni di marginalità, che sono rimaste in pandemia ancora più sole, ancora più esposte, ancora più in pericolo.

Concludendo, di certo la pandemia ha completamente modificato, per un periodo, la metodologia di lavoro. Abbiamo adattato le nostre competenze e cercato di acquisirne di nuove, utili a gestire relazioni e colloqui da remoto, e le esperienze maturate ci permettono di dire che sicuramente il mezzo è stato utilissimo e potrà essere usato anche in futuro, laddove opportuno, soprattutto per organizzare incontri, occasioni di riflessione, formazioni. Per quanto riguarda colloqui e mediazioni, invece, riteniamo che l'incontro reale, fisico, sia insostituibile nella sua generatività e che il tempo che si trascorre nella stanza, nel luogo dedicato alla mediazione, sia un tempo prezioso, simbolico, al quale speriamo di non dover più rinunciare.

COLLANA
‘QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA’

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

1. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del IV Convegno Antitrust tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2014)

2. *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GIANNI SANTUCCI, ANNA SIMONATI (2014)

3. *Il riconoscimento dei diritti storici negli ordinamenti costituzionali* - (a cura di) MATTEO COSULICH, GIANCARLO ROLLA (2014)

4. *Il diritto del lavoro tra decentramento e ricentralizzazione. Il modello trentino nello spazio giuridico europeo* - (a cura di) ALBERTO MATTEI (2014)

5. *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice* - JOHN A.E. VERVAELE, with a prologue by Gabriele Fornasari and Daria Sartori (Eds.) (2014)

6. *I beni comuni digitali. Valorizzazione delle informazioni pubbliche in Trentino* - (a cura di) ANDREA PRADI, ANDREA ROSSATO (2014)

7. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2015)

8. *Il coordinamento dei meccanismi di stabilità finanziaria nelle Regioni a Statuto speciale* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI, FLAVIO GUELLA (2014)

9. *Reti di libertà. Wireless Community Networks: un'analisi interdisciplinare* - (a cura di) ROBERTO CASO, FEDERICA GIOVANELLA (2015)

10. *Studies on Argumentation and Legal Philosophy. Further Steps Towards a Pluralistic Approach* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2015)

11. *L'eccezione nel diritto. Atti della giornata di studio (Trento, 31 ottobre 2013)* - (a cura di) SERGIO BONINI, LUCIA BUSATTA, ILARIA MARCHI (2015)

12. José Luis Guzmán D'Albora, *Elementi di filosofia giuridico-penale* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ALESSANDRA MACILLO (2015)

13. *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto* - (a cura di) GIANDOMENICO FALCON, BARBARA MARCHETTI (2015)

14. *Convergences and Divergences between the Italian and the Brazilian Legal Systems* - (Ed. by) GIUSEPPE BELLANTUONO, FEDERICO PUPPO (2015) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/116513>)

15. *La persecuzione dei crimini internazionali. Una riflessione sui diversi meccanismi di risposta. Atti del XLII Seminario internazionale di studi italo-tedeschi, Merano 14-15 novembre 2014 - Die Verfolgung der internationalen Verbrechen. Eine Überlegung zu den verschiedenen Reaktionsmechanismen. Akten des XLII. Internationalen Seminars deutsch-italienischer Studien, Meran 14.-15. November 2014* - (a cura di / herausgegeben von) ROBERTO WENIN, GABRIELE FORNASARI, EMANUELA FRONZA (2015)

16. *Luigi Ferrari Bravo. Il diritto internazionale come professione* - (a cura di) GIUSEPPE NESI, PIETRO GARGIULO (2015)
17. *Pensare il diritto pubblico. Liber Amicorum per Giandomenico Falcon* - (a cura di) MAURIZIO MALO, BARBARA MARCHETTI, DARIA DE PRETIS (2015)
18. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del V Convegno biennale Antitrust. Trento, 16-18 aprile 2015* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2015)
19. *From Contract to Registration. An Overview of the Transfer of Immoveable Property in Europe* - (Ed. by) ANDREA PRADI (2015) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/140085>)
20. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo. Volume II* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2016) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/143369>)
21. *Democrazie e religioni: libertà religiosa, diversità e convivenza nell'Europa del XXI secolo. Atti del convegno nazionale Adec Trento, 22 e 23 ottobre 2015* - (a cura di) ERMINIA CAMASSA (2016)
22. *Modelli di disciplina dell'accoglienza nell'“emergenza immigrazione”. La situazione dei richiedenti asilo dal diritto internazionale a quello regionale* - (a cura di) JENS WOELK, FLAVIO GUELLA, GRACY PELACANI (2016)
23. *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione* - (a cura di) MARCO BOMBARDELLI (2016)

24. *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Atti del IV Congresso nazionale SIRD. Trento, 24-26 settembre 2015* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE GRAZIADEI (2016)

25. *Fiat Intabulatio. Studi in materia di diritto tavolare con una raccolta di normativa* - (a cura di) ANDREA NICOLUSSI, GIANNI SANTUCCI (2016)

26. *Le definizioni nel diritto. Atti delle giornate di studio, 30-31 ottobre 2015* - (a cura di) FULVIO CORTESE, MARTA TOMASI (2016)

27. *Diritto penale e modernità. Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali. Atti del convegno. Trento, 2 e 3 ottobre 2015* - (a cura di) ROBERTO WENIN, GABRIELE FORNASARI (2017)

28. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 2. Multimodality and Reasonableness in Judicial Rhetoric* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/106571>)

29. *Il Giudice di pace e la riforma della magistratura onoraria. Atti del Convegno. Trento, 3-4 dicembre 2015* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/178978>)

30. *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GRACY PELACANI (2017)

31. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo. Volume III* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/184772>)

32. *Carlo Beduschi. Scritti scelti* - (a cura di) LUCA NOGLER, GIANNI SANTUCCI (2017)

33. *Diplomatici. 33 saggi su aspetti giuridici e politici della diplomazia contemporanea* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2018)
34. *Sport e fisco* - (a cura di) ALESSANDRA MAGLIARO (2018)
35. *Legal Conversations Between Italy and Brazil* - (a cura di) GIUSEPPE BELLANTUONO, FABIANO LARA (2018)
36. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 3. Multimodal Argumentation, Pluralism and Images in Law* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2018) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/218719>)
37. *Assetti istituzionali e prospettive applicative del private antitrust enforcement nell'Unione europea. Atti del VI convegno biennale antitrust. Facoltà di Giurisprudenza. Trento, 6-8 aprile 2017* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2018)
38. *La Direttiva quadro sulle acque (2000/60/CE) e la Direttiva alluvioni (2007/60/CE) dell'Unione europea. Attuazione e interazioni con particolare riferimento all'Italia* - (a cura di) MARIACHIARA ALBERTON, MARCO PERTILE, PAOLO TURRINI (2018)
39. *Saggi di diritto economico e commerciale cinese* - (a cura di) IGNAZIO CASTELLUCCI (2019)
40. *Giustizia riparativa. Responsabilità, partecipazione, riparazione* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2019) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/234755>)
41. *Prevenzione dei sinistri in area valanghiva. Attività sportive, aspetti normativo-regolamentari e gestione del rischio* - (a cura di) ALESSANDRO MELCHIONDA, STEFANIA ROSSI (2019)

42. *Pubblica amministrazione e terzo settore. Confini e potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico* - (a cura di) SILVIA PELLIZZARI, ANDREA MAGLIARI (2019)

43. *Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato. Atti del VII Convegno Antitrust di Trento, 11-13 aprile 2019* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2019)

44. *Conciliazione, mediazione e deflazione nel procedimento davanti al giudice di pace. Esperienze euroregionali. Atti del Convegno. Trento, 10 maggio 2019* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ, ELENA MATTEVI (2020) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/259285>)

45. *Diritto e genere. Temi e questioni* - (a cura di) STEFANIA SCARPONI (2020)

46. *Le parti in mediazione: strumenti e tecniche. Dall'esperienza pratica alla costruzione di un metodo* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ (2020) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/269082>)

47. *Effettività delle tutele e diritto europeo. Un percorso di ricerca per e con la formazione giudiziaria* - (a cura di) PAOLA IAMICELI (2020)

48. *Infermità mentale, imputabilità e disagio psichico in carcere. Definizioni, accertamento e risposte del sistema penale* - (a cura di) ANTONIA MENGHINI, ELENA MATTEVI (2020)

49. *Le (in)certezze del diritto. Atti delle giornate di studio. 17-18 gennaio 2019* - (a cura di) CINZIA PICIOCCHI, MARTA FASAN, CARLA MARIA REALE (2021)

50. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 4. Ragioni ed emozioni nella decisione giudiziale* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2021) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/296052>)

51. *Comunicare, negoziare e mediare in rete. Atti del Convegno. Trento, 25 settembre 2020* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ (2021) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/306972>)

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)

