



UNIVERSITÀ
DI TRENTO

Facoltà di
Giurisprudenza

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



**UNIVERSITÀ
DI TRENTO**

**Facoltà di
Giurisprudenza**

QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

44

2020

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

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© *Copyright 2020*
by Università degli Studi di Trento
Via Calepina 14 - 38122 Trento

ISBN 978-88-8443-897-3
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>

Aprile 2020

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*

Università degli Studi di Trento 2020

INDICE

	Pag.
Marcello Mancini <i>Prefazione</i>	1
Silvana Dalla Bontà <i>Mediazione ai sensi del d.lgs. n. 28/2010 e conciliazione davanti al giudice di pace. Tra resistenze applicative e prospettive future ..</i>	5
Maurizio Di Rocco <i>Limiti ed effettività della mediazione davanti agli organi giudicanti</i>	39
Thomas Pichler <i>La mediazione in Austria, Germania e Italia: un confronto</i>	49
Alessandra Sanna <i>Aperture e ostacoli al modello di restorative justice: la spinta propulsiva della Corte costituzionale</i>	65
Domenico Rosani <i>L'esperienza austriaca nelle definizioni alternative del procedimento penale. Introduzione alla disciplina dell'archiviazione per tenuità e della diversione</i>	85
Daniela Arieti <i>La mediazione penale nel procedimento davanti al giudice di pace</i>	117
Elena Mattevi <i>Estinzione del reato attraverso la riparazione</i>	125

PREFAZIONE

Il presente volume raccoglie gli Atti del Convegno di studi tenutosi a Trento presso la Facoltà di Giurisprudenza il 10 maggio 2019 sul tema “Conciliazione, mediazione e deflazione del procedimento davanti al giudice di pace. Esperienze euroregionali”.

L’importante occasione di riflessione su questi profili di estrema attualità è frutto di una collaborazione ormai consolidata fra l’Università degli Studi di Trento, la Regione Autonoma Trentino-Alto Adige/*Südtirol* e la Scuola Superiore della Magistratura, Sezione didattica territoriale di Trento.

I lavori si sono snodati in una sessione mattutina, avente ad oggetto “Conciliazione e mediazione in materia civile nel sistema generale e nel microsistema del giudice di pace. Realtà italiana ed austriaca a confronto”, ed in una sessione pomeridiana su “Mediazione penale e definizioni alternative del procedimento penale. Tendenze di sistema e peculiarità del procedimento davanti al giudice di pace”.

Filo conduttore di tutti gli interventi degli illustri relatori, provenienti dal mondo accademico, dalla magistratura e dal foro, è stata l’emersione dell’esigenza primaria di risolvere il conflitto fra le parti promuovendo il ricorso a procedure extragiudiziali, al fine non solo di ridurre l’alto livello di contenzioso, ma anche di collocare le persone, e non più e non solo il fatto generatore dello scontro, al centro dell’attenzione degli organi che curano la soluzione del conflitto.

L’attenta ed approfondita analisi degli strumenti normativi predisposti dal legislatore a tal fine ha evidenziato, nel corso dei lavori, l’urgenza di incentivare tecniche alternative al processo di risoluzione dei conflitti, anche alla luce dell’imminente aumento delle competenze dei giudici onorari di pace in materia civile.

In particolare, forte è stato l’auspicio di un consolidarsi, negli uffici giudiziari, di pratiche virtuose, tra cui spiccano quelle relative all’impiego, nelle controversie civili, dello strumento della mediazione disposta dal giudice, sia ove questo sia onorario che togato.

Si è messo in rilievo come, ai sensi dell'art. 5, co. 2 d.lgs. n. 28 del 2010, il giudice, vero ispiratore dell'ipotetico accordo fra le parti, sia chiamato ad essere coinvolto in modo differente, ma assai più fruttuoso, nel percorso conciliativo. A lui, infatti, è attribuita una facoltà determinante: quella di ordinare alle parti di esperire la mediazione a fini conciliativi davanti ad un organismo di mediazione, una volta che il processo sia iniziato, allorché ritenga se ne diano le condizioni, ovvero sia sulla base di criteri fissati dal d.lgs., quali la natura della causa, lo stato dell'istruzione, il comportamento delle parti.

Su tale strumento, invero fino ad oggi poco utilizzato, occorre maggiore consapevolezza da parte dei giudici onde comprenderne appieno il potenziale, che alcuni significativi progetti pilota hanno già messo in evidenza grazie a significativi risultati statistici.

L'attenzione per scopo, struttura ed esiti di questi progetti appare di particolare rilievo, potendo essi fungere da prototipo per esperienze similari da realizzarsi anche presso la magistratura onoraria e in tutto il territorio nazionale.

Con riguardo alla mediazione e conciliazione penale, e in generale alle definizioni alternative del procedimento penale, l'attenzione si è incentrata sulle tecniche e sul potenziamento dei meccanismi riparatori e sul ruolo della persona offesa.

Gli strumenti normativi introdotti principalmente nel procedimento davanti al giudice di pace, oltre ad avere natura deflattiva, hanno una ricaduta evidente sul piano dell'effettività del processo a risolvere la contesa ogniqualvolta ci si trovi davanti a fattispecie in cui sia possibile identificare una "vittima".

Ricca di spunti di riflessione ed approfondimento è stata la parte del convegno dedicata alla riparazione come causa estintiva del reato nel sistema penale italiano: dall'art. 35 d.lgs. n. 274 del 2000 all'art. 162-ter c.p.

La tematica affrontata ha evidenziato come le "condotte riparatorie" in particolare non siano ispirate, come potrebbe apparire ad una superficiale lettura della norma, da un semplice intento deflattivo generato da un trattamento benevolo nei confronti del reo, che dimostri prima dell'inizio del dibattimento di aver riparato il danno mediante restituzioni o il risarcimento, ma, al contrario, puntino a valorizzare il ruolo della

vittima, che nel caso specifico viene ascoltata, al contrario di ciò che accade seguendo i riti alternativi tradizionali del giudice ordinario (patteggiamento e abbreviato), per comprendere le sue esigenze e le sue necessità rispetto all'illecito penale subito.

In questo contesto, molto interessante si è rivelata la parte dei lavori in cui si è incentrata l'attenzione sul Centro di giustizia riparativa della Regione Autonoma Trentino Alto Adige/*Südtirol* creato circa quindici anni fa, per i procedimenti penali davanti ai giudici di pace sparsi sul territorio regionale, in attuazione dell'art. 29, co. 4 d.lgs. n. 274 del 2000.

Il notevole salto di qualità compiuto è stato quello di abbandonare la prospettiva tradizionale, retributiva, che vede il reato come violazione di una norma e risponde a questa violazione con una punizione.

Il cambiamento, grazie ai professionisti della mediazione, è rappresentato dal mettere a fuoco prima di tutto il danno che il reato produce nelle persone e nelle relazioni, approfondire i vissuti per capire quali sono i bisogni che ne derivano e mettere quelle stesse persone nelle condizioni di ricercare attivamente risposte riparative adeguate a quei bisogni.

In questa prospettiva, dunque, sia vittima che autore non rimangono soggetti passivi in attesa di una decisione di qualcun altro, ma diventano soggetti attivi in grado di decidere per sé stessi e di ricostruire essi stessi una verità che concilia, diversa dalla verità processuale, da quella dei verbali e dei referti medici.

È stata poi oggetto di riflessione approfondita anche l'esperienza austriaca. Gli strumenti di deflazione hanno trovato negli ultimi decenni un amplissimo utilizzo nel procedimento penale austriaco, sia da parte della magistratura requirente che giudicante.

L'archiviazione per tenuità e le varie modalità di diversione, aventi generale applicabilità, permettono di concludere il procedimento senza un pronunciamento sostanziale sulla responsabilità penale dell'indagato o imputato.

È emerso che in Austria, come del resto in Italia, le finalità degli interventi normativi sono molteplici, spaziando da considerazioni di economia processuale, deflazione e velocizzazione del procedimento, a

MARCELLO MANCINI

valutazioni di proporzionalità ed *extrema ratio* della risposta penale, a ragionamenti di prevenzione speciale e generale.

Alla luce degli esiti del Convegno di studi appare possibile ed auspicabile un diverso e meno diffidente approccio ai sistemi di conciliazione, quali veri propulsori di una giustizia non solo più veloce ma più equa e vicina ai cittadini.

Marcello Mancini
Avvocato del Foro di Bolzano
Rappresentante dei giudici di pace della
Regione Autonoma Trentino-Alto Adige/*Südtirol*

MEDIAZIONE AI SENSI DEL D.LGS. N. 28/2010 E CONCILIAZIONE DAVANTI AL GIUDICE DI PACE

TRA RESISTENZE APPLICATIVE E PROSPETTIVE FUTURE

*Silvana Dalla Bontà**

SOMMARIO: 1. *L'‘interferenza’ del d.lgs. n. 28/2010 con la c.d. giustizia minore quale benefica occasione di riflessione sulla funzione conciliativa del giudice di pace.* 2. *Le ragioni del progressivo sbiadimento della funzione conciliativa del giudice di pace: (a) in sede non contenziosa.* 3. (segue) (b) *e in sede contenziosa.* 4. *La persistente percezione del giudice di pace come depositario della funzione conciliativa: l'orientamento giurisprudenziale contrario all'applicazione del d.lgs. n. 28/2010 ai giudizi avanti al giudice non togato.* 5. (segue) *e le critiche dottrinali a tale orientamento.* 6. *In tale orizzonte: (a) la ferma distinzione tra istituto della conciliazione avanti al giudice di pace e quello della mediazione ex d.lgs. n. 28/2010.* 7. (segue) (b) *e l'auspicabile consolidarsi di pratiche virtuose, in particolare con riguardo alle opportunità schiuse della mediazione ordinata dal giudice.* 8. *I recenti Progetti pilota per la diffusione della mediazione c.d. disposta dal giudice: ragioni sottese ed obiettivi perseguiti.* 9. *In particolare, i Progetti ‘fiorentini’: le cinque fasi in cui essi si snodano e i risultati intermedi raggiunti.* 10. *Quali le prospettive future?*

1. L'‘interferenza’ del d.lgs. n. 28/2010 con la c.d. giustizia minore quale benefica occasione di riflessione sulla funzione conciliativa del giudice di pace

È cosa nota come adozione ed entrata in vigore del d.lgs. n. 28 del 2010, in tema di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali – e relativi d.m. attuativi, circolari ministeriali e successive novelle (tra tutte quelle del 2013, che ha fatto seguito

* Professore Associato di Diritto processuale civile presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento.

alla nota sentenza della Corte cost. n. 272/2012, e del 2017)¹ – abbiano provocato, per così dire, un “sussulto”, o, meglio detto, un’occasione di (benefica) riflessione (non solo teorica, ma pure pratico-applicativa) anche per la magistratura onoraria dei giudici di pace.

Ciò invero non stupisce. Naturale è stato, infatti, che l’introduzione di un sistema di mediazione amministrata, gestita, cioè, da organismi di mediazione accreditati e iscritti presso il Ministero di giustizia e la pre-

¹ Il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 è attuazione dell’art. 60 della l. 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, nonché implementazione della Direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale. Regolamento attuativo del d.lgs. cit. è il d.m. 19 ottobre 2010, n. 180, recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell’elenco dei formatori per la mediazione, nonché l’approvazione delle indennità spettanti agli organismi, regolamento successivamente modificato dal d.m. 6 luglio 2011, n. 145 nonché dal d.m. 4 agosto 2014, n. 139. Contenuti del d.lgs. cit. e regolamento attuativo sono stati oggetto di chiarimento di vari circolari ministeriali: Circolari del 4.3.2011 (Regolamento di procedura e requisiti dei mediatori. Chiarimenti); del 20.12.2011 (Interpretazione misure correttive decreto interministeriale 145/2011); del 10.8.2012 (Linee guida in materia di mediazione nelle controversie civili e commerciali); del 19.11.2012 (Mediazione civile – Direttiva del Ministro); del 27.11.2013 (Entrata in vigore dell’art. 84 del d.l. 69/2013 come convertito dalla l. 98/2013 recante disposizioni urgenti per il rilancio dell’economia, che modifica il d.lgs. 28/2010. Primi chiarimenti).

Il d.lgs. n. 28/2010, nella sua versione originaria – v. art. 5, co. 1 – introduttivo della c.d. mediazione obbligatoria, ossia del tentativo obbligatorio di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale in un tassativo novero di materie in esso elencate, è stato oggetto di dichiarazione di incostituzionalità proprio con riguardo a tale istituto, da parte di C. cost., 6 dicembre 2012, n. 272, pubblicata in *Soc.*, 2013, 71, con nt. di F.P. LUISO; *Corr. giur.*, 2013, 257, con nt. di I. PAGNI; *Riv. arb.*, 2013, 67, con nt. R. TISCINI; in *Giur. it.*, 2013, 605 (m), con nt. di C. BESSO; in *Giusto proc. civ.*, 2013, 193, con nt. di G. MINELLI; in *Giur. cost.*, 2012, 4282, con nt. di G. PISTORIO; *ivi*, 2013, 497, con nt. di G. COSMELLI.

Reazione a tale dichiarazione di incostituzionalità è stato il d.l. 21 giugno 2013, n. 69, conv., con modificazioni, dalla l. n. 9 agosto 2013, n. 98, che ha reintrodotta, con alcuni accorgimenti ed in via sperimentale, per quattro anni dall’entrata in vigore della legge, l’istituto della mediazione obbligatoria. Tale sperimentazione è stata resa definitiva con il d.l. 24 aprile 2017, n. 50, conv., con modificazioni, dalla l. n. 21 giugno 2017, n. 96. Altre modifiche al d.lgs. n. 28/2010 sono state apportate dal d.lgs. n. 6 agosto 2015, n. 130 e d.lgs. n. 21 maggio 2018, n. 68.

visione di un significativo elenco di controversie in cui il tentativo di mediazione assurge a condizione di procedibilità della domanda giudiziale², abbiano spinto la magistratura onoraria dei giudici di pace ad interrogarsi su quale rapporto sussiste(ss) tra le sue funzioni e il nuovo istituto della mediazione e, in conseguenza, sull'applicabilità del d.lgs. cit. alle cause di sua competenza.

Ebbene, tutt'altro che peregrini, tali quesiti, affrontati e risolti, come noto, in maniera diversa da giudice di pace a giudice di pace, avevano ed hanno piena ragione d'essere e si mostrano al contempo motivo di fruttuose riflessioni sulla relazione corrente tra mediazione *ex* d.lgs. n. 28 cit. e conciliazione avanti al giudice di pace.

Ora, risapute sono le ragioni storiche dell'attribuzione della funzione conciliativa al giudice di pace: proprio in queste si rinvergono i motivi delle resistenze di taluni giudici di pace all'applicabilità del d.lgs. n. 28 cit. alla cause di loro competenza e così, sopra a tutto, al riconoscimento dell'applicabilità, anche in queste, ove se ne diano i requisiti stabiliti da detto d.lgs., del meccanismo del tentativo obbligatorio di mediazione e della conseguente improcedibilità della domanda giudiziale se quel tentativo non sia stato espletato.

Con la soppressione del giudice conciliatore e l'istituzione della figura del giudice di pace, è a quest'ultimo, infatti, che fu riconosciuta una funzione conciliativa tanto preventiva (e cioè in sede non contenziosa: v. artt. 322 c.p.c. e 68-69 disp. att. c.p.c.) che successiva (ossia in sede contenziosa: v. art. 320 c.p.c.), funzione conciliativa financo isticamente enunciata all'art. 1 della legge istitutiva del giudice di pace (l. 374 del 1991), secondo cui "il giudice di pace [...] esercita la giurisdizione civile e penale e *la funzione conciliativa in materia civile secondo le norme della presente legge*" (corsivo mio), nonché laddove si riferisce, all'art. 4-bis, al tipo di formazione che il giudice di pace avrebbe dovuto ricevere³. Una funzione conciliativa che è rimasta però

² V., per tutti, F.P. LUISO, *Diritto processuale civile. V. La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, Milano, 2019, 67.

³ A riguardo v. A. CARRATTA, *Giudice di pace*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1995, 1 ss., prec. 12; A. TEDOLDI, voce *Giudice di pace*, in *Dig. civ., Agg.*, II, Torino, 2003, 732 ss., prec. 734; F. ROTA, voce *Giudice di pace*, in *Enc. dir., Annali*, II, I, Milano, 2008, 291 ss., 330.

negli anni fatalmente recessiva rispetto a quella squisitamente decisoria del giudice di pace, e questo nonostante gli auspici in senso opposto manifestati da chi puntava ad un c.d. modello forte di giudice di pace, ossia espressione, quale giudice laico, di una dimensione nuova e diversa da quella propria del giudice togato, declinata cioè, oltre al resto, alla valorizzazione di una figura di “giudice della convivenza”, con compiti, quindi, prettamente conciliativi, destinati a realizzare una giustizia “coesistenziale”⁴.

Tale sbiadimento della funzione conciliativa a vantaggio di quella decisoria emerse, per ragioni diverse seppur con esiti invero convergenti, con riguardo agli istituti della conciliazione tanto (a) in sede non contenziosa che (b) contenziosa – ed in entrambi i casi per motivi, a ben vedere, non riconducibili ai singoli giudici di pace.

2. Le ragioni del progressivo sbiadimento della funzione conciliativa del giudice di pace: (a) in sede non contenziosa

Quanto al meccanismo della conciliazione in sede non contenziosa avanti al giudice di pace, è risaputo come la sua disciplina, contenuta nel vigente art. 322 c.p.c., consista nella mera riproduzione della vecchia normativa prevista, per il medesimo istituto, avanti al giudice conciliatore. Uniche differenze, le precisazioni introdotte sotto il profilo della competenza del giudice di pace, necessitate invero dalla più ridot-

⁴ Dà conto di questo intenso dibattito fiorito negli anni '70 del secolo scorso, per tutti, S. CHIARLONI, *Giudice di pace*, in *Dig. civ.*, IX, Torino, 1993, 63 ss., prec. 66, che approfonditamente descrive i vari progetti di legge che precedettero il varo della riforma del 1991, infine sfociati nell'adozione di un c.d. modello debole di giudice di pace, impostosi, sul modello forte, per l'aggravarsi della crisi di efficienza della giustizia giunta ai livelli di vera e propria emergenza, con il che il giudice di pace venne ad essere fatalmente concepito, non tanto quale figura alternativa alla magistratura togata, quanto piuttosto di suo supporto: v. A. PROTO PISANI, *Il giudice di pace tra mito e realtà*, in *Foro it.*, 1989, V, 3, e per una critica a questa scelta indirizzata esclusivamente alla deflazione del carico di lavoro sopportato dalla magistratura togata, ancora, S. CHIARLONI, *Un giudice di pace per la pace dei giudici*, *ivi*, 1989, V, 14 ss.

ta distribuzione nel territorio nazionale degli uffici del giudice di pace rispetto a quelli dei vecchi conciliatori⁵.

Ebbene, già ridotta ad una scarsa applicazione avanti al conciliatore sotto la vigenza del c.p.c. '42⁶ – laddove, invece, nel c.p.c. 1865 aveva avuto un maggiore successo⁷ –, la conciliazione in sede non contenziosa avanti al giudice di pace è divenuta nella prassi a dir poco negletta, al punto da essere definita da taluno un *reliquum temporis acti*, un “residuo del passato”⁸, destinato all’irrelevanza sociale e statistica⁹. Un de-

⁵ Così, giustamente, precisa A. TEDOLDI, voce *Giudice di pace*, cit., 781.

⁶ Sulle ragioni di questa atrofizzazione v. N. PICARDI, *Il conciliatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 1067 ss.; nonché V. DENTI, *Quale futuro per la giustizia minore?*, in *Foro it.*, 1985, V, 15 ss. Una prima causa del fenomeno è stata rinvenuta nella funzione ricoperta dal conciliatore: è stato ipotizzato come quest’ultimo non essendo retribuito e richiesto di alcun particolare requisito per poter svolgere la sua funzione, non riuscì a dimostrarsi all’altezza del compito ad esso affidato, non godendo della fiducia delle parti e risultando privo di forza di persuasione. Anche la propensione ideologica di considerare la giurisdizione (e, quindi, il processo) come supremo presidio della compattezza dell’ordinamento, contribuì a far passare in secondo piano l’istituto conciliativo, venendo percepito dai consociati come uno strumento “a-giurisdizionale” di risoluzione dei conflitti: v. F. SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, Bari, 2008, 59 ss. Ma forse la causa più determinante è ascrivibile direttamente al legislatore e la si ritrova, quasi banalmente, nel mancato adeguamento dal 1942 in poi della competenza per valore del conciliatore (passata dalle 1.000 lire del 1942 alle 25.000 del 1956, alle 50.000 del 1966, per giungere infine nel 1984 ad 1 milione). La conseguenza fu che le cause si celebrarono essenzialmente in pretura e tribunale e che ci si abituò a non andare più in conciliazione, portando così ad un collasso del sistema nel momento in cui le cause, a partire dagli anni '70, cominciarono ad aumentare.

⁷ In ragione anche del fatto che fino agli anni '30 del secolo scorso il 65% del contenzioso civile veniva smaltito dai conciliatori, mentre solo il 20-22% dai pretori e il 13-15% dai tribunali: v. F. CIPRIANI, *I problemi del processo di cognizione tra passato e presente*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 39 ss., prec. 52, ancorché nel periodo tra il 1880 e il 1930 è dato riscontrare come il numero di casi trattati di fronte al conciliatore nella c.d. conciliazione non contenziosa scese dal 21% al 3,3% del totale del contenzioso giudiziario, per ridursi successivamente a numeri del tutto insignificanti: v. B. GARTH, voce *Conciliazione e mediazione*, in *Enc. scienze soc.*, II, Roma, 1992, 239 ss.

⁸ Così A. TEDOLDI, voce *Giudice di pace*, cit., 781.

⁹ Come denunciavano già, con riguardo alla conciliazione preventiva svolta dal conciliatore, E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1957, II, 304, lapidario sul punto; nonché E. BORSELLI, *La funzione del giudice conciliatore in sede non contenziosa*, in *Nuovo dir.*, 1974, 364, pur auspicando la rinascita dell’istituto.

clino che il legislatore nazionale non ha contrastato in alcun modo, nonostante, peraltro, taluni apprezzabili proposte dirette a darvi nuovo impulso¹⁰. A queste proposte, infatti, non sono seguiti né un ammodernamento della disciplina positiva, anche in punto, ad es., di incentivi fiscali alla conciliazione *ex art. 322 c.p.c.*, né un serio investimento su percorsi formativi *ad hoc* dei giudici di pace, diretti a potenziare le loro competenze conciliative, valorizzando, in primo luogo, l'utilizzo delle più moderne tecniche di conciliazione, quali il sapiente impiego di colloqui separati e confidenziali del conciliatore con le parti, nonché le abilità volte a far emergere gli effettivi interessi sottostanti alla controversia giuridicamente confezionata¹¹.

A ciò si aggiunge il persistente connotato giurisdizionale (per alcuni, invero, astrattamente accostabile alla volontaria giurisdizione)¹² che segnerebbe la conciliazione in sede non contenziosa del giudice di pace, il quale, secondo alcuni, anche ove operi ai sensi dell'art. 322 c.p.c., svolgerebbe sì una conciliazione extra-processuale (ovvero a processo non ancora pendente), ma comunque giudiziaria (in quanto condotta da un soggetto che è anche organo giudicante, quale il giudice di pace fatalmente finisce per essere allorché la conciliazione fallisca e la controversia sia di sua competenza)¹³.

3. (segue) (b) e in sede contenziosa

Ebbene, è quest'ultima osservazione a segnare quelle successive con riguardo al tendenziale insuccesso pure della conciliazione del giudice di pace in sede contenziosa, ovverosia esperita a processo iniziato e

¹⁰ In particolare in tal senso R. CAPONI, *Giudice di pace e conciliazione in sede non contenziosa (art. 322 c.p.c.)*, in *Foro it.*, 2005, V, 193 ss.; F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione: modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008, 208 ss.; nonché S. PELLEGRINI, *Il processo civile e la civile giustizia*, Padova, 2005, 196 ss.

¹¹ Così precisamente R. CAPONI, *op. loc. ult. cit.*

¹² In questi termini A. TEDOLDI, voce *Giudice di pace*, cit., 781, pur riconoscendo l'A. che nell'attività di cui all'art. 322 c.p.c. manchi il presupposto fondamentale dell'assenza di controversia su un bene della vita.

¹³ Per tale definizione v., per tutti, A. BRIGUGLIO, *Conciliazione giudiziale*, in *Dig. civ.*, III, Torino, 1988, 203 ss., prec. 205.

precisamente in udienza, tentativo conciliativo di cui discorre l'art. 320 c.p.c.¹⁴.

È cosa altrettanto nota, infatti, come anche la conciliazione avanti al giudice di pace in sede contenziosa sia andata nel tempo illanguidendosi – destino, questo, che l'ha accomunata alla conciliazione giudiziale avanti al tribunale, al punto che in tale rito il tentativo obbligatorio di conciliazione giudiziale viene espunto dalla riforma del 2005, residuando il suo esperimento soltanto dietro congiunta richiesta delle parti (v. art. 185 c.p.c.)¹⁵. Un'atrofizzazione della conciliazione giudiziale in sede contenziosa da ascrivere a ragioni diverse, di ordine tanto pratico che teorico.

Per un verso, a livello pratico, è dato riscontrare come la conciliazione giudiziale necessiti, per un proficuo svolgimento, che il giudice giunga all'udienza, in cui essa deve compiersi, dettagliatamente preparato sui fatti ed atti di causa, nonché, sia detto, dominando sapientemente le tecniche conciliative: condizioni, queste, difficili in concreto a verificarsi, data la mole di lavoro che i giudici (anche di pace) si trovano a dover gestire¹⁶. Per altro verso, sul piano teorico, si è evidenziato come la conciliazione giudiziale poggi su un'irriducibile quanto vischiosa confusione di ruoli in capo al giudice che concilia: in sede contenziosa, infatti, questi si troverebbe ad essere, come felicemente detto, “servo di due padroni”, e cioè “servo”, da un lato, quale organo giudicante, della funzione giurisdizionale e così di *jus dicere*, dall'altro, della funzione di tentare l'amichevole composizione della controversia¹⁷.

¹⁴ Per una panoramica sull'art. 320 c.p.c. v. L. BACCAGLINI, *Commento sub art. 311*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile. Commentario*, II, Milano, 2018, 1110.

¹⁵ Trattasi della novella introdotta dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35 modificato poi dalla l. 28 dicembre 2005, n. 263.

¹⁶ V. F. LANCELLOTTI, *Vicende e natura della conciliazione giudiziaria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, 844 ss.; nonché, per tutti, A. BRIGUGLIO, *Conciliazione giudiziale*, cit., 211. È questo d'altronde rilievo che si attaglia all'esercizio di tutti i poteri del giudice da svolgersi in prima udienza, e che più ampiamente si riconducono al potere di direzione materiale del processo quale sancito, in linea generale, dall'art. 175 c.p.c., così come dall'art. 183, co. 1 e 4 c.p.c.

¹⁷ La felice espressione è impiegata da A. BRIGUGLIO, *Conciliazione giudiziale*, cit., 211, ancorché l'A. ritenga che siffatta considerazione, pur importante e meritevole di

Compiti, questi, che, come a suo tempo acutamente sottolineato in dottrina, implicherebbero nel magistrato saperi, tecniche ed attitudini assai diversi tra loro ed ai quali egli non risulta necessariamente educato: formato per decidere secondo diritto o equità, il giudice non avrebbe in sé la *forma mentis* del conciliatore¹⁸. Non solo. Quelle differenti funzioni comporterebbero anche nelle parti in lite atteggiamenti assai diversi: improntati alla massimazione delle proprie ragioni (e della propria ragione!), nel caso in cui le parti si trovino di fronte all'organo giudicante; più inclini al disvelamento dei propri interessi sottesi alle loro pretese giuridicamente qualificate, ove le parti si trovino a dialogare con chi non le giudicherà secondo il criterio del torto e della ragione, ma le aiuti a trovare, in un percorso di autodeterminazione, una via di soluzione al loro conflitto, senza conseguenze negative in un successivo processo per ciò che esse dicano in sede conciliativa¹⁹.

4. La persistente percezione del giudice di pace come depositario della funzione conciliativa: l'orientamento giurisprudenziale contrario all'applicazione del d.lgs. n. 28/2010 ai giudizi avanti al giudice non togato

Ciò previsto, innegabile è, però, che, nonostante gli scarsi riscontri in termini pratici della conciliazione avanti al giudice di pace, costui si

accurata considerazione, non sia indiscutibile, dal momento che il legislatore processuale ha affidato la conciliazione al giudice ordinario *in quanto tale*, non già per favorire una qualsivoglia composizione della lite, bensì per ottenere una composizione di un certo genere. Sottolineano con maggior decisione il fatto che chi è abituato a 'decidere' non sia il più idoneo a 'conciliare', V. DENTI, *I procedimenti non giudiziali di conciliazione come istituzioni alternative*, in *Dir. proc. civ.*, 1980, 410 ss.; nonché M. CAPPELLI, *Appunti su conciliatore e conciliazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, 49 ss., prec. 50.

¹⁸ Così ancora ID., *op. loc. ult. cit.*

¹⁹ Per tutti, sulla diversa attitudine delle parti allorché ci si concentri sulle posizioni giuridiche – cosa che il giudice è costretto a fare – o sugli interessi v. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile. V*, cit., 30 ss.; nonché F. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite. Fuga dal processo o dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della Direttiva 2008/52/CE)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 537 ss.

continui a percepire quale depositario, nell'orizzonte della c.d. giustizia minore (che tale poi oggi più non è – e a brevissimo di sicuro non sarà)²⁰, della funzione conciliativa in materia civile, sia in sede contenziosa che non contenziosa. In tal senso lo confortano il vigente dato positivo, le enunciazioni che albergano, non solo nella legge istitutiva del giudice di pace, ma anche nella nuova riforma della magistratura onoraria (v. art. 9 d.lgs. n. 116/2017) e financo l'eredità della figura del giudice conciliatore che il giudice di pace indubbiamente raccoglie.

È proprio in questo retroterra storico-culturale-giuridico che hanno trovato motivo quelle pronunce di giudici di pace, cui si accennava in esordio, che hanno negato l'applicabilità del d.lgs. n. 28 del 2010 ai processi avanti al giudice non togato. Tra queste, prima tra tutte, la sentenza del giudice di pace di Napoli, del 23 marzo 2012, pronunciata su controversia in tema di risarcimento dei danni derivanti dalla circolazione di veicolo, all'epoca soggetta al tentativo obbligatorio di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale²¹ – sentenza, quella partenopea, seguita, in altri uffici, da altre del medesimo tenore²². A dire di tali pronunce, infatti, alla luce del principio *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, la condizione di procedibilità della domanda giudiziale prevista dall'art. 5, co. 1 (oggi: co. 1-*bis*) del d.lgs. cit., in materia di mediazione obbligatoria, è inapplicabile ai giudizi di competenza del giudice di pace, poiché il citato decreto non contiene alcun richiamo al giudice di pace e non dispone un'espressa abrogazione degli artt. 320 e 322 c.p.c., che già prevedono la concili-

²⁰ Denunciava, già prima della recente riforma della magistratura onoraria introdotta dal d.lgs. n. 116/2017, l'anacronistica definizione della giustizia impartita dal giudice di pace quale 'giustizia minore', D. DALFINO, *Le nuove competenze civili del giudice di pace*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, 154, il quale ben evidenziava come essa non potesse più così qualificarsi, alla luce dell'aumento delle competenze, né dal punto di vista del valore, né della materia, nonché dell'attribuzione, fra di esse, anche della competenza per materia rappresentata dalle controversie relative agli interessi e accessori da ritardato pagamento in ambito previdenziale e assistenziale.

²¹ Tale sentenza si trova pubblicata in *Guida dir.*, *Dossier*, 2012, 7, 20, con nt. di M. MARINARO, nonché in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 981, con nt. di M. CAPOTORTO.

²² Cfr. G. pace Cava dei Tirreni, 7 luglio 2012, nonché, anche dopo la novella del 2013 al d.lgs. n. 28 cit., G. pace Civitanova Marche, 24 gennaio 2014.

liazione avanti al giudice non togato, rispettivamente, endo-processuale ed extra-processuale.

Questi, in breve, gli argomenti addotti, in particolare dal giudice di pace di Napoli, a sostegno di siffatto risultato ermeneutico.

A seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 28 cit. si sarebbe creata un'antinomia tra norme processuali, ovvero tra quelle indicate da detto d.lgs. (ed in particolare dal suo art. 5, dove dispone l'obbligatorietà del tentativo di mediazione e disciplina le conseguenze del suo mancato esperimento), e gli artt. 320 e 322 c.p.c., dedicati, rispettivamente, al tentativo obbligatorio di conciliazione avanti al giudice di pace in udienza, ed al tentativo (facoltativo) di conciliazione avanti al giudice di pace in sede non contenziosa²³.

Data questa supposta autonomia, l'interprete è chiamato ad un suo superamento, avvalendosi dei criteri ermeneutici offerti dal sistema. Nel caso di specie, tale superamento si darebbe applicando il principio di cui al brocardo *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, cui corollario sarebbe il fatto che il giudice di pace non sia tenuto ad applicare le disposizioni del d.lgs. n. 28 cit. in punto di tentativo obbligatorio di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Queste ultime costituirebbero, infatti, disposizioni processuali generali successive rispetto a disposizioni processuali speciali anteriori – quelle che disciplinano il processo avanti al giudice di pace –, che dovrebbero resistere alla sopravvenienza delle prime²⁴.

In particolare, il giudice di pace partenopeo fonda la specialità delle disposizioni sul processo avanti al giudice di pace sulla lettera dell'art. 311 c.p.c., secondo cui “Il procedimento davanti al giudice di pace, per tutto quanto non è regolato nel Titolo II del Libro I del c.p.c. o in altre espresse disposizioni, è retto dalle norme relative al procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica, in quanto compatibili” (corsivo mio). Ebbene, a dire del giudice di pace di Napoli, laddove tale articolo discorre di “altre espresse disposizioni”, si porrebbe come “meta-norma”, ossia fisserebbe la “specialità” del procedimento davanti al giudice di pace in tanto in quanto imporrebbe al legi-

²³ V. G. pace Napoli, 23 marzo 2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 982.

²⁴ *Ibidem*.

slatore uno specifico *modus legiferandi* sul processo innanzi al giudice non togato. A disciplinare tale processo, insieme alle norme contenute nel Titolo II del Libro I, potrebbero essere, cioè, *solo* disposizioni che il legislatore *espressamente indirizzi al procedimento davanti al giudice di pace*²⁵. Per tutto quanto non indicato nel Titolo II del Libro I e in disposizioni espressamente indirizzate al giudice di pace, varrebbero, per quanto compatibili, le norme fissate per il tribunale in composizione monocratica.

Ciò premesso, conclude il giudice partenopeo, posto che l'art. 5 del d.lgs. n. 28 cit., nel disciplinare l'obbligatorietà del tentativo di mediazione e le conseguenze del suo mancato esperimento, si riferisce genericamente al "giudice", non menzionando invece espressamente il "giudice di pace", esso dovrebbe applicarsi soltanto al giudice togato, e non anche a quello di pace. Il mancato riferimento a quest'ultimo escluderebbe, peraltro, che il d.lgs. n. 28 cit. abbia abrogato gli artt. 320 e 322 c.p.c.²⁶.

Che tutto quanto detto 'tenga', sarebbe d'altronde comprovato, secondo il giudice partenopeo, per un verso, dal fatto che al giudice di pace già spetta una duplice funzione conciliativa²⁷, in sede non contenziosa e contenziosa, in quest'ultimo caso, peraltro, ad esercizio obbligatorio da parte del giudice in prima udienza (cfr. art. 320, co. 1 c.p.c.); per altro verso, dalla constatazione del sovrapponibile intento deflattivo che accomunerebbe gli istituti conciliativi messi a disposizione del giudice di pace, da un lato, e la mediazione finalizzata alla conciliazione di cui al d.lgs. n. 28 cit., dall'altro²⁸.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ V. G. pace Napoli, 23 marzo 2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 983, dove apertamente viene manifestata dall'organo giudicante la percezione del giudice di pace quale detentore per eccellenza della funzione conciliativa, laddove con enfasi sottolinea che "l'intento deflattivo che si è proposto il legislatore [adottando il d.lgs. n. 28/2010] è stato assecondato proprio dall'istituto del giudice di pace che è nato (*nomen omen*) con lo scopo di favorire la conciliazione delle controversie".

²⁸ *Ibidem*.

5. (segue) *e le critiche dottrinali a tale orientamento*

Orbene, pur riconoscendo ed apprezzando l'indubbio sforzo ermeneutico del giudice di pace di Napoli, la dottrina ha ritenuto di non dividerne risultato raggiunto ed argomentazioni addotte²⁹.

Innanzitutto, si è evidenziato come non possa accedersi all'interpretazione dell'art. 311 c.p.c. avanzata dal giudice partenopeo. Tale articolo, infatti, non costituirebbe, come da questi sostenuto, una meta-norma tesa ad imporre al legislatore di regolare il processo avanti al giudice togato soltanto con disposizioni ad esso espressamente indirizzate³⁰. Altro sarebbe, infatti, il senso dell'art. 311 c.p.c.: quello di sancire che il processo davanti al giudice di pace, per quanto non regolato dagli artt. 312-322 c.p.c. o da disposizioni che facciano espressa menzione del giudice di pace – contenute nel c.p.c.³¹ ed in leggi speciali³² –, sia disciplinato dalle norme processuali fissate per il procedimento innanzi al tribunale in composizione monocratica, ove queste siano compatibili³³. In altri termini, l'art. 311 c.p.c. è disposizione che, lungi dall'im-

²⁹ Così M. CAPOTORTO, *Interferenze tra la nuova mediazione civile e commerciale e il tentativo di conciliazione del Giudice di Pace*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 984 ss.

³⁰ In questo senso G. BUFFONE, *Non è sostenibile la tesi della inapplicabilità dell'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 28/2010, all'Ufficio del Giudice di Pace, in virtù degli artt. 311 e 322 c.p.c.*, in *Dir. e giust.* del 6.4.2013; M. MARINARO, *Un progressivo estendersi dell'orientamento può creare non pochi problemi e incertezze*, in *Guida dir., Dossier*, 2012, 22; M. CAPOTORTO, *op. cit.*, 985.

³¹ Si pensi ad es. all'art. 7 c.p.c. in materia di competenza; all'art. 40, co. 6 e 7 c.p.c. in tema di connessione tra cause, all'art. 46 c.p.c. in punto di inammissibilità del regolamento di competenza; all'art. 82 c.p.c., sul patrocinio; all'art. 113, co. 2 c.p.c., sul giudizio di equità; agli artt. 339, co. 3 e 341, co. 2 c.p.c. sull'impugnazione della sentenza emessa dal giudice di pace; all'art. 637 c.p.c., in materia di competenza alla pronuncia di decreti ingiuntivi; agli artt. 669-ter, co. 2, 669-quater, co. 3 e 692 c.p.c., in materia cautelare.

³² Si veda ad es. l'art. 22-bis l. n. 689/1981, come modificata dal d.lgs. n. 507/1999 che ha assegnato la competenza al giudice di pace in materia di opposizioni a sanzioni amministrative.

³³ Per una panoramica sulla portata applicativa dell'art. 311 c.p.c. v. L. BACCAGLIANI, *Commento sub art. 311*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile*, cit., 1092 ss.

porre al legislatore un determinato *modus legiferandi* in tema di processo avanti al giudice onorario, ha come ben diverso scopo quello di fissare le due condizioni per l'applicazione in via sussidiaria al processo innanzi al giudice di pace delle disposizioni sul processo avanti al tribunale in composizione monocratica: il riscontro, da un lato, dell'inesistenza di una disposizione *ad hoc* sul processo innanzi al giudice onorario, dall'altra, della compatibilità delle norme dedicate al processo avanti al tribunale in composizione monocratica al procedimento presso il giudice di pace³⁴. Di qui, secondo la dottrina, l'inconferenza, nella soluzione della questione interpretativa affrontata dal giudice partenopeo, del richiamo al brocardo *lex posterior generalis non derogat priori speciali* per escludere l'applicabilità ai processi di competenza del giudice di pace le ipotesi di tentativo obbligatorio di mediazione elencate dall'art. 5 d.lgs. n. 28 cit.³⁵.

Su altro ma contiguo piano di critica, la letteratura ha messo poi in luce il secondo fraintendimento concettuale in cui sarebbe incorso il giudice napoletano: l'erronea equiparazione tra gli istituti conciliativi assegnati dal c.p.c. alla gestione del giudice di pace – quelli di cui agli artt. 320 e 322 c.p.c. –, da un lato, e la mediazione di cui al d.lgs. n. 28 cit., dall'altro, strumenti che, invece, divergerebbero profondamente, tanto per struttura intrinseca quanto per modalità (e probabilità) di realizzazione dell'effetto deflattivo del contenzioso in giudizio. Mentre la conciliazione promossa dal giudice di pace, tanto in sede non contenziosa che contenziosa, sarebbe conciliazione tentata da chi svolge (o può comunque potenzialmente svolgere) sulla controversia sottopostagli a fini compositivi anche una funzione giurisdizionale decidente, non così sarebbe per il mediatore di cui al d.lgs. n. 28 cit., che per espressa definizione legislativa (e prima ancora per dettato della Direttiva n. 2008/52/CE di cui esso è attuazione) giammai può assumere decisio-

³⁴ Discorrono della sussistenza di una c.d. doppia riserva cui sarebbe sottoposta l'applicazione al procedimento avanti al giudice di pace della disciplina del processo innanzi al tribunale in composizione monocratica E. VULLO, *Commento sub art. 22*, in C. CONSOLO, F. TOMMASEO, *Commento alla legge sul giudice di pace*, Padova, 1996, 183; A. TEDOLDI, voce *Giudice di pace*, cit., 753.

³⁵ Sul punto, estensivamente, M. CAPOTORTO, *op. cit.*, 985.

ni sul caso mediando³⁶. Nel mediatore sarebbe, quindi, sempre esclusa quella confusione dei ruoli di facilitatore dell'amichevole composizione della lite e di organo decidente della causa. Confusione di ruoli che il giudice di pace, invece, non potrebbe evitare, né ove conciliatore in sede contenziosa né ove in sede non contenziosa, anche allorché vantasse un'effettiva conoscenza delle tecniche compositive della lite, guadagnata nei corsi formativi impartiti, almeno *in thesi*, anche sulle modalità di conciliazione tra le parti (v. art. 4-*bis* della l. n. 374 del 1991)³⁷. Non solo. La distanza tra conciliazione avanti al giudice di pace e mediazione viene evidenziata dalla letteratura sotto altri ed altrettanto significativi profili. Il mediatore, e non invece il giudice di pace – in particolare ove conciliatore in sede contenziosa –, potrebbe avvalersi dello strumento delle sessioni separate private con le parti, la cui riservatezza è garantita da precisi obblighi, sia nei confronti dei terzi sia delle altre parti del procedimento (v. art. 9 d.lgs. n. 28 cit.), nonché dal divieto di utilizzare le informazioni e le dichiarazioni ivi rese nel successivo eventuale processo (art. 10 d.lgs. cit.)³⁸. Ancora, la conciliazione raggiunta in mediazione, e non quella avanti al giudice di pace, usufruisce di un trattamento tributario agevolato: tutti gli atti, documenti e provvedimenti sono esenti da imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto

³⁶ V., per tutti, D. DALFINO, *Commento sub art. 1*, in ID., *La mediazione civile e commerciale. Commentario*, Torino, 2016, 3 ss., prec. 14 ss.

³⁷ Sugli effetti di questa confusione di ruoli v. ancora una volta M. CAPPELLETTI, *Appunti su conciliatore e conciliazione*, cit., 50 e ripresi e sottolineati anche da A. BRIGUGLIO, *Conciliazione giudiziale*, cit., 211.

³⁸ Tradizionalmente, nella mediazione, si distingue tra riservatezza "interna" e riservatezza "esterna" al procedimento. Nel primo senso si discorre dell'obbligo, *in primis* in capo al mediatore (ma nonché a co-mediatori ed ausiliari), di non divulgare le informazioni raccolte in sessioni separate con una sola parte (i cc.dd. *caucuses*) alle altre parti che non abbiano partecipato a quella sessione. Nel secondo caso ci si riferisce all'obbligo, per un verso, di non riferire a chicchessia e in qualunque sede e luogo notizie riguardanti l'attività svolta davanti al mediatore; per l'altro, di non utilizzare in un successivo eventuale processo dichiarazioni rese e informazioni acquisite in sede di mediazione. Su tale distinzione v. R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011, 56 ss.; A. SANTI, *Commento sub art. 9*, in M. BOVE (a cura di), *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, Padova, 2011, 255 ss.; M. BRUNIALTI, *Dovere di riservatezza e segreto professionale nella mediazione*, in *Giust. civ.*, 2011, II, 490 ss.

di qualsiasi specie e natura (art. 17, co. 2 d.lgs. cit.) e il verbale di accordo è esente dall'imposta di registro entro il limite di valore di 50.000 euro (art. 17, co. 3 d.lgs. cit.)³⁹. Inoltre, le indennità corrisposte agli organismi di conciliazione fanno maturare un credito di imposta commisurato all'indennità stessa, fino a concorrenza di 500 euro (art. 20, co. 1 d.lgs. cit.)⁴⁰. Tutti elementi strutturali, questi elencati, che massimizzerebbero, rispetto alla conciliazione avanti al giudice di pace, le probabilità di successo del tentativo di composizione della lite e, così, di deflazione del carico giudiziario⁴¹.

6. In tale orizzonte: (a) la ferma distinzione tra istituto della conciliazione avanti al giudice di pace e quello della mediazione ex d.lgs. n. 28/2010

Ebbene, è muovendo dalle citate decisioni dei giudici di pace ostative all'applicabilità del d.lgs. n. 28 cit. ai processi di competenza del giudice onorario, e dalle critiche – per chi scrive fondate – ad esse dirette, che è possibile guadagnare ulteriori riflessioni sul rapporto tra mediazione e conciliazione giudiziale, da un lato, e giudizio avanti al giudice onorario, dall'altro: le prime, denotative dell'esistente, le seconde, tese a favorire il consolidarsi di prassi virtuose anche presso gli uffici dei giudici di pace.

Quanto alle osservazioni denotative, chiaro è come, alla luce di quanto detto, ferma debba rimanere la distinzione tra mediazione *ex d.lgs. n. 28 cit.* e conciliazione in sede contenziosa e non contenziosa del giudice (di pace). Seppur innegabile che il legislatore nazionale, nel dare attuazione alla Direttiva n. 2008/52/CE, abbia reso la mediazione

³⁹ A riguardo v., per tutti, D. DALFINO, *Commento sub art. 17*, in ID., *La mediazione civile e commerciale*, cit., 554 ss.

⁴⁰ Sul punto v., per tutti, D. DALFINO, *Commento sub art. 20*, in ID., *La mediazione civile e commerciale*, cit., 585 ss.

⁴¹ Così efficacemente concludono M. CAPOTORTO, *op. cit.*, 987-88; G. BUFFONE, *op. cit.*

italiana assai prossima al processo⁴² – più, invero, per rispondere ad esigenze squisitamente interne di deflazione dell'arretrato giudiziario che ad univoche pressioni euro-comunitarie in tal senso⁴³ –, la mediazione è e rimane istituto distinto dalla conciliazione svolta dal giudice.

Per tali ragioni essa non può né deve restare negletta – nemmeno dai giudici di pace –, né nella sua forma di mediazione extra-processuale, e cioè da tentarsi obbligatoriamente prima dell'inizio del processo pena l'improcedibilità della domanda giudiziale (v. art. 5, co. 1-*bis* d.lgs. n. 28 cit.), né nella sua veste di mediazione endo-processuale (o c.d. mediazione *jussu judicis*), e cioè di mediazione ordinata dal giudice lite pendente (v. art. 5, co. 2 c.p.c.), sempre a pena di improcedibilità della domanda, dietro sua valutazione della natura della causa, del suo stato di istruzione e del comportamento delle parti⁴⁴.

⁴² Si pensi all'obbligatorietà del tentativo di mediazione (art. 5, co. 1-*bis* e co. 2 d.lgs. n. 28 cit.); alle possibili conseguenze negative della mancata partecipazione della parte alla mediazione senza giustificato motivo: in punto di argomenti di prova ricavabili dal giudice, nonché di condanna al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio, ove si tratti di ipotesi di mediazione obbligatoria (art. 8, co. 4-*bis* d.lgs. cit.); agli eventuali effetti negativi del rifiuto della proposta conciliativa del mediatore in punto di allocazione delle spese processuali (art. 13, co. 1 d.lgs. cit.).

⁴³ Per tutti, v. D. DALFINO, *Commento sub art. 5*, in ID., *La mediazione civile e commerciale*, cit., 175 ss.

⁴⁴ È opportuno qui precisare come tale mediazione endo-processuale sia il frutto della novella al d.lgs. n. 28/2010 apportata dal citato d.l. n. 69/2013, conv., con modificazioni, nella l. n. 98/2013. Nella versione originaria del d.lgs. n. 28/2010, l'art. 5, co. 2 c.p.c. attribuiva, infatti, al giudice il potere – pur sempre dietro valutazione della natura della causa, dello stato dell'istruzione e del comportamento delle parti – (solo) di invitare le parti a procedere alla mediazione (e non tanto di ordinarla loro): sul punto v., per tutti, R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011, 152 ss.; G. MINELLI, *Commento sub art. 5*, in M. BOVE (a cura di), *La mediazione*, cit., 199 ss.; P. LUCARELLI, *Commento sub art. 5, commi 1, 2 e 3, Condizioni di procedibilità e rapporto con il processo*, in A. BANDINI, N. SOLDATI (a cura di), *La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili*, Milano, 2010, 111 ss. Per questa ragione, vigente tale dettato normativo, si discorreva di mediazione 'delegata' o 'demandata' o 'sollecitata' dal giudice: lo evidenziava I. PAGNI, *Introduzione*, in *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti*, in *Soc.*, 2010, 621 ss. nt. 7. Sulla persistente vischiosità terminologica nella definizione di questo modello di mediazione v. D. DALFINO, *Commento sub art. 5*, in ID.,

Affermazioni, queste, destinate peraltro a diventare tanto più significative allorché troverà piena applicazione la riforma della magistratura onoraria introdotta dal citato d.lgs. n. 116/2017, il quale, a partire dal 2021, segna un considerevole ampliamento delle competenze per materia e valore dei giudici di pace, rendendo la giustizia da questi impartita, da presunta ‘minore’, una giustizia dal sempre più forte impatto sociale⁴⁵. In un così mutato quadro normativo, a fronte di un contenzioso quanto mai esteso di spettanza dei giudici di pace, decisive risulteranno, quindi, la conoscenza da parte dei giudici onorari della mediazione e, con questa, la loro capacità di usare correttamente, non solo il rilievo di improcedibilità della domanda giudiziale avanti a loro proposta pur in assenza di un previo, obbligatorio tentativo di mediazione, ma anche il meccanismo della c.d. mediazione disposta dal giudice, ovverosia la facoltà, per questi, dietro una sua valutazione discrezionale che tenga conto degli indici fissati dal citato art. 5, co. 2 d.lgs. n. 28 cit., di ordinare alle parti, lite pendente, di tentare la mediazione, pena l’improcedibilità della domanda – ordine del giudice cui si accompagna non la sospensione del processo, bensì la fissazione di una nuova udienza oltre il termine di tre mesi, quale termine massimo di durata della procedura di mediazione ai fini dell’assolvimento della condizione di procedibilità, ai sensi dell’art. 6, co. 1 d.lgs. n. 28 cit.⁴⁶.

La mediazione civile e commerciale, cit., 293, che, con condivisibile nitore, definisce quella disciplinata dal vigente art. 5, co. 2 d.lgs. n. 28/2018, come novellato dal d.l. n. 69/2013, conv., con modificazioni, nella l. n. 98/2013, come mediazione “disposta dal giudice”.

⁴⁵ Sulla riforma della magistratura onoraria introdotta dal d.lgs. n. 116/2017 criticamente in merito all’estensione delle competenze del giudice di pace in assenza di un adeguato riassetto della figura e dell’organico della magistratura non togata, che non sia indirizzato soltanto ad un tentativo di riduzione del carico di contenzioso di spettanza di quella togata: I. PAGNI, *Brevi note sulla riforma della magistratura onoraria*, in *Quest. Giust.*, 2016, 119 ss., prec. 124. Denunciava, già prima di tale recente riforma, l’anacronistica definizione della giustizia impartita dal giudice di pace quale “giustizia minore”, D. DALFINO, *Le nuove competenze civili del giudice di pace*, cit., 154.

⁴⁶ Su tali profili tecnici v., di recente, F. CUOMO ULLOA, *La mediazione*, in C. BULGHERONI, F. CUOMO ULLOA, P. DELLA VEDOVA, P. VENTURA, *Procedimenti e metodi per la risoluzione dei conflitti*, Torino, 2018, 28 ss., nonché D. DALFINO, *Commento sub art. 5*, cit., 319; V. RENNA, *La mediazione ‘disposta’ dal giudice*, in *www.lanuovoproceduracivile.com* (17.2.2015).

7. (segue) *(b) e l'auspicabile consolidarsi di pratiche virtuose, in particolare con riguardo alle opportunità schiuse della mediazione ordinata dal giudice*

Per un verso, quindi, si tratterà di dare corretta attuazione al combinato disposto dell'art. 5, co. 1-*bis* d.lgs. n. 28 cit., laddove elenca le cause soggette a tentativo preventivo obbligatorio di mediazione, e del nuovo art. 7 c.p.c., con la conseguenza che soggette a mediazione obbligatoria preventiva risulteranno, ad es., le controversie in materia di diritti reali *ex novo* attribuite al giudice di pace – v. in tema di diritto di enfiteusi e di esercizio delle servitù prediali qualunque ne sia il valore, di diritti reali immobiliari (e relativa usucapione) nonché di superficie ove il valore non superi i 30.000 euro – nonché quelle in materia di condominio⁴⁷. Ove investito di una di tali controversie, il giudice di pace sarà così tenuto ad accogliere l'eccezione del convenuto di improcedibilità della domanda o a rilevare egli stesso d'ufficio tale improcedibilità, nel caso in cui riscontri che il tentativo obbligatorio di mediazione non sia stato espletato, e sarà contestualmente tenuto ad assegnare alle parti il termine di 15 gg. per la presentazione della domanda di mediazione⁴⁸.

Per altro verso, si tratterà di prestare ancora più attenzione alla facoltà, già esistente per le cause attualmente di competenza del giudice di pace, ma di certo destinata ad assumere ancor più rilievo con l'estensione delle sue competenze, di utilizzare il meccanismo della mediazione c.d. disposta dal giudice. Ed è su questo meccanismo che merita soffermarsi, dal momento che, come autorevolmente sostenuto, è sul suo sapiente utilizzo che si giocano e giocheranno una virtuosa diffusione

⁴⁷ Per una elencazione completa delle nuove competenze del giudice di pace v. P. WIDMANN, *Commento sub art. 7 c.p.c.*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile. Commentario*, I, Milano, 2018, 307 ss., prec. 319-21.

⁴⁸ A riguardo v. nuovamente, per tutti, D. DALFINO, *Commento sub art. 5*, cit., 319; nonché F. CUOMO ULLOA, *La mediazione*, cit., 32 ss. A riguardo v'è da sottolineare che i giudici di pace delle Province di Trento e Bolzano, stando al massimario gestito dall'Ufficio dei Giudici di pace, si stiano già muovendo in questa direzione: v. G. pace Egna, 5.12.2017, n. 53; G. pace Riva del Garda, 2.9.2016, n. 65, reperibili al seguente indirizzo: www.giurisprudenzadipace.taa.it/ricerca.php.

della mediazione ed una conseguente auspicabile riduzione del contenzioso avanti agli uffici giudiziari⁴⁹. Importante è infatti che i giudici onorari, ma invero anche la magistratura togata, diventino sempre più consapevoli del potenziale insito in questo meccanismo, potenziale che alcuni interessanti e fruttuosi Progetti pilota hanno già messo in evidenza grazie a risultati statistici significativi. L'attenzione per scopo, struttura ed esiti di questi Progetti è, ad avviso di chi scrive, di particolare rilievo, dal momento che essi potrebbero fungere da prototipo per esperienze similari da realizzarsi anche presso la magistratura onoraria (ma anche togata) in tutto il territorio nazionale.

Ora, come detto, l'art. 5, co. 2 d.lgs. n. 28 cit., come novellato dalla l. n. 98 del 2013, assegna al giudice adito un'importante facoltà: quella di ordinare alle parti, una volta instaurato il processo, ed anche oltre i confini delle cause per le quali è previsto il tentativo preventivo obbligatorio di mediazione (purché su diritti disponibili), di esperire la mediazione, “valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti”⁵⁰. Facoltà di non poco conto, essa è stata ed

⁴⁹ Parla di “vera e propria scommessa” del legislatore sull'istituto della mediazione, delegata prima, disposta dal giudice poi (con la novella del 2013), al fine di attuare “una più profonda penetrazione della cultura della mediazione e della composizione autonoma delle controversie” D. DALFINO, *Commento sub art. 5*, cit., 319, secondo un modello che richiamava, pur nella precipua diversità di soluzioni ed accenti, le esperienze della c.d. *court-annexed mediation* praticata negli Stati Uniti da ultimo sotto la cornice del *Civil Justice Reform Act* del 1990 e dell'*Alternative Dispute Resolution Act* del 1998 (su cui v. www.justice.gov/olp/federal-court-annexed-adr-programs-glance e, nella letteratura italiana, F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione: modelli di composizione dei conflitti*, cit., 81 ss.); della c.d. *court-referred mediation* favorita dalle *Civil Procedure Rules* inglesi (a riguardo v. N. ANDREWS, *The Three Faces of Justice*, Springer, 2018, 274 ss.); della *gerichtsinterne* e *gerichtsnahe Mediation* sperimentate in Germania (in merito v. R. GREGER, *Gerichtsinterne Mediation: Regelungsempfehlungen vor dem Hintergrund der Pilotprojekte an deutschen Gerichten*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2010, 781 ss.; nonché per una generale panoramica dei due modelli E.-M. BAJONS, *La lite tra mediazione e processo. Recenti interventi legislativi e modelli sperimentali in Germania e Austria*, in V. VARANO (a cura di), *L'altra giustizia*, Milano, 2007, 45 ss.).

⁵⁰ Più precisamente, ai sensi dell'art. 5, co. 2 d.lgs. 28/2010 come modificato nel 2013, il deferimento delle parti in mediazione in corso di causa avviene su ordine del giudice “fermo quanto disposto dai commi 3 e 4”, e cioè ferme restando sia l'applica-

è, però, essenzialmente ignorata dalla maggioranza dei fori, dalla magistratura non solo onoraria, ma anche togata⁵¹. Diverse sono state e rimangono le ragioni di siffatta indifferenza, che i Progetti, cui si accenna, hanno cercato di superare. Per quale motivo e con quali strumenti?

8. I recenti Progetti pilota per la diffusione della mediazione c.d. disposta dal giudice: ragioni sottese ed obiettivi perseguiti

Il motivo che ha mosso gli ideatori di questi Progetti a fare della mediazione disposta dal giudice oggetto di promozione⁵² – e ci si riferi-

zione della condizione di procedibilità, ove si verta in una delle controversie per le quali il tentativo di mediazione è previsto come obbligatorio dal d.lgs. stesso, sia la possibilità di chiedere ed ottenere provvedimenti urgenti e cautelari, nonché di trascrivere la domanda giudiziale, sia l'inoperatività del meccanismo di deferimento nelle medesime ipotesi in cui deve ritenersi esclusa, provvisoriamente o totalmente, la mediazione obbligatoria. Sui tre parametri indicati dall'art. 5, co. 2 cit. cui il giudice deve informare la sua valutazione sull'ordine o meno alle parti di andare in mediazione v. *infra*.

⁵¹ Lo dimostrano gli studi statistici svolti dal Ministero di giustizia: degli ordini dei giudici alle parti di andare in mediazione solo l'8% avviene in applicazione dell'art. 5, co. 2 d.lgs. n. 28/2010 come modificato nel 2013, ossia al di fuori dei casi di rilievo del mancato soddisfacimento della condizione di procedibilità della domanda giudiziaria in ipotesi di mediazione obbligatoria *ex lege* di cui all'art. 5, co. 1 d.lgs. cit. Il che significa che soltanto nell'8% dei casi in cui viene emesso un ordine giudiziale alle parti di tentare la mediazione, questo discende dall'esercizio del potere discrezionale del giudice di ritenere mediabile la controversia "valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti". Per le risultanze statistiche del trimestre dall'1.1.2019 al 31.3.2019 v. quanto pubblicato nel sito webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/Mediazione%20Civile%20al%2031%20marzo%202019.pdf.

⁵² Progetti di questa sorta erano invero già stati avviati ancor prima dell'adozione del d.lgs. n. 28/2010: precursore fu il Progetto Conciliamo, avviato, nel 2005, d'intesa tra il Presidente della Corte d'Appello di Milano, dott. G. Grechi, l'Ordine degli Avvocati di Milano, l'Ordine dei Commercialisti ed Esperti Contabili di Milano, il Comitato Unitario per le Professioni della Provincia di Milano e la Camera Arbitrale di Milano presso la Camera di Commercio. Tale Progetto ha favorito, da un lato, l'apertura presso il Palazzo di Giustizia di Milano di una sede dedicata all'informazione degli utenti sui metodi alternativi al processo di soluzione del conflitto, dall'altro, la formazione dei magistrati al fine di offrire loro indicazioni serie sui criteri da adottare per divergere le parti del processo alla conciliazione extragiudiziale. Il Progetto Conciliamo trovava

sce qui, *in primis*, ai Progetti promossi dall'Università di Firenze in collaborazione con l'Ufficio del processo del Tribunale di Firenze (Progetti 'Nausicaa', del 2009, 'Nausicaa2', del 2013 e, da ultimo, 'Giustizia Semplice', del 2017)⁵³ – è stata la seguente, ferma convinzione, ad avviso di chi scrive affatto condivisibile.

quindi estensione, per volere del suo Presidente, il dott. E. Curtò, anche presso il Tribunale di Varese: v. www.tribunale.varese.it, alla voce Servizi per l'utenza. Per una dettagliata descrizione del pionieristico progetto milanese v. P. VENTURA, *Progetto Conciliamo: primo esperimento in Italia di conciliazione delegata*, in *Contr.*, 2009, 209 ss.; M. MARINARO, *La nuova disciplina della mediazione nelle controversie civili*, in F.A. GENOVESE, C.I. RISOLO (a cura di), *La riforma del processo civile*, Torino, 2010, 513. A seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 28/2010, sulla scia del Progetto Conciliamo, questo ha trovato ulteriore sviluppo, grazie all'Osservatorio della Giustizia civile di Milano, nel Progetto sulla mediazione demandata dal giudice, divenuta poi, a partire dalla novella del 2013, disposta dal giudice. Tale progetto si è concentrato sull'applicazione di detto istituto nelle "cause caratterizzate da rapporti di vicinanza tra le parti per motivi di parentela, di amicizia, di vicinato, condominio o comunque per motivi legati all'esistenza di una relazione di una certa durata, anche di tipo commerciale, negoziale o societario, ovvero altre cause la cui natura consigli di ricorrere all'istituto (ad esempio: cause nella quali la possibilità di un accordo tra le parti richieda complesse negoziazioni in tema di dare/avere ovvero quantificazioni forfettarie)": v. documento illustrativo del progetto consultabile nel sito istituzionale della Corte d'Appello di Milano www.ca.milano.giustizia.it, alla voce Corte di Appello. Sulle linee guida e i primi esiti di questo Progetto v. G. BUFFONE, *La mediazione demandata o disposta dal giudice come sistema omeostatico del processo civile: il progetto dell'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano – Edizione 2014*, in www.ilcaso.it.

⁵³ Muovendo dall'attuazione della c.d. Terza Missione dell'Università degli Studi di Firenze – intesa quale valorizzazione e condivisione della ricerca scientifica con *partner* istituzionali e privati, in ogni campo sociale ed economico interessati all'innovazione e al cambiamento –, il Progetto 'Nausicaa', dedicato alla conciliazione delegata dal giudice, vedeva luce alla fine del 2009 (prima dell'adozione del d.lgs. n. 28/2010), a firma del Tribunale di Firenze, dell'Osservatorio della Giustizia Civile di Firenze, della Regione Toscana, del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze (con il suo Laboratorio congiunto tra studiosi ed enti esterni, Un Altro Modo), della Camera di Commercio di Firenze e dell'Organismo di Conciliazione di Firenze (OCF). Seguiva a tale primo Progetto, detto poi anche Progetto 'Penelope' – per i continui 'tessuti fatti e disfatti' alla luce dell'intervento della Corte costituzionale con la citata sentenza n. 272/2012 e successive reazioni legislative – quello denominato 'Nausicaa2', avviato a partire dal 2013 e successivamente rinnovato. Su questi Progetti v. dettagliatamente L. BREGGIA, *La mediazione presa sul serio. Note sulla sperimenta-*

Pur riconosciute le possibili criticità, in principio ricordate, della conciliazione giudiziale, tentata cioè direttamente dall'organo giudicante, ed invece la maggiore fruttuosità di una conciliazione tra le parti in lite tentata da chi non sia chiamato a svolgere la funzione giurisdizionale decidente, il giudice non perde la centralità del suo ruolo (anche) nel favorire una soluzione conciliativa della controversia⁵⁴. Al contrario, il giudice lo mantiene, anche se secondo modalità diverse, destinate peraltro a risultare più efficaci nel raggiungimento dello scopo conciliativo rispetto a quelle a disposizione prima dell'avvento del d.lgs. n. 28 cit.⁵⁵. Oggi, infatti, ai sensi del menzionato art. 5, co. 2 d.lgs. cit., il giudice è coinvolto in modo differente, ma assai più fruttuoso, nel percorso conciliativo. A lui, infatti, è attribuita una facoltà determinante: quella di ordinare alle parti di esperire la mediazione a fini conciliativi davanti ad un organismo di mediazione, una volta che il processo sia iniziato, al-

zione del Progetto *Nausicaa*, in P. LUCARELLI (a cura di), *Mediazione su ordine del giudice a Firenze. Prassi, problemi e linee guida di un modello*, Torino, 2015, 21 ss., nonché i documenti reperibili presso i seguenti indirizzi www.tribunale.firenze.giustizia.it/it/Content/Index/42489, e www.dsg.unifi.it/cmpro-v-p-274.html. A tali Progetti ha fatto seguito, infine, il Progetto 'Giustizia Semplice', avviato nel 2017 ed attualmente in corso, nell'ambito del Patto per la Giustizia per l'attuazione del Piano strategico della Città Metropolitana di Firenze, fra la Città Metropolitana di Firenze, il Tribunale di Firenze, l'Università degli Studi di Firenze (con i Dipartimenti di Scienze Giuridiche e di Ingegneria dell'Informazione (DISITlab)), la Camera di Commercio di Firenze e la Fondazione Cassa di Risparmio. Tale Progetto ha vinto il premio 'PA Sostenibile 2019', categoria 'Giustizia, trasparenza, partenariati', promosso nella sua seconda edizione da FPA in collaborazione con ASviS, all'interno della Manifestazione Forum PA 2019.

⁵⁴ Così, espressamente, M. MARINARO, *Il ruolo del giudice nell'era della giurisdizione minima tra obiettivi conciliativi e funzioni giurisdizionali. I provvedimenti dei giudici fiorentini*, in P. LUCARELLI (a cura di), *Mediazione su ordine del giudice a Firenze*, cit., 63 ss., prec. 65; già prima in questo senso P. LUCARELLI, *La mediazione obbligatoria fra ordine del giudice e principio di effettività: verso una riduzione certa e significativa dei processi pendenti*, in www.judicium.it (5.5.2014), § 1.

⁵⁵ M. MARINARO, *Il ruolo del giudice nell'era della giurisdizione minima*, cit., 65 vede nel nuovo ruolo attribuito al giudice (anche non togato) dall'art. 5, co. 2 d.lgs. n. 28/2010 quello di "facilitatore" che agevoli indirettamente soluzioni conciliative delle controversie che giungono alla sua attenzione, accompagnando le parti in lite, con autorevolezza e discrezione, verso l'incontro in mediazione, dopo aver valutato gli spazi utili per un possibile accordo.

lorché ritenga se ne diano le condizioni, ovverosia sulla base di criteri fissati dal d.lgs., quali la natura della causa, lo stato dell'istruzione, il comportamento delle parti. Un meccanismo, questo del c.d. invio giudiziale delle parti in mediazione, che certamente colloca il giudice fuori dalla mediazione, gestita, infatti, dal mediatore accreditato, ma che non perciò lo relega ad un ruolo marginale⁵⁶: tutt'altro, egli diventa protagonista indiretto, ma essenziale del percorso conciliativo, assurgendo ad indiretto facilitatore dell'accordo, in quanto depositario del potere di creare un c.d. *spatium conciliandi* innanzi al mediatore, destinato con maggior probabilità a concludersi con una conciliazione essendo quello spazio gestito da un soggetto, il mediatore, per l'appunto, che le parti in conflitto sanno non essere il loro organo giudicante⁵⁷.

Con quali strumenti i promotori dei citati Progetti hanno favorito la mediazione c.d. disposta dal giudice e quali sono stati i risultati raggiunti?

Ebbene, gli strumenti adottati sono stati concepiti alla luce delle seguenti, innegabili premesse.

Onde rendere effettivo il ruolo del giudice quale protagonista indiretto, ma decisivo del nuovo percorso conciliativo che si avvale dell'istituto della mediazione, il giudice deve essere messo nelle condizioni di esercitare in modo appropriato, responsabile ed efficace la sua facoltà di ordinare alle parti, lite pendente, di esperire la mediazione, così come di gestire al meglio la fase successiva alla conclusione (negativa o positiva) della mediazione esperita⁵⁸. Allorché il giudice non sia posto

⁵⁶ In questi efficaci termini ancora ID., *op. ult. cit.*, 66-67, che riconosce al giudice, per questo, un ruolo cardine nell'accesso alla mediazione durante lo svolgimento del processo.

⁵⁷ Di nuovo, con felice immagine, ID., *op. ult. cit.*, 66 e 68.

⁵⁸ Lo evidenziano, in un affresco di inquadramento del fenomeno della mediazione disposta dal giudice, I. PAGNI, P. LUCARELLI, *Introduzione*, in P. LUCARELLI (a cura di), *Mediazione su ordine del giudice a Firenze*, cit., XI ss., che vedono nell'appropriato esercizio del potere di invio giudiziale delle parti in mediazione un'ulteriore manifestazione del suo più generale potere di direzione materiale del processo quale previsto dall'art. 175 c.p.c., e, con questo, la chiave di volta di un corretto coordinamento tra processo e mediazione, attraverso un ponderato superamento della risoluzione del conflitto mediante la "“taglia unica” del processo dinanzi al giudice", senza "arrecare un *vulnus* all'art. 24 Cost.". Si sofferma in particolare sui modi in cui questo possa concretamente

in dette condizioni, infatti, prevedibili, ma entrambi poco virtuosi, si presentano gli scenari possibili: o il giudice mai si avvarrà della sua facoltà di ‘invio delle parti in mediazione’, mancando così però un potenziale conciliativo che nella specifica controversia potrebbe darsi; oppure egli disporrà sì l’ordine di esperimento della mediazione, ma a caso o, nelle ipotesi maggiormente patologiche, al solo scopo di divergere – quanto meno per il tempo di tre mesi – il fascicolo di causa nello... *spatium conciliandi* del mediatore⁵⁹.

Di qui, l’intervento dei citati Progetti, onde favorire una corretta ed efficace applicazione dell’art. 5, co. 2 d.lgs. cit., nella consapevolezza che questa si dà soltanto allorché si integrino tutti i seguenti presupposti. Il giudice giunga in tempi celeri ad un’approfondita conoscenza della controversia; accompagni al doveroso inquadramento giuridico della causa una particolare sensibilità ed attenzione anche per i suoi profili non giuridici e così abbia la capacità di percepire, seppur in via ipotetica, gli interessi di fondo che si agitano sotto le pretese giuridiche avanzate dalle parti⁶⁰; sia in grado di cogliere, quindi, se vi siano

avvenire C. INNALFO, *Giudice, avvocato, cittadino e mediatore: la mediazione delegata si fa in quattro*, in P. LUCARELLI (a cura di), *Mediazione su ordine del giudice a Firenze*, cit., 161 ss., prec. 164 ss., laddove indica le condizioni di cui si dà conto nel testo quali presupposti indefettibili per il “nuovo strumento di *governance* giudiziale” rappresentato dall’invio delle parti in mediazione da parte del giudice ai sensi dell’art. 5, co. 2 d.lgs. n. 28/2010.

⁵⁹ Lo denunciano I. PAGNI, P. LUCARELLI, *Introduzione*, cit., XVI, che onde evitare i rischi di entrambe le situazioni tratteggiate nel testo e, con riguardo all’ultima delle due, quello di una dilazione ingiustificata dei tempi del processo, auspicano “un giudice sensibile, in grado di scorgere il momento adatto in cui fare uso dello strumento della mediazione demandata, di calibrare i tempi del processo coi tempi della mediazione, di soppesare le difese delle parti e saper valutare se vi siano le condizioni previste dalla legge per la mediabilità della lite”. Ugualmente 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., che dà conto di quei giudici del Tribunale di Firenze che, condannato un utilizzo ‘anomalo’ della mediazione delegata da parte dell’organo giudicante, invitavano l’avvocatura a porsi come “ostacolo benefico”, “resistenza dialogante” che si confronti con i giudici per evitare l’invio non selettivo delle cause in mediazione.

⁶⁰ V. sul punto C. INNALFO, *Giudice, avvocato, cittadino e mediatore*, cit., 164-66, 177; nonché M. MARINARO, *La capacità del magistrato di entrare nelle cause costitui-*

cc.dd. indici di mediabilità della controversia⁶¹; e, se questi si diano, sappia individuare il momento adatto per inviare le parti in mediazione (prima o dopo l'istruzione o la c.t.u.)⁶²; sia capace di comunicare anche oralmente alle parti ed ai loro avvocati le motivazioni che lo inducono a inviarle in mediazione, avendo la possibilità di prendersi il tem-

sce il valore aggiunto dell'iter consensuale, in *Guida dir.*, 24.3.2014. In generale sulla distinzione tra 'posizioni (giuridiche)' e 'interessi' delle parti nella differenza tra processo e mediazione quali metodi diversi di soluzione del conflitto v., per tutti, F.P. LUISO, *Diritto processuale civile. V*, cit., 30 ss.

⁶¹ A riguardo, in particolare, C. INNALFO, *Giudice, avvocato, cittadino e mediatore*, cit., 166 ss., che ben rimarca come non tutte le cause siano astrattamente mediabili: da ciò consegue il pregio dell'intervento del giudice che ha il dovere di individuare quali, tra quelle del proprio ruolo, possano essere efficacemente risolte con l'ausilio del mediatore, operando così una meditata selezione negli invii in mediazione; nello stesso senso L. BREGGIA, *Il dilemma del giudice che delega al mediatore*, cit., 265 ss. Si esalta così quella figura di giudice che – come felicemente dice G. SCARSELLI, *Il giudice, tra principi deontologici e regole comportamentali*, in *Foro it.*, 2010, V, 273 ss. – “deve avere senso pratico, deve capire nel concreto come stanno le cose, e non deve accontentarsi di una risposta burocratica all'istanza di giustizia che le parti gli rivolgono”, con la conseguenza che “tiene comportamento criticabile sia quel giudice che affronta i problemi della causa come fossero problemi di matematica e geometria, perché niente può portare fuori strada quanto il mero rispetto di regole logiche o di sistema, quanto il giudice che appare insofferente al dettato normativo, e immagina al contrario che la decisione da rendere sia semplicemente di equità, ovvero rimessa al suo personale senso di giustizia. Il giusto equilibrio tra queste due opposte posizioni fanno di un giudice un buon giudice”.

⁶² L'art. 5, co. 2 d.lgs. n. 28/2010 individua, in primo grado come in secondo, il lasso temporale per formulare l'invio delle parti in mediazione sino all'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista, sino alla discussione della causa: v. D. DALFINO, *Commento sub art. 5*, cit., 312 ss. Per un'esemplificativa costellazione di possibili opzioni per il giudice nel determinare il momento, in questo lasso temporale, di disposizione *ex officio* della mediazione v. C. INNALFO, *Giudice, avvocato, cittadino e mediatore*, cit., 169 ss., nonché G. BUFFONE, *La mediazione delegata e il tentativo di conciliazione: perché, come e quando*, Relazione tenuta alla Scuola Superiore della Magistratura, 8 aprile 2014, Firenze-Scandicci, reperibile all'indirizzo www.ilcaso.it, che indaga da vicino, peraltro, il rapporto tra mediazione disposta dal giudice *ex art. 5, co. 2 d.lgs. cit.* e proposta conciliativa giudiziale ai sensi dell'art. 185-bis c.p.c.

po per farlo⁶³; sia in grado di confezionare un'ordinanza di disposizione della mediazione accortamente motivata⁶⁴ ed infine sappia come chiudere o proseguire il processo in caso, rispettivamente, di successo od insuccesso della mediazione⁶⁵.

9. In particolare, i Progetti 'fiorentini': le cinque fasi in cui essi si snodano e i risultati intermedi raggiunti

Ebbene, consapevoli di come tutte queste abilità, non solo giuridiche ma anche, per così dire, trasversali, presuppongano, per maturare ed esplicarsi, da un lato, formazione, dall'altro, mezzi e tempo, i Progetti 'fiorentini' hanno pensato, nell'alveo di una Convenzione tra Università e Tribunale di Firenze (da ultimo arricchitasi di ulteriori *partner*), non

⁶³ V. a riguardo C. INNALFO, *Giudice, avvocato, cittadino e mediatore*, cit., 168 ss., che evidenzia come la formulazione di un ordine di invio in mediazione in assenza di un confronto anche orale con i legali delle parti potrebbe rendere detta formulazione praticamente inefficace. Al contrario, un siffatto colloquio – da tenersi direttamente in prima udienza o in udienza successiva allo scioglimento di riserva – consentirebbe di raccogliere perplessità e commenti degli avvocati, aprendo ad un dialogo capace di far loro comprendere il reale significato e peso dell'incipiente ordine del giudice. Tale momento, certamente dispendioso in termini di tempo, mostrerebbe però il suo frutto a lungo termine, laddove il giudice riesca a responsabilizzare gli avvocati e le parti a gestire consapevolmente il futuro tavolo di mediazione e, in ultima analisi, il conflitto che le ha portate al processo.

⁶⁴ La motivazione dell'ordinanza dovrà dar conto del convincimento del giudice sulla base dei tre parametri di valutazione per l'invio in mediazione sanciti dall'art. 5, co. 2 d.lgs. n. 28/2010 (natura della causa, stato dell'istruzione e comportamento delle parti – cui ben si può aggiungere la valutazione di altre circostanze): sul punto, dettagliatamente, D. DALFINO, *Commento sub art. 5*, cit., 315 ss. Sull'opportunità di una motivazione non cursoria, ma ben costruita, onde favorire una buona predisposizione di avvocati e parti alla mediazione: L. BREGGIA, *Il dilemma del giudice che delega al mediatore*, cit., 276 ss.; G. BUFFONE, *La mediazione delegata e il tentativo di conciliazione*, cit., 14; C. INNALFO, *Giudice, avvocato, cittadino e mediatore*, cit., 172 ss., che accortamente sottolinea come l'ottica conciliativa sottesa all'ordinanza del giudice non sarà pur tuttavia vincolante in mediazione, potendo le parti ivi determinarsi per un rifiuto dell'accordo conciliativo. Da un'ordinanza ben confezionata potranno però trovare sprone per partecipare alla mediazione in modo attento e consapevole.

⁶⁵ ID., *op. ult. cit.*, 175 ss.

solo di offrire formazione in materia di mediazione ai giudici, ma anche di affiancare loro un numero di laureati della Facoltà, specializzati in mediazione, che, in qualità di borsisti, siano chiamati ad adjuvarli, nei modi di cui si dirà, nell'esercizio della loro facoltà di 'invio delle parti in mediazione'⁶⁶. Particolare punto di forza di questi Progetti, a differenza di altre iniziative animate dai medesimi intenti promosse a Milano e Bologna⁶⁷, è stato il dettagliato e rigoroso monitoraggio digitalizzato di ogni fase del Progetto e, più nello specifico, dell'*iter* che ogni singola causa, divenuta oggetto del Progetto, ha percorso⁶⁸. Questo at-

⁶⁶ Per una dettagliata disamina della struttura dei Progetti 'fiorentini' v. L. BREGGIA, *La mediazione presa sul serio. Note sulla sperimentazione del Progetto Nausicaa*, in P. LUCARELLI (a cura di), *Mediazione su ordine del giudice a Firenze*, cit., 21 ss.

⁶⁷ Il riferimento è qui al menzionato 'Progetto sulla mediazione demandata dal giudice' dell'Osservatorio della Giustizia civile di Milano, nonché al progetto e al Protocollo sulla mediazione delegata dal giudice dell'Osservatorio della Giustizia civile di Bologna, il cui testo è consultabile presso il sito www.ordineavvocatibologna.net. Queste iniziative, pur meritevoli e ad esito positivo, non hanno contato su un diffuso impiego di mezzi tecnologici per la loro realizzazione e prodotto una capillare documentazione dei successi ottenuti.

⁶⁸ Per dati raccolti nel quadro dei Progetti 'Nasicaa' e 'Nausicaa2' v. E. GUAZZESI, *I numeri della mediazione su invito/ordine del giudice a Firenze*, in P. LUCARELLI (a cura di), *Mediazione su ordine del giudice a Firenze*, cit., 21 ss.; nel quadro del Progetto 'Giustizia Semplice' v. *Giustizia Semplice – Report di monitoraggio parziale. Febbraio-dicembre 2018*, dell'1.1.2019, reperibile presso il sito www.cittametropolitana.fi.it/firenze-tempi-piu-rapidi-per-le-cause-civili-giustizia-semplice-funziona/.

Degno di nota, per il lavoro di documentazione e monitoraggio anche mediante l'impiego di mezzi tecnologici, è pure il progetto di diffusione delle pratiche conciliative promosso dal 2011 presso il Tribunale di Bari, Sezione staccata di Modugno. In seno a tale progetto, i giudici, grazie al meccanismo offerto dall'art. 185 c.p.c., sono incentivati ad indicare alle parti i punti nevralgici del conflitto, mostrando loro possibili vie di apertura ad un dialogo che può continuare anche fuori dalle aule giudiziarie ed eventualmente maturare in un accordo conciliativo grazie alla collaborazione di un organismo di mediazione: su tale progetto a favore della c.d. conciliazione integrata, v. M. DELIA, *La conciliazione: proposte programmatiche dal Tribunale di Bari Sezione distaccata di Modugno*, in *Foro it.*, 2012, V, 64 ss. Onde favorire tale intervento dei giudici, è nata la Banca Dati Digitale Conciliativa (BDDC), liberamente accessibile presso i siti istituzionali del Tribunale e della Corte d'Appello di Bari, che raccoglie i più significativi modelli di provvedimenti giudiziali in materia di conciliazione (dalle ordinanze *ex art. 185-bis* c.p.c. a quelle di invio in mediazione *ex art. 5*, co. 2 d.lgs. n. 28/2010), catalogati per materia d'interesse (contratti, comunione, possesso e

tento monitoraggio ha consentito la raccolta di puntuali dati statistici, determinanti non solo nel valutare gli esiti dei Progetti ‘fiorentini’, ma anche di consentire, visto il loro segno positivo, l’acquisizione di buone pratiche esportabili anche in altri contesti⁶⁹. A parere di chi scrive, tale virtuoso modello potrebbe essere sostenuto e realizzato oltre la realtà fiorentina, coinvolgendo la magistratura onoraria, come quella togata⁷⁰.

Si ripercorrono qui brevemente le fasi dell’*iter* ideato nel quadro di questi Progetti: una loro pur sintetica descrizione, infatti, metterà in luce quali siano i margini di successo della mediazione nel nostro ordinamento grazie all’impegno dei giudici (ed in collaborazione con l’Università), nonché le risultanze incoraggianti, in termini di deflazione del carico giudiziario, che potrebbero seguirne. Nella descrizione delle linee fondamentali dei Progetti ‘fiorentini’ riferimento principe sarà la struttura data all’ultimo di tali progetti, quello denominato ‘Giustizia

diritti reali, ecc.) e risulta arricchita di sessioni didattiche. Tali modelli sono condivisi, attraverso un sistema di *e-mailing list*, dai giudici dei tribunali che hanno deciso di aderire al Progetto.

⁶⁹ Sulla difficoltà di avere dati empirici affidabili e valutabili in merito alle attività di promozione della soluzione conciliativa – latamente intese – del giudice v. M. MORICONI, *Mediazione e proposta del giudice: le problematiche relative alla acquisizione, rilevazione e valutazione dei dati relativi*, in www.judicium.it (3.11.2013), nonché ID., *Un bilancio a otto anni dall’entrata in vigore del Decreto Legislativo 28/2010*, in www.mondoadr.it (1.6.2018), che denuncia come non esista ad oggi un sistema nazionale di rilevazione dei provvedimenti emessi dai giudici in materia di mediazione demandata e nemmeno *ex art. 185-bis c.p.c.*, essendo l’unica fonte per la raccolta dei dati su scala nazionale rappresentata dagli organismi di mediazione. Sulla necessità ed utilità di questi dati per misurare l’impatto delle azioni poste in essere dall’organo giudicante per favorire la conciliazione della controversie nonché per agevolare la diffusione di pratiche virtuose tra uffici giudiziari v. M. DELIA, *Ufficio del processo, ragionevole durata e best practice conciliativa: estensione nazionale della banca dati conciliazione elaborato presso la Corte di Appello di Bari*, in www.lanuovaproceduracivile.com (18.6.2018).

⁷⁰ Un tale auspicio ha già trovato recente riscontro. I Progetti ‘fiorentini’ hanno infatti già avuto diffusione presso i Tribunali di Perugia (in cui si è dato forma al Progetto ‘Giustizia Condivisa’: La mediazione demandata dal giudice del Tribunale di Perugia – un progetto per la deflazione del contenzioso e per la diffusione della prassi ad elevato impatto sociale) e di Roma (Progetto ‘Giustizia Sostenibile’); nonché da ultimo presso il Tribunale e l’UEPE di Trento, in collaborazione con la Facoltà di Giurisprudenza di Trento e la Regione Autonoma Trentino-Alto Adige/*Südtirol*.

Semplice’, avviato nel 2017, avendo riguardo a quanto relazionato nell’ultimo *Report* di suo monitoraggio parziale, di recente pubblicato, che si riferisce al periodo che va da febbraio a dicembre 2018⁷¹.

Dopo una preliminare formazione sulla mediazione dei soggetti coinvolti, la prima fase del Progetto ha visto l’assegnazione a ciascun giudice, che ha aderito all’iniziativa (in totale da 18 a 24), di un borsista, giovane laureato esperto in mediazione, facente parte del Laboratorio congiunto dell’Università di Firenze ‘Un Altro Modo’. Compiti del borsista erano i seguenti: (a) passare in rassegna i fascicoli del giudice cui era assegnato (non tutti ovviamente erano fascicoli appena ‘aperti’, essendosi la sperimentazione avviata anche quando le cause erano in stato più avanzato di trattazione); (b) conseguentemente, verificare quali fascicoli attenessero a cause vertenti su diritti disponibili o su ambiti esclusi dall’applicabilità della mediazione (es. controversie di lavoro, ipotesi di volontaria giurisdizione, cause fallimentari, procedimenti cautelari e monitori, di accertamento tecnico, procedure d’urgenza)⁷².

A seguito di questa prima selezione le cause rimaste all’attenzione sono state 6.482⁷³.

Fatta questa prima scrematura, la seconda fase è dedicata al più specifico studio del fascicolo da parte del borsista ed è diretta, ove se ne diano i presupposti, alla sua formulazione al giudice di una proposta di mediabilità della causa⁷⁴. In questa fase, quindi:

- (a) il borsista procede in primo luogo ad un’ulteriore scrematura, vagliando se sussistano quelli che sono stati definiti gli ‘ulteriori motivi di scarto’, che, a differenza di quelli più sopra citati, sono evidenziabili solo dietro una lettura più approfondita del fascicolo, non emergendo, come i primi, dalla semplice lettura del ruolo generale, in quanto inerenti a situazioni di contraddittorio non ‘reale’ od ancora non perfezionato (es. dal fascicolo risulta che il processo è contumaciale o necessita di un’integrazione del contraddittorio), od ine-

⁷¹ V. il citato *Giustizia Semplice – Report di monitoraggio parziale. Febbraio-dicembre 2018*.

⁷² Cfr. *Giustizia Semplice – Report di monitoraggio parziale. Febbraio-dicembre 2018*, cit., 3, 10.

⁷³ Id., 4.

⁷⁴ Id., 10.

renti al tipo di udienza in previsione (es. udienza per il giuramento c.t.u. o di p.c.) – tutte situazioni, queste, che non rendono di per sé mediabile la controversia⁷⁵. A seguito di questa scrematura le cause sono rimaste 4.373 (il 67,5%)⁷⁶.

- (b) Dopo aver in questo modo ulteriormente filtrato i fascicoli, il borsista accede ad uno studio ‘nel merito’ dei rimanenti, onde verificare se la causa sia mediabile o meno e, ove lo sia, elabora la c.d. scheda del processo, contenente tutti gli elementi utili per la valutazione di mediabilità (dati generali della causa, descrizione degli elementi di fatto e di diritto della controversia e descrizione delle posizioni delle parti; valutazione di mediabilità e descrizione degli indici di mediabilità rapportati al caso concreto)⁷⁷. Unitamente alla scheda del processo, i borsisti redigono la bozza del provvedimento giudiziale di invio in mediazione e la sottopongono all’analisi del giudice⁷⁸.

Le cause per cui è stato proposto l’invio in mediazione sono state 3.720 (l’85,1% di quelle studiate dal borsista)⁷⁹.

Rispetto ai parametri generali fissati dalla legge (natura della causa; stato dell’istruzione; comportamento delle parti), in via di prima approssimazione, si può dire che la mediabilità è stata ravvisata, per quanto attiene alla natura della causa, con specifico riguardo alle controversie di competenza del giudice di pace: in materia contrattuale, laddove il contratto comporti un rapporto di durata o si tratti di contratto bancario (spesso le banche non si presentano alla mediazione extraprocessuale, motivo per cui questa viene ordinata dal giudice); in materia di condominio, nonché di diritti reali, laddove studi dimostrano che frequentemente si verifica una dissociazione tra oggetto giuridico della lite e suo oggetto personale⁸⁰. Avendo riguardo allo stato del processo, la

⁷⁵ Id., 11.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Id., 11-15, ove si riporta un’indagine dettagliata degli esiti di questo studio, distinti per sezione del Tribunale, materia e stato del processo.

⁷⁸ Id., 15.

⁷⁹ Id., 12.

⁸⁰ Id., 13. Sul punto v. le approfondite considerazioni di L. BREGGIA, *La mediazione presa sul serio. Note sulla sperimentazione del Progetto Nausicaa*, cit., 26, che, in un’indagine di più ampio respiro, precisa come idonee alla mediazione si siano rivelate senza dubbio le cause in materia ereditaria, segnate da una particolare qualificazione

mediabilità è stata rinvenuta più spesso ove la causa fosse in una fase introduttiva, non essendosi in questa le parti ancora arroccate su posizioni inamovibili⁸¹.

La terza fase consiste nella valutazione, da parte del giudice, della proposta di invio in mediazione formulata dal borsista, dietro confronto e dialogo con quest'ultimo⁸².

Le cause inviate in mediazione tra quelle considerate mediabili dai borsisti sono state 1.160 (il 31,2% di quelle indicate dai borsisti)⁸³.

Come si può notare, i giudici prestano particolare cautela nell'invio in mediazione, sintomo di un loro elevato grado di sensibilizzazione, mostrandosi disposti a formulare l'ordine in mediazione solo dopo un approfondito studio della causa. Come accortamente sottolineato, ciò ha contribuito a conferire all'ordine del giudice quella autorevolezza e dignità in grado di elevarlo da semplice suggerimento, rivolto agli avvocati durante il giudizio, di valutare ipotesi transattive e conciliative o

dei rapporti tra litiganti, chiaramente di natura personale, familiare o affettiva nonché di durata nel tempo oltre che dalla frequente separazione tra l'oggetto del conflitto e l'oggetto della controversia. Anche per i diritti reali si è rilevata la frequente dissociazione tra oggetto della lite (personale) e oggetto (giuridico) della disputa, con conseguente potenziale significativo coefficiente di mediabilità delle liti che li abbiano ad oggetto. Ugualmente è emerso con riguardo alle controversie locative. Mediabile si è rilevato il contenzioso in materia di affitti di azienda, e in genere in ambito societario, coinvolgendo questo contenzioso parti sensibili a soluzioni flessibili e rapide. Talvolta, la mediabilità si è scorta anche in liti dalle dinamiche psicologiche complesse ove si sia avvertito il bisogno di ascolto e riconoscimento del danneggiato (es. in certe cause in materia di responsabilità extracontrattuale, specie in campo medico, ma anche in alcune controversie bancarie).

⁸¹ *Giustizia Semplice – Report di monitoraggio parziale. Febbraio-dicembre 2018*, cit., 14, 18, ove si sottolinea come il maggior numero di invii venga effettuato nella prima fase di comparizione e trattazione (udienza ex art. 183 c.p.c.), nella piena incertezza del giudizio, ed allorché le parti non hanno ancora speso energie nel processo. Altrettanto comprensibile è, invece, che nella fase di ammissione e assunzione dei mezzi probatori, si esprima un giudizio negativo sulla mediabilità. Cfr. sul punto C. INNALFO, *Giudice, avvocato, cittadino e mediatore: la mediazione delegata si fa in quattro*, cit., 168-71.

⁸² *Giustizia Semplice – Report di monitoraggio parziale. Febbraio-dicembre 2018*, cit., 15 ss., ove si indaga il dato per sezione di Tribunale, materia e stato del processo.

⁸³ *Ibidem*.

l'opportunità di rivolgersi ad un mediatore, a ordine, la cui ottemperanza costituisce condizione di procedibilità della causa giudiziale, al pari dei casi di mediazione obbligatoria⁸⁴.

La quarta fase è quella che segue l'emissione, da parte del giudice, dell'ordine con cui dispone alle parti di esperire la mediazione⁸⁵. Queste, avvertite delle conseguenze anche processuali della loro condotta, sono tenute a depositare l'istanza di mediazione presso un organismo di mediazione accreditato ai sensi del d.lgs. n. 28 cit. I dati relativi agli esiti delle procedure di mediazione attivate su ordine del giudice nell'ambito della sperimentazione sono stati forniti dagli organismi di mediazione *partner* del Progetto.

Le mediazioni effettivamente svolte sono state 399 (nel 58% dei casi), quelle ancora pendenti al momento della rilevazione 80 (il 12% dei casi). Di quelle svolte, ben il 47,9% si sono concluse con un accordo⁸⁶.

La quinta fase della sperimentazione chiude la circolarità del percorso, in quanto la lite dagli organismi di mediazione torna al giudice per la verifica degli esiti dell'ordine giudiziale⁸⁷.

Al 31 dicembre 2018 non tutte le liti erano ancora ritornate per l'udienza giudiziale di verifica: la percentuale di quelle verificate a quella data è stata pari a circa il 41% del totale delle cause inviate in mediazione nel periodo febbraio/dicembre 2018, cioè 434 su 1.160. Di queste 434 cause, in 162 i giudici hanno già verificato che i processi si sono estinti o sono in via di estinzione (37% degli esiti di verifica in udienza); in 91 cause, i giudici hanno verificato che le parti vogliono procedere nel tentativo di risolvere la lite bonariamente (21%), anche a prescindere dal deposito e dall'esito dell'istanza di mediazione presso gli organismi. Un potenziale deflattivo quindi, per certo, del 37%, se non addirittura maggiore⁸⁸.

⁸⁴ In questi termini E. GUAZZESI, *I numeri della mediazione su invito/ordine del giudice a Firenze*, cit., 111.

⁸⁵ *Giustizia Semplice – Report di monitoraggio parziale. Febbraio-dicembre 2018*, cit., 18 ss.

⁸⁶ *Id.*, 19 ss.

⁸⁷ *Id.*, 26 ss.

⁸⁸ *Ibidem*.

10. *Quali le prospettive future?*

Se quelli sommariamente descritti sono gli esiti degli articolati e continuativi Progetti ‘fiorentini’, non pochi si rivelano gli spunti di riflessione che essi sollecitano.

La fruttuosa sinergia di più protagonisti – dalla magistratura all’Università, agli organismi di mediazione – mostra infatti quali potenzialità schiuda il sapiente utilizzo di una mediazione disposta dal giudice, in cui costui si rende oculato promotore di uno *spatium conciliationis* epurato dei rischi di una vischiosa sovrapposizione di ruoli tra figura giudicante e conciliativa. La mediazione, ove selettivamente e responsabilmente ordinata dal giudice, diventa, infatti, capace di unire in sé i vantaggi del ‘suggerimento autorevole’ dell’organo giudicante alle parti di tentare la conciliazione ed al contempo dell’equidistanza di chi tale conciliazione concretamente faciliterà, *i.e.* il mediatore⁸⁹. Una sintesi virtuosa, questa, che, nel lungo termine e su larga scala, potrebbe servire davvero, anche nel nostro ordinamento, ad offrire ai litiganti una benefica, perché ragionata, diversificazione nella gestione del loro conflitto, e, in ugual modo – e solo perché realizzata la prima –, deflazione del carico giudiziario.

⁸⁹ Di qui, ad es., anche la possibilità di una sapiente modulazione della proposta conciliativa del giudice *ex art. 185-bis c.p.c.* e di un suo ordine alle parti di tentare la mediazione *ex art. 5, co. 2 d.lgs. n. 28/2010*: in questo senso v. G. BUFFONE, *La mediazione delegata e il tentativo di conciliazione: perché, come e quando*, cit., 16 ss., ove si propone la seguente costellazione di ipotesi: (a) proposta *ex art. 185-bis c.p.c.* con riserva di decidere sull’ordine di tentare la mediazione (v. formula n. 5.3. proposta dall’A. per questo tipo di ordinanza): il giudice formula la proposta transattiva/conciliativa e rinvia il processo ad altra udienza per sentire le parti, riservandosi in quell’udienza di ordinare loro il tentativo di mediazione (così Trib. Milano, 27 novembre 2013; Trib. Roma, 23 settembre 2013); (b) proposta *ex art. 185-bis c.p.c.* con contestuale ordine di tentare la mediazione (v. formula n. 5.4. proposta dall’A. per questo tipo di ordinanza): il giudice formula la proposta transattiva/conciliativa ed ordina alle parti di tentare la mediazione, rinviando il processo ad altra udienza (così Trib. Milano 11 novembre 2013). Secondo questo schema, le parti sarebbero indotte a valutare seriamente l’assetto compositivo della lite proposto dal giudice ed al contempo sarebbero seguite da un mediatore esperto per definire al meglio tale assetto.

Ebbene, se i Progetti ‘fiorentini’ indicano quindi con oggettività empirica la misura dei risultati raggiungibili, con altrettanta nitore segnano il cammino attraverso cui, in tutto il territorio nazionale, questi possono essere guadagnati: la collaborazione fattiva tra diversi, ma tutti essenziali, protagonisti, che solo la condivisione, la sedimentazione ed il riconoscimento legislativo di buone pratiche possono promuovere e realizzare⁹⁰.

⁹⁰ In quest’ultimo senso limpido è l’auspicio di M. DELIA, *Ufficio del processo, ragionevole durata e best practice conciliativa*, cit., che invoca una maggiore attenzione del legislatore al tempo dedicato dal magistrato anche alla ‘preparazione’ dell’invio delle parti in mediazione (così come della proposta conciliativa ex art. 185-bis c.p.c.) ai fini del calcolo della sua produttività: “Un sistema giudiziario che anacronisticamente ancora in massima parte la valutazione delle capacità del magistrato al numero delle sentenze emesse, e non invece – secondo la logica organizzativa moderna impostata sulla efficienza e professionalità – alla produzione ed ai risultati, allontana i magistrati dall’adoperare la proposta ex art. 185-bis c.p.c. e la mediazione demandata ex art. 5, comma 2, d.lgs. 28/2010, che s’innestano nelle cause solo dopo un attento studio degli atti, con quel che ne consegue in termini di energie e di tempo distolte dalla stesura di sentenze”. Chiaro è, infatti, che “se il legislatore ha espresso una chiara opzione culturale investendo negli strumenti conciliativi, occorre allora non solo formare gli operatori di diritto nell’adoperarli nel modo più corretto e così offrire un buon servizio alla collettività, ma pure incentivare i magistrati, in particolare, nel canalizzare le proprie energie in questi nuovi strumenti. E l’unico modo per incentivare i giudici a concentrare il proprio tempo lavorativo verso lo sforzo conciliativo sembra essere proprio quello di dare ‘peso specifico’ alle soluzioni definitive a matrice conciliativa nelle sedi di valutazione della produttività e della professionalità”.

LIMITI ED EFFETTIVITÀ DELLA MEDIAZIONE DAVANTI AGLI ORGANI GIUDICANTI

*Maurizio Di Rocco**

SOMMARIO: *1. Il tema. 2. La sovrapposizione tra il ruolo del giudice e quello del mediatore, quali preclusioni? 3. Caratteristiche, limiti e vantaggi dell'azione conciliativa affidata al giudice. 4. Conclusioni.*

1. Il tema

Con l'approvazione della normativa-quadro in tema di mediazione civile e commerciale, ovvero con il d.lgs. n. 28/2010, il legislatore ha inteso dare una precisa collocazione all'istituto della mediazione, definendo, nel contempo, con particolare chiarezza il ruolo e la funzione del mediatore.

Sebbene tale norma consenta di distinguere chiaramente l'alternatività del ricorso alla mediazione rispetto alla proposizione di un giudizio ordinario, nel nostro ordinamento continuano a sopravvivere numerose ipotesi di sovrapposizione tra la figura del mediatore e quella del giudice, in ragione dell'applicazione di diverse previsioni processuali che, in determinate circostanze, attribuiscono al giudice adito il potere di tentare la conciliazione tra le parti in causa.

Con riferimento a tali ipotesi, le domande fondamentali che ci si può porre sono essenzialmente due, ovvero: il soggetto giudicante può essere anche un "mediatore", nel senso proprio del termine? E se la risposta alla prima domanda fosse positiva, quali possono essere le peculiarità, i limiti e i vantaggi del suo intervento conciliativo?

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

2. La sovrapposizione tra il ruolo del giudice e quello del mediatore, quali preclusioni?

Per rispondere al primo dei due quesiti, chi scrive ritiene di dover porre al centro dell'attenzione l'art. 3 della Direttiva n. 2008/52/CE, in tema di mediazione civile e commerciale, il quale articolo, nel primo capoverso della lettera a), stabilisce che può essere considerata "mediazione" anche l'attività conciliativa svolta da un giudice, purché quest'ultimo non sia responsabile "di alcun procedimento giudiziario concernente la controversia in questione".

Nell'ammettere che un giudice possa svolgere funzioni conciliative, il legislatore europeo, tuttavia, esclude espressamente che tale tentativo possa essere realizzato "dall'organo giurisdizionale o dal giudice adito al fine di giungere ad una composizione della controversia nell'ambito del procedimento giudiziario oggetto della medesima" (*ibidem*, secondo capoverso), e ciò in quanto, nell'ambito del procedimento volto alla soluzione di una determinata vertenza, il ruolo di chi è chiamato a svolgere l'attività conciliativa deve rimanere ben distinto dal ruolo di chi è designato a dirimere la stessa questione attraverso l'emanazione di un giudizio vincolante.

Del resto, anche l'art. 1 d.lgs. n. 28/2010, attuativo della summenzionata Direttiva, stabilisce chiaramente che per "mediatore" deve intendersi "la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti"; e ciò indipendentemente dal fatto che la stessa norma attribuisca al mediatore anche la facoltà di formulare una proposta per la risoluzione della lite: tale proposta, infatti, non potrà in alcun modo contenere un giudizio sulle posizioni delle parti, né potrà avere effetti assimilabili a quelli di un provvedimento giudiziario.

Tanto detto, quali sono le norme del codice di procedura che possono determinare situazioni di sovrapposizione tra le due figure, ovvero quella del giudice e quella del mediatore?

Guardando al processo ordinario, le norme di riferimento sono, innanzitutto, l'art. 320 c.p.c. in tema di procedimento avanti al giudice di pace, nonché gli artt. 185 e 185-*bis* c.p.c. in tema di tentativo di concili-

liazione e relativa proposta conciliativa nel procedimento avanti al tribunale. In base a tali norme, invero, al soggetto giudicante è consentito il “libero interrogatorio” delle parti finalizzato ad un tentativo di conciliazione, con facoltà, esercitabile in ogni momento e fino al termine della fase istruttoria, di formulare una proposta transattiva per la definizione della controversia.

In questi casi è evidente che la normativa processuale, pur rimanendo nel solco di ciò che viene astrattamente concesso dalla disciplina europea in tema di mediazione, ovvero pur evitando di attribuire un valore decisivo all'intervento del giudicante quando lo stesso opera a fini conciliativi, si pone comunque al di là dei limiti fissati dal legislatore europeo, dal momento che la competenza “conciliativa” viene comunque affidata al medesimo soggetto che è stato chiamato a dirimere, con il proprio giudicato, la questione fatta oggetto del processo già pendente tra le parti.

Poco rileva che il nostro codice di procedura civile imponga al “giudice-conciliatore” di procedere rispettando la libertà delle parti durante l'interlocuzione con le medesime (interlocuzione freudianamente definita come “interrogatorio”) oppure di esercitare il potere propositivo tenendo conto “della natura del giudizio, del valore della controversia, nonché dell'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto”; invero, quel soggetto agirà come mediatore senza mai spogliarsi veramente della sua *potestas iudicandi*, con evidenti riflessi sull'imparzialità “percepita” del suo ruolo negoziale. Non a caso, lo stesso art. 185-*bis* c.p.c. si premura di evidenziare come la proposta di conciliazione formulata dal giudicante non potrà costituire motivo di ricusazione o astensione del giudice stesso, quasi ad anticipare ogni eventuale obiezione delle parti circa l'innaturale commistione delle funzioni attribuite al giudicante in tale frangente.

Al riguardo, desta curiosità la delibera emessa, ancora nel gennaio del 2012, dal Consiglio Superiore della Magistratura (v. delibera C.S.M. del 18.01.2012), in risposta ad un quesito in tema di incompatibilità tra l'esercizio dell'attività di mediatore professionista, di cui al d.lgs. n. 28/2010, e la funzione di giudice di pace.

In tale delibera il C.S.M., pur consapevole delle sopra richiamate norme processuali, sembra assumere una posizione particolarmente ri-

gida nel ribadire la diversità ontologica tra le funzioni attribuite al giudice e quelle attribuite al mediatore, arrivando a formulare un principio di incompatibilità che si estende ben oltre il confine processuale.

A parere del C.S.M., infatti, il ruolo di mediatore, ai sensi del d.lgs. n. 28/2010 è del tutto incompatibile con l'esercizio della funzione di giudice di pace, sia in sede giudiziale che stragiudiziale, e ciò quand'anche le due attività vengano svolte in ambiti territoriali diversi, corrispondenti a diversi circondari di tribunale. Sostiene il Consiglio Superiore della Magistratura che

il giudice di pace, già istituzionalmente deputato ad espletare l'attività conciliativa stragiudiziale, non può rendere il medesimo servizio partecipando ad uno degli organismi di conciliazione previsti dall'art. 16 D.Lgs. 28/2010

e che

se ciò avvenisse si avrebbe una sovrapposizione di ruoli per l'espletamento della medesima funzione di conciliatore, vanificando la disposizione di cui all'art. 322 c.p.c. (recante la conciliazione in sede non contenziosa avanti al giudice di pace, n.d.s.), ma anche appannando la stessa immagine di imparzialità ed indipendenza di cui all'art. 5, III comma, L. 374/1991.

A ben guardare, comunque, la delibera del C.S.M. si preoccupa solo in apparenza di preservare l'imparzialità e l'indipendenza dei giudici di pace; ciò che determina la citata incompatibilità, infatti, non è tanto la diversità sostanziale della funzione giudicante rispetto a quella conciliativa, quanto piuttosto il fatto che, essendo già attribuito da norme pubblicistiche un potere conciliativo stragiudiziale al giudice di pace (v. il richiamo all'art. 322 c.p.c.), si vuole evitare che lo stesso soggetto possa "cumulare" su di sé anche l'incarico privatistico di mediatore civile e commerciale ai sensi del d.lgs. n. 28/2010, godendo magari della relativa remunerazione. In buona sostanza, la dichiarata incompatibilità sembrerebbe giustificata da altre motivazioni che, pur lasciandoci piuttosto perplessi, qui poco interessano.

Volendo comunque trarre delle conclusioni per rispondere al nostro quesito iniziale (ovvero: "il soggetto giudicante può essere anche un

mediatore”?), a parere di chi scrive l’attuale normativa italiana non pone alcuna preclusione al fatto che un soggetto investito della funzione di organo giudicante possa assumere anche il ruolo di mediatore, o conciliatore, nella conduzione di controversie civili e commerciali, mentre, al contrario, sussistono certamente delle preclusioni, derivanti dalla normativa comunitaria ma non ancora recepite dal diritto interno, a che lo stesso soggetto possa esercitare contemporaneamente entrambi i ruoli nell’ambito del medesimo procedimento giudiziale già pendente tra le stesse parti, così come sussiste una certa incompatibilità tra l’esercizio del ruolo di mediatore in ambito “pubblico” e l’assunzione dello stesso incarico in ambito “privato”, se non altro in ragione del principio per cui, in generale, i lavoratori dipendenti delle pubbliche amministrazioni con rapporto di lavoro a tempo pieno e indeterminato non possono intrattenere altri rapporti di lavoro dipendente o autonomo, o esercitare attività imprenditoriali (v. art. 53, d.lgs. n. 165/2001, che disciplina la materia delle incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi nella P.A.).

3. Caratteristiche, limiti e vantaggi dell’azione conciliativa affidata al giudice

Alla luce di quanto sopra esaminato, resta ora da rispondere al secondo quesito che ci siamo posti all’inizio di questa trattazione, ovvero se esistono determinate peculiarità, limiti o vantaggi meritevoli di essere considerati allorché l’attività conciliativa venga esercitata da un giudice.

Guardando, *in primis*, alle peculiarità, certamente sono numerose le differenze che caratterizzano la figura del mediatore quand’egli opera come soggetto “privato”, piuttosto che come soggetto “pubblico”.

Procedendo per sommi capi potremmo dire che il mediatore nominato ai sensi del d.lgs. n. 28/2010 (v. in particolare artt. 7 e 8): è designato dall’Organismo di mediazione tenendo conto della specifica competenza professionale; può essere scelto congiuntamente dalle parti; può essere affiancato da uno o più mediatori ausiliari e può formulare una proposta in caso di mancato accordo; nel mentre, il giudice-

mediatore: viene designato secondo i criteri propri del c.p.c., oltre che dalle norme di attuazione del c.p.c.; non può essere scelto congiuntamente dalle parti; non può, almeno in teoria, essere affiancato da altri mediatori ausiliari e, infine, qualora intenda formulare una proposta può farlo anche senza tentare una preventiva conciliazione delle parti (v. art. 185-*bis* c.p.c.).

Sebbene sia lecito attendersi che, in concreto, lo svolgimento dell'azione conciliativa non debba presentare differenze sostanziali quando sia affidata ad un giudice piuttosto che ad mediatore privato, dovendo entrambi sforzarsi di mantenere lo stesso livello qualitativo¹, nonché rispettare i medesimi principi di riservatezza² e deontologia³, è indubbio che alcuni fattori possono oggettivamente depotenziare l'efficacia dell'azione del primo, così come, al contrario, rappresentarne un punto di forza.

Sotto il primo profilo, invero, accade di frequente che le parti coinvolte in una lite giudiziale appaiano stranamente incapaci di valutare correttamente la propria posizione negoziale, preferendo procedere ostinatamente nel percorso processuale a dispetto di ogni alternativa. Tale comportamento, in genere, è sintomo di una ben conosciuta trappola cognitiva, nota come *overconfidence*, ovvero un irrazionale ecces-

¹ Secondo l'*American Arbitration Association*, le "qualità" indispensabili del mediatore, codificate ancora nel 2003, sarebbero le seguenti: 1) l'impegno a essere imparziali e obiettivi; 2) la capacità personale di gestire una controversia; 3) il temperamento giudizioso, basato su imparzialità, pazienza e cortesia; 4) il rispetto della comunità forense o imprenditoriale per la propria integrità, pazienza, cortesia; 5) un forte retroterra accademico e professionale o credenziali imprenditoriali.

² Merita ricordare che il dovere di riservatezza imposto al mediatore "privato" dal d.lgs. n. 28/2010 e d.m. n. 180/2010, trova la sua corrispondenza nell'art. 97 disp. att. c.p.c., laddove è statuito che il giudice non può ricevere private informazioni sulle cause pendenti davanti a sé.

³ Il codice deontologico elaborato dalla *American Bar Association*, ad esempio, impone agli avvocati-mediatori il rispetto dei seguenti obblighi: 1) obbligo di imparzialità; 2) obbligo di rinuncia al mandato in caso di dubbio sulla propria immagine di imparzialità; 3) attenzione a ricevere regali, favori o prestiti che potrebbero mettere in dubbio la propria imparzialità; 4) obbligo di evitare ogni potenziale conflitto di interessi indipendentemente da espressa volontà delle parti; 5) obbligo di garantire la riservatezza di tutte le informazioni, salvo esclusioni di legge o delle parti; 6) obbligo di informare chiaramente le parti circa le tutele e le regole di segretezza.

so di fiducia circa gli esiti attesi di un giudizio. In tali circostanze, infatti, le persone coinvolte in un processo tendono a sovrastimare le proprie capacità previsionali sull'andamento del giudizio, illudendosi di poter mantenere il controllo della situazione a dispetto di ogni altra evidenza. Si tratta, in sostanza, di un pregiudizio ben radicato, in ragione del quale la fiducia soggettiva circa l'attendibilità delle proprie valutazioni è ingiustificatamente più alta del dovuto e, anzi, tende ad aumentare di pari passo con la quantità di denaro investito dallo stesso soggetto per dare seguito alle scelte già compiute.

In queste condizioni, l'intervento conciliativo del giudice può risultare oggettivamente inefficace, sia perché posto in essere proprio da colui in capo al quale le parti ripongono ogni loro aspettativa "giustizialista", sia perché nel computo degli investimenti già sostenuti da quest'ultime finiranno inevitabilmente per essere considerate anche le spese legali già sostenute per dare avvio, o comunque partecipare, al procedimento giudiziario.

Oltre al fenomeno dell'*overconfidence*, un ulteriore limite all'azione del giudice-conciliatore è certamente rinvenibile nella naturale reticenza delle parti a fornire informazioni personali e confidenziali; reticenza che, in sede di giudizio, tende comprensibilmente a rafforzarsi a dispetto di ogni velleità del legislatore di imporre tentativi endo-processuali di conciliazione.

Del resto, il solo fatto di sapere che il proprio mediatore, in caso di fallimento delle trattative, sarà chiamato a giudicare la stessa questione di cui è causa non agevola di sicuro l'instaurazione di un clima di fiducia tra le parti, così come non ne favorisce la sincerità. Questa logica riluttanza, tuttavia, oltre a rendere difficile un'adeguata esplorazione degli interessi e delle relazioni personali, può ostacolare il mediatore anche nello sviluppo delle opzioni e delle alternative negoziali, limitando, di per sé, anche il ventaglio delle possibili proposte conciliative.

Considerando, poi, che un eventuale accordo andrebbe comunque riversato in un verbale di conciliazione giudiziale che, per sua natura, dovrebbe risultare più orientato alla chiusura del contenzioso in atto,

che alla formulazione di nuove soluzioni alternative, è evidente quali e quanti condizionamenti possa subire l'azione del giudice-mediatore⁴.

Tanto detto, vanno comunque considerati anche i vantaggi derivanti dalla sovrapposizione dei succitati ruoli.

Da questo punto di vista, ad esempio, il solo fatto di poter contare sul confronto diretto con le parti, di cui può addirittura essere “ordinata” la comparizione personale, costituisce un non trascurabile fattore di potenziale successo per il negoziatore giudiziale, al pari della possibilità di far valere, nei confronti dei propri interlocutori, l'autorevolezza e la terzietà derivanti dall'essere soggetto investito di pubblici poteri.

La stessa consapevolezza di trovarsi di fronte ad un giudice può indurre le parti ad essere più ragionevoli, sia nel superamento delle proprie pretese iniziali che nella valutazione di eventuali proposte conciliative, senza timore di perdere la faccia a fronte di eventuali *revirements* negoziali.

Dal punto di vista della tecnica mediativa, sebbene possa ritenersi quasi scontato che l'azione del giudice-conciliatore sia stata intesa dal legislatore come naturalmente improntata ad un approccio “direttivo” (tant'è che lo strumento della proposta conciliativa è stato rafforzato proprio nel 2013 con l'inserimento, da parte del c.d. decreto “Del fare”, dell'art. 185-*bis* nel codice di procedura civile), non di rado è possibile assistere a tentativi di conciliazione giudiziale dove, in modo del tutto apprezzabile, si fa ampio ricorso a strategie negoziali più sofisticate, in qualche caso adottando anche innovative forme di sinergia con l'istituto della mediazione di cui al d.lgs. n. 28/2010.

Non va dimenticato, infatti, che lo stesso art. 5, co. 2 d.lgs. n. 28/2010, prevede che “il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può disporre l'esperimento del procedimento di mediazione”, affi-

⁴ La dottrina, trattando dell'art. 185 c.p.c. – v. P. CENDON (a cura di), *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 2012 – definisce il verbale di conciliazione giudiziale come *compromissum ad finiendas lites*, che pur potendo contenere una transazione, una rinunzia, un riconoscimento o qualunque altro negozio, mantiene la caratteristica predominante di strumento deflattivo del contenzioso, con funzione “ancillare” rispetto allo strumento giurisdizionale tipico di definizione della controversia, ovvero della sentenza.

dando così la conduzione del negoziato ad un mediatore “privato”, che possa risultare meno vincolato dalla struttura processuale della conciliazione giudiziale e, quindi, più libero di sfruttare appieno l’informalità e la flessibilità della mediazione.

Al riguardo, va segnalata un’interessante iniziativa di alcuni giudici, i quali, nel rinviare le parti in mediazione ai sensi del summenzionato articolo del d.lgs. n. 28/2010, hanno inteso rafforzare la “spinta” verso questo istituto formulando, contestualmente, una proposta transattiva ai sensi dell’art. 185-*bis* c.p.c.

In questo modo, alle parti viene sostanzialmente suggerito di valutare con maggiore attenzione l’opportunità loro concessa di partecipare alla procedura di mediazione delegata, dovendo, altrimenti, assumere comunque una ben definita posizione processuale rispetto alla soluzione già indicata dal giudice⁵.

Si tratta, a ben vedere, di un modo piuttosto efficace di contrastare quel fenomeno dell’*overconfidence* di cui prima abbiamo trattato, attraverso la prospettazione di una ben precisa realtà processuale che, evidentemente, potrà risultare ben diversa da quella immaginata dai litiganti.

4. Conclusioni

Quale che sia il parere che gli operatori del diritto possono avere riguardo alla mediazione giudiziale, resta comunque il fatto che spetterà ai singoli giudicanti fare in modo che l’eventuale accordo raggiunto dalle parti risulti realmente fondato su un libero convincimento degli interessati e non già sulla rassegnata accettazione di una transazione imposta dall’alto.

Volendo suggerire alcuni spunti per un più corretto e fruttuoso approccio con le parti anche in sede di mediazione giudiziale, si potrebbe ricordare che un buon mediatore, pubblico o privato che sia, dovrebbe sempre tenere presente i reali interessi dei litiganti, quand’anche tali

⁵ Provvedimenti di tal genere sono stati emessi, ad esempio, dal dott. V. Paolo de Palma, giudice togato del Trib. Foggia, nonché dal dott. M. Saga, giudice togato presso il Trib. Venezia, da ultimo con ordinanza del 07.02.2019.

interessi possano avere poca o nessuna rilevanza dal punto di vista del diritto; inoltre, dovrebbe essere sempre sollecitata la partecipazione diretta di tutti i soggetti coinvolti nel contenzioso, legali inclusi, al fine di favorire una discussione franca e onesta tra le parti.

In questo modo, le eventuali debolezze – giuridiche e non – delle reciproche pretese potranno emergere in modo spontaneo nell’ambito del loro confronto, senza che debba essere il terzo neutrale a doversi esporre esprimendo un proprio parere, seppure sotto forma di proposta.

Con riguardo a quest’ultima ipotesi, peraltro, va rammentato che il mediatore deve sempre agire in modo da “proteggere”, per l’appunto, la neutralità del proprio ruolo, omettendo di esplicitare opinioni non richieste, o comunque non necessarie, rispetto alla sostanza della soluzione prospettata.

In conclusione, sebbene si debba ammettere che in certi casi è inevitabile che si realizzi una sovrapposizione tra il ruolo del giudice e quello del mediatore, nel momento in cui ciò accade è necessario che il giudicante tenga ben presente le diverse e specifiche competenze richieste dalla funzione conciliativa, evitando di agire sfruttando il solo potere “persuasivo” della propria autorità per far accettare il suo giudizio equitativo.

Che la distinzione tra processo e mediazione debba rimanere ben chiara, del resto, è nell’interesse dell’intero ordinamento, in quanto garanzia della massima efficacia dei diversi strumenti di risoluzione delle controversie. Di ciò, pur con qualche eccesso, ne era ben consapevole anche l’imperatore cinese Kangxi, della dinastia Qing, vissuto tra il 1661 e il 1722 d.C., allorché scrisse che:

Le controversie giudiziarie tenderebbero a moltiplicarsi smisuratamente se il popolo non avesse timore dei tribunali e confidasse di trovare in essi una rapida e perfetta giustizia... pertanto io desidero che coloro che si rivolgono ai tribunali siano trattati senza pietà e in tal modo che essi sentano un’avversione verso la legge e tremino al pensiero di comparire dinanzi ad un magistrato. In tal modo, il male sarà tagliato alle radici, i buoni cittadini che abbiano tra loro delle controversie le comporranno come fratelli, ricorrendo al consiglio di un uomo anziano o del capo del villaggio. Per quanto riguarda i turbolenti, gli ostinati e i litigiosi, lasciate che si rovinino nei tribunali: questa è la giustizia che meritano.

LA MEDIAZIONE IN AUSTRIA, GERMANIA E ITALIA: UN CONFRONTO

*Thomas Pichler**

SOMMARIO: 1. Alcuni cenni storici. 2. La dimensione europea. 2.1. L'intervento della Comunità Europea. 2.2. Le iniziative non istituzionali. 3. L'esperienza tedesca. 4. L'esperienza austriaca. 5. L'esperienza italiana.

1. Alcuni cenni storici

La storia della mediazione ci porta nel lontano 594 a.C. quando ad Atene l'uomo di Stato Solone viene eletto quale *Archon*, conciliatore e mediatore (*Dialektes*). Base del suo lavoro per risolvere i conflitti sono l'isonomia (uguale diritto per tutti), l'eunomia (buon governo) e la *dike* (equità)¹.

È però nel dopoguerra che la mediazione è stata “riscoperta”, precisamente negli anni '60 negli Stati Uniti, dove venne applicata in ben quattro settori: nel diritto di famiglia, avendo O.J. Coogler come “iniziatore”; nelle controversie tra sindacati e datori di lavoro; nelle relazioni comunali (come richiesta dei movimenti per i diritti civili per rispondere alle discriminazioni razziali nei comuni o nel vicinato, dovute al colore della pelle o alla provenienza etnica); in seno alle decisioni di carattere pubblico o laddove venivano utilizzati fondi pubblici. Batti-

* Avvocato in Bolzano e mediatore accreditato presso l'Organismo di Mediazione Forense di Bolzano/*Mediationsstelle der Rechtsanwaltskammer Bozen* e l'Organismo di Mediazione della Camera di Commercio di Bolzano/*Mediationsstelle der Handelskammer Bozen*.

¹ A. V. HERTEL *et al.*, *Zeittafel zur Geschichte der Mediation*, reperibile in www.mediation-dach.com/fileadmin/pdf/historisches.pdf.

strada fu comunque la mediazione familiare che aveva il fine di mediare le controversie in sede di separazione e divorzio².

Passeranno ancora alcuni anni prima che l'idea della mediazione sia trasferita dagli Stati Uniti all'Europa. Il primo Stato europeo in cui si sviluppò la mediazione familiare fu l'Inghilterra, che in quanto ordinamento di *common law* facilmente recepì e sviluppò la tecnica della mediazione³.

Nella prima metà degli anni '70 la *County Court* di Bristol propose alle coppie in crisi il c.d. *conciliation appointment*: le coppie erano invitate a un incontro preliminare con un ausiliario della corte al fine di tentare il raggiungimento di un accordo⁴. Nel 1978, su iniziativa volontaria, venne istituito a Bristol il primo *family conciliation service*, cui nel 1981 seguì il *National Family Conciliation Council* (NFCC) con più di 20 punti di riferimento. Il NFCC cambiò nel 1992 la propria denominazione in *National Association of Family Mediation Conciliation Service*⁵.

Negli anni successivi seguirono in quasi tutti gli Stati europei iniziative in tema di mediazione familiare, mediazione civile e commerciale e mediazione nell'ambito del diritto del lavoro. Il legislatore, come spesso accade, arrivò più tardi: solo nel nuovo millennio la Comunità Europea sollecitava con la Direttiva 2008/52/CE i singoli Stati membri a legiferare in materia di mediazione.

2. La dimensione europea

Allorché si volga lo sguardo alla dimensione europea bisogna innanzitutto distinguere tra iniziative "private" che in essa sono state adottate (come ad esempio la stesura della Carta europea sulla forma-

² J.M. HAYNES *et al.*, *Scheidung ohne Verlierer*, reperibile in www.psychologie.uni-heidelberg.de/ae/klips/attach/ScheidungOhneVerlierer2014.pdf.

³ M. MARZARIO, *La mediazione familiare in Europa*, in www.filodiritto.com/diritto/privato/civile/mediazioneineuropamarzario.it.

⁴ L. MANNARI, *Le promesse della mediazione nella tutela della famiglia*, 2014, 143.

⁵ G.R. BECKETT *et al.*, *Community and neighbour mediation*, London-Sydney, 1998, *passim*.

zione dei mediatori familiari) dall'attività della Comunità Europea come organismo.

2.1. L'intervento della Comunità Europea

Prima che la Comunità Europea emanasse la Direttiva n. 52 del 2008 erano già intervenute due Raccomandazioni della Commissione CE in materia di metodi alternativi di risoluzione delle liti consumeristiche, adottate a seguito di un Libro Verde del 1993 a riguardo, e cioè la n. 98/2057/CE e la n. 01/310/CE, che segnavano la differenza fra mezzi eteronomi e autonomi delle liti, limitando il proprio spazio applicativo alla conciliazione come mezzo "consensuale" della soluzione delle liti ed eliminando così il rispetto del diritto al contraddittorio⁶.

Successivamente, nella prima metà del 2002 l'Unione europea pubblicava un nuovo Libro Verde, dedicato questa volta ai metodi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale. Sulla scia del Piano d'Azione di Vienna e delle Conclusioni del Consiglio Europeo di Tampere, il Consiglio dei Ministri della Giustizia e Affari interni dell'UE aveva invitato la Commissione a presentare un Libro Verde relativo ai metodi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale diversi dall'arbitrato, per fare il punto sulla situazione e per lanciare un'ampia consultazione ai fini della preparazione delle misure concrete da adottare per garantire che le istanze extragiudiziali assicurino un alto livello di sicurezza.

Secondo la Commissione dell'Unione europea queste nuove forme dovevano intendersi come una "forma di pacificazione sociale più consensuale e in molti casi più appropriata del ricorso al giudice o ad un arbitro" e non come "modo per rimediare alle difficoltà di funzionamento del sistema giudiziario"⁷.

⁶ Sul punto v. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 653.

⁷ Così la Commissione dell'Unione europea in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=URISERV:133189>.

Spiega la Commissione:

I modi alternativi di risoluzione delle controversie come ad esempio la mediazione consentono in effetti alle parti di riacciare il dialogo per trovare una soluzione al loro conflitto anziché rinchiudersi in una logica di scontro da cui di solito escono uno vincitore e uno vinto. L'importanza della domanda di tale soluzione è molto visibile ad esempio in materia di conflitti familiari ma la sua potenziale utilità è molto vasta per molti altri tipi di controversie⁸.

Per altro verso, il 2 luglio 2004 veniva approvato dalla Commissione dell'Unione europea il Codice europeo di condotta per mediatori. Senza pregiudicare le normative nazionali, il codice indica i principi ai quali i singoli mediatori possono aderire sotto la propria responsabilità.

Il mediatore è definito come soggetto competente ed esperto in tecniche di conciliazione, che deve mantenere costantemente aggiornata la sua formazione (art. 1). Il mediatore deve essere indipendente, imparziale, deve agire in ugual rispetto nei confronti delle parti (art. 2), deve essere corretto e deve valutare se la sua formazione gli permetta di eseguire l'incarico.

Il Codice di condotta non limita la sua attenzione ai requisiti del mediatore, ma disciplina aspetti rilevanti della procedura di mediazione, creando così un insieme di regole chiare che delineano compiutamente obiettivi e funzioni del procedimento. I principi della libertà delle parti a partecipare al procedimento e della riservatezza chiudono il cerchio.

Sei anni dopo la pubblicazione del succitato Libro Verde del 2002, il Parlamento e il Consiglio dell'Unione europea emanano la Direttiva 2008/52/CE del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale.

Nella Direttiva si premette al considerando n. 8 che

le disposizioni della presente direttiva dovrebbero applicarsi soltanto alla mediazione nelle controversie transfrontaliere ma nulla dovrebbe vietare agli Stati membri di applicare tali disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni.

⁸ Ancora in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=URISERV:I33189>.

Al considerando n. 10 si limita l'applicazione della Direttiva alla materia civile e commerciale, escludendo i diritti e obblighi su cui le parti non hanno la facoltà di decidere da sole in base alla pertinente legge applicabile. Tali diritti e obblighi sono particolarmente frequenti in materia di diritto di famiglia e del lavoro.

Di conseguenza, si definisce all'art. 1 l'obiettivo della Direttiva nella

facilitazione all'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e alla promozione della composizione amichevole delle medesime, incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario

stabilendo che il campo di applicazione della Direttiva sia da ricercarsi nelle controversie transfrontaliere in materia civile e commerciale tranne per i diritti e gli obblighi non riconosciuti alle parti dalla pertinente legge applicabile. Vengono escluse dal campo applicativo le materie fiscali, doganali e amministrative. Di particolare rilievo è l'art. 4 che incoraggia gli Stati membri, in qualsiasi modo da essi ritenuto appropriato, all'elaborazione di codici volontari di condotta da parte dei mediatori e delle organizzazioni che forniscono servizi di mediazione, nonché a favorire l'ottemperanza ai medesimi, così come l'adozione di qualunque altro efficace meccanismo di controllo della qualità riguardante la fornitura di servizi di mediazione.

Al 2° comma dell'art. 4 cit. si stabilisce che gli Stati membri incoraggiano la formazione iniziale e successiva dei mediatori allo scopo di garantire che la mediazione sia gestita in maniera efficace, imparziale e competente riguardo alle parti.

2.2. Le iniziative non istituzionali

Varie organizzazioni e associazioni si sono interessate della mediazione particolarmente per quanto attiene al campo familiare cercando di uniformare i loro principi direttivi e di rendere omogenea la formazione dei mediatori familiari.

In occasione del primo Congresso europeo sulla mediazione familiare, tenutosi a Caen dal 29 novembre al 1° dicembre del 1999 e organizzato congiuntamente dalla APMF (*Association pour la promotion de la*

Médiation Familiale) e dall'Associazione Amici di Giovanni Bosco è emersa la necessità di una riflessione sulla formazione dei mediatori.

La Commissione, che infine elaborò la Carta europea sulla formazione dei mediatori familiari nelle situazioni di separazione e divorzio, si riunì per sei volte, da settembre 1991 a giugno 1992, a Parigi nei locali della DASES (Comune di Parigi). Per l'Italia partecipò l'Associazione GEA (Genitori Ancora di Milano). Sei anni dopo, il 5 dicembre 1998, fu approvato a Parigi il Codice deontologico del mediatore in mediazione familiare in materia di divorzio e di separazione.

Quali sono le attitudini, le conoscenze e le competenze richieste dalla Carta europea dal mediatore?

Al mediatore è richiesta la capacità di prendere le distanze dalle situazioni in cui interviene: egli deve avere la capacità di non lasciarsi coinvolgere dalle difficoltà e dalle emozioni dei protagonisti. Questo presuppone che il mediatore abbia svolto un lavoro personale concernente la conoscenza di sé stesso.

Questo presupposto rispecchia il principio espresso da G. Friedman che, durante un'intervista, alla domanda: "come pensi che un mediatore possa prepararsi costantemente per il suo lavoro?", ha risposto:

La cosa più importante come mediatore è comprendere te stesso ed essere capace di accedere a ciò che sta avvenendo dentro di te quando sei in presenza di persone in conflitto e a essere capace di usarlo per disegnare un percorso per gli altri [...]. La qualità centrale di un mediatore è essere capace di sospendere le reazioni interne che abbiamo per le persone, utilizzarle per comprendere la loro natura, comprendere noi stessi [...] ed essere in grado di girare tutto questo in modo da trovarsi più vicini alle persone che non ci piacciono [...]. Non si tratta di vedere chi dei due abbia il diritto di stare su questo pianeta e chi no. Si tratta di divenire curiosi relativamente all'altro, comprenderlo veramente, comprendere chi è e perché fa quello che fa. Questo è la sfida veramente centrale per i mediatori⁹.

⁹ C. MORA, *Intervista a Gary Friedman*, reperibile in <http://blogconciliazione.com/2012/01/intervista-a-gary-friedman>.

3. *L'esperienza tedesca*

Agli inizi degli anni '80 la mediazione si è sviluppata nei vari *Bundesländer* della Repubblica federale tedesca.

Vari mediatori guardarono Oltreoceano: si recarono negli Stati Uniti e, ivi formati, tornarono invitando G. Friedman, J. Himmelstein, J. Haynes, F. Caslow, S. Cohan e altri a tenere corsi di formazione in Germania.

Da quelle esperienze si sono sviluppati, sino all'entrata in vigore della legge sulla mediazione del 26 luglio 2012, diversi modelli di mediazione, tra cui vari in seno all'organo giudicante.

Il primo di questi è il modello del *Güterichter*.

Nel 2002 il *Bundesland* della Bassa Sassonia avviò la sperimentazione di una mediazione endoprocessuale, la c.d. *Gerichtsnaher Mediation*. I Tribunali hanno, cioè, offerto la mediazione quale metodo alternativo per la risoluzione dei conflitti pendenti. Esperienze analoghe si fecero a Essen (2004) e Ostwestfalen (2005).

Punto di partenza di questa mediazione svolta all'interno dell'organo giudicante è la riforma del § 278, cpv. 2 ZPO del 2002 che ha previsto un tentativo di conciliazione precedente la prima udienza. Secondo la disposizione normativa ogni giudice deve aiutare le parti a trovare un accordo conciliativo, utilizzando tutti i metodi di risoluzione del conflitto tra cui anche la mediazione.

Secondo la normativa tedesca il giudice può inviare le parti davanti a un giudice conciliatore denominato *Güterichter*, il quale non è chiamato a decidere la controversia ma a servirsi di tutti i metodi di risoluzione alternativa del conflitto, tra cui anche la mediazione, per aiutare le parti nella composizione della controversia.

Il giudice sospende il procedimento e manda le parti davanti a questo giudice conciliatore. Ove le parti non dovessero trovare un accordo in sede di tentativo di composizione del conflitto, il procedimento torna al giudice ordinario che dovrà poi decidere la controversia¹⁰.

¹⁰ V. *Information zum Güterichterverfahren*, reperibile in www.jva-rottenburg.de/pb/site/jum/get/documents/jum1/JuM/Landgericht%20Karlsruhe/LG_KA_Informationen_G%C3%BCterichterverfahren_2014.pdf, pag. 4.

La figura del *Güterichter* è stata mantenuta anche nella legge sulla mediazione. Il legislatore, a causa della forte opposizione dei vari organismi di mediazione, ha evitato di definire il *Güterichter* come mediatore, visto che egli opera all'interno dell'organo giudiziario ed è da esso dipendente.

Nel 2012 la Germania ha recepito la direttiva 2008/52/CE adottando il *Mediationsgesetz* del 27 luglio 2012¹¹, nel contesto più ampio della legge sui metodi alternativi di risoluzione della controversia, tra cui la mediazione si pone, il *Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung*, modificato dal § 135 della regolamento del 31 agosto 2015¹².

La legge del 2012 descrive le caratteristiche di base della mediazione e definisce il c.d. mediatore certificato. Al § 2 sono definiti i principi della libertà delle parti (comma 2), dell'imparzialità del mediatore (comma 3), della possibilità di terminare in ogni momento il procedimento (comma 5) e della correttezza e professionalità del mediatore nel comportamento nei confronti delle parti.

Il § 3 prevede espressamente che il mediatore deve informare le parti di tutte le circostanze che possano influire sulla sua indipendenza e sulla sua neutralità. Stabilisce che non possa essere mediatore della lite il soggetto che prima del procedimento di mediazione avesse avuto un rapporto professionale con una delle parti in conflitto e che anche durante e dopo la mediazione egli non possa ricevere un incarico da una delle parti.

Il § 5 regola la formazione del mediatore e definisce il mediatore certificato. Secondo la previsione normativa il mediatore ordinario detto anche "comune" deve garantire, sotto la propria responsabilità, di essere formato sia a livello teorico che pratico, nonché su una serie di contenuti dettagliatamente prescritti.

Con le norme di attuazione del 21 agosto 2016 il legislatore ha definito i criteri di formazione per il mediatore certificato, fissando nel numero di 120 le ore necessarie per conseguire il titolo di mediatore certificato, distinguendo quindi rigorosamente questa figura dal mediatore

¹¹ Pubblicato in BGBl I, 1577.

¹² Pubblicato in BGBl I, 1474.

“comune”, che deve soltanto garantire l’adeguatezza della sua formazione sotto la propria responsabilità.

La legge è stata ampiamente criticata dal BAFM, la *Bundesarbeitsgemeinschaft Familienmediation* (Associazione Nazionale Mediazione Familiare), perché non rispecchia i criteri di formazione dell’Associazione e nemmeno i criteri fissati dalla Carta europea sulla formazione dei mediatori familiari.

Merita infine particolare attenzione il c.d. modello Cochem, nato da una prassi iniziata nel 1993 dal giudice familiare J. Rudolph presso il Tribunale di Cochem, piccola cittadina situata sul Mosella.

Rudolph sviluppò un “catalogo del fare” che prevede una cooperazione obbligatoria di tutti i partecipanti alla procedura con le istituzioni affini e necessarie. Le linee guida di questo modello di Cochem sono le seguenti:

- termini di comparizione delle parti davanti al giudice molto brevi;
- cooperazione multiprofessionale tra tutte le persone coinvolte;
- consulenze finalizzate a trovare una soluzione;
- udienza con le parti e solo verbale;
- obbligo degli avvocati di collaborare e di intervenire attivamente nella riduzione del conflitto;
- coinvolgimento dei servizi sociali e di tutti gli organismi di consulenza;
- promozione della mediazione.

In caso di ricorso, i legali sono tenuti a esporre solo le informazioni essenziali, evitando ogni polemica. Il ricorso viene inoltrato da parte dell’organo giudicante al servizio minorile e i genitori vengono invitati a tentare di raggiungere con l’assistenza del servizio un accordo stragiudiziale. In caso di fallimento il giudice fissa entro 14 giorni l’udienza davanti a sé, invitando a tale udienza anche il responsabile del servizio minorile che partecipa all’udienza che si tiene solo oralmente. Ove non si dovesse raggiungere un accordo in riferimento ai figli, il giudice invita i genitori a rivolgersi al servizio di consulenza del consultorio minorile; in caso di fallimento, le parti vengono rimandate davanti al giudice che tenta di raggiungere nuovamente un accordo in un’udienza appositamente fissata e come ultima *ratio* il giudice nomina un perito che è tenuto a elaborare con i genitori delle soluzioni.

Questo modello è stato applicato anche in altri tribunali e ha trovato il suo limite nel numero dei ricorsi attribuiti al giudice nelle grandi città.

4. *L'esperienza austriaca*

Lo sviluppo della mediazione in Austria è parallelo allo sviluppo in Germania. Infatti i maestri statunitensi che formarono i mediatori tedeschi, come G. Friedman, J. Himmelstein e J. Haynes, formarono anche mediatori provenienti dall'Austria.

Come in Germania il filo conduttore che ha portato gli operatori alla ricerca di nuovi metodi per conciliare le liti sono stati il bene e l'interesse dei figli. Trovare nuove vie per regolare con la mediazione familiare i turni di cura e di responsabilità sui figli è stato l'obiettivo che ha portato all'emersione di queste nuove tematiche.

Già nel 2003 (ancor prima della Direttiva 2008/53/CE) la Repubblica federale austriaca legiferava in materia di mediazione promulgando la legge n. 29 del 6 giugno 2003 in materia di mediazione in ambito civile, il c.d. 29. *Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen (ZivMediatG)*.

La legge definisce la mediazione (§ 1), istituisce una commissione presso il Ministero di Giustizia sulla mediazione (§ 4), prevede un albo di mediatori tenuto dal Ministero di Giustizia (§ 8) nel quale possono essere iscritti i mediatori che rispettano i criteri di formazione definiti ai paragrafi 10 e 29.

La legge 29 cit. statuisce che il mediatore iscritto nell'albo può denominarsi *Eingetragener Mediator* (mediatore iscritto), prevedendo l'obbligo per il mediatore di esternare questa qualifica quando esercita la professione di mediatore.

Oltre a prevedere le caratteristiche fondamentali che devono qualificare il mediatore (riservatezza, neutralità e così via), la legge obbliga i mediatori iscritti all'albo a stipulare una polizza assicurativa professionale per l'importo massimale di € 400.000,00.

Importante è altresì il dettato del § 20, secondo il quale ogni mediatore è obbligato alla formazione, dovendo attestare la frequenza ogni 5 anni di 50 ore di formazione.

Chi si avvale di un mediatore iscritto usufruisce dell'interruzione della prescrizione del diritto fatto valere in sede di mediazione (§ 22).

Per garantire la qualità della formazione, la legge prevede che il Ministero di Giustizia tenga un albo di tutti gli organismi che possono garantire una formazione qualificata, la quale consente al mediatore la presentazione della domanda di iscrizione nell'albo tenuto del Ministero (§§ 23 ss.).

Come accennato, il § 20 definisce il contenuto della formazione del mediatore, con un minimo di 200 fino a un massimo di 300 ore per la parte teorica e con un minimo di 100 fino a un massimo di 200 ore per la parte pratica. La legge prescrive altresì quali materie devono essere trattate durante la formazione.

Il decreto ministeriale n. 47 del 22 gennaio 2004 del Ministero di Giustizia definisce in particolare il contenuto della formazione.

Quanto all'obbligatorietà della mediazione, solo in alcuni casi la legislazione austriaca prevede il ricorso obbligatorio alla mediazione.

Così ad esempio il § 2 della legge sul vicinato del 2003 (*Nachbarrechtsänderungsgesetz*) obbliga i vicini, a un tentativo di conciliazione prima di instaurare un procedimento davanti all'organo giudiziario, rivolgendosi a un conciliatore oppure, se il vicino è d'accordo, a un mediatore che dev'essere iscritto nell'albo tenuto presso il Ministero. Solo dietro attestazione che la conciliazione, ossia la mediazione, è fallita, può essere instaurato un procedimento davanti all'organo giurisdizionale.

La legge n. 82 del 2005 sulla parificazione di persone con disabilità (*Bundesgesetz über die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen*) prevede al § 15 l'obbligo di rivolgersi a un conciliatore oppure a un mediatore (che dev'essere iscritto all'albo tenuto dal Ministero) nel caso di liti insorte perché un soggetto disabile non si ritiene essere stato trattato secondo quanto previsto dalla legge.

Nel settore delle scuole professionali, la legge n. 82 del 2008 prevede la mediazione in caso di risoluzione straordinaria di un apprendista.

Anche nel ramo penale la mediazione è prevista dalla legislazione austriaca.

Una particolare attenzione merita, poi, nel ramo della mediazione familiare il *Familienlastenausgleichsgesetz* del 1967, la legge sulla perequazione degli oneri in ambito familiare, modificata dal legislatore con la legge n. 136 del 1999, introducendo il § 39C, che prevede la possibilità per il Ministero per l'Ambiente, la Gioventù e la Famiglia di introdurre la mediazione in ambito di separazione e divorzio. Statuisce altresì al comma 2 che la mediazione dev'essere svolta da persone qualificate.

Nel gennaio 2011 il Ministero per l'Ambiente, la Gioventù e la Famiglia ha emanato talune direttive. Il modello prevede che la mediazione venga svolta in forma di co-mediazione e cioè da una mediatrice e un mediatore, di cui uno con formazione psico-pedagogica e l'altro con formazione giuridica.

I mediatori devono essere formati secondo la previsione normativa fissata dalla citata legge sulla mediazione, e devono essere iscritti ad Associazioni riconosciute dal Ministero.

Attualmente il Ministero sostiene cinque Associazioni, i cui iscritti sono formati in mediazione familiare. I mediandi sono tenuti a scegliere una coppia di mediatori elencati nella lista del Ministero, sapendo fin dall'inizio che il costo per ogni ora di mediazione è fissato dal Ministero in € 220,00.

In base al reddito familiare che dev'essere attestato nella prima seduta dal mediatore e in base al numero dei figli che gravano sul bilancio familiare, il Ministero garantisce un sussidio. La franchigia è pagata dai mediandi ai mediatori, i quali ricevono la differenza dal Ministero tramite la loro Associazione.

Oltre alla formazione come statuita e prevista nella legge di mediazione, il mediatore deve attestare una pratica quinquennale nell'ambito familiare, deve aver stipulato una polizza assicurativa professionale con un massimale di € 400.000,00 e deve, entro cinque anni, attestare una formazione di 50 ore. Anche queste direttive richiedono dai mediatori le qualifiche statuite nel 1992 dalla Carta europea sulla formazione dei mediatori familiari, tra cui per esempio che il mediatore non può aver svolto né prima né durante la mediazione attività professionale a favore

di uno dei mediandi, in particolare se il mediatore lavora nell'ambito terapeutico. Il sussidio è limitato a dodici ore di mediazione.

5. L'esperienza italiana

Il sovraffollamento della giustizia, i tempi lunghi dei processi civili, gli elevati costi del mondo della giustizia sono stati i "motori" dell'intervento del legislatore italiano sul processo civile contenuto nella legge n. 69 del 2009.

Nonostante gli interventi normativi europei avessero espressamente sottolineato che la mediazione non debba essere vista come mezzo per "alleggerire" il carico di lavoro dei palazzi di giustizia, si legge nella relazione della Camera dei Deputati al d.lgs. n. 28 del 2010 che la finalità perseguita era, da un lato, la semplificazione e la riduzione dei tempi dei giudizi civili e, dall'altro, la disincentivazione del ricorso alla giustizia civile attraverso la previsione di modelli extragiudiziali di composizione delle liti.

L'art. 60 della citata legge n. 69 del 2009 delegava di conseguenza il Governo a disciplinare la mediazione e la conciliazione nelle controversie civili e commerciali. Il Governo ha provveduto con il d.lgs. del 4 marzo 2010, n. 28, entrato in vigore il 20 marzo 2011 e per determinate categorie di controversie il 20 marzo 2012.

Nell'intento di disincentivare il ricorso alla giustizia il legislatore ha previsto all'art 5, co. 1 d.lgs. cit. il tentativo di mediazione come condizione di procedibilità della domanda giudiziale per le materie ivi indicate. La Corte costituzionale con la sua sentenza n. 272 del 2012 dichiarò l'incostituzionalità del 1° comma dell'art. 5. La Corte sottolineava che la legge-delega al Governo nasceva con un evidente richiamo al previgente modello della conciliazione societaria su base facoltativa e che tale circostanza avvalorava l'ipotesi che il legislatore delegante avesse in mente anche per la mediazione civile un analogo carattere facoltativo. Si legge nella sentenza che l'art. 60 della legge-delega n. 69 del 2009 prevedeva per gli avvocati l'obbligo di informare i propri clienti in merito alla mediazione, cioè parlava di "informare l'assistito

della possibilità di avvalersi dell'istituto della conciliazione" e non di un obbligo di mediazione.

Con la legge n. 98 del 9 agosto 2013 (legge di conversione del decreto-legge del 21 giugno 2013, n. 69) è stato modificato il 1° comma dell'art. 8 del d.lgs. n. 28 del 2010, prevedendo l'obbligatorietà di un primo incontro informativo durante il quale

il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione e invita poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla disponibilità di iniziare la procedura di mediazione e nel caso positivo procede con lo svolgimento.

All'art. 1 d.lgs. cit. il legislatore definisce la mediazione come attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa. Il mediatore è definito come la persona o le persone fisiche che individualmente o collegialmente svolgono la mediazione rimanendo prive in ogni caso del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo.

La normativa si differenzia altresì dalle previsioni legislative tedesca e austriaca, prevedendo che l'attività di mediazione sia affidata a organismi di conciliazione iscritti in un registro tenuto dal Ministero della Giustizia, demandando al d.m. 180 del 2010 (novellato dal d.m. 145 del 2011) la disciplina della formazione del registro, delle modalità di iscrizione, della sua articolazione in sezioni, dei requisiti di professionalità ed efficienza degli enti di mediazione come dei mediatori – persone fisiche. Nonostante il legislatore avesse previsto "un'alta professionalità delle persone fisiche" ha ritenuto che quest'alta professionalità si acquisisca con sole 54 ore di formazione.

L'oggetto della mediazione è stato circoscritto alle controversie civili e commerciali che abbiano per oggetto diritti disponibili delle parti. Se prima la mediazione era obbligatoria e condizione di procedibilità, ora riveste carattere obbligatorio e quindi condizione di procedibilità della domanda giudiziaria è solo il primo incontro informativo.

Secondo la relazione della Camera dei Deputati, il Governo, nella scelta delle controversie di cui all'art. 5, c. 1 *bis* d.lgs. n. 28 del 2010, si è attenuto ai seguenti criteri:

- rapporti destinati a prolungarsi nel tempo o in cui sono coinvolti soggetti appartenenti alla stessa famiglia, gruppo sociale o area territoriale, per i quali appaiono preferibili soluzioni extragiudiziali che meglio consentono la prosecuzione del rapporto (condominio, locazione, comodato, affitto di azienda, diritti reali, divisione, successioni, patto di famiglia);
- rapporti particolarmente conflittuali, rispetto ai quali appare più fertile il terreno della composizione giudiziale (responsabilità medica e diffamazione a mezzo stampa);
- tipologie contrattuali che oltre a sottendere rapporti duraturi tra le parti, conoscono una diffusione di massa (contratti assicurativi, bancari e finanziari).

APERTURE E OSTACOLI
AL MODELLO DI RESTORATIVE JUSTICE:
LA SPINTA PROPULSIVA
DELLA CORTE COSTITUZIONALE

*Alessandra Sanna**

SOMMARIO: 1. *L'affermazione della giustizia riparativa nell'ordinamento italiano: gli spazi dinanzi al giudice di pace.* 2. *Quadro di sintesi sulla giustizia riparativa.* 3. *La messa alla prova per adulti come veicolo per l'attuazione del nuovo modello.* 3.1. (segue) *gli ostacoli: il carattere afflittivo della probation e le chiusure dottrinali.* 4. *La Corte costituzionale apre al modello riparativo: la sentenza n. 91 del 2018.* 5. *La necessaria attuazione del nuovo modello nel diritto vivente: il ruolo insostituibile dell'interprete.*

1. L'affermazione della giustizia riparativa nell'ordinamento italiano: gli spazi dinanzi al giudice di pace

Il graduale insinuarsi del modello di giustizia riparativa nel nostro ordinamento muove da una pluralità di fonti di matrice internazionale¹: tra di esse, si distingue per importanza la Risoluzione N.R. 2002/12 del Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite, rubricata «Principi base sull'uso dei programmi di giustizia riparativa in ambito penale», che fornisce una definizione del modello riparativo in larga misura

* Professore associato di diritto processuale penale presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze.

¹ Per un panorama esaustivo delle fonti internazionali in materia di *restorative justice*: C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessione tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali*, in AA.VV., *Verso una giustizia penale "conciliativa". Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, a cura di L. PICOTTI, G. SPANGHER, Milano, 2002, 91 nonché, più di recente, E. MATTEVI, *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, Trento, 2017, 143 ss.

coincidente con quella offerta dalla direttiva 2012/29/UE. Lì il nuovo paradigma² è inteso come l'insieme dei procedimenti

in cui la vittima, il reo e/o altri soggetti o membri della comunità lesi da un reato partecipano attivamente insieme alla risoluzione della questione emersa dall'illecito, spesso con l'aiuto di un terzo equo e imparziale³.

Vi rientrano, tra l'altro, la mediazione, le restituzioni, i lavori socialmente utili, la prestazione di attività gratuita a favore della collettività.

Le sollecitazioni internazionali originano a loro volta dalla crisi del tradizionale sistema di giustizia retributiva⁴, non solo inappagante rispetto alle finalità di prevenzione generale e speciale, ma in larga misura insensibile alla tutela delle vittime del reato⁵.

² Il termine è usato nella sociologia e filosofia della scienza per indicare “quel complesso di regole metodologiche, modelli esplicativi, criteri di soluzione di problemi che caratterizza una comunità di scienziati in una fase determinata dell'evoluzione storica della loro disciplina” (cfr., voce *Paradigma*, in *Enc. Treccani.it, Vocabolario on line*). Un nuovo paradigma rappresenta, quindi, “l'esito della ricerca di nuovi concetti e di nuove categorie di pensiero con cui cercare di spiegare un determinato fenomeno”.

³ La definizione, racchiusa al § 1 (2) dei *Basic Principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters, Use of terms*, in www.un.org/documents, si presta, per l'autorevolezza dell'organizzazione emanante “e l'intrinseca struttura definitoria”, a fungere da “riferimento essenziale e imprescindibile in materia”: v. *Allegato n. 3, Tavolo tematico 13 (Giustizia riparativa, mediazione e tutela delle vittime), Stati generali dell'esecuzione penale*, in www.giustizia.it, nota 6, 2.

⁴ Cfr., fra gli altri, L. EUSEBI, *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 1308. Ne deriva un quadro di “denegata giustizia” che spinge a elaborare modalità alternative dell'intervento penale imperniate su meccanismi compositivi del conflitto tra persona offesa e offensore, con conseguente marginalizzazione della pena ai casi di riconosciuta impossibilità di giungere a una soluzione partecipata: v., in tal senso, T. PADOVANI, *Il consenso nel diritto e nella procedura penale*, in *Legalità e giustizia*, 2004, 91.

⁵ A partire dagli anni '70 dello scorso secolo si registra una crescente attenzione ai bisogni della vittima, produttiva di istanze volte a rafforzarne il ruolo all'interno del processo e a promuovere il ricorso a forme di riparazione. Sulle cause storiche del fenomeno, riconducibili a fattori multipli, non ultimo la diffusa percezione di una giusti-

Ed è sulla scia delle spinte sovranazionali che il legislatore nostrano ritaglia gradualmente all'interno del tradizionale modello penale spazi normativi destinati ad accogliere l'inedito modello riparativo.

Uno degli spazi in parola s'inscrive senz'altro nella giurisdizione penale del giudice di pace, che ha rappresentato il primo e più rilevante tentativo di realizzare un modello d'intervento ispirato al nuovo paradigma. La finalità conciliativa che la distingue⁶ va, infatti, interpretata nella sua accezione più nobile, allusiva non solo a una tecnica privilegiata per ricomporre le relazioni tra le parti in causa, ma anche, soprattutto, al risultato ideale dell'*iter*, coincidente con l'effettiva ripresa del dialogo tra reo e persona offesa.

Sono, peraltro, altrettanto noti gli ostacoli che nel diritto vivente si frappongono all'attuazione dell'attività conciliativa nel suo significato più alto. Gli appositi strumenti forniti al giudice di pace – il meccanismo *ex art. 29* comma 4 d.lgs. n. 274 del 2000 *in primis*⁷, come pure

zia sempre più impersonale e inefficace, cfr. G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003, 51.

⁶ Per l'inquadramento del rito davanti al giudice di pace nell'ambito della giustizia riparativa, in virtù del fine conciliativo (art. 2 comma 2 d.lgs. n. 274 del 2000) caratterizzante l'intera disciplina, cfr. G. VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, in G. UBERTIS, G.P. VOENA (a cura di), *Trattato di procedura penale*, Milano, 2006, vol. XXXVI.2, 51 ss.

⁷ Con una previsione che sancisce l'autonomia funzionale del risultato conciliativo nel quadro dei possibili epiloghi del procedimento, l'art. 29 comma 4 d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274 impone al giudicante, nel corso della prima udienza di comparizione, di promuovere la conciliazione tra le parti, adoperandosi in prima persona oppure, "ove possibile", avvalendosi dell'attività di mediazione di centri e strutture pubbliche presenti sul territorio. L'iniziativa è riservata ai soli reati procedibili a querela e, quindi, ai medesimi fatti per cui l'offeso può presentare ricorso immediato. Il limite finisce per ridurre l'area della *RJ* ma consente, d'altro canto, di coordinare in maniera soddisfacente l'epilogo del percorso riparativo con il processo penale. Si osservi, infatti, come la procedura conciliativa conduca perlopiù alla remissione di querela ovvero alla rinuncia al ricorso, sicché in tali casi il processo si arresta per la mancanza di una condizione di procedibilità, consacrata nel verbale (art. 29 comma 5 d.lgs. n. 274 del 2000). In tal modo "i meccanismi di giustizia riparativa prendono il posto dell'*iter* tradizionale ed il *restorative outcome* (*rectius*: l'esito della conciliazione) chiude la vicenda, sostituendosi alla decisione del giudice": così C. STOPPIONI, *Gli strumenti di giustizia riparativa previsti dall'ordinamento interno*, in AA.VV., *Contrasto a violenza e discriminazioni di genere. Tutela della vittima e repressione dei reati*, a cura di P. FELICIONI, A. SANNA,

quelli di *diversion*, che sfociano nell'esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto (art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000)⁸ o nell'estinzione del reato (art. 35 d.lgs. n. 274 del 2000)⁹ - come concepiti

Milano, 2019, 314. Il meccanismo cela, peraltro, insidie rispetto agli obiettivi riparatori: le parti potrebbero siglare un accordo prodromico alla remissione di querela, incentrato su meri risarcimenti o restituzioni materiali, lasciando, così, aperta la frattura relazionale derivante dal reato: cfr. al riguardo, A. CIAVOLA, *Il contributo alla giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino, 2010, 307 ss. Inoltre, il giudice, pur se tenuto a incentivare le parti al dialogo, si muoverà in tal senso solo "ove possibile". E se è da considerare in positivo la previsione dell'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese nel corso della conciliazione (art. 29 comma 4), che dovrebbe garantire un dialogo volontario e spontaneo tra le parti coinvolte, l'impermeabilità tra i due procedimenti - penale e riparativo - presuppone la segretezza delle attività svolte dinanzi al mediatore. L'art. 29 comma 4 lascia invece l'organo procedente libero di decidere se avvalersi di soggetti terzi o incentivare egli stesso il dialogo tra le parti. In quest'ultimo caso, il confronto cessa di essere riservato e rischia di influenzare il giudice nelle deliberazioni successive: v., in tal senso, V. PATANÈ, *Percorsi di giustizia riparativa nel sistema penale italiano*, in AA.VV., *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, a cura di M. BARGIS, H. BELLUTA, Torino, 2017, 560.

⁸ Il meccanismo conduce a una definizione anticipata del procedimento qualora il fatto risulti di particolare tenuità e il giudizio possa arrecare un pregiudizio alle esigenze di lavoro, studio, famiglia e salute dell'imputato. L'epilogo, ai sensi dell'art. 34 comma 2 d.lgs. n. 274 del 2000 può collocarsi in sede di archiviazione o nel corso del processo purché, in quest'ultimo caso, vittima e imputato non si oppongano. Poiché il legislatore ha ancorato la particolare tenuità del fatto tanto all'esiguità del danno o del pericolo, quanto al grado di colpevolezza dell'agente, si ritiene che il giudice possa a tali fini apprezzare le eventuali attività riparative intese a elidere le conseguenze dell'illecito: cfr. G. MANNOZZI, *Collocazione sistematica e potenzialità deflative della mediazione penale*, in AA.VV., *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, a cura di G. DE FRANCESCO, E. VENAFFRO, Torino, 2002, 144.

⁹ La norma permette di dichiarare in sentenza l'estinzione del reato, previa audizione degli interessati, ogni volta in cui l'imputato abbia proceduto, prima dell'udienza di comparizione, alla riparazione del danno e all'eliminazione di tutte le conseguenze dannose o pericolose cagionate dal fatto, sempre che le iniziative *de qua* siano "idonee a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato" nonché quelle di "prevenzione". Come costruito l'istituto sconta un limite insuperabile nonché condiviso col meccanismo art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000: in entrambi i casi di *diversion* la gestione del conflitto sfugge al confronto tra le parti e torna nelle mani del giudice, chiamato a decidere sulla base di parametri estranei alla giustizia riparativa quali, ad esempio, le "esigenze di riprovazione o prevenzione" richiamate all'art. 35 d.lgs. n. 274 del 2000 o i profili compensativi cui si riferisce l'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000. L'epilogo del procedimento

dal legislatore paiono affetti da congenita inadeguatezza rispetto alle regole e gli obiettivi propri della giustizia riparativa.

Ma non sono solo le scelte tecniche del legislatore ad aver determinato una diffusione inappagante del modello riparatorio: pesano anche le resistenze culturali che impediscono di comprendere e impadronirsi appieno di un modello alternativo di risposta all'illecito, ancora concepito come sperimentale e comunque non in grado di affiancarsi alle consuete risposte punitive.

Da questo punto di vista, un ausilio prezioso può derivare dall'introduzione nel processo penale per adulti della sospensione del processo con messa alla prova, capace d'imprimere un'accelerazione al diffondersi del nuovo modello. Applicato in maniera diffusa – al di là, si direbbe, delle aspettative¹⁰ – l'ultimo, in ordine di tempo, degli spazi normativi aperti al modello riparativo, ha suscitato un ampio e articolato dibattito, costringendo dottrina e giurisprudenza a confrontarsi con l'inedito paradigma, misurandone, in specie, la compatibilità rispetto ai tradizionali fondamenti del sistema penale.

L'istituto del *probation* rappresenta perciò un angolo prospettico privilegiato per un'analisi sui temi della giustizia riparativa, a sua volta utile per individuarne forme e modi di attuazione in tutti i campi in cui ciò sia consentito dall'ordinamento, a iniziare dal processo dinanzi al giudice di pace. Specularmente, come vedremo, l'operatività concreta della messa alla prova può trovare utili spunti di riferimento dall'esperienza oramai consolidata nella giustizia conciliativa di pace.

sembra, in sintesi, “subordinato ad attività prevalentemente materiali, che attenuano l'offensività della condotta senza incidere sulla dimensione relazionale del conflitto”: C. STOPPIONI, *op. cit.*, 316.

¹⁰ La fortuna del nuovo rito si registra sin da subito, come testimoniano i dati forniti dal Ministero della Giustizia che evidenziano “una inattesa proliferazione di richieste”: cfr. sul punto, L. ANNUNZIATA, *Prime criticità applicative in tema di sospensione del processo per la messa alla prova*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 8.

2. *Quadro di sintesi sulla giustizia riparativa*

Occorre a tal punto disegnare in premessa i tratti caratterizzanti il nuovo paradigma, il cui perno non consiste, come nel tradizionale modello punitivo, nella fattispecie di rilievo penale ma s'incentra direttamente sul conflitto generato dalla condotta criminosa¹¹, cui lo Stato risponde in una forma inedita che oscura il profilo coercitivo a vantaggio di quello consensuale-riparativo¹². Alla classica teoria del reato si sostituisce così una costruzione di maggior respiro, capace di tener conto di tutti i possibili risvolti dell'offesa originata dall'illecito.

In una simile prospettiva il fatto delittuoso è concepito come espressione di offese multiple, così come “molteplici sono i soggetti che risentono negativamente del fenomeno criminoso”¹³. La risposta istituzionale consiste, quindi, nella presa in carico del descritto conflitto “allargato”, in vista della tutela delle vittime, da perseguire attraverso gli strumenti tipicamente riparatori, incentrati sui comportamenti virtuosi del reo volti a eliminare o attenuare le conseguenze del reato¹⁴.

¹¹ I paradigmi riparativi sono “atti a valorizzare il processo conciliativo come strumento alternativo (o, quantomeno, sinergico) di rielaborazione dei conflitti tradizionalmente selezionati attraverso i tipi penalistici”: C.E. PALIERO, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Milano, 2007, 112.

¹² Trattasi dell'aspirazione comune ai programmi di giustizia riparativa avviati in tutto il mondo: contribuire a rendere la giustizia “più costruttiva e meno repressiva”, come recita il preambolo alla Raccomandazione n. (99) 19 del 1999 del Consiglio d'Europa: cfr., sul punto, C. MAZZUCATO, *op. cit.*, p. 86.

¹³ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, cit., 47: l'Autrice così descrive la molteplicità dei volti e dei destinatari dell'offesa: “la radicalizzazione del conflitto autore-vittima che il reato stesso tende inevitabilmente a generare, ad esempio, ma anche il disagio in cui vengono gettate le vittime, l'isolamento o la marginalizzazione che può subire il reo dalla stessa comunità di appartenenza o, infine, il senso di insicurezza che la reiterazione di specifiche condotte criminose può ingenerare nella collettività”.

¹⁴ Si osserva come l'incontro riparatorio conduca al superamento del male del reato attraverso un'opera positiva di “responsabilizzazione del reo verso la vittima e, in certa misura, della vittima e della collettività verso il reo”. Trattasi di una “reciprocità costruttiva” capace di riconoscere “il necessario rispetto alla vittima, di restituire dignità al reo, e di coinvolgere la comunità (e l'ordinamento giuridico) nella costruzione del

Ne deriva il superamento della logica del *malum passionis ob malum actionis*: il modello di giustizia riparativa non è finalizzato all'accertamento del reato e alla sua conseguente punizione, ma s'incentra sul conflitto allo scopo di porvi rimedio, sanando la frattura creatasi tra il reo e le vittime. La strada passa per una soluzione che implichi "la responsabilità attiva" del primo, da realizzarsi tramite condotte sfuggenti alla matrice sanzionatoria e in esclusiva orientate alla riparazione del danno cagionato dall'illecito¹⁵.

Si deve, peraltro, escludere che il modello in discorso si traduca in una regolamentazione privatistica della controversia. Benché lo Stato-Istituzione rimanga ai margini dell'*iter* riparatorio, lasciando il ruolo di protagonisti agli attori sociali, ossia ai soggetti del conflitto, la riparazione s'innesta nel processo penale e lo guida verso forme peculiari di definizione. Sul piano sostanziale, poi, la garanzia della tipicità rappresenta un limite invalicabile anche rispetto ai meccanismi riparativi e li orienta unicamente alla soluzione di conflitti formalizzati nelle fattispecie penali¹⁶.

Il paradigma retributivo s'introduce, dunque, all'interno della disciplina processuale e sostanziale, per ritagliarvi un sottosistema indipendente dal macrosistema di riferimento¹⁷. Segue la necessità di coordinare i due modelli di intervento – penale e riparativo – attraverso la defi-

'ponte' che salda il tessuto sociale dove si era prodotta la frattura del reato": cfr., in questi termini, C. MAZZUCATO, *op. cit.*, 95 e 96.

¹⁵ Affiora qui "l'idea di corresponsabilità sociale che sta alla base di una considerazione moderna e non 'eticizzante' del problema criminale": così C. MAZZUCATO, *op. cit.*, 96.

¹⁶ Lo sottolinea C.E. PALIERO, *op. cit.*, 119.

¹⁷ Ciò, peraltro, non esclude che il percorso di riparazione risulti utile al perseguimento delle finalità tradizionalmente ascritte alla pena: se la presa di distanza del soggetto agente dalla scelta criminosa ottiene l'effetto di consolidare l'autorevolezza delle norme penali (vale a dire la capacità di convincere i cittadini ad aderire liberamente ai precetti ivi contenuti), con effetti positivi sul piano della prevenzione generale, l'azione svolta, non contro il reo, ma in suo favore, ai fini di reintegrazione sociale, è in grado di rispondere a esigenze special-preventive: cfr., in tal senso, L. EUSEBI, *op. cit.*, 1314. Sui "nessi di complementarità" tra giustizia riparativa e giustizia punitiva, cfr. F. PALAZZO, *Giustizia riparativa e giustizia punitiva*, in AA.VV., *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, a cura di G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, Bologna, 2015, 73 ss.

nizione dei rispettivi rapporti in termini di alternatività e/o complementarietà¹⁸.

A tal punto si coglie il valore della posta in gioco: in discussione è il monopolio della risposta al fatto tipico, da sempre detenuto dalla pena irrogata da un organo dello Stato. Sul piano teorico l'eclissarsi della pretesa punitiva all'interno di un ambito predefinito di fattispecie penali risulta giustificabile alla luce dell'attività riparativa svolta dal reo, intesa a riassorbire l'offesa prodotta dall'illecito e, per questa via, a incidere sul disvalore del fatto, fino a esaurirlo¹⁹.

Così concepito il paradigma riparativo non appare un meccanismo alieno al diritto penale, ma, insinuandosi al suo interno, ne muta il volto secondo fattezze lontane dall'archetipo punitivo e meglio rispondenti alle moderne istanze della società.

3. La messa alla prova per adulti come veicolo per l'attuazione del nuovo modello

Nel solco di una simile tendenza evolutiva il procedimento con messa alla prova trova una naturale collocazione. Rispetto all'archetipo già operante in ambito minorile, il rito concepito per gli adulti irrigidisce

¹⁸ Il modello sanzionatorio tradizionale convive oggi con un "fascio di soluzioni parallele" costituite dalle diverse tecniche di riparazione, la cui praticabilità dipende dal tipo di conflitto, dal grado di difficoltà di relazione autore-vittima, dalla fase del procedimento penale in cui esse si attivano: G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, cit., 386 ss.

¹⁹ Ferma l'osservanza della generale tipicità del fatto anche nell'ambito del paradigma riparativo, suonano poco persuasive le ragioni a favore della "conservazione di una rigida tipicità formale (senza spazi cioè per valutazioni in termini di offensività sostanziale del fatto formalmente tipico)". L'approdo riparativo indica che il disvalore del fatto è stato cancellato dalla "memoria dolente" della vittima e della collettività, per rifluire in una memoria "non problematica". In questa prospettiva la riparazione "entra come epifenomeno a efficacia retroattiva a ridisegnare la tipicità", così realizzando una depenalizzazione in concreto capace di legittimare la rinuncia alla pena: C.E. PALIERO, *op. cit.*, p. 118 ss.

presupposti²⁰ e contenuti. Se la puntuale definizione degli obblighi costitutivi il “programma di trattamento” (artt. 168-*bis* comma 2 e 3 c.p. e 464-*bis* comma 4 c.p.p.) sposa l’esigenza di legalità sottesa all’indubbia valenza penale di misure incidenti sulla sfera di libertà dell’imputato²¹, le reali perplessità non riguardano l’inevitabile dettaglio, ma il carattere vincolante di talune prescrizioni.

Pur con qualche difficoltà di lettura, i contenuti della messa alla prova sembrano, infatti, sintetizzabili in due distinte categorie di obblighi: la prima, improntata ad adempimenti riparativo-risarcitori destinati alle vittime dell’attività criminosa (artt. 168-*bis* comma 2 c.p. e 464-*bis* comma 4 lett. *b* e *c* c.p.p.), la seconda, consistente in prestazioni di rilievo sociale che l’imputato s’impegna a svolgere a vantaggio della collettività (artt. 168-*bis* comma 3 c.p. e 464-*bis* comma 4 lett. *b* c.p.p.). Solo alcuni di tali obblighi risultano però indefettibili: le condotte volte all’eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal

²⁰ L’area dell’istituto è circoscritta attraverso la previsione di limiti oggettivi e soggettivi. I primi riservano l’operatività della misura ai procedimenti riguardanti reati di gravità medio-bassa (fino a 4 anni di pena edittale *ex art.* 168-*bis* comma 1 c.p.) e vietano che sia concessa all’imputato più di una volta (art. 168-*bis* comma 4 c.p.); i secondi ne escludono l’applicazione a vantaggio di imputati dichiarati delinquenti abituali, professionali e per tendenza (art. 168-*bis* comma 5 c.p.). Se la definizione dell’ambito operativo attraverso l’ancoraggio alla pena edittale risponde a comprensibili esigenze general-preventive (cfr. in tal senso, R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Dir. Pen. e proc.*, 2014, n. 6, 667), neppure la *ratio* special-preventiva risulta estranea ai limiti in discorso. Del resto, sebbene il modello minorile non conosca vincoli riconducibili alla tipologia delle fattispecie criminose, nella pratica la gravità del reato contestato entra in gioco ai fini della concreta idoneità dell’istituto a conseguire il ravvedimento del reo. Da questo punto di vista, i reati di massima gravità, anche occasionali, possono comportare una frattura così profonda tra imputato e società, tale da non poter essere colmata da uno strumento di questo tipo: cfr., sul punto, C. CESARI, *sub art. 28*, in *Il processo penale minorile. Commento al D.P.R. 448/1988*, Milano, 2009, II, 9 e, sul medesimo solco, F. PALAZZO, *op. cit.*, 75.

²¹ Poco importa che siffatti vincoli non siano prescritti a titolo sanzionatorio, quel che conta è la loro indubbia carica afflittiva: cfr. N. TRIGGIANI, *Dal probation minorile alla messa alla prova degli imputati adulti*, in AA.VV., *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, a cura di N. TRIGGIANI, Torino, 2014, 26.

reato, tra quelle comprese nella prima categoria; la prestazione del lavoro di pubblica utilità, tra quelle incluse nella seconda²².

Così concepita la messa alla prova può ben collocarsi tra gli strumenti riparativi, ponendosi così nel solco della giurisdizione davanti al giudice di pace. L'angolo visuale valorizza la singolarità di un istituto rivolto, attraverso un insieme di strumenti tra loro eterogenei, alla presa in carico del conflitto originato dal reato. E, in effetti, il programma di trattamento si allarga a misure tipicamente ascrivibili allo strumentario del modello riparativo.

Emerge *in primis* l'attività di mediazione prescritta dall'art. 464-*bis* comma 4 lett. c c.p.p. che, insieme alle condotte restitutorie-risarcitorie (art. 168-*bis* comma 2 c.p. e 464-*bis* comma 4 lett. b c.p.p.), è rivolta ad assorbire l'offesa nei confronti della vittima. Le norme in discorso suonano come risposta alle ripetute indicazioni di fonte internazionale a favore di un più ampio intervento della vittima all'interno del processo, da realizzarsi, in particolare, attraverso l'apertura a pratiche mediatriche dagli effetti incidenti nella vicenda penale²³.

²² Si osservi, tuttavia, come l'obbligo restitutorio, pur incluso tra i contenuti necessari del programma, risulti subordinato all'esigibilità in concreto della prestazione, avuto riguardo al tipo di reato, implicante o meno la presenza di un danno e/o di un danneggiato: cfr., sul punto, R. BARTOLI, *op. cit.*, p. 669 e F. GIUNCHEDI, Probation italian style: *verso una giustizia riparativa*, in *www.archiviopenale.it*, 2014, n. 3, 5.

²³ L'art. 10 della decisione quadro del Consiglio dell'Unione europea 2001/220/GAI invita ciascuno Stato membro "a promuovere la mediazione nell'ambito dei procedimenti penali per i reati che esso ritiene idonei per questo tipo di misura" nonché a garantire che eventuali accordi raggiunti tra la vittima e l'autore del reato nel corso della mediazione nell'ambito dei procedimenti penali "vengano presi in considerazione". Inutilmente decorso il termine entro il quale i singoli Stati avrebbero dovuto tradurre le indicazioni all'interno dei rispettivi ordinamenti, il Parlamento europeo ha emanato la Direttiva 2012/29/UE del 25 ottobre del 2012 istitutiva di norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, destinata a sostituire la citata decisione quadro. Il legislatore europeo del 2012 allarga, peraltro, il proprio orizzonte in materia: mentre la decisione quadro guardava alla sola mediazione, la direttiva si occupa più in generale della giustizia riparativa, offrendone una definizione compiuta (art. 2 comma 1 lett. d) e precisandone l'ambito operativo. Agli Stati membri è, infatti, richiesto di creare le condizioni perché le vittime si possano giovare dei "servizi di giustizia riparativa", comprensivi della mediazione, del dialogo esteso ai gruppi parentali e ai consigli commisurativi (n. 46 dei considerando).

Nell'articolare la condotta riparatoria senza esaurirla nel risarcimento del danno, la disciplina s'ispira a una concezione alta o "umanistica" della *restorative justice*, il cui obiettivo si discosta dal soddisfacimento degli interessi materiali delle parti. Il disegno trapela anche dal dato testuale: l'art. 168-*bis* comma 2 c.p. include l'obbligo risarcitorio tra i contenuti della prova solo "ove possibile", lasciando intendere come il giudizio circa l'ammissione e gli esiti del programma di trattamento debba valorizzare l'impegno mostrato dall'imputato nel perseguire l'obiettivo stabilito, a prescindere dall'effettivo conseguimento del risultato²⁴.

Il legislatore realizza in tal modo una pregevole sintesi di opposti interessi. Non estromette la persona offesa dall'*iter* processuale, ritagliandole un importante ruolo di interlocutrice sui contenuti della prova, ma, allo stesso tempo, svincola il diritto dell'imputato a beneficiare del percorso riparativo dalla soddisfazione materiale dell'offeso²⁵. L'obiettivo coltivato è, senz'altro, più ambizioso: si punta alla reale rimozione del conflitto, così da ricostruire "almeno un livello accettabile di pace interpersonale e collettiva"²⁶.

La soluzione si lascia apprezzare anche per un altro rilevante profilo. La messa alla prova, e il modello riparativo in genere, nel dirottare il conflitto fuori dal processo, rappresentano un'ottima strategia per il legislatore che intenda coniugare la prospettiva vittimo-centrica di matrice europea con l'equilibrio tra le parti, essenziale al sistema accusato-

²⁴ Cfr. in tal senso F. FIORENTIN, *Una sola volta nella storia giudiziaria del condannato*, in *Guida dir.*, 2014, n. 21, 75, il quale sottolinea come la condotta riparativa debba conformarsi "alle concrete condizioni economiche e personali dell'imputato", sicché l'obbligo non sarà esigibile in presenza di ostacoli non addebitabili all'imputato, impeditivi di un totale o parziale adempimento.

²⁵ Non rileva, in altri termini, che il comportamento risarcitorio sia percepito come satisfattivo dalla vittima: cfr., al riguardo, L. PULITO, *Presupposti applicativi e contenuti della misura*, in AA.VV., *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, cit., 95. Sul punto il legislatore ricalca analoghe scelte compiute nel disciplinare il meccanismo di estinzione del reato dinanzi al giudice di pace ex art. 35 d.lgs. n. 274 del 2000: v. *infra* § 5.

²⁶ Sintetizza così il fine ultimo del modello di giustizia riparativa c.d. umanistico-dialogico, cui si riferiscono numerosi documenti internazionali: v. C. MAZZUCATO, *op. cit.*, 87, nota 2.

rio, altrimenti minacciato dal riconoscimento massiccio di pretese contrapposte a quelle espresse dall'imputato²⁷.

3.1. (segue) *gli ostacoli: il carattere afflittivo della probation e le chiusure dottrinali*

La coerenza della costruzione proposta – che, in sintesi, riconduce il procedimento davanti al giudice di pace al ruolo di antesignano rispetto alla messa alla prova per adulti ed entrambe le discipline al paradigma riparativo – parrebbe compromessa dalla previsione del lavoro di pubblica utilità tra le misure integrative del più recente istituto.

Non si tratta, peraltro, di un corollario obbligato. Si è detto che i lavori socialmente utili e la prestazione di attività gratuita a favore della collettività ben rientrano tra gli strumenti riconducibili all'ambito della *restorative justice*, come definita dalle fonti normative internazionali. Essi arricchiscono il catalogo delle molteplici forme in cui può realizzarsi la fattiva collaborazione del reo nel sanare l'offesa originata dal reato. Se le misure restitutorie-risarcitorie guardano all'individuo, le prestazioni di rilievo sociale hanno come destinatario la comunità, che entra qui in gioco quale “fruitore dei benefici derivanti dalla condotta riparativa”²⁸. Da questo punto di vista, le misure in discorso appaiono

²⁷ Si consideri come il sistema accusatorio postuli una contrapposizione paritaria tra accusa e difesa che risulta minata quando attorno al polo dell'accusa si coagula una forza agonistica preponderante rispetto all'altra: cfr. in tal senso, E. AMODIO, *Parte civile, responsabile civile, civilmente obbligato per la pena pecuniaria*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da E. AMODIO e O. DOMINIONI, vol. I, Milano, 1989, 437. Ed è forse la coscienza del rischio di una “vittimizzazione” del processo penale, con conseguente pregiudizio per le garanzie dell'imputato, ad aver pesato sulle resistenze del legislatore italiano a dar corso alle istanze sovranazionali volte a rafforzare il ruolo della persona offesa: v. F. GRIFANTINI, *La persona offesa dal reato nella fase delle indagini preliminari*, Napoli, 2012, 175. Mette in guardia sui rischi che le impostazioni politico-criminali vittimo-centriche comportano per i principi garantisti del diritto penale: F. PALAZZO, *op. cit.*, 71.

²⁸ Così G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, cit., 62, la quale sottolinea come il concetto di comunità sia costantemente richiamato nel paradigma riparativo secondo un'accezione “ampia e vitale” che ne rispecchia il ruolo attivo ai fini di pacificazione sociale. Di contro, la giustizia retributiva classica richiama la comunità “in modo assolutamente astratto e

particolarmente utili a rinsaldare il rapporto di fiducia tra reo e società, sicché la loro previsione corrisponde a uno dei profili qualificanti il nuovo paradigma: il coinvolgimento della comunità nell'opera ricostruttiva dei legami sociali compromessi dal reato.

Solo dopo queste premesse può riconsiderarsi la natura del lavoro di pubblica utilità imposto dagli artt. 168-*bis* comma 3 c.p. e 464-*bis* comma 4 lett. b c.p.p.: non già sanzione che l'imputato si autoinfligge in assenza di un previo giudizio di colpevolezza²⁹, ma tassello dell'attività riparativa svolta dal reo intesa a riassorbire l'offesa prodotta dall'illecito nell'ambito di un modello alternativo di risposta al reato che implica la rinuncia all'accertamento del fatto e alla sua punizione³⁰.

Simili conclusioni sottendono un ribaltamento – scientifico e culturale – delle finalità ascritte al sistema penale. Ciò che la vittima e la società si attendono non è il vedere una sofferenza inflitta al colpevole, ma il ripristino, attraverso l'opera positiva del reo, del patto sociale leso dal crimine.

La circostanza che il percorso riparativo possa essere, in concreto, assai oneroso e non privo di contenuti afflittivi non deve indurre a un fuorviante parallelismo con le misure sanzionatorie. Dirimente, a fini classificatori, è l'obiettivo perseguito, la soluzione del conflitto e non già la punizione del colpevole³¹.

Non è però quella sin qui delineata l'interpretazione della messa alla prova prevalsa in dottrina e giurisprudenza. Proprio alla luce del robusto *corpus* di obblighi costitutivi il “programma di trattamento” (artt. 168-*bis* comma 2 e 3 c.p. e 464-*bis* comma 4 c.p.p.), incidenti in

impersonale – limitandosi a definire il reato come violazione di una norma giuridica, e implicitamente riconoscendo che lo Stato è esso stesso sempre vittima del reato” (*ivi*, 64).

²⁹ Si esprime da ultimo, in tal senso, con accenti particolarmente critici, O. MAZZA, *La presunzione d'innocenza messa alla prova*, in *dirittopenalecontemporaneo.it*, 9 aprile 2019, 7.

³⁰ In un simile quadro, il procedimento penale non è più strumento per realizzare la prevenzione generale con la minaccia di una pena, ma diviene luogo del dialogo tra l'imputato e i destinatari dell'offesa: cfr. G. VARRASO, *op. cit.*, 42.

³¹ Per considerazioni più approfondite al riguardo: cfr., volendo, A. SANNA, *L'istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?*, in *Cass. pen.*, 2015, 1266 ss.

modo cospicuo sulla sfera di libertà dell'imputato, si è dubitato circa la reale natura dell'ordinanza ammissiva al rito: non già decisione interlocutoria, destinata a sospendere il corso ordinario dell'*iter*, ma "cripto-condanna", diretta ad applicare una sanzione penale in difetto di un giudizio di colpevolezza³². E le maggiori perplessità al riguardo investono le prestazioni di rilievo sociale che l'imputato s'impegna a svolgere a vantaggio della collettività (artt. 168-*bis* comma 3 c.p. e 464-*bis* comma 4 lett. *b* c.p.p.) e, fra queste, il lavoro di pubblica utilità, la sola – come si è visto – cui il legislatore attribuisce carattere indefettibile.

La scelta offre il fianco ad assimilazioni intuibili: le misure racchiuse nella messa alla prova finiscono per sovrapporsi a quelle cui soggiacciono le tipologie di condannati in espiazione di pena³³. L'istituto risulterebbe così asservito a logiche sanzionatorie, per assumere le vesti di sospensione condizionale o affidamento in prova, anticipati.

Segue il distacco con i principi che governano il sistema penale: se sul piano sostanziale l'operatività del meccanismo sanzionatorio anticipato disattende le istanze espresse dall'art. 25 comma 2 Cost. (si da risultare disarmonico rispetto alle finalità special-preventive), sul piano processuale la cripto-condanna, inflitta a prescindere dall'accertamento

³² F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012, 9. Di volontario assoggettamento dell'imputato alla esecuzione penale parla senza mezzi termini: R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in M. BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Padova, 2018, 691.

³³ Come è noto, il lavoro di pubblica utilità costituisce sanzione applicabile dal giudice di pace in alternativa alla permanenza domiciliare (art. 54 d.lgs. n. 274 del 2000), come pure sanzione sostitutiva della pena detentiva in virtù dell'art. 73 co. 5-*bis* t.u. stupefacenti, nonché sanzione amministrativa accessoria nelle ipotesi previste dagli artt. 186 comma 9-*bis* e 187 comma 8-*bis* c. strada. Si presta, inoltre, a rappresentare uno degli obblighi cui può essere subordinata la sospensione condizionale della pena, secondo quanto prescritto dall'art. 165 comma 1 c.p. L'attività configurata all'art. 168-*bis* c.p. presenta, tuttavia, peculiarità che la differenziano dalle descritte figure sanzionatorie: lo evidenzia V. BOVE, *Messa alla prova per gli adulti: una prima lettura della l. 67/14*, in *dirittopenalecontemporaneo.it.*, 24 giugno 2014, 11.

sulla responsabilità, si risolve in un grave *vulnus* alla presunzione di innocenza³⁴.

Certo, un disincantato processualista potrebbe obiettare come il divorzio tra *poena* e *iudicio* sia da tempo avvenuto, complice il meccanismo del patteggiamento, principale artefice della deriva a-cognitiva imboccata dal sistema e avvallata dalla stessa Consulta³⁵. Eppure, attraverso la messa alla prova il legislatore pare infliggere un ulteriore strappo al tessuto costituzionale.

Non a caso anche la dottrina più “indulgente” verso la giustizia negoziata riserva severe critiche al nuovo rito. Così – si osserva – se nel patteggiamento la pena deriva pur sempre da una sentenza equiparata *ex lege* alla condanna, nella messa alla prova manca una pronuncia conclusiva nel merito che imponga all'imputato gli obblighi costitutivi il programma di trattamento, sicché non è il giudice ad applicare la pena ma è l'imputato ad attribuirselo, “sotto ponendovisi volontariamente”³⁶.

Si badi come, da questo punto di vista, la verifica giudiziale si mostri non solo carente della ricostruzione *in facto*, ma pure del comando³⁷, dotato di forza esecutiva, ossia capace di proiettarsi all'esterno anche contro la volontà dell'interessato. Segue il contrasto tra la disciplina *ex artt. 464-bis ss. c.p.p.* e il principio di legalità sostanziale e processuale.

³⁴ “Prima la pena, poi la sentenza”: sintetizza così la valutazione critica dell'istituto P. FERRUA, *Una messa alla prova sul filo del rasoio costituzionale*, in AA.VV., *Strategie di deflazione penale e rimodulazione del giudizio in absentia*, a cura di M. DANIELE, P. PAULESU, Torino, 2015, 189.

³⁵ Per una disamina estesa sui controversi rapporti tra rito negoziale e principio di legalità, cfr., volendo, A. SANNA, *Il “patteggiamento”, tra prassi e novelle legislative*, Padova, 2019, *passim*.

³⁶ Così R. ORLANDI, *op. cit.*, 693.

³⁷ Attività valutativa e manifestazione di volontà costituiscono i due momenti in cui si articola il provvedimento giurisdizionale. Specularmente s'atteggiano “gli elementi indefettibili della condanna”, costituiti dal binomio accertamento della responsabilità e irrogazione della pena: F. CAPRIOLI, *Condanna (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir., Annali*, II, Milano, 2008, 101.

4. La Corte costituzionale apre al modello riparativo: la sentenza n. 91 del 2018

Dall'opinione dominante si distacca la Corte costituzionale che, chiamata a sciogliere il nodo dei rapporti tra messa alla prova e garanzie sostanziali e processuali, fornisce una costruzione originale del nuovo rito³⁸.

Perno della pronuncia è l'asserita esistenza di “consistenti argomenti” a favore dell'infondatezza delle questioni prospettate dal giudice *a quo*, desumibili dai profili di diversità correnti tra patteggiamento e messa alla prova, capaci di conferire alla seconda un carattere spiccatamente innovativo. Emerge qui un'inedita chiave di lettura del nuovo rito, destinata a segnare l'abbandono della costruzione forgiata a suo tempo per il meccanismo negoziale *ex art. 444 ss. c.p.p.* e capace di condurre addirittura al superamento delle consuete “categorie costituzionali penali e processuali”.

Si muove dall'evidenza per cui, mentre la sentenza concordata costituisce titolo esecutivo per l'applicazione di una pena, l'ordinanza che dispone la messa alla prova non possiede un'analogia attitudine rispetto al programma di trattamento³⁹. Eppure il *deficit* di forza cogente che caratterizza l'ordinanza dispositiva della prova non comporta affatto “l'esecuzione di una pena criminale *sine titulo*”, come denuncia il giudice *a quo*. Decisiva, secondo la Corte, è la natura delle misure disposte: si ritiene, infatti – e l'enunciato è davvero rivoluzionario – che il programma di trattamento non costituisce

³⁸ Cfr. C. cost., sent. 27 aprile 2018, n. 91, in *Cass. pen.*, 2018, 3186, con nota di V. MAFFEO.

³⁹ L'ordinanza ammissiva della prova risulta estranea all'area dei provvedimenti conclusivi nel merito e, quindi, nell'impostazione del giudice *a quo*, radicalmente inetta a fungere da titolo esecutivo. Qui il distacco dall'omologa questione prospettata, a suo tempo, per il patteggiamento è netto perché il giudice remittente ben coglie la differenza tra i due riti: nella messa alla prova non è il profilo dell'accertamento a essere in discussione, ma l'atto di volontà promanante dalla sentenza di condanna, idoneo in quanto tale a proiettarsi verso l'esterno: sul punto cfr., volendo, A. SANNA, *La messa alla prova non è una pena: la Corte costituzionale salva il confine tra cognizione ed esecuzione*, in *Cass. pen.*, 2019, 694.

una sanzione penale eseguibile come tale coattivamente, ma dà luogo a un'attività rimessa alla spontanea osservanza delle prescrizioni da parte dell'imputato, il quale liberamente può farla cessare con l'unica conseguenza che il processo riprende il suo corso.

Si coglie in tal modo la caratteristica saliente dell'istituto che riserva “alla volontà dell'imputato non soltanto la decisione sulla messa alla prova ma anche la sua esecuzione”. Può così escludersi l'asserito contrasto con il canone *ex art. 27 comma 2 Cost.* perché, se è vero che la sanzione deve di necessità discendere da una condanna dotata di forza esecutiva – e non è tale il provvedimento *ex art. 464-quater c.p.p.* –, l'indissolubilità del nesso *poena-iudicio* non è invocabile quando venga meno uno dei termini della relazione.

Il corollario assume una portata dirompente. Se la misura di cui consta la prova esula dal *genus* sanzionatorio, davanti al fatto di reato il sistema si apre a risposte inedite.

Occorre a tal punto individuare tipologia e natura di simili risposte, considerato che la Corte, pur promuovendone l'ingresso nell'ordinamento, non si spinge fino a fornirne una definizione. Il silenzio non è censurabile: la Consulta traghetta il sistema penale fino alla sponda estrema costituita dal ribaltamento di alcuni dei suoi canoni fondamentali. L'approdo è, infatti, la conformità costituzionale della rinuncia alla potestà punitiva compiuta dallo Stato a vantaggio di misure diverse e alternative. Quanto alla categoria in cui inscrivere siffatte misure, il tema sconfinava nel terreno riservato all'interprete, dinanzi al quale la Corte si arresta.

Non si tratta, peraltro, di una scelta avventata: è plausibile si confidi nell'esito del ricco dibattito sviluppatosi sin dagli esordi del meccanismo di *probation*. Può dirsi, anzi, che proprio lo stato avanzato dell'elaborazione dottrinale al riguardo abbia indotto la Consulta ad abbandonare la consolidata costruzione concepita per il patteggiamento, a favore di quella avveniristica, e quindi assai più precaria, messa in campo per l'inedito rito.

Qui il pensiero corre al paradigma riparativo che in modo lento, ma inesorabile, in virtù delle indicazioni sovranazionali che ne promuovono l'impiego, si affianca al tradizionale sistema penale. Così, si è visto come il legislatore nostrano ritagli spazi capaci di accogliere le misure

di matrice riparativa e il segmento incidentale aperto dall'art. 464-*quater* c.p.p. ne costituisce l'esempio più eclatante.

Si affaccia così nel nostro sistema un modello alternativo di risposta al reato che implica la rinuncia all'accertamento sul fatto e alla relativa punizione. E coerente al modello descritto appare la struttura dell'ordinanza che legittima il trattamento, priva – come riconosce la Consulta – di forza cogente: dove il profilo coercitivo sfuma a vantaggio di quello consensuale-riparativo, non occorre che l'atto decisorio s'imponga sulla volontà della parte.

5. La necessaria attuazione del nuovo modello nel diritto vivente: il ruolo insostituibile dell'interprete

Sarebbe, peraltro, disonesto negare la difficoltà di ricondurre l'istituto della messa alla prova nel solco del modello riparativo. I profili vincolanti e afflittivi che caratterizzano i contenuti del trattamento tendono a spingere il meccanismo accolto dal codice lontano dagli archetipi riparativi e, in specie, dal requisito imprescindibile della volontarietà.

E tuttavia i limiti innegabili dell'istituto ideato dal legislatore non devono indurre a un atteggiamento di chiusura⁴⁰. Occorre semmai dedicarsi a smussare le punte di più aspro contrasto tra la disciplina e il modello di riferimento. I suggerimenti al riguardo non mancano⁴¹ e alcuni derivano dall'esperienza della giurisdizione di pace.

⁴⁰ Così con “le dovute cautele la giustizia riparativa può essere inclusa nei lavori di utilità sociale o in una messa alla prova”, sebbene allo stato può dirsi che essa “non coincide in sé con nessuno di questi istituti”, i quali possono, semmai, offrire “spazi normativi” per iniziare ad applicare la giustizia riparativa nell'ordinamento vigente: G. MANNOZZI, *Ostacoli e pietre di inciampo nel cammino attuale della giustizia riparativa in Italia*, in AA.VV., *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, cit., 129.

⁴¹ Senz'altro condivisibile, ad esempio, la soluzione di consentire l'eventuale esito conciliativo-riparativo fin dalle prime fasi procedimentali, “addirittura nelle primissime battute d'intervento della polizia giudiziaria”. Un simile esito, preclusivo all'esercizio dell'azione penale, non avrebbe, infatti, niente di arbitrario e non conferirebbe al pubblico ministero alcun potere sottratto al controllo giurisdizionale: così F. PALAZZO, *op. cit.*, 76.

Così l'inconciliabilità tra modello riparativo e istanze retributive spinge a interpretare il carattere indefettibile del lavoro di pubblica utilità *ex art. 168-bis c.p.* secondo i criteri di ragionevolezza sopra esposti con riguardo alle condotte riparatorio-risarcitorie incluse nel programma di trattamento e messi a punto proprio nell'ambito del procedimento davanti al giudice di pace rispetto alle analoghe attività sfocianti nell'estinzione del reato *ex art. 35 d.lgs. n. 274 del 2000*. In simili contesti, a fronte della disponibilità manifestata dall'imputato a realizzare l'azione riparatoria, si è ritenuto superabile il rifiuto ingiustificatamente opposto dalla persona offesa. Allo stesso modo nell'ambito della messa alla prova, allorché l'imputato, pur diligentemente attivatosi, non sia tuttavia riuscito a trovare un'occasione di lavoro gratuita, il giudice potrà apprezzare ai fini riparativi la serietà dell'impegno profuso⁴² e, al contempo, valorizzare ai medesimi fini le altre misure includibili nel programma di trattamento. Si assegna così il giusto rilievo al "valore d'intenzione" manifestato dal reo⁴³, in vista dell'obiettivo ultimo del modello riparativo che non consiste affatto nel mero risultato risarcitorio o, tanto meno, dissimulatamente sanzionatorio, ma ambisce alla composizione della frattura sociale generata dal reato⁴⁴.

Più in generale, il funzionamento della messa alla prova richiede un innovativo approccio da parte del giudice, che deve interpretare in chiave riparativa tutta la gamma di misure offerta dalla nuova discipli-

⁴² Propendono per simile chiave di lettura R. BARTOLI, *op. cit.*, 670 e R. PICCIRILLO, *Le nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Relazione dell'Ufficio del Massimario della Cassazione sulla l. n. 67 del 2014*, in www.cortedicassazione.it, 7.

⁴³ I modelli di *restorative justice* "non richiedono per lo più un risultato riparativo oggettivo e completo, ma la manifestazione materiale di un valore d'intenzione, antitetico al disvalore d'intenzione manifestato con il reato da parte dell'autore". È il valore d'intenzione a compensare il disvalore del fatto: C.E. PALIERO, *op. cit.*, 123.

⁴⁴ Si è consapevoli che "non di rado il ristoro economico della vittima, la rimozione delle conseguenze materiali, la successiva definizione del processo sono variabili del tutto indipendenti da un'effettiva pacificazione tra gli autori del 'dramma'": B. GALGANI, *La funzione conciliativa del giudice di pace: una scommessa (allo stato) perduta?*, in AA.VV., *Verso la riforma del sistema sanzionatorio?*, a cura di P. PISA, Torino, 239. Qui evidentemente si discorre della concezione alta o "umanistica" della *restorative justice*: cfr. *supra*, § 3.

na. E la conclusione non può che valere all'interno di tutti gli spazi normativi aperti all'innesto del nuovo paradigma, ivi compreso il sistema conciliativo del giudice di pace.

Può dirsi in sintesi che la pronuncia n. 91 del 2018 della Corte costituzionale segna un punto di non ritorno: se le prescrizioni del programma di trattamento esulano dal *genus* sanzionatorio in virtù del carattere volontario che le caratterizza, la loro classificazione alla stregua del paradigma riparativo diventa una strada obbligata. Si afferma così in modo inequivoco la compatibilità costituzionale del rapporto di complementarietà tra i due modelli di intervento – penale e riparativo – disegnato dal legislatore. Sicché adesso occorre davvero iniziare a ragionare con le categorie proprie della *restorative justice*.

La parola passa ai protagonisti del diritto vivente: giudici, avvocati, mediatori sono chiamati a piegare gli strumenti processuali offerti dall'ordinamento agli obiettivi autentici – nobili e altri rispetto al mero soddisfacimento degli interessi materiali delle parti – della giustizia riparativa.

L'ESPERIENZA AUSTRIACA NELLE DEFINIZIONI ALTERNATIVE DEL PROCEDIMENTO PENALE

INTRODUZIONE ALLA DISCIPLINA DELL'ARCHIVIAZIONE PER TENUITÀ E DELLA DIVERSIONE

*Domenico Rosani**

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Gli organi competenti: cenni sul sistema processuale penale austriaco. 3. Archiviazione per tenuità (Einstellung wegen Geringfügigkeit). 3.1. Disciplina normativa. 3.2. Dato empirico. 4. Rinuncia alla persecuzione penale (Rücktritt von der Verfolgung, Diversion). 4.1. I requisiti generali della diversione. 4.2. Le varie forme di diversione. 4.2.1. Pagamento di una somma pecuniaria (Zahlung eines Geldbetrages). 4.2.2. Svolgimento di prestazioni socialmente utili (Gemeinnützige Leistungen). 4.2.3. Periodo di prova (Probezeit). 4.2.4. La mediazione penale (Tatausgleich). 4.2.5. Forme speciali: la diversione della disciplina sugli stupefacenti e quella per i testimoni chiave. 4.3. Procedura e possibilità di riapertura del procedimento. 4.4. Dato empirico. 4.4.1. Incidenza statistica e andamento. 4.4.2. Incidenza della diversione sulla recidiva. 5. Pentimento operoso (Tätige Reue). 6. Conclusioni: punti di criticità e importanti benefici della disciplina austriaca.

1. Introduzione

Per quanto attiene al tema della mediazione penale, nonché in generale alle definizioni alternative del procedimento penale, l'Austria presenta una considerevole esperienza in termini sia normativi sia di prassi applicativa, latrice di importanti spunti di riflessione per il giurista italiano che in proposito voglia studiare l'esperienza di Paesi limitrofi. Gli strumenti di deflazione trovano infatti fin dagli anni Novanta un amplissimo utilizzo nel procedimento penale austriaco, sia da parte della

* Assistente Universitario all'Istituto di diritto italiano, Leopold-Franzens-Universität Innsbruck.

magistratura requirente che giudicante¹. L'archiviazione per tenuità e le varie modalità di diversione, aventi generale applicabilità, permettono di concludere il procedimento senza un pronunciamento sostanziale sulla responsabilità penale dell'indagato o imputato. Le finalità della normativa sono molteplici, spaziando – non necessariamente in questo ordine – da considerazioni di economia processuale, deflazione e velocizzazione del procedimento, a valutazioni di proporzionalità ed *extrema ratio* della risposta penale, a ragionamenti di prevenzione speciale e generale². Gli istituti austriaci presentano natura prettamente processuale, sicché sta all'autorità giudiziaria – dicasi il giudice o, molto spesso, la Procura – decidere se in concreto sussistano le condizioni per farvi ricorso. Si determina così una sorta di “depenalizzazione di fatto” in cui la meritevolezza di pena viene definita nel caso concreto, *im Einzelfall*³.

Il contributo si aprirà con l'illustrazione delle caratteristiche salienti del sistema processuale penale austriaco, così da offrire ai lettori un generale orientamento a proposito (par. 2). Di seguito verranno trattati più in dettaglio l'archiviazione per tenuità (par. 3), le varie forme di diversione del procedimento (par. 4) e quindi, brevemente, il pentimento operoso, un istituto di diritto sostanziale ma che pare d'interesse tratteggiare in tale contesto (par. 5). Oggetto di attenzione sarà soltanto la disciplina prevista per gli adulti; non, invece, la normativa parzialmente derogatoria o supplementare prevista per i minori di età⁴.

¹ Per ragioni di comprensibilità, si utilizzerà nel prosieguo una terminologia vicina al sentire italiano, pur se – in termini giuridici e linguistici – non sempre corrispondente alle particolarità dell'ordinamento austriaco. A titolo d'esempio, l'Austria non conosce il concetto di “magistratura”, nel quale far rientrare sia i giudici (*Richter und Richterinnen*) che il Pubblico Ministero (*Staatsanwaltschaft*); lo stesso termine “Pubblico Ministero” risulterebbe, a un'analisi severa, improprio, in quanto di ispirazione francese.

² In proposito cfr. K. SUMMERER, “*Diversion*” e giustizia riparativa. *Definizioni alternative del procedimento penale in Austria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2018, 144.

³ K. SUMMERER, *op. cit.*, 147.

⁴ La disciplina (processual-)penalistica per i minori conosce numerose circostanze di “tenuità”, variamente intesa, che giustificano il venir meno della pretesa punitiva e l'archiviazione delle indagini. Allo stesso tempo, tutti i reati commessi da minori – senza limite edittale, a condizione che la colpa non sia grave e, di regola, non sia morto nessuno – sono suscettibili di essere oggetto di diversione. Cfr. i §§ 4 e 6 e, per la di-

2. *Gli organi competenti: cenni sul sistema processuale penale austriaco*

Competenti per il giudizio di primo grado, sia penale che civile, sono il *Bezirksgericht* (di seguito: Corte distrettuale) e il *Landesgericht* (Tribunale). La ripartizione delle competenze tra le due corti ha luogo in base alla sanzione prevista per il reato, senza prendere in considerazione le possibili circostanze (§§ 30 ss. del codice di rito: *Strafprozessordnung*, StPO)⁵. Le fattispecie punite con la somma pecuniaria e/o con la reclusione fino a un anno ricadono nella competenza della Corte distrettuale; quelle che superano tale soglia spettano al Tribunale. A tale basilare suddivisione si aggiunge una distinzione per materia, che attribuisce al Tribunale determinati reati⁶. Si consideri a proposito come l'ordinamento penale austriaco conosca spesso, sebbene non sempre, delle cornici edittali inferiori a quelle italiane, in particolare per quanto concerne la reclusione⁷. La Corte distrettuale si occupa pertanto di reati soltanto relativamente "minori", essendo invece il suo carico giudiziario – sia in termini numerici che di rilevanza sociale – di notevole importanza. I dati del Ministero della giustizia mostrano infatti

versione, il § 7 della legge *Jugendgerichtsgesetz* (JGG): Bundesgesetz vom 20. Oktober 1988 über die Rechtspflege bei Straftaten Jugendlicher und junger Erwachsener, originariamente pubblicata in BGBl. 599/1988.

⁵ La legislazione austriaca è rinvenibile sul *Rechtsinformationssystem des Bundes* (RIS) all'indirizzo www.ris.bka.gv.at (ultimo accesso di tutti i link: 5 luglio 2019).

⁶ Ad esempio lo *stalking*, la violenza privata, la compromissione colposa dell'ambiente, e altri indicati al § 30 StPO.

⁷ Ad esempio, il furto, nella sua fattispecie basilare (§ 127 del codice penale, *Strafgesetzbuch*, StGB), viene punito con la reclusione fino a sei mesi o con una sanzione pecuniaria tra 2 e 360 *Tagessätze*. Ogni *Tagessatz* consiste in un importo variabile tra 4 e 5.000 euro, il cui ammontare preciso nel caso di specie viene definito dal giudice con riguardo alla situazione personale e patrimoniale dell'imputato (§ 19 (2) del codice penale: *Strafgesetzbuch*, StGB). In confronto: il codice penale italiano punisce il furto semplice (art. 624 c.p.) con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da 154 a 516 euro. Il "furto grave" (*Schwerer Diebstahl*) trova invece disciplina al § 128 StGB e si ha qualora il furto intervenga in situazioni di particolare vulnerabilità (ad esempio in seguito a un'inondazione), ovvero interessi oggetti di rilevanza religiosa, scientifica, artistica, storica o popolare, concerna una infrastruttura di valore critico, oppure una cosa di valore superiore a 5.000 euro. In tal caso la reclusione può giungere a tre anni; qualora il valore ecceda 300.000 euro, a dieci anni.

come, nel 2017, le Corti distrettuali siano state interessate di 28.341 nuovi casi, mentre 23.979 sono stati i nuovi procedimenti di competenza dei Tribunali⁸.

Sia la Corte distrettuale sia il Tribunale sono formati da giudici di carriera, pur conoscendo quest'ultimo alcune composizioni miste con giudici laici⁹. Mentre la Corte distrettuale decide sempre monocraticamente, il Tribunale conosce infatti tre composizioni. Esso decide in veste di giudice monocratico per le fattispecie punite fino a cinque anni di reclusione, mentre per le fattispecie più gravi sono previsti due tipi di collegi¹⁰. Il procedimento d'appello avverso le sentenze della Corte distrettuale ha luogo innanzi al Tribunale, mentre le decisioni di quest'ultimo vanno impugnate davanti alla Corte d'appello (*Oberlandesgericht*).

⁸ In aggiunta, il Tribunale ha competenza esclusiva per i procedimenti di indagine (13.758 nel 2017), anche se il reato per cui si procede sarà da giudicarsi da parte della Corte distrettuale. I dati si ricavano da BUNDESMINISTERIUM FÜR VERFASSUNG, REFORMEN, DEREGULIERUNG UND JUSTIZ, *Sicherheitsbericht 2017. Bericht über die Tätigkeit der Strafstiz*, Wien, 2017, 9, accessibile online all'indirizzo www.bmi.gv.at.

⁹ In termini pratici, nel distretto di Corte d'appello di Innsbruck, competente per i *Länder* Tirolo e Vorarlberg e pertanto per una popolazione di ca. 1,15 milioni di persone, operano due Tribunali (Innsbruck e Feldkirch) e 18 Corti distrettuali (13 in Tirolo e cinque in Vorarlberg). Presso la Corte distrettuale di Innsbruck, la più grande di quelle esaminate, sono al momento quattro i giudici penali (dei ventisei in totale presenti). Presso il Tribunale sono 24 i giudici in ambito penale e dell'esecuzione penale, presso la Corte d'Appello nove. I dati si ricavano dallo schema di attribuzione delle cause (*Geschäftsverteilung*) disponibile sui rispettivi siti internet.

¹⁰ Il primo, c.d. *Schöffengericht*, è composto di regola da un giudice di carriera e due laici; per alcune fattispecie particolarmente gravi, quali ad esempio l'omicidio colposo, le violenze sessuali o l'incendio doloso, due giudici di carriera e due laici (§ 32 StPO). Esso è competente per i fatti di reato sanzionati con la reclusione eccedente i cinque anni e sulle altre fattispecie a esso attribuite, anche se aventi una cornice edittale minore (elencate al § 31 (3) StPO). La seconda tipologia di collegio, c.d. *Geschworengericht*, consiste in tre giudici di carriera e otto giurati popolari e decide sui fatti di reato puniti con una cornice edittale superiore nel minimo a cinque anni e nel massimo a dieci anni, ovvero per quelle fattispecie – generalmente gravi ma talvolta di carattere più politico – a esso attribuite dal § 31 (2) StPO; tra le varie: alto tradimento; vilipendio dello Stato e dei suoi simboli; banda armata; apologia del nazismo. Si v. anche la legge che disciplina le due composizioni collegiali del Tribunale: *Geschworenen- und Schöffengesetz* 1990 (GSchG), originariamente pubblicata in BGBl. 256/1990.

Gli strumenti deflattivi che verranno esposti nel seguito del contributo, essendo previsti per fattispecie di limitato disvalore, intervengono di regola nell'ambito del procedimento davanti alla Corte distrettuale e al Tribunale in composizione monocratica.

3. Archiviazione per tenuità (*Einstellung wegen Geringfügigkeit*)

3.1. *Disciplina normativa*

Nel caso di fattispecie di notevole tenuità, l'ordinamento austriaco richiede che, in presenza di determinate circostanze, un procedimento venga archiviato. Un'archiviazione in caso di tenuità del fatto (§ 191 StPO: *Einstellung wegen Geringfügigkeit*) può avere luogo sia in fase di indagine da parte della Procura, sia dopo l'esercizio dell'azione penale, pertanto ad opera della Corte distrettuale o del Tribunale¹¹. La tenuità del fatto impedisce la sua persecuzione (*Strafverfolgungshindernis*), va rilevata d'ufficio ed è motivo di impugnazione per nullità¹². L'archiviazione per tenuità è contenuta nel codice di rito dal 2008¹³; precedentemente, il § 42 del codice penale – in vigore sino a fine 2007 – a condizioni simili dichiarava non punibile il reato.

Come si vedrà, l'archiviazione per tenuità costituisce un istituto ampiamente usato nella pratica, in particolare dal Pubblico Ministero. Affinché vi si possa ricorrere, una condizione implicita è che il presunto reato rientri tra quelli per i quali la Procura può svolgere indagini. Ciò è il caso qualora l'accusa sia sostenuta dalla parte pubblica (*Offizialdelikte*); non, invece, nei c.d. *Privatanklagedelikte*, un limitato novero di reati in presenza dei quali è il privato a dover svolgere in proprio le in-

¹¹ Il § 191 (2) StPO estende la disciplina prevista per la Procura anche all'archiviazione operata dal giudice.

¹² H.V. SCHROLL, § 191, in H. FUCHS, E. RATZ (a cura di), *Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Wien, 2018, n. 7 e 14 ss. In tal senso, tra i vari, *Oberster Gerichtshof*, 14 Os 25/09x, 12.05.2009, in RIS.

¹³ Strafprozessreformgesetz, BgBl. 19/2004, nonché Änderung der Strafprozessordnung 1975, des Strafgesetzbuches, des Jugendgerichtsgesetzes 1988 und des Finanzstrafgesetzes, BgBl. 93/2007.

dagini necessarie e sostenere l'accusa in giudizio. Tali reati costituiscono una limitazione al principio di obbligatorietà dell'azione penale (*Offizialprinzip* oppure *Prinzip der amtswegigen Verfolgung*)¹⁴.

Il codice di rito, al § 191 StPO, enuclea i criteri espressamente richiesti per l'archiviazione per tenuità. Vi è innanzitutto un limite edittale: il fatto di reato deve essere punito con la somma pecuniaria e/o con la reclusione fino a tre anni. Non devono sussistere ragioni di carattere special- e generalpreventivo che giustifichino l'apposizione di una sanzione. Per quanto concerne il fatto, questi deve inoltre presentare una limitata offensività in concreto¹⁵, valutata con riguardo all'elemento soggettivo¹⁶, alle conseguenze del fatto, al comportamento successivo al reato (con particolare riguardo alla riparazione dal danno)¹⁷ e agli altri fattori incidenti sulla pena. Tale valutazione va effettuata in maniera globale, considerando unitariamente tutti tali parametri¹⁸. Viene infine sostenuto dalla dottrina come per potersi procedere a un'archiviazione sia implicitamente richiesto che gli accadimenti siano stati "suffi-

¹⁴ Sono *Privatanklagedelikte* ad esempio la violazione del segreto della corrispondenza (§ 118 StGB), l'oltraggio (§ 111 ss. StGB) o gli altri reati menzionati dal § 374 StPO. A giustificazione di tale speciale trattamento viene solitamente citata la mancanza di un interesse pubblico alla repressione dei relativi reati: cfr., anche per una prima ma approfondita introduzione, S. SEILER, *Strafprozessrecht*, Wien, 2018, 26 s. In aggiunta, l'ordinamento austriaco conosce gli *Ermächtigungsdelikte*, ove – semplificando – la Procura persegue il reato soltanto qualora autorizzata dalla vittima, similmente a quanto previsto in Italia per i reati punibili a querela.

¹⁵ Il testo normativo richiede che "der Störfwert der Tat als gering anzusehen wäre"; una traduzione letterale potrebbe suonare così: per aversi archiviazione per tenuità è necessario che "il carattere di disturbo del fatto" sia limitato.

¹⁶ I precedenti penali risultano rilevanti a proposito: S. SEILER, *op. cit.*, 189.

¹⁷ A riguardo, alcune voci in dottrina hanno rilevato come l'attenzione posta sulla riparazione delle conseguenze del fatto porterebbe a una poco ragionevole discriminazione a seconda se l'autore sia dotato – o no – di un'assicurazione per la responsabilità civile, e questa risarcisca rapidamente la persona offesa: S. SEILER, *op. cit.*, 189.

¹⁸ Parla di una valutazione di tali parametri "secondo il principio dei vasi comunicanti" H.V. SCHROLL, § 191, in H. FUCHS, E. RATZ (a cura di), *Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Wien, 2018, n. 30 ss.

cientemente chiariti”); la Procura deve pertanto essere ragionevolmente convinta che ci si trovi in presenza di un fatto di reato punibile¹⁹.

In presenza di circostanze simili, la particolare tenuità del fatto potrebbe portare in Italia a escludere in termini sostanziali la punibilità²⁰ o la procedibilità²¹. In Austria si procede a un’archiviazione di carattere processuale, avente tuttavia – si noti – conseguenze di carattere materiale. La decisione di archiviare il procedimento ha infatti di regola valore di giudicato²². Solo qualora ricorrano precise circostanze è ammissibile una riattivazione del procedimento senza che si violi il divieto di *ne bis in idem*.

Una prima casistica in tal senso è descritta dal § 193 StPO (*Fortführung*) e ricorre qualora l’indagato non sia mai stato sottoposto a provvedimenti coercitivi²³ e neanche mai ascoltato; oppure quando emergano nuovi fatti o mezzi di prova che fondino una responsabilità penale potenzialmente sufficiente a giungere a condanna o una diversione, a condizione che il fatto non sia prescritto. In tal caso, la Procura può riattivare il processo senza bisogno di osservare particolare forme²⁴.

¹⁹ Si tratterebbe di un principio generale ricavabile dal § 210 StPO, dedicato all’“accusa” e in particolare alla richiesta di rinvio a giudizio, che deve basarsi su un fatto sufficientemente chiarito (“Wenn auf Grund ausreichend geklärten Sachverhalts [...]”): K. SCHWAIGHOFER, *Diversion im Abwind? Ursachen des Rückgangs und Überlegungen zur Ausweitung*, in *Journal für Strafrecht*, 3, 2013, 102.

²⁰ Cfr. art. 131-bis c.p.: “Nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l’esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell’articolo 133, primo comma, l’offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale”.

²¹ L’art. 34 l. 274/2000, con riferimento ai reati di competenza del giudice di pace, ritiene un fatto di particolare tenuità quando, “rispetto all’interesse tutelato, l’esiguità del danno o del pericolo che ne è derivato, nonché la sua occasionalità e il grado della colpevolezza non giustificano l’esercizio dell’azione penale, tenuto conto altresì del pregiudizio che l’ulteriore corso del procedimento può recare alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta ad indagini o dell’imputato”.

²² In tal senso H. HINTERHOFER, B.P. OSHIDARI, *System des österreichischen Strafverfahrens*, Wien, 2017, 470.

²³ Un prelievo coercitivo del sangue costituisce una tale misura: H. HINTERHOFER, B.P. OSHIDARI, *op. cit.*, 470.

²⁴ H. HINTERHOFER, B.P. OSHIDARI, *op. cit.*, 470.

Una seconda possibilità per riattivare il procedimento archiviato è prevista al § 195 StPO (*Fortführung auf Antrag des Opfers*) e si ricollega idealmente ai diritti della vittima previsti dal codice di rito. La posizione di questa all'interno del procedimento penale ha infatti conosciuto in Austria un notevole rafforzamento negli ultimi anni, in particolare in seguito all'attuazione della direttiva 2012/29/UE che ha istituito norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato. Fra i vari diritti e misure anche di carattere informativo previsti dal § 10 StPO, dedicato alla partecipazione delle vittime al procedimento, esso impone all'autorità giudiziaria, nel decidere sulla cessazione di un procedimento, di verificare e sostenere nella migliore misura possibile l'interesse della vittima alla riparazione del danno. Al contempo, il quarto titolo del codice di rito (§ 65 ss. StPO) è dedicato alle "vittime e [a]i loro diritti" e prevede in particolare, al § 66 che rinvia al § 195 StPO, la possibilità di chiedere al Tribunale la prosecuzione delle indagini archiviate. Ciò deve tuttavia avvenire entro 14 giorni dalla decisione di archiviazione e soltanto se si ritenga che la legge sia stata violata o applicata male, ovvero se vi siano dubbi sulla veridicità dei fatti su cui la decisione è basata, ovvero siano emersi nuovi fatti o mezzi di prova. Soltanto qualora la vittima richieda la riapertura delle indagini, l'ordinamento austriaco prevede un controllo giurisdizionale sulla (già avvenuta) archiviazione. A decidere è un collegio di tre giudici; non è ammesso appello (§ 196 StPO).

3.2. *Dato empirico*

La relazione sulla sicurezza pubblicata ogni anno dal Ministero della giustizia²⁵ fornisce importanti dati empirici con riguardo all'incidenza dell'archiviazione per tenuità. La versione più recente della relazione risale al 2018 e fa riferimento ai dati rilevati nel corso del 2017. In quell'anno, il 9% delle archiviazioni operate dalle procure austriache era da ricondurre a considerazioni di tenuità: delle 156.235 archiviazio-

²⁵ Le relazioni (*Sicherheitsberichte*) sono accessibili sul sito del ministero; si v. in particolare l'allegato dedicato alla giustizia penale (*Bericht über die Tätigkeit der Strafjustiz*): www.bmi.gv.at/508/start.aspx.

ni disposte, 13.989 erano infatti motivate in tal senso²⁶. Se si compara questo dato con le richieste di rinvio a giudizio (62.512)²⁷, si evince come ogni circa quattro rinvii a giudizio vi sia stata un'archiviazione per tenuità. Con riguardo agli organi che nel 2017 hanno proceduto all'archiviazione per tenuità, è la Procura ad averne disposto la maggior parte, appunto 13.989, mentre quelle sancite dalla Corte distrettuale o dal Tribunale sono state 806²⁸. In altri termini, ogni 100 archiviazioni per tenuità, 5 sono state disposte dai giudici, le restanti dalle Procure²⁹. L'andamento delle archiviazioni per tenuità nel periodo 2013-2017 è caratterizzato da una certa variabilità, segnando i dati minimi nel 2014 e massimi nel 2016, rispettivamente con 14.519 e 18.183 archiviazioni.

4. Rinuncia alla persecuzione penale (Rücktritt von der Verfolgung, Diversion)

4.1. I requisiti generali della diversione

Le possibilità di “diversione” sono centrali nel procedimento penale austriaco. Con tale concetto si fa riferimento alle varie modalità di conclusione di un procedimento penale, prima o dopo il rinvio a giudizio, per il tramite di una risposta alternativa, non penale, che pure soddisfi le esigenze di prevenzione speciale e generale. A differenza dell'archiviazione per tenuità, la rinuncia alla persecuzione penale non avviene

²⁶ *Sicherheitsbericht 2017*, 13. Si ricorda a tal riguardo che si sta prendendo in considerazione soltanto la disciplina di rilievo per l'adulto; cfr. quanto *supra* in nota.

²⁷ *Sicherheitsbericht 2017*, 30.

²⁸ *Sicherheitsbericht 2017*, 13 e 20.

²⁹ Se si considera il periodo 2013-2016, in media ogni anno ca. 15.900 procedimenti si sono conclusi tramite un'archiviazione; di queste, ca. il 91% è stato disposto dalle procure, il restante dai giudici. In termini assoluti, nel 2016 ci sono state 18.183 archiviazioni per tenuità (di cui 17.006 tramite la Procura e 1.117 tramite i giudici); nel 2015, 16.638 (15.524 e 1.114); nel 2014, 14.519 (12.633 e 1.886); nel 2013, 15.172 (13.069 e 2.103). Tali risultanze si ricavano dai *Sicherheitsberichte* sommando le corrispondenti voci dei procedimenti conclusi dalle Procure (*Verfahrenserledigung durch die Staatsanwaltschaften*) con quelle dei procedimenti conclusi in sede giurisdizionale (*Verfahrenserledigung durch die Gerichte*).

direttamente, bensì soltanto a seguito del positivo espletamento di una serie di prescrizioni³⁰. L'istituto della diversione, introdotto nel codice di rito³¹ nel 2000, ricomprende in sé una varietà di tipologie, tutte di ampio uso in Austria. Si pensi che di venti procedimenti conclusi dalle Procure o dai Tribunali nel 2017, 13 consistevano in archiviazioni (non soltanto per tenuità), due in condanne totali o parziali, una era un'assoluzione in tutti i punti, e ben quattro le diversioni³².

Le condizioni in presenza delle quali la Procura o il giudice può offrire all'indagato o all'imputato una diversione sono enucleate dal titolo XI del codice di rito, rubricato "Rücktritt von der Verfolgung (Diversion)" (198 StPO ss.). Innanzitutto, bisogna trovarsi in presenza di un *Offizialdelikt*, dove l'accusa è sostenuta dalla parte pubblica. Deve inoltre potersi escludere la possibilità di archiviare il procedimento, avendo la diversione carattere residuale rispetto all'archiviazione per tenuità. Gli accadimenti devono essere "debitamente chiariti"³³, cosicché sarebbe ragionevolmente possibile rinviare a giudizio l'indagato con un'ele-

³⁰ Tali prescrizioni non vanno chiaramente considerate quali sanzioni penali, in quanto queste potrebbero aversi soltanto al termine di un processo. A riguardo è stato notato come la dottrina austriaca non presti particolare attenzione alla natura giuridica delle prescrizioni oggetto della diversione: K. SUMMERER, "Diversion" e giustizia riparativa, cit., 174. Sul punto si v. anche i ragionamenti dell'Autrice a 171 ss.

³¹ *Strafprozeßnovelle* 1999, originariamente pubblicata in BGBl. 55/1999 ed entrata in vigore il primo gennaio 2000. La struttura del codice è stata quindi modificata nel 2004, con decorrenza dal 2008, tramite la già citata *Strafprozessreformgesetz* (BGBl. 19/2004).

³² Questi i dati assoluti: 254.241 i procedimenti conclusi, di cui: 161.207 archiviazioni, 31.415 condanne (totali o parziali), 9.444 assoluzioni (in tutti i punti), 52.175 diversioni: *Sicherheitsbericht 2017*, p. 30. Si noti che a p. 23 viene riportato un altro dato totale (251.467); tale somma tuttavia non tiene conto di tutti i procedimenti a cui fa riferimento la tabella di p. 30 (risposta del Ministero della Giustizia alla richiesta di chiarimento dell'autore, 28 e 29 luglio 2019).

³³ "[...] auf Grund hinreichend geklärten Sachverhaltes". Si noti la differenza terminologica rispetto al requisito generale del § 210 StPO, prima richiamato, dove il fatto – ai fini della richiesta di rinvio a giudizio – deve essere "sufficientemente" (*ausreichend*) chiarito. Secondo autorevoli voci in dottrina tale diversa formulazione non deve tuttavia ingannare, richiedendo entrambi i termini lo stesso grado di convinzione: K. SCHWAIGHOFER, *op. cit.*, 104; C. BERTEL, A. VENIER, *StPO-Kommentar*, Wien, 2012, § 198, n. 2.

vata probabilità di giungere a condanna³⁴. V'è quindi un limite edittale, dovendo il fatto di reato essere punito con la reclusione non superiore a cinque anni. L'elemento soggettivo al contempo "non deve essere grave"; nel definire in concreto tale concetto normativo, che non va confuso con il concetto di colpa grave, va fatto riferimento ai criteri di determinazione della pena³⁵. Assenti devono essere infine ragioni di carattere special- e generalpreventivo che giustifichino l'apposizione di una sanzione. Si noti a riguardo che la stessa diversione, essendo una risposta potenzialmente individualizzata a un determinato fatto di reato, è ritenuta avere una particolare efficacia specialpreventiva³⁶. Alcuni reati sono esclusi dalla possibilità di diversione: questo avviene qualora il fatto abbia causato la morte di una persona (con un'eccezione)³⁷, ovvero in molti casi di abuso di ufficio³⁸ o qualora si proceda per un reato contro l'integrità e l'autodeterminazione sessuale punito con la reclusione superiore a tre anni.

In presenza delle varie condizioni indicate, il Pubblico Ministero o il giudice può offrire una diversione, che l'indagato (o imputato: per semplicità, di seguito si farà riferimento soltanto al primo) può accettare ovvero rifiutare. In tale ultimo caso, il procedimento prosegue secondo le forme ordinarie. Il consenso dell'indagato allo svolgimento della diversione è centrale sia da una prospettiva criminologica (ovvero specialpreventiva) sia per ragioni di carattere dogmatico: se l'adempimento delle prescrizioni previste dalla disciplina sulla diversione non fosse

³⁴ C. BERTEL, A. VENIER, *op. cit.*, n. 2, i quali ritengono non si possa sostenere che gli accadimenti siano debitamente chiariti qualora l'indagato e la vittima non siano stati sentiti.

³⁵ H.V. SCHROLL, *Judikatur zu den Anwendungsvoraussetzungen der Diversion*, in *Österreichische Juristenzeitung*, 19, 2013, 861 ss.

³⁶ Cfr. K. SUMMERER, "Diversion" e giustizia riparativa, cit., 161.

³⁷ Una diversione risulta infatti ugualmente possibile qualora la vittima sia un familiare dell'autore del fatto, la morte sia colposa e, in considerazione delle gravi sofferenze psicologiche che la morte ha causato all'autore, non appaia necessaria l'irrogazione di una sanzione: § 198 (2) (3) StPO.

³⁸ In caso di abuso d'ufficio, una diversione è possibile qualora la condotta non abbia violato ingiustamente i diritti altrui, ovvero in maniera tenue o non rilevante, e non vi sia concorso formale con i delitti di corruzione, anche solo promessa: § 198 (3) StPO.

volontario, queste assumerebbero infatti natura penale, pur venendo irrogate senza le guarentigie di un processo³⁹.

Ciò che non è richiesto è invece una confessione⁴⁰. L'assunzione di responsabilità necessaria ai fini del risarcimento o quale requisito espresso di talune forme diversive viene tuttavia interpretata dalla giurisprudenza nel senso di richiedere una consapevolezza del torto commesso⁴¹. Critica è sul punto la dottrina⁴². Conseguentemente labile è infatti il discrimine che distingue una tale consapevolezza dalla necessità di una confessione in giudizio. La Corte suprema (*Oberster Gerichtshof*) è dell'opinione che non vada offerta una diversione qualora l'imputato "menta fino alla fine"⁴³.

Con l'eccezione della forma della c.d. mediazione penale, la diversione non richiede il consenso della persona offesa. Quest'ultima, che pure dispone di ampi diritti informativi (v. *supra*), non può richiedere uno scrutinio giurisdizionale della scelta diversiva effettuata dal Pubblico Ministero. Sono tuttavia vari i vantaggi che si presentano per essa, in particolare l'accelerazione del risarcimento. Le varie forme di diversione richiedono infatti, di regola, che la parte offesa veda rimborsato il danno patito. A ciò fanno eccezione soltanto la mediazione penale, in quanto le parti si accordano direttamente a riguardo, e la diversione prevista dalla disciplina sugli stupefacenti. La legge fa inoltre salvo il caso in cui "ragioni particolari" impongano di rinunciare al risarcimento. Eccettuati questi specifici casi, è interesse dell'indagato stesso procedere rapidamente alla liquidazione del risarcimento, essendo questi necessario affinché si giunga a una diversione. La vittima, pur non potendo eccepire sul suo ammontare, vedrà pertanto il danno risarcito in

³⁹ Cfr. K. SUMMERER, "Diversions" e giustizia riparativa, cit., 159.

⁴⁰ In tal senso, tra i vari, S. SEILER, *op. cit.*, 199; H. HINTERHOFER, B.P. OSHIDARI, *op. cit.*, 475. Sul punto v. anche K. SUMMERER, "Diversions" e giustizia riparativa, *op. cit.*, 161.

⁴¹ Cfr. Oberster Gerichtshof, massima RS 0126734, 29.03.2011, oppure massima RS 0116299, 07.03.2002, entrambe in RIS.

⁴² C. BERTEL, A. VENIER, *Strafprozessrecht*, Wien, 2019, p. 103; cfr. anche S. SEILER, *op. cit.*, 199.

⁴³ Oberster Gerichtshof, 12 Os 82/15y, 27.08.2015, in RIS. Per una breve disamina della giurisprudenza in proposito cfr. H.V. SCHROLL, *Judikatur zu den Anwendungsvoraussetzungen der Diversion*, cit., 864.

tempi più rapidi e sicuri rispetto a quelli che si avrebbero in presenza di un titolo esecutivo emesso a seguito di condanna.

Specularmente, numerosi sono i vantaggi di una diversione anche per l'autore della condotta: rispetto a un ordinario procedimento penale, la vicenda si conclude in termini rapidi; non si giunge a una condanna e si evita il conseguente stigma; la fedina penale rimane pertanto illibata⁴⁴. In aggiunta, il ricorso agli istituti di diversione permette importanti vantaggi in termini economici, non essendo necessaria – anche alla luce del limitato obbligo di difesa tecnica in caso di reati di limitata gravità⁴⁵ – l'assistenza di un avvocato. Le spese del procedimento sono comunque dovute.

In aggiunta, si noti che la disciplina normativa non prevede una limitazione in termini di ripetibilità del ricorso alla diversione. Ciononostante, il fatto che un certo soggetto abbia già fatto uso di strumenti diversivi (di cui rimane traccia per 10 anni nei registri giudiziari: § 75 c. 2 StPO) costituisce un indice che viene attentamente valutato con riguardo alle esigenze di prevenzione speciale, la cui assenza è necessaria per poter avere (nuovamente) accesso alla diversione⁴⁶.

4.2. Le varie forme di diversione

Cinque (più una) sono le modalità di diversione previste dall'ordinamento per gli adulti, che di seguito brevemente si illustreranno. Tali varie forme non sono cumulative tra di loro; ad esempio, non si può offrire all'indagato, per lo stesso presunto fatto di reato, di pagare una

⁴⁴ I certificati richiesti dal privato non riportano comunque i reati bagatellari: § 6 (2) della legge *Bundesgesetz vom 15. Feber 1972 über die Tilgung von Verurteilungen und die Beschränkung der Auskunft (Tilgungsgesetz 1972)*, originariamente pubblicata in BGBl. 68/1972.

⁴⁵ Si v. il § 61 StPO.

⁴⁶ H.V. SCHROLL, § 198, in H. FUCHS, E. RATZ (a cura di), *Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Wien, 2016, n. 39 ss. Secondo altre voci, *de jure condendo* già dopo due anni dall'avvenuta diversione essa non dovrebbe più rilevare nella valutazione dell'adeguatezza specialpreventiva di una nuova diversione: C. BERTEL, A. VENIER, *StPO-Kommentar*, cit., § 199, 545.

somma pecuniaria e svolgere delle prestazioni socialmente utili⁴⁷. La Procura – o, come detto, il giudice – dispone di una notevole discrezionalità nello stabilire la modalità da offrirsi⁴⁸.

4.2.1. *Pagamento di una somma pecuniaria (Zahlung eines Geldbetrages)*

Disciplinata al § 200 StPO (rubricata *Zahlung eines Geldbetrages*), tale prima modalità di diversione consiste nel pagamento di una somma a favore dello Stato di ammontare fino a 180 *Tagessätze*, più i costi del procedimento, da pagarsi di regola entro quattordici giorni⁴⁹. Ogni *Tagessatz* consiste in un importo variabile tra 4 e 5.000 euro, il cui ammontare preciso nel caso di specie viene definito dal giudice con riguardo alla situazione personale e patrimoniale dell'imputato (§ 19 (2) StGB), permettendo così una risposta sanzionatoria differenziata e (più) proporzionata alle capacità economiche del singolo⁵⁰. Salvo particolari ragioni, è condizione necessaria per l'accesso a tale forma di diversione il risarcimento del danno, da compiersi nei tempi indicati dalla disposizione e comunque non superiori a sei mesi.

⁴⁷ C. BERTEL, A. VENIER, *StPO-Kommentar*, cit., § 199, 545. Cfr., anche per riferimenti alla giurisprudenza, H.V. SCHROLL, *Judikatur zu den Anwendungsvoraussetzungen der Diversion*, cit., 864.

⁴⁸ K. SUMMERER, "*Diversion*" e giustizia riparativa, cit., 163.

⁴⁹ L'ordinamento italiano conosce un istituto con importanti similarità, dicasi l'oblazione per le contravvenzioni, consistente nel pagamento di un terzo del massimo edittale (162 c.p., qualora il reato sia punito con la sola ammenda), ovvero della metà del massimo edittale (162-bis c.p., qualora sia prevista l'ammenda o l'arresto), più le spese. L'oblazione ha carattere sostanziale, estinguendo il reato.

⁵⁰ Tale sistema viene utilizzato anche per la determinazione delle pene pecuniarie; in tale contesto, qualora non si sia in grado di pagare la somma stabilita, questa verrà convertita in una pena reclusiva, ove due *Tagessätze* corrispondono a un giorno di reclusione: § 19 (2) StGB. Sul tema cfr. R. LÄSSIG, *Geldstrafen § 19*, in F. HÖPFEL, E. RATZ (a cura di), *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Wien, 2010. Si noti tuttavia che tale conversione non ha luogo nell'ambito delle diversioni: qualora la somma pecuniaria non venga puntualmente pagata, verrà infatti meno la temporanea rinuncia alla persecuzione penale con contestuale riapertura del procedimento (v. *infra*).

4.2.2. *Svolgimento di prestazioni socialmente utili (Gemeinnützige Leistungen)*

La seconda forma di diversione consiste nello svolgimento di prestazioni a favore della collettività (§ 201 s. StPO: *Gemeinnützige Leistungen*), fino a un massimo di 240 ore, da compiersi nel tempo libero entro sei mesi⁵¹. I lavori vengono di regola veicolati da Neustart, un'associazione attiva da decenni nell'ambito della risocializzazione degli autori di reato, della tutela delle vittime e della prevenzione; essa presenta un rapporto di stabile collaborazione con la Repubblica austriaca ed è finanziata per la quasi totalità dalla mano pubblica⁵². Tale tipologia di diversione, d'intensità anche non indifferente, viene ad esempio utilizzata per reati il cui disvalore si situa ben al di sopra della soglia bagattellare ma che sono privi di una precisa persona offesa, ad esempio nel caso di danneggiamento di beni pubblici o reati ambientali⁵³. Un'ulteriore casistica di notevole rilevanza è quella rappresentata da reati di media criminalità (risse, violenze domestiche, condotte determinate dall'abuso di alcol)⁵⁴.

4.2.3. *Periodo di prova (Probezeit)*

Il periodo di prova (§ 203 StPO: *Probezeit*) è la modalità di diversione in teoria meno afflittiva, richiedendo di non commettere ulteriori reati nei uno o due anni seguenti alla notificazione del provvedimento⁵⁵. In aggiunta sono previsti degli obblighi da osservarsi. La disciplina normativa non enuncia espressamente quali prestazioni possano venire in considerazione a tal riguardo; il giudice risulta pertanto possedere un

⁵¹ In Italia, il lavoro di pubblica utilità (art. 57 l. 274/2000), previsto per i reati di competenza del giudice di pace, ammonta a una prestazione non retribuita a favore della collettività da 10 giorni a sei mesi; in tale contesto, un giorno equivale a due ore di lavoro. Settimanalmente sono possibili sei ore di lavoro, salvo eccezioni.

⁵² Si v. il sito internet www.neustart.at.

⁵³ H. HINTERHOFER, B.P. OSHIDARI, *op. cit.*, 483.

⁵⁴ K. SUMMERER, "*Diversion*" e giustizia riparativa, cit., 165.

⁵⁵ In questo senso v. il § 205 (2) (3) StPO; sul punto cfr. H.V. SCHROLL, § 205, in H. FUCHS, E. RATZ (a cura di), *Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Wien, 2016, n. 13/1 ss.

ampio margine di discrezionalità. Frequentemente – a seconda del fatto di reato per cui si è proceduto – viene ad esempio richiesto di svolgere determinate terapie, corsi di sicurezza stradale, training anti-violenza, ovvero omettere certi comportamenti (ad esempio, non avvicinarsi al domicilio della vittima)⁵⁶. Il rispetto di tali prescrizioni viene supervisionato e coadiuvato da un assistente (*Bewährungshelfer*) di Neustart⁵⁷. L’ordinamento prevede tuttavia la possibilità che per ragioni particolari si rinunci all’apposizione di tali ulteriori obblighi, cosa che nella prassi avviene spesso. In particolare, ciò ha luogo in caso di reati di limitata rilevanza ma che tuttavia non possono essere oggetto di archiviazione e si ritenga basti la minaccia di una sanzione per prevenire la commissione di ulteriori fatti di reato⁵⁸.

4.2.4. *La mediazione penale (Tatausgleich)*

L’istituto della mediazione penale (*Tatausgleich*: § 204 StPO) consiste in un confronto tra autore e vittima del fatto per chiarire l’accaduto con riguardo a fatti di piccola e media criminalità e si propone di risolvere il conflitto così creatosi⁵⁹. Il nome significa letteralmente “compensazione del fatto”⁶⁰ e in origine conteneva un espresso riferimento al carattere extragiudiziale della procedura (“außergerichtlicher Tataus-

⁵⁶ Cfr. H. HINTERHOFER, B.P. OSHIDARI, *op. cit.*, 483.

⁵⁷ Per un breve confronto con l’ordinamento italiano, la messa alla prova prevista dall’art. 168-bis ss. c.p. può trovare applicazione (una sola volta) se il fatto è punito con la pena pecuniaria e/o detentiva fino a quattro anni e comporta la sospensione del processo con contestuale prestazione di condotte volte all’eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato nonché, ove possibile, il risarcimento del danno cagionato. L’imputato viene affidato al servizio sociale per lo svolgimento di un programma – che può implicare, tra l’altro, attività di volontariato di rilievo sociale, ovvero l’osservanza di predeterminate prescrizioni – ed è tenuto a compiere prestazioni di pubblica utilità. L’esito positivo ha carattere sostanziale, estinguendo il reato.

⁵⁸ Nel 2017 sono stati 9.876 i procedimenti conclusi con un periodo di prova *senza* obblighi avente avuto successo; appena 1.073 con un periodo di prova *congiunto* a determinati obblighi: *Sicherheitsbericht 2017*, 65.

⁵⁹ *Sicherheitsbericht 2017*, 69.

⁶⁰ K. SUMMERER, “*Diversion*” e *giustizia riparativa*, cit., 167.

gleich”)⁶¹. Si tratta pertanto di un obiettivo più ampio rispetto alla mera riparazione del danno prodotto richiesta nelle altre forme di diversione. La mediazione penale nasce nel 1985 come modello sperimentale per i minorenni presso le corti di Vienna, Linz e Salisburgo, per trovare quindi ingresso definitivo nella giustizia minorile tramite la *Jugendgerichtsgesetz 1988*, in vigore dal gennaio 1989⁶². A seguito di tali innovazioni normative sul fronte minorile, si iniziò a discutere sull'opportunità di introdurre tale istituto anche nel diritto procedurale penale degli adulti. A seguito di un periodo sperimentale tra il 1992 e il 1999, alla fine degli anni Novanta⁶³ esso è così assorto a metodo generale di diversione dei procedimenti. In aggiunta ai presupposti richiesti per tutte le diversioni, si da poter accedere a una mediazione penale è altresì necessario che i beni giuridici della vittima siano stati offesi direttamente dall'azione e l'autore sia pronto ad assumere responsabilità per l'azione e confrontarsi con le motivazioni alla sua origine. Egli è tenuto a riparare in maniera adeguata le conseguenze dell'azione, in particolare tramite il risarcimento del danno, e – qualora necessario – assumere obbligazioni a dimostrazione della sua volontà di evitare *pro futuro* i comportamenti all'origine della condotta (§ 204 StPO). Durante la mediazione penale è in aggiunta richiesto di non commettere ulteriori reati⁶⁴.

La mediazione penale richiede la partecipazione attiva e pertanto il consenso della vittima; di questi si può fare a meno soltanto qualora venga negato per “motivi non degni di essere considerati nel processo penale”. Ciò ad esempio è il caso qualora la vittima per mere ragioni di vendetta neghi la propria disponibilità a entrare in una mediazione penale. Gli interessi della vittima sono tuttavia da osservare anche in tale

⁶¹ Si noti la denominazione leggermente diversa rispetto al similare istituto presente nella Repubblica federale di Germania, *Täter-Opfer-Ausgleich*; v. a riguardo, in particolare, i § 46 ss. del codice penale germanico (*Strafgesetzbuch*) e § 153a ss. del relativo codice di rito (*Strafprozessordnung*).

⁶² NEUSTART, *25 Jahre Tatausgleich in Österreich*, Wien, 2011, 1 s., accessibile sul sito www.neustart.at.

⁶³ § 90a ss. della legge di riforma del processo penale: *Strafprozeßnovelle 1999*, originariamente pubblicata in BGBl. 449/1999.

⁶⁴ In questo senso v. il § 205 (2) (3) StPO; sul punto cfr. H.V. SCHROLL, § 205, in H. FUCHS, E. RATZ (a cura di), *Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Wien, 2016, n. 13/2 ss.

situazione, ad esempio riconoscendo a essa un risarcimento economico⁶⁵.

La mediazione viene di regola delegata dalla Procura a un mediatore (*Konfliktregler*) di Neustart, che aiuta le parti a chiarire come si sia giunti all'accaduto, quali ne siano le conseguenze e come vi si possa porre rimedio, nonché quali siano le possibilità per risolvere il conflitto e regolare i futuri rapporti. Tali aspetti risultano di particolare rilevanza alla luce del fatto che le indagini mostrano come parte preponderante dei soggetti coinvolti (61%) si conoscesse prima della condotta e probabilmente avrà da intrattenere rapporti anche in futuro⁶⁶, ad esempio quali conviventi, vicini di casa o colleghi di lavoro. L'ambito di maggiore ricorso alla mediazione penale concerne le lesioni personali; il 65,1% dei casi nel 2017 interessava infatti tale fatto di reato⁶⁷.

4.2.5. *Forme speciali: la diversione della disciplina sugli stupefacenti e quella per i testimoni chiave*

Vi sono infine due forme “speciali” di diversione, che vanno analizzate brevemente. Una prima è prevista dalla normativa sugli stupefacenti (§ 35 e 37 *Suchtmittelgesetz*, SMG)⁶⁸. Questa tipologia presenta una propria disciplina, con requisiti particolari, diversi a seconda della gravità del fatto, che fanno parzialmente eccezione a quelli in generale enunciati dal codice di rito e prima descritti. Sostanzialmente, essa consiste in un periodo di prova di uno o due anni, eventualmente connesso a ulteriori oneri. Nei casi di minore gravità, la Procura ricorre alla diversione ogniqualvolta alcuni reati di carattere lieve (tra cui il possesso

⁶⁵ H.V. SCHROLL, § 204, in H. FUCHS, E. RATZ (a cura di), *Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Wien, 2016, n. 8.

⁶⁶ *Sicherheitsbericht 2017*, 69; i conflitti all'interno della coppia risultano essere una delle costellazioni più frequenti a riguardo: V. HOFINGER, *Konfliktregelung statt Strafe: Zwei Studien zur spezialpräventiven Wirkung des Tatausgleichs*, in *Richterzeitung*, 4, 2014, 91.

⁶⁷ *Sicherheitsbericht 2017*, 70 s.

⁶⁸ Bundesgesetz über Suchtgifte, psychotrope Stoffe und Drogenausgangsstoffe (*Suchtmittelgesetz – SMG*), inizialmente pubblicato su BGBl. 112/1997.

di stupefacenti)⁶⁹ siano stati commessi unicamente per uso personale proprio o altrui, senza che l'autore ne abbia ricavato un vantaggio. In tali casi la persona deve sottoporsi a un'analisi medica che stabilisca se sia necessaria una terapia; in caso affermativo, il soggetto deve essere pronto a sottoporvisi, al fine di accedere alla diversione. Nei casi più gravi – dicasi ove siano stati commessi alcuni reati di maggiore disvalore⁷⁰, oppure dove il procacciamento della sostanza psicotropa abbia richiesto la causazione di un altro reato – la Procura procede alla diversione qualora il reato sia di competenza della Corte distrettuale o del Tribunale monocratico, l'elemento soggettivo non sia grave e la concessione di una diversione risponda alle esigenze di prevenzione speciale. Nel 2016 la disciplina è stata ulteriormente semplificata⁷¹; qualora riceva informazione da parte della polizia giudiziaria della ricorrenza di una casistica “semplice”⁷², la Procura – salvo ritenga necessarie ulteriori indagini – deve ricorrere direttamente a una diversione, senza necessità di procedere previamente a un'analisi medica⁷³.

La seconda forma speciale di diversione è prevista dal codice di rito ai § 209a e 209b StPO ed è riservata ai testimoni chiavi (*Kronzeugen*)

⁶⁹ Si tratta dei reati previsti al § 27 (1) e (2) SMG e al § 30 SMG. La prima disposizione concerne l'acquisto, il possesso, la produzione, il trasporto, l'importazione, l'esportazione, l'offerta, la consegna o il procacciamento di stupefacenti, ovvero la coltivazione di determinate piante o funghi. Tali reati sono puniti con la reclusione fino a un anno o la somma pecuniaria fino a 360 *Tagessätze*; nel caso di uso esclusivamente personale, reclusione fino a sei mesi o la somma pecuniaria fino a 360 *Tagessätze*. La seconda disposizione punisce invece la preparazione del commercio di sostanze psicotrope.

⁷⁰ Dicasi i reati elencati dai §§ 27, 30, 31 e 31a SMG (ad esempio il commercio di quantitativi non lievi di sostanze psicotrope), ovvero dai §§ 28 e 28a SMG qualora in congiunzione con la dipendenza dell'autore del reato dalle sostanze psicotrope.

⁷¹ La modifica, che ha ampliato le maglie del ricorso alla diversione, è contenuta all'art. 2 della seguente legge di riforma: *Strafrechtsänderungsgesetz 2015*, in BGBl. 112/2015. Per una breve panoramica della situazione normativa precedente alla riforma cfr. H.V. SCHROLL, *Judikatur zu den Anwendungsvoraussetzungen der Diversion*, cit., 866 ss.

⁷² Dicasi qualora un reato previsto dal § 27 (1) e (2) SMG sia stato commesso unicamente per uso personale proprio o altrui, senza che l'autore ne abbia ricavato un vantaggio.

⁷³ Cfr. il nuovo § 35 (9) in combinato con il § 13 (2a) e (2b) SMG.

di fatti di grave criminalità, in particolare economica, intenzionati a collaborare con la giustizia. Avendo essa tuttavia finalità eterogenee rispetto alle altre forme diversive – quali l’incentivazione alla cooperazione con la Giustizia nell’ambito di reati di rilevante gravità e difficile perseguibilità – non verrà qui trattata⁷⁴.

4.3. Procedura e possibilità di riapertura del procedimento

Il procedimento di diversione può venire avviato dalla Procura ovvero, dopo l’esercizio dell’azione penale, dal giudice nei confronti dell’imputato (§ 199 StPO), comunicando la propria offerta di diversione all’indagato⁷⁵ e informando al contempo la vittima, alla quale l’ordinamento tuttavia non attribuisce alcun potere a proposito⁷⁶. L’offerta rimane vincolante anche qualora emergessero ulteriori elementi che ne farebbero venire meno i presupposti e può venire modificata soltanto a vantaggio dell’indagato⁷⁷. Qualora l’indagato l’accetti, ha luogo una temporanea rinuncia alla persecuzione penale, durante la quale trova spazio la diversione: l’indagato deve pagare la somma entro i termini pattuiti, svolgere le prestazioni, rispettare il periodo di prova e le relative prescrizioni, ovvero partecipare alla mediazione penale. Qualora l’indagato non ottemperi, ovvero si avviino indagini nei suoi confronti per un ulteriore fatto di reato (§ 205 StPO), la temporanea rinuncia viene meno e il procedimento penale riprende il suo corso.

È solo in caso di esito positivo della diversione che la prima, temporanea rinuncia alla prosecuzione penale diventa definitiva, con conseguenze di carattere materiale. In virtù del principio *ne bis in idem*, tale rinuncia ha effetti preclusivi dell’ulteriore corso del procedimento⁷⁸. La riapertura dello stesso è possibile soltanto alle condizioni previste per la

⁷⁴ Sul tema si v. S. SEILER, *op. cit.*, 204; C. BERTEL, A. VENIER, *StPO-Kommentar*, cit., § 209 e ss.; E. LEITNER, § 209a e 209b, in G. SCHMÖLZER, T. MÜHLBACHER (a cura di), *Strafprozessordnung-Kommentar*, Wien, 2013.

⁷⁵ Si v., a seconda della tipologia di diversione, i §§ 200 (4), 201 (4) e 203 (3) StPO.

⁷⁶ S. SEILER, *op. cit.*, 199; B.P. OSHIDARI, *op. cit.*, 486. A ciò fa eccezione la mediazione penale, dove è richiesto il consenso della vittima (si v. *supra*).

⁷⁷ C. BERTEL, A. VENIER, *Strafprozessrecht*, cit., 104.

⁷⁸ K. SUMMERER, “*Diversion*” e giustizia riparativa, cit., 170 s.

revisione delle sentenze (si v. il § 205 StPO, che rimanda al § 352). È pertanto necessario che il fatto non sia prescritto e (a) la diversione sia dovuta ad atti falsificati, dichiarazioni mendaci, corruzione o altri reati dell'imputato o di un terzo, ovvero (b) la persona successivamente confessi⁷⁹. Un'ultima possibilità per riaprire il procedimento è data qualora (c) emergano nuovi fatti o mezzi di prova che – escludendo la sussistenza dei requisiti necessari per la diversione⁸⁰ – fondino una responsabilità penale potenzialmente sufficiente a giungere a condanna. Per lo meno da un punto di vista teorico, tale ultima previsione relativizza pertanto con forza la preclusione di un ulteriore procedimento penale collegata all'esito positivo della diversione.

4.4. Dato empirico

4.4.1. Incidenza statistica e andamento

Le diversioni rivestono un ruolo centrale nel procedimento penale austriaco. Come visto, di venti procedimenti conclusi dalle Procure o dai Tribunali nel 2017, 13 consistevano in archiviazioni (non soltanto per tenuità), due in condanne, una in un'assoluzione totale, e ben quattro in diversioni⁸¹. La maggioranza delle diversioni è conseguita a un'offerta da parte dalla Procura. Ogni venti offerte di diversione, è infatti stato questo il caso per 16 di loro (83,4%), mentre tre (12,3%) provenivano dalla Corte distrettuale e una (4,3%) dal Tribunale⁸².

⁷⁹ A proposito si veda tuttavia quanto scritto *supra* con riguardo al fatto che le corti tendono a richiedere un'assunzione di responsabilità già al fine di accedere alla diversione.

⁸⁰ C. BERTEL, A. VENIER, *Strafprozessrecht*, cit., 173; P. LEWISCH, § 353, in H. FUCHS, E. RATZ (a cura di), *Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Wien, 2019, n. 35.

⁸¹ Questi i dati assoluti: 254.241 i procedimenti conclusi, di cui: 161.207 archiviazioni, 31.415 condanne (totali o parziali), 9.444 assoluzioni (in tutti i punti), 52.175 diversioni: *Sicherheitsbericht 2017*, p. 30. Si noti che a p. 23 viene riportato un altro dato totale (251.467); tale somma tuttavia non tiene conto di tutti i procedimenti a cui fa riferimento la tabella di p. 30 (risposta del Ministero della Giustizia alla richiesta di chiarimento dell'autore, 28 e 29 luglio 2019).

⁸² *Sicherheitsbericht 2017*, 62.

In termini assoluti, nel 2017 sono stati 52.175 i procedimenti conclusi con una diversione avente avuto successo; di questi, 24.938 erano da ricondurre alla disciplina sugli stupefacenti, 9.226 a una somma pecuniaria, 2.116 a prestazioni socialmente utili, 9.876 al periodo di prova senza obblighi e 1.073 al periodo di prova con obblighi, mentre 4.084 sono state le mediazioni penali⁸³.

Il ricorso agli istituti diversivi è tornato a crescere nel 2017. Se nel 2013 erano 42.901⁸⁴ i procedimenti penali conclusi definitivamente con una misura diversiva, tale dato era infatti costantemente calato negli anni successivi⁸⁵. Nel 2017 si è tuttavia segnalato un considerevole aumento: in tale anno, 52.175 procedimenti si sono conclusi per il tramite di una diversione⁸⁶. Se si scende nel dettaglio, tuttavia, si noterà come tale repentino incremento sia dovuto per la quasi totalità all'allargamento delle maglie della diversione per gli stupefacenti, che rappresenta oggi circa la metà di tutte le diversioni.

Mentre gli altri istituti diversivi si sono mantenuti pressoché costanti o hanno conosciuto un leggero calo⁸⁷, la diversione per gli stupefacenti è aumentata quasi del 100% nel 2017 rispetto all'anno precedente⁸⁸. Se

⁸³ *Sicherheitsbericht 2017*, 65.

⁸⁴ *Sicherheitsbericht 2013*, 23 ss.

⁸⁵ Dicali 41.534 nel 2014, 40.439 nel 2015 e 39.700 nel 2016; si vedano i relativi *Sicherheitsberichte* a pp. 23 ss.

⁸⁶ *Sicherheitsbericht 2017*, 23 e 30.

⁸⁷ Somma pecuniaria: 9.226 nel 2017, 9.319 nel 2016, 9.692 nel 2015, 10.914 nel 2014, 11.258 nel 2013. Prestazioni socialmente utili: 2.116 nel 2017, 2.112 nel 2016, 2.195 nel 2015, 2.324 nel 2014, 2.420 nel 2013. Periodo di prova senza obblighi: 9.876 nel 2017, 9.659 nel 2016, 9.978 nel 2015, 9.998 nel 2014, 10.268 nel 2013. Periodo di prova con obblighi: 1.073 nel 2017, 1.110 nel 2016, 1.192 nel 2015, 1.182 nel 2014, 1.282 nel 2013. Mediazione penale: 4.946 nel 2017, 4.800 nel 2016, 4.890 nel 2015, 5.002 nel 2014, 5.386 nel 2013. Tali risultanze si ricavano dai *Sicherheitsberichte* degli anni corrispondenti sommando i dati relativi ai procedimenti conclusi dalle Procure (*Verfahrenserledigung durch die Staatsanwaltschaften*) con quelli conclusi in sede giurisdizionale (*Verfahrenserledigung durch die Gerichte*).

⁸⁸ I procedimenti conclusi per diversione ai sensi dei §§ 35 e 37 SMG sono stati 24.938 nel 2017, 12.700 nel 2016, 12.492 nel 2015, 12.114 nel 2014 e 12.287 nel 2013; i dati sono tratti dai relativi *Sicherheitsberichte*. Il leggero ritardo rispetto alla novella, entrata in vigore nel 2016, è dovuto a questioni di tempistica procedurale. I dati si riferiscono infatti ai procedimenti *conclusi* tramite una diversione; a tal fine, è necessario

si eccettua tale ambito, la restante generalità delle diversioni risulta in costante calo nei cinque anni analizzati; tale tendenza è osservabile fin dal 2008⁸⁹. A spiegazione di tale tendenza sono state avanzate varie ipotesi.

Da una, è stato osservato come l'introduzione della diversione fu ben preparata a livello istituzionale e mediatico, con ampie campagne informative nei confronti degli operatori del diritto e della popolazione stessa⁹⁰. Dopo un'iniziale, repentina crescita, gli operatori della giustizia ora tornerebbero ad archiviare di più⁹¹.

Dall'altra, l'istituto della diversione potrebbe risultare, in termini "prestazionali", poco attrattivo per le procure. I procedimenti rimangono infatti aperti più a lungo, se si considera che in caso di un rinvio a giudizio il procedimento risulterebbe infatti "concluso" per quanto riguarda la fase di indagine, con contemporanea apertura di una nuova fase e nuovi termini⁹².

In aggiunta, è vero che il ricorso a una diversione nel caso di delitti minori è caratterizzato da una notevole "economicità", in quanto non richiede di svolgere particolari indagini e di sostenere l'accusa in giudizio. La diversione stessa richiede tuttavia un certo dispiego di forze da parte del procuratore procedente, chiamato a supervisionarne lo svolgimento (per una durata fino a due anni nel caso del periodo di prova) e quindi sancirne l'esito positivo ovvero, in caso contrario, rinviare a giudizio. Per il procuratore potrebbe pertanto risultare più "convenien-

che quest'ultima – nel caso della disciplina sugli stupefacenti, sostanzialmente un periodo di prova di uno o due anni – sia andata a buon fine. Già nel 2016, infatti, le offerte di diversione per reati inerenti agli stupefacenti sono aumentate del 78% (25.666 rispetto a 14.384 nell'anno precedente): *Sicherheitsbericht 2016*, 64; nel 2017 tale dato aumenta ulteriormente, giungendo a 27.990: *Sicherheitsbericht 2017*, 63.

⁸⁹ K. SCHWAIGHOFER, *op. cit.*, 102.

⁹⁰ K. SCHWAIGHOFER, *op. cit.*, 102.

⁹¹ K. SCHWAIGHOFER, *op. cit.*, 103.

⁹² La chiusura di una fase processuale si riflette positivamente anche sulle prestazioni delle procure pubblicate ogni anno tramite i citati *Sicherheitsberichte*. Tale considerazione interessa in particolare la mediazione penale, mentre la provvisoria archiviazione prevista nel corso dello svolgimento delle prestazioni socialmente utili e il periodo di prova permettono alle procure di stralciare temporaneamente la posizione dal registro dei casi aperti: K. SCHWAIGHOFER, *op. cit.*, 104.

te”, in termini di mera utilità personale, rinviare a giudizio e affidare la vicenda ad altri colleghi⁹³. Le due fasi – preprocessuale e processuale – in Austria non vengono infatti necessariamente curate dallo stesso procuratore. In aggiunta, i fatti potenzialmente oggetto di diversione richiedono, per essere rinviati a giudizio, un atto della Procura dai contenuti alquanto essenziali e pertanto di rapida stesura⁹⁴.

Ulteriori ipotesi a spiegazione del calo degli strumenti diversivi si interrogano se questi ultimi non siano avvertiti come “troppo poco” dalla popolazione, ovvero dalle forze dell’ordine, che vedrebbero – in un qualche tal senso – “vanificati” i propri sforzi d’indagine; oppure se l’alta o bassa incidenza non dipenda dall’impostazione dei dirigenti degli uffici del Pubblico Ministero, rispetto ai quali i sostituti procuratori sono gerarchicamente subordinati⁹⁵.

4.4.2. Incidenza della diversione sulla recidiva

Le varie forme di diversione hanno importanti effetti sulla recidiva dei soggetti coinvolti. Per quanto ad esempio concerne la mediazione penale, uno studio pubblicato nel 2018⁹⁶ ha studiato le ricadute penali con riguardo a un campione di 1.137 mediazioni conclusesi nel 2013. Nei tre anni seguenti, l’88% di coloro che avevano partecipato come

⁹³ K. SCHWAIGHOFER, *op. cit.*, 104.

⁹⁴ L’accusa nel contesto della Corte distrettuale e del Tribunale monocratico conosce infatti delle forme semplificate. L’atto che richiede il rinvio a giudizio in tale contesto prevede dei contenuti molto limitati, con la mera indicazione del fatto e del parametro violato, senza un’ulteriore motivazione dell’asserita responsabilità penale. In tale contesto, la richiesta di rinvio a giudizio è denominata *Strafantrag*. L’atto richiesto per il rinvio a giudizio davanti alle altre composizioni del Tribunale è invece più elaborato e diverso anche nel nome (*Anklageschrift*). In aggiunta, il Pubblico Ministero presso la Corte distrettuale non opera di regola tramite magistrati di carriera, facendo affidamento su funzionari della Procura ovvero altre persone idonee in rapporto lavorativo con lo Stato i quali, sotto la supervisione di un sostituto procuratore, rappresentano l’accusa in giudizio. Si v. i requisiti di cui al § 4 della legge *Staatsanwaltschaftsgesetz* (StAG), originariamente pubblicata in BGBl. 164/1986.

⁹⁵ K. SCHWAIGHOFER, *op. cit.*, 105 e 107.

⁹⁶ V. HOFINGER, J. PESCHAK, *Legalbiografien von Neustart KlientInnen II, Endbericht*, Wien, 2018.

accusati ad una mediazione penale non è risultato recidivo. Il dato sale all'89% se si considerano soltanto le mediazioni aventi avuto esito positivo⁹⁷. Si noti tuttavia come una parte non indifferente delle mediazioni penali non abbia successo⁹⁸.

Con riguardo allo specifico ambito delle lesioni personali – come visto la costellazione più frequentemente interessata dalla mediazione penale –, la recidiva nei tre anni risulta notevolmente diversa a seconda che il soggetto sia stato condannato, ovvero abbia ricevuto un'offerta di mediazione penale. Nel primo caso, il 36% è tornato recidivo; nel secondo caso, tale dato scende invece all'11%⁹⁹.

Tali rilevazioni hanno dato adito a entusiaste osservazioni sulla rilevanza specialpreventiva degli strumenti diversivi¹⁰⁰. Pur essendo evidente l'efficacia in tal senso, bisogna tuttavia prestare particolare attenzione nell'interpretazione dei dati. A ricevere un'offerta di mediazione penale saranno infatti più facilmente quei soggetti che già hanno, in buona misura, compreso il disvalore dell'azione e sono intenzionati a evitare in futuro simili comportamenti lesivi. Tali elementi costituiscono pertanto precondizioni di fatto necessarie per l'accesso a tale forma diversiva, più che esserne il risultato. La limitata recidiva che la mediazione penale presenta va pertanto parzialmente spiegata con la circoscrizione *ab origine* del bacino di soggetti che ne vengono a godere¹⁰¹.

⁹⁷ V. HOFINGER, J. PESCHAK, *op. cit.*, 18.

⁹⁸ Dei 6.774 procedimenti interessati nel 2017 da una mediazione penale (la cui offerta può tuttavia risalire anche ad anni precedenti), 4.084 si sono conclusi positivamente, mentre 1.828 non hanno avuto esito positivo: *Sicherheitsbericht 2017*, 65.

⁹⁹ V. HOFINGER, J. PESCHAK, *op. cit.*, 25.

¹⁰⁰ Cfr. B. GLAESER, W. STANGL, *Wider die Abkehr von Opferorientierung, Ausgleich und Wiedergutmachung. Restorative Potenziale im österreichischen Strafrecht*, in *Österreichische Juristenzeitung*, 13, 2015, 606.

¹⁰¹ Trattasi di un fenomeno spesso definito *swimmer's body illusion* – l'illusione del corpo del nuotatore – che porta a confondere i fattori selettivi per l'accesso a una determinata attività o situazione, con il risultato della stessa. Per fare ricorso all'esempio a cui si deve il nome di tale fenomeno ingannatorio: guardando una finale olimpica di nuoto, si potrebbe essere tentati – alla luce dello splendido corpo che tale attività sportiva modella: i nuotatori sono così prestanti, armoniosi e proporzionati nella loro costituzione fisica, con spalle larghe e alta statura – a riprendere subito in mano il costume e tornare a frequentare la piscina sotto casa. Non si vuole qui sottostimare gli effetti positivi dell'attività sportiva sulla salute individuale, ma è chiaro che non è tanto l'allena-

Un discorso simile lo si può compiere con riguardo alle prestazioni socialmente utili. Il 77,5% di coloro che vi hanno avuto accesso non sono tornati recidivi nei tre anni a seguire (81% se si considerano soltanto le diversioni aventi avuto esito positivo). Nello specifico ambito dei delitti patrimoniali – una costellazione alquanto frequente per questa modalità diversiva¹⁰² –, la recidiva di coloro che hanno ricevuto un’offerta di prestazioni socialmente utili risulta di sei punti percentuali inferiori rispetto al campione generale (24% invece che 30%)¹⁰³. Per le forme diversive del periodo di prova e della somma pecuniaria non risultano invece dati statistici attendibili a disposizione¹⁰⁴.

5. *Pentimento operoso (Tätige Reue)*

Per concludere si tratterà brevemente del pentimento operoso (*Tätige Reue*, § 167 StGB); pur trattandosi di un istituto di diritto sostanziale, esso presenta infatti importanti connessioni con il tema generale qui studiato. In forza di tale disposizione del codice penale, un comportamento successivo al fatto estingue il reato, fornendo così al reo una sorta di “seconda chance”. I fatti di reato ammessi a godere di tale trattamento sono elencati dal codice; si tratta in concreto di reati di stampo perlopiù patrimoniale, tra i quali il danneggiamento reale, il furto, la malversazione, la truffa e la bancarotta fraudolenta.

mento che ha reso i nuotatori olimpici come sono, bensì il contrario: non fossero stati di alta statura, larghi nelle spalle e con una forma fisica ideale per quella specifica attività, non sarebbero mai giunti alla finale olimpica. Il loro prestante fisico risulta così più un fattore selettivo d’accesso piuttosto che un esito soltanto dell’allenamento. Per un’introduzione al tema v. N.N. TALEB, *The Black Swan*, New York, 2007, 109 s., e R. DOBELLI, *The Art of Thinking Clearly*, New York, 2014.

¹⁰² V. HOFINGER, J. PESCHAK, *op. cit.*, 27.

¹⁰³ V. HOFINGER, J. PESCHAK, *op. cit.*, 33.

¹⁰⁴ Con riguardo al periodo di prova, lo studio citato riporta una rilevazione che si situa nella scia positiva delle altre due forme diversive esaminate: il 71% di coloro che hanno ricevuto un’offerta, e il 78% di chi ha portato a conclusione il periodo di prova, non è tornato recidivo. Il campione utilizzato (n. 65) appare tuttavia troppo limitato per giungere ad attendibili generalizzazioni: V. HOFINGER, J. PESCHAK, *op. cit.*, 49.

Ai fini dell'estinzione del reato, prima che l'Autorità venga a sapere della responsabilità penale dell'autore del fatto, questi – senza esservi costretto – deve aver riparato completamente il danno, o essersi obbligato contrattualmente in tal senso, o essersi autodenunciato con contemporanea consegna dell'oggetto del furto o di una somma corrispondente alle conseguenze lesive della condotta. L'autore non è punibile anche qualora il danno venga risarcito da un terzo o da un concorrente nel reato, a condizione che egli pure si sia “seriamente impegnato” alla riparazione del danno. La *ratio* della norma sta in considerazioni di stampo generalpreventivo e specialpreventivo. Il comportamento dell'autore, che spontaneamente fa venir meno gli effetti offensivi dell'azione, si ritiene infatti che soddisfi entrambe tali esigenze¹⁰⁵. In aggiunta, l'istituto risponde anche all'interesse primario della vittima alla riparazione del danno¹⁰⁶. Non richiesto è il consenso di questa, né possono trovare ingresso ulteriori considerazioni di prevenzione generale o speciale da parte dell'interprete.

Il requisito che tale comportamento abbia luogo prima che l'autorità pubblica venga a sapere della responsabilità penale dell'autore viene inteso nel senso che questi non deve essere già oggetto di indagini. Al contempo, gli interpreti – in forza del fatto che il soggetto non deve essere “costretto” in tal senso – escludono da tale possibilità il caso in cui una persona scelga il pentimento operoso per evitare che il bottino gli venga di lì a poco sottratto¹⁰⁷. Si pensi al caso in cui l'autore del reato, dopo aver compiuto un furto, si accorga che la scena del delitto era sorvegliata da telecamere e si rechi pertanto alla prima stazione di polizia per consegnare il maltolto. Sebbene in tale situazione, dati i tempi stretti, è improbabile che l'Autorità già sapesse della sua colpevolezza,

¹⁰⁵ R. SOYER, S. POLLAK, *Tätige Reue. Grundfragen der Rechtzeitigkeit und Freiwilligkeit der Schadensgutmachung*, in *SIAK-Journal*, 2, 2016, 50 e 52.

¹⁰⁶ K. KIRCHBACHER, § 167, in F. HÖPFEL, E. RATZ (a cura di), *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Wien, 2018, n. 9 ss.

¹⁰⁷ Non esclusa è invece l'ammissibilità del pentimento operoso qualora la vittima minacci di denunciare l'accaduto: per entrambi i riferimenti cfr. C. BERTEL, K. SCHWAIGHOFER, A. VENIER, *Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil I*, Wien, 2018, 312.

cionondimeno non è presente il requisito della libertà della condotta e il paragrafo non può trovare applicazione.

6. Conclusioni: punti di criticità e importanti benefici della disciplina austriaca

L'Austria presenta una rilevante esperienza nelle definizioni alternative del procedimento penale. Sia l'archiviazione per tenuità (*Einstellung wegen Geringfügigkeit*), sia le varie forme di diversione (*Rücktritt von der Verfolgung, Diversion*) rivestono un ruolo centrale nel suo ordinamento processuale penale. Il primo istituto conduce direttamente all'archiviazione del procedimento, mentre la disciplina sulla diversione – avente carattere residuale rispetto all'archiviazione per tenuità – comporta una rinuncia alla persecuzione del fatto qualora l'indagato o l'imputato abbia positivamente ottemperato agli obblighi di cui è stato fatto oggetto.

Il ruolo predominante di tali due istituti nel procedimento penale austriaco è confermato dalle rilevazioni empiriche. Come visto, nel 2017 ogni quattro rinvii a giudizio ha statisticamente avuto luogo un'archiviazione per tenuità. Evidente è anche l'incidenza delle diversioni: di venti procedimenti conclusi dalle Procure o dai Tribunali in quell'anno, 13 consistevano in archiviazioni (non soltanto per tenuità), due in condanne totali o parziali, una era un'assoluzione in tutti i punti, e ben quattro le diversioni.

Tra loro diversi sono i requisiti dei due istituti. L'archiviazione per tenuità è innanzitutto da rilevarsi d'ufficio in ogni fase del procedimento, mentre la diversione consegue a un'offerta della Procura o del giudice (Corte distrettuale o Tribunale monocratico) all'autore del presunto fatto di reato, che vi deve consentire.

All'archiviazione per tenuità si può fare ricorso qualora il fatto sia punito con la reclusione fino a tre anni o con la sanzione pecuniaria, mentre sono passibili di diversione i fatti puniti fino a cinque anni di reclusione. Affinché si giunga a un'archiviazione, il fatto deve inoltre presentare una limitata offensività in concreto; all'interno di tale valutazione si considerano in maniera unitaria l'elemento soggettivo, le

conseguenze del fatto, il comportamento successivo al reato (in particolare la riparazione del danno) e gli altri fattori incidenti sulla pena. Per la diversione è invece richiesto che l'elemento soggettivo – oggetto di una valutazione a sé stante sulla base dei criteri previsti per la determinazione della pena – non sia “grave”. Sia l'archiviazione che la diversione presentano generale applicabilità, ma alcune tipologie di reato sono escluse dalla seconda.

Con riguardo al risarcimento, questo risulta imprescindibile per accedere alla diversione, fatta salva la tipologia della mediazione penale (in cui saranno le parti ad accordarsi a proposito) e la diversione per gli stupefacenti. Nell'ambito dell'archiviazione per tenuità esso viene invece considerato all'interno del comportamento successivo al reato, pertanto nell'ambito della valutazione globale inerente alla limitata offensività in concreto dell'accaduto.

Vari sono tuttavia i requisiti comuni ai due istituti. Oltre a quanto già detto, entrambi richiedono l'assenza di ragioni di prevenzione generale e speciale che giustifichino l'apposizione di una sanzione. Passibili di archiviazione per tenuità o diversione sono soltanto gli *Offizialdelikte*, ovvero i reati in cui l'accusa è sostenuta dal Pubblico Ministero. Entrambi gli istituti richiedono infine che la rilevanza penale degli accadimenti sia già stata adeguatamente accertata (tale requisito è previsto esplicitamente per la diversione, mentre con riguardo all'archiviazione viene dedotto dalla sistematica del codice di rito).

Similmente, i due istituti presentano entrambi conseguenze di carattere processuale, dicasi l'archiviazione del procedimento ovvero la rinuncia alla persecuzione penale. Una riapertura dei rispettivi procedimenti non è tuttavia di facile esecuzione, sebbene – a dispetto del richiamo al principio del *ne bis in idem* che in Austria è ampio uso fare – teoricamente neanche del tutto remota.

Non mancano i punti di criticità, che saltano all'occhio dell'osservatore esterno in particolare con riguardo alle diversioni. Problematica, con riguardo al principio di presunzione d'innocenza, è la tendenza delle Procure a offrire in maniera relativamente facile una diversione, sì da concludere in modo rapido i procedimenti. Sebbene l'indagato possa sempre rifiutare l'offerta, è chiaro come egli – anche se non responsabile del fatto attribuitogli – sia incentivato ad accettare una tale limitata

“sanzione”, che gli garantisce di evitare il carico psicologico, i danni d’immagine, l’alea e i costi di un procedimento penale¹⁰⁸. Si noti a proposito che, anche in Austria, all’imputato assolto non vengono risarciti i costi sostenuti per la difesa legale¹⁰⁹.

In aggiunta, in senso contrario rispetto alla previsione normativa che richiede che, prima di procedere a una diversione, la Procura si assicuri che gli accadimenti siano debitamente chiariti nel senso di un’elevata probabilità di condanna, notevole è il rischio che l’offerta di una diversione abbia luogo quasi automaticamente per determinati fatti di reato¹¹⁰. Da un punto di vista dogmatico, critica appare infine l’assenza di un controllo giudiziario dell’archiviazione effettuata, o della diversione offerta, dalla Procura durante le indagini. Nel primo caso uno scrutinio giudiziario ha luogo soltanto qualora la vittima richieda la riattivazione del procedimento, mentre nel secondo – statisticamente la costellazione più frequente – non è proprio previsto.

Tali aspetti critici non devono tuttavia relegare in secondo piano i notevoli benefici della disciplina austriaca¹¹¹. L’ampio ricorso all’archiviazione per tenuità e alla diversione permette infatti di tenere lontano dal perimetro penale episodi di minima rilevanza criminologica, dando così più risoluta attuazione ai principi di proporzionalità ed *extrema ratio* della risposta penale e ottemperando al contempo alle esigenze di

¹⁰⁸ C. BERTEL, A. VENIER, *Strafprozessrecht*, cit., 102.

¹⁰⁹ Il carattere paradossale che tale situazione può presentare diventa evidente con riguardo alla situazione di un indagato o imputato che, per evitare la continuazione del procedimento, si veda offrire la diversione del pagamento di una somma pecuniaria (diciamo 1.000 euro). Se non paga, egli – seppure non sia sempre obbligato in tal senso – ragionevolmente darà incarico a un avvocato di rappresentarlo in giudizio. Ipotizziamo che il processo si concluda positivamente e venga assolto: ebbene, i costi di difesa sostenuti eccederanno con tutta probabilità la somma pecuniaria che gli era stato offerto di pagare per evitare *ab origine* il processo. L’esempio è tratto da C. BERTEL, *Verfassungswidrige Geldbußen*, in *Journal für Strafrecht*, 4, 2005, 109. Sul tema cfr. anche P. PERNTHALER, C. RANACHER, *Der verfassungswidrige „Ablasshandel“*. *Eine Untersuchung zur strafrechtlichen Diversion der Zahlung eines Geldbetrages durch den Staatsanwalt*, in *Juristische Blätter*, 5, 2002.

¹¹⁰ C. BERTEL, A. VENIER, *Strafprozessrecht*, cit., 102. Al momento non risultano indagini empiriche a riguardo.

¹¹¹ Ritiene in tal senso che la disciplina austriaca sia equilibrata ed efficace K. SUMMERER, *“Diversion” e giustizia riparativa*, cit., 175 s.

prevenzione generale e speciale. Pare infatti che l'adesione dell'indagato o imputato al procedimento di diversione, richiesta esplicitamente, possa di regola essere espressione di una più convinta riadesione ai valori violati, e pertanto presentare una maggiore elevata efficacia specialpreventiva. A conferma di ciò stanno – pur con i distinguo espressi nel presente contributo – i dati empirici rilevati con riguardo alla recidiva dei soggetti interessati dalla diversione, notevolmente inferiore rispetto a casistiche simili ove sia intervenuta una condanna. Non da banalizzare è infine la maggiore rapidità del procedimento penale che consegue al ricorso a tale istituto. Una celere conclusione è infatti chiaro interesse sia della persona nei cui confronti si procede, sia della collettività in cui la presunta condotta illecita ha avuto luogo, sia, infine, e in termini anche genuinamente economici, dello Stato.

LA MEDIAZIONE PENALE NEL PROCEDIMENTO DAVANTI AL GIUDICE DI PACE

*Daniela Arieti**

SOMMARIO: *1. Premessa. 2. La giustizia riparativa. 3. La mediazione penale. 4. L'esperienza del centro trentino nel procedimento davanti al giudice di pace.*

1. Premessa

L'esperienza del Centro di giustizia riparativa della Regione autonoma Trentino Alto Adige-Südtirol – al quale appartengo – è stata attivata, circa quindici anni fa, in riferimento ai procedimenti penali davanti ai Giudici di pace sparsi sul territorio regionale: infatti, grazie alla competenza speciale della Regione per il supporto all'attività dei giudici di pace e grazie alla lungimiranza di amministratori e dirigenti regionali che hanno scommesso su questo approccio, è stato aperto nel 2004 il Centro per la mediazione penale – attualmente Centro di giustizia riparativa – sulla base delle previsioni del d.lgs. 274/2000. Esso costituisce nella realtà italiana il primo atto legislativo a riconoscere formalmente la giustizia riparativa, richiamando in modo esplicito, all'art. 29, l'applicazione dello strumento della mediazione nell'ambito di un procedimento penale.

Successivamente, nel 2005, il Centro regionale ha esteso la sua attività anche all'ambito minorile e più recentemente, nel 2016, all'ambito della messa alla prova per soggetti adulti, e nel contempo ha continuato a essere attivo in vari ambiti – da quello scolastico a quello sociale – attraverso specifiche collaborazioni e progetti volti a diffondere sul ter-

* Mediatrice presso il Centro di Giustizia Riparativa della Regione autonoma Trentino-Alto Adige/Südtirol.

ritorio la conoscenza degli strumenti di gestione non violenta dei conflitti.

Sembra necessario in questo contesto fornire un'idea di come la giustizia riparativa operi sul territorio trentino, di quali siano le prassi utilizzate e in che modo sia chiamata in causa, con riferimento alla giustizia di pace; oltre a questo, tuttavia, sembra opportuno focalizzarsi primariamente su quale sia l'approccio di riferimento onde dare una cornice teorica, metodologica e valoriale chiara.

2. La giustizia riparativa

La giustizia riparativa infatti non costituisce solo una prassi e un metodo, essa è una visione, un modo di leggere diversamente la realtà e la giustizia.

Uno dei padri fondatori della giustizia riparativa, Howard Zehr, scrisse negli anni '90 un libro fondamentale per la giustizia riparativa che si intitola "Changing lenses", nel quale lui, un appassionato di fotografia, spiega la giustizia riparativa descrivendola come una lente attraverso la quale si può vedere la realtà da un'altra prospettiva. E la realtà alla quale Zehr fa riferimento è quella del reato.

Secondo la prospettiva tradizionale, retributiva, siamo abituati a vedere il reato come violazione di una norma e a cercarne il responsabile per rispondere a questa violazione con una punizione.

"Cambiare lenti" vuol dire mettere a fuoco prima di tutto il danno che il reato produce nelle persone e nelle relazioni, approfondire i vissuti per capire quali sono i bisogni che ne derivano e mettere quelle stesse persone nelle condizioni di ricercare attivamente risposte riparative adeguate a quei bisogni. In questa prospettiva, dunque, sia vittima che autore non rimangono soggetti passivi in attesa di una decisione di qualcun altro, ma diventano soggetti attivi in grado di decidere per sé stessi e di ricostruire essi stessi una verità che concilia, diversa dalla verità processuale, da quella dei verbali e dei referti medici.

Questo naturalmente richiede impegno, partecipazione e uno sforzo che non tutti, anzi potremmo dire pochi, sono in grado o si sentono di fare. Uno sforzo in termini di disponibilità al dialogo e all'ascolto, di

espressione del proprio punto di vista, di comprensione dell'altro, che non vuol dire giustificare o perdonare. Uno sforzo in termini di chiarezza e di ricerca anche interiore di quale veramente sia il proprio personale bisogno. Un impegno verso la consapevolezza e la presa di responsabilità. Un concetto quest'ultimo che assume anch'esso nella giustizia riparativa una prospettiva relazionale: responsabilità non è per qualcosa che ho fatto, ma responsabilità verso qualcuno che soffre le conseguenze di ciò che è accaduto. In questo senso la giustizia riparativa coinvolge anche la comunità, intesa come comunità di appartenenza formata da persone prossime alle parti che hanno subito esse stesse le conseguenze di quanto accaduto. La comunità ha la possibilità di elaborare al suo interno quanto accaduto, di ricostruire il proprio senso di sicurezza, di partecipare attivamente e di costituire per i diretti protagonisti dell'accaduto un luogo di riconoscimento e di ri-accoglienza.

3. La mediazione penale

Questa lunga introduzione consente di addentrarsi forse con più consapevolezza nell'ambito specifico riguardante la mediazione penale, con particolare riferimento al procedimento penale davanti al giudice di pace.

La mediazione penale è, infatti, nella nostra prospettiva, uno degli strumenti della giustizia riparativa. Lo strumento ancora più utilizzato, nel nostro centro, sebbene siano stati sperimentati negli ultimi anni anche altri strumenti, in particolare in ambito minorile, che hanno permesso di allargare la partecipazione alle pratiche riparative anche ad altri soggetti della comunità e hanno consentito di coinvolgere la stessa in incontri e progetti. Da qui è derivato anche il cambiamento della denominazione del centro in "centro di giustizia riparativa", quale segnale forte in termini di opportunità e ampliamento rispetto alle pratiche da mettere in campo.

Uno degli elementi che fanno della mediazione penale lo strumento di giustizia riparativa tutt'oggi più utilizzato nel nostro contesto è forse quello culturale.

Oltre a essere, di fatto, l'unico strumento citato dalla norma, la mediazione costituisce tra le pratiche riparative quella più vicina a noi dal punto di vista culturale: il reato fa parte di una sfera privata che difficilmente le persone sono disposte a condividere con un "pubblico" ampio.

In altre parti del mondo, in Nuova Zelanda a esempio, dove la cultura di origine è quella Maori, la mediazione è uno strumento praticamente inutilizzato. In quel contesto le pratiche riparative utilizzate sono i *circles* e i *conferecing*, dove la comunità ha un ruolo fondamentale di partecipazione, decisione, accompagnamento anche nella riparazione.

La questione culturale è dunque centrale e rende molto difficile nel nostro territorio aprire ad altre forme di intervento.

Per definire cosa sia la mediazione penale dobbiamo necessariamente riferirci alla normativa europea e in particolare alla Raccomandazione n. 19 del 1999 che stabilisce principi e valori della mediazione. Essa, infatti, nonostante sia oramai da un paio di decenni utilizzata anche in ambito minorile, non è normata in Italia; non esistono indicazioni nazionali su come deve essere svolta, secondo quali principi e da chi.

La citata Raccomandazione del Consiglio dei Ministri del Consiglio d'Europa definisce la mediazione come «un processo in cui la vittima e l'autore del reato hanno la possibilità, se lo vogliono, di partecipare attivamente alla gestione degli effetti generati dal reato attraverso l'aiuto di un terzo imparziale, il mediatore».

Gli elementi essenziali di questa definizione possono essere riassunti nei seguenti punti:

1. necessariamente la mediazione implica la presenza della vittima e dell'autore del reato;
2. la partecipazione delle parti è attiva e non passiva (il mediatore interviene solo per facilitare la comunicazione, permettere l'ascolto e chiarificare);
3. è volontaria e basata sul consenso informato;
4. l'obiettivo è la risoluzione del conflitto generato dal reato;
5. la persona che favorisce il dialogo è un mediatore, equiprossimo alle parti.

Oltre a ciò va ricordato il principio fondamentale di riservatezza e confidenzialità, secondo il quale i contenuti degli incontri individuali e

di mediazione non possono essere riferiti (dal mediatore) ad altri, né utilizzati nel procedimento.

La mediazione penale si svolge infatti in un contesto extragiudiziale nel quale va garantita la massima libertà di espressione alle persone coinvolte.

4. L'esperienza del centro trentino nel procedimento davanti al giudice di pace

Le segnalazioni arrivano al centro trentino direttamente dai giudici di pace che, come previsto dalla normativa, sospendono il processo per permettere l'esplicazione di questo tentativo. La mediatrice responsabile del fascicolo scrive contestualmente alle parti una lettera di invito a un colloquio preliminare individuale; la lettera viene inviata per conoscenza anche ai legali. A seguito di contatto telefonico con le persone coinvolte vengono organizzati colloqui individuali separati grazie ai quali il mediatore può ascoltare il vissuto della persona e spiegare quale sia la proposta.

La mediazione in questo modo apre uno spazio di attenzione per tutte le persone coinvolte nel conflitto; uno spazio in cui ognuno è libero di esprimere il proprio vissuto, di sentirsi ascoltato e supportato, con la possibilità di far emergere le emozioni, gli stati d'animo, i pensieri legati all'accaduto in un contesto protetto e neutro in cui è possibile indagare la dimensione emozionale dell'offesa. Tale è la funzione dei colloqui preliminari individuali che costituiscono la prima fase della mediazione.

L'incontro vero e proprio di mediazione, invece, che avviene in un secondo momento e solo se le parti vi hanno aderito, ha la funzione di aiutare le parti a uscire dalla logica amico/nemico, ragione/torto, vinco/perdo per concentrarsi sulla propria esperienza di reato e sulla riparazione possibile.

Se le parti accettano viene organizzato – uno o più, in base alle necessità – incontro di mediazione nel quale sono favoriti il racconto del proprio vissuto, l'espressione di sé e dei propri bisogni. L'incontro è volto a ricercare una soluzione soddisfacente per tutti.

La peculiarità di questo percorso sta proprio nella opportunità di parlare di sé e decidere rispetto alla soluzione, che non è suggerita né tantomeno decisa dal mediatore ma cercata e trovata dalle parti. Questo distingue nettamente ciò che avviene in aula da ciò che può avvenire fuori.

È importante precisare che il modello di mediazione utilizzato dal centro è quello della mediazione umanistica (Mark Umbreit), che si caratterizza per uno stile di comunicazione non-direttivo e centrato sulla persona e i suoi bisogni, per l'importanza data ai colloqui individuali preliminari e all'ascolto delle parti, per l'assenza di giudizio, per l'imparzialità del mediatore e per il principio del minimo intervento (in fase di mediazione). La mediazione umanistica è vista come una mediazione trasformativa che ha a che fare più con la "cura", la trasformazione del conflitto e il processo di pace che con la negoziazione o la conciliazione.

Lo stesso decreto legislativo che conferisce carattere conciliativo al procedimento davanti al giudice di pace riconosce questa diversità, e, prevedendo la possibilità della mediazione, di fatto sottolinea l'importanza di trovare anche al di fuori dell'aula giudiziaria, in un contesto informale ma al contempo "protetto" e professionale, spazi di ascolto e dialogo in cui sia favorita l'espressione delle parti.

È noto che esistono varie scuole di pensiero in merito all'utilizzo di questo strumento nel procedimento davanti al giudice di pace, che secondo alcuni non ha senso essendo già il giudice di pace un giudice conciliatore.

Questa prospettiva, però, non tiene sufficientemente conto della differenza tra i due strumenti: uno che rimane all'interno di logiche processuali e nel quale, di fatto, si attende la decisione del Giudice; l'altro che propone alle parti di assumere un ruolo attivo e responsabile nella risoluzione del conflitto che le riguarda.

Non si può negare che la conciliazione favorita dai Giudici in aula sia spesso più efficace in termini di risultati immediati.

Come ben sanno i Giudici di Pace, gli esiti positivi della mediazione umanistica in questo ambito non sono frequenti.

Non lo sono per i motivi culturali ai quali ho già accennato, che comprendono una serie di resistenze dovute a una scarsa familiarità con

gli strumenti di gestione dei conflitti e alla difficoltà di utilizzare uno strumento che richiede un impegno attivo – diverso quindi dalla “delega” che di fatto le persone scelgono quando si rivolgono alla giustizia – e personale – nel senso che richiede di allontanarsi dalla propria posizione ed entrare in contatto con i propri bisogni e i propri reali interessi.

Non lo sono per il clima sociale che sempre più urla alla vendetta, all’odio, alla distanza.

Ma probabilmente anche per i tipi di reati di competenza del giudice di pace e per i tempi spesso lunghi di segnalazione.

I casi nei quali è richiesto il nostro intervento sono infatti, per la maggior parte, reati legati alla “vicinanza”, che avvengono tra conoscenti, vicini di casa, parenti. E che riguardano storie di conflitti lunghi e spesso cristallizzati nel tempo, nei quali è difficile e delicato intervenire.

La difficoltà è accentuata dal fatto che questo tipo di intervento è previsto dalla normativa in un momento lontano dal fatto accaduto e che spesso nell’arco di tempo intercorso tra il fatto e l’intervento sono nati nuovi conflitti che possono aver portato a nuove denunce e alla nascita di nuovi procedimenti penali.

In casi di questo tipo, benché la mediazione non possa definirsi positiva nel senso auspicato dal Giudice, attraverso il ritiro della querela, il lavoro con le persone consente comunque un confronto utile ad affrontare questioni che talvolta esulano dal reato. In molte situazioni, infatti, specie nei reati di vicinato o intrafamiliari, il reato costituisce solo la punta di un iceberg in cui conflitti non risolti si sono man mano cristallizzati. Il tentativo di mediazione, l’ascolto, la facilitazione del dialogo consentono di iniziare un percorso di conoscenza del punto di vista dell’altro e di avvicinamento delle parti in conflitto. Pur nella consapevolezza che questo lavoro non porti nell’immediato il risultato sperato, il fatto che le persone si diano questa possibilità è comunque un risultato importante e assume in alcuni casi una funzione preventiva di ulteriori contrasti.

Sulla base delle considerazioni e riflessioni sinora esposte, con particolare riferimento ai tempi di invio e alla tipologia di situazioni in cui è richiesto il nostro intervento, lo scorso ottobre il Centro di giustizia riparativa e la Procura Generale della Repubblica di Trento, insieme

alle Procure di Rovereto, Trento e Bolzano, hanno firmato un protocollo che prevede la possibilità per tutti i cittadini di richiedere l'attivazione di un percorso di mediazione immediatamente dopo o addirittura prima della querela, per reati che competano al giudice di pace. Questo consente di intervenire in un momento molto più vicino all'evento.

L'invito a rivolgersi al Centro di giustizia riparativa arriva ai cittadini direttamente dalle forze dell'ordine presenti sul territorio alle quali gli stessi si rivolgono per la querela.

Questo protocollo rappresenta – a nostro avviso – un passo importante per due ordini di ragioni: in primo luogo perché si è creata grazie a questo protocollo una collaborazione tra istituzioni sul tema della giustizia riparativa e della risposta al reato; in secondo luogo perché questo fornisce l'opportunità, diversamente da quanto normalmente succede, di ricevere richieste di intervento direttamente dalla persona che si è rivolta alle forze dell'ordine in quanto sente di aver subito un torto, un'offesa, un danno.

Per la prima volta dunque sono le vittime, la parte solitamente più difficile da coinvolgere, a chiedere di tentare questo percorso.

Questo rappresenta davvero un cambio di prospettiva.

La sfiducia dei Giudici, degli avvocati e dei cittadini in questo strumento è comprensibile.

Tuttavia, se non continueremo a proporre questa strada, a seminare una cultura di dialogo e di gestione dei conflitti anche sociali, ci ritroveremo a costruire una realtà vuota, nella quale le relazioni umane avranno meno importanza di un vaso di fiori appoggiato sul pianerottolo comune.

Portare nella vita delle persone questa possibilità equivale ad aprire opportunità e strade nuove e a dare impulso alla trasformazione non violenta dei conflitti.

ESTINZIONE DEL REATO ATTRAVERSO LA RIPARAZIONE

*Elena Mattevi**

SOMMARIO: *1. La riparazione come causa estintiva del reato nel sistema penale italiano: dall'art. 35 d.lgs. n. 274/2000 all'art. 162-ter c.p. 2. Il tempo della riparazione: questioni aperte. 3. I principali presupposti applicativi. 4. Personalità e spontaneità dell'adempimento. 5. Modelli di riparazione estintiva a confronto: per una lettura relazionale.*

1. La riparazione come causa estintiva del reato nel sistema penale italiano: dall'art. 35 d.lgs. n. 274/2000 all'art. 162-ter c.p.

L'estinzione del reato per condotte riparatorie, istituto introdotto innanzitutto, in via sperimentale, per i reati di competenza del giudice di pace con l'art. 35 d.lgs. n. 274 del 2000, ha rappresentato una grande novità per il nostro ordinamento.

Ai sensi dell'art. 185 c.p., ogni reato obbliga alle restituzioni e al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale (risarcimento in forma specifica o per equivalente), ma, salve alcune eccezioni contenute nella parte speciale, come l'art. 641 c. 2 c.p., prima del 2000 la riparazione del danno alla persona offesa non aveva ancora assunto una rilevanza tale da fondare autonomamente una definizione alternativa del procedimento o una "causa di esclusione della punibilità"¹.

Avevamo già conosciuto il risarcimento o la riparazione come circostanza attenuante (art. 62 n. 6 c.p.); la riparazione, fin dalla versione

* Ricercatrice di diritto penale (RTDa) presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento.

¹ Utilizza volutamente questa formula generica, senza distinguere tra cause estintive e cause di non punibilità in senso tecnico, S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, 2001, 499.

originaria del codice, poteva essere valorizzata come condotta susseguente al reato (art. 133 c. 2 n. 3 c.p.); l'oblazione discrezionale era già preclusa dalla mancata eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato (art. 162 *bis* c.p.); l'adempimento dell'obbligo delle restituzioni, il pagamento della somma liquidata a titolo di risarcimento del danno o provvisoriamente assegnata sull'ammontare di esso, la pubblicazione della sentenza a titolo di riparazione del danno nonché l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato o la prestazione di attività non retribuita a favore della collettività rappresentavano i vari obblighi all'adempimento di uno dei quali la sospensione condizionale della pena poteva oppure, quando concessa a persona che ne ha già usufruito, doveva essere subordinata (art. 165 c.p.). Infine, la riabilitazione (art. 179 c.p.) già presupponeva l'adempimento delle obbligazioni civili nascenti dal reato.

L'effetto estintivo della riparazione esteso a un gruppo ampio di illeciti penali, quelli devoluti alla competenza del giudice di pace², però, ha rappresentato senza dubbio una novità, che sarebbe stata amplificata negli effetti dalla legge 23 giugno 2017, n. 103, che ha introdotto nel sistema una causa estintiva applicabile a tutti i reati perseguibili a querela rimettibile, ma che per molti versi è diversa dalla prima: l'art. 162-*ter* c.p.

La riforma è stata preceduta da un vivace dibattito.

La dottrina³, soprattutto tedesca⁴, per esempio, si è interrogata a lungo sull'opportunità di affiancare alle tradizionali pene e misure di sicu-

² L'ambito applicativo coincide infatti, almeno apparentemente, con tutti i reati di competenza del giudice di pace.

³ Cfr. F. BRICOLA, *La riscoperta delle "pene private" nell'ottica del penalista*, in *Foro it.*, 1985, V, 1 ss.; M. ROMANO, *Risarcimento del danno da reato, diritto civile, diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 865 ss.

⁴ C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 3 ss., trad. it. di L. EUSEBI e prima edizione ID., *Zur Wiedergutmachung als einer "dritten Spur" im Sanktionensystem*, in *Festschrift Baumann*, Biefeld, 1992, 243 ss. Egli ipotizzava che il risarcimento potesse diventare un terzo binario ("dritte Spur") sanzionatorio penale, prendendo le mosse criticamente dalla necessità di superare la ripartizione, rigida e tradizionale, tra diritto penale e diritto civile; una ripartizione che distingueva, su base ontologica, la pena, non prestata a favore del privato ma dello Stato, dal risarcimento dei danni, che ha un fine riparatorio.

rezza un nuovo binario sanzionatorio, dalla natura “riparatoria”, capace di tutelare più efficacemente gli interessi della persona offesa e di contribuire a rafforzare e diversificare il sistema sanzionatorio tradizionale⁵.

La riparazione si rivelerebbe estremamente utile in senso preventivo, sia nella prospettiva della “prevenzione generale orientata alla integrazione e alla pacificazione”, che nella prospettiva special-preventiva, intesa come risocializzazione⁶.

In questo quadro, il principio di sussidiarietà della sanzione penale potrebbe essere valorizzato in sede applicativa, perché la necessità di una minaccia astratta della pena tradizionale non legittima affatto l’obbligo di punizione in ogni caso: la riparazione (*Wiedergutmachung*) può essere utilizzata in alternativa alla pena (per legittimarne la rinuncia) o per mitigarla⁷.

La causa estintiva disegnata dall’art. 35 d.lgs. 274/2000, così come poi quella che sarà disegnata dall’art. 162-ter c.p., si fonda sulla scelta riparatoria dell’autore del reato che, per tale via, può evitare di vedersi irrogata la sanzione penale, ma non sono mancate le osservazioni critiche.

Vi è chi ha messo in luce il rischio intrinseco di contraddizione tra la scelta di penalizzare una condotta e l’esito estintivo lasciato alla libera disponibilità “economica” dell’autore del reato e, naturalmente, con

⁵ Cfr. S. GUERRA, *L’estinzione del reato conseguente a condotte riparatrici*, cit., 499. L’Autore ricorda come, accanto a coloro che si muovono nel solco della Scuola Positiva (Ferri e Garofalo) auspicando un sistema sanzionatorio in cui la pretesa punitiva statale arretri di fronte alla reintegrazione della vittima o comunque, in altri contesti, valorizzano la riparazione nei confronti della vittima e della società come atto simbolico di “prevenzione integrativa”, vi siano altri (tra questi, Romano) che ritengono del tutto privi di significato sanzionatorio penale il risarcimento e la riparazione del danno. La Raccomandazione n. R (85) 11 del Consiglio d’Europa sulla posizione della vittima nel diritto e nella procedura penale (in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 636) ha valorizzato tuttavia la riparazione anche come vera e propria pena.

⁶ G. DEMURO, *L’estinzione del reato mediante riparazione: tra aporie concettuali e applicative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 445.

⁷ C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 19.

viva preoccupazione, il pericolo di monetizzare il rischio penale e di discriminare i soggetti che versano in condizioni economiche difficili⁸.

Più ci si accontenta di rispondere al reato con un mero risarcimento, più questi rischi vengono amplificati e non è un caso se, nell'orizzonte della *Wiedergutmachung*, si auspica proprio di far convivere la dimensione risarcitoria e la dimensione penalistica, testimoniata dalla valorizzazione degli sforzi riparatori, purché seri, e, per certi reati, del lavoro a favore della comunità, con una retribuzione da versarsi alla vittima, in ipotesi di documentata impossibilità di risarcire il danno.

La soluzione accolta dal legislatore del 2000 – come vedremo nel dettaglio – 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 antagonista di assolvere da sola alle funzioni di riprovazione e di prevenzione (“giudizio di equivalenza sanzionatoria”⁹).

Se il punto di crisi della non punibilità è da cogliersi nel suo utilizzo come “merce di scambio” per finalità estranee rispetto all'offesa o al senso della punizione¹⁰, l'istituto è da accogliersi molto favorevolmente, perché riesce a recuperare le «dimensioni tipicamente penalistiche

⁸ S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 501. Egli descrive la scelta contraria operata in tema di reati tributari, in attuazione dell'art. 9 legge 205/2000: si è prevista solo un'attenuante speciale e una causa di esclusione di pene accessorie nel caso di estinzione mediante pagamento di debiti tributari, per evitare un freddo calcolo nel baratto tra il vantaggio certo e un risarcimento futuro ed eventuale.

⁹ G. FLORA, *Risarcimento del danno e conciliazione. Presupposti e fini di una composizione non punitiva dei conflitti*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale “conciliativa”. Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Milano, 2002, 153 s. sostiene che il giudizio richiesto deve essere orientato finalisticamente, fin dall'inizio, a cogliere la valenza parapunitiva dell'attività riparatoria.

¹⁰ T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. “Premio” e “Corrispettivo” nella dinamica della punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 411.

dell'offesa»¹¹ e, allo stesso tempo, si ancora a criteri che sono riconducibili alle funzioni della pena.

Come ha ben saputo illustrare nel 2015 la Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, la pronuncia di estinzione del reato *ex art. 35 d.lgs. 274/2000* non esige l'integrale risarcimento del danno, né un giudizio di congruità della condotta riparatoria rispetto alla reale entità del danno subito dalla vittima, ma una valutazione positiva in merito all'idoneità satisfattiva della stessa, formulata con riguardo alle esigenze di riprovazione e prevenzione¹². La condotta riparatoria deve essere idonea a soddisfare il danno criminale¹³, più che quello civile, lasciando sempre aperte alla persona offesa – che occupa una posizione di “lateralità processuale”, in quanto priva di potere di veto – le porte del giudizio civile per un risarcimento integrale del danno patrimoniale e non patrimoniale.

Con questa interpretazione costituzionalmente orientata si garantisce il rispetto del principio di uguaglianza al fine di consentire l'applicazione dell'istituto anche nell'ipotesi in cui l'autore del reato, in considerazione delle sue condizioni economiche, non sia in grado di procedere a un risarcimento integrale del danno, ma abbia comunque fatto tutto il possibile in tal senso.

Con l'art. 162-*ter* c.p., invece, buona parte degli sforzi fatti per autonomizzare la riparazione estintiva da una logica esclusivamente civilistica, almeno a prima vista, pare 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

¹¹ S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 517.

¹² Cass., Sez. Un., 23 aprile 2015, n. 33864: la pronuncia ha escluso la legittimazione della parte civile a impugnare, in ragione della ritenuta insoddisfaccenza del *quantum* risarcitorio, la sentenza che definisce il processo ai sensi dell'art. 35 d.lgs. 274/2000. Nella decisione, infatti, rimarcando la profonda differenza esistente tra la riparazione che fonda l'estinzione del reato e il ristoro civilistico della persona danneggiata, che può sempre agire in altra sede per ottenere un'integrazione risarcitoria, è stato chiarito come non vi sia interesse della parte civile a impugnare, vista l'impossibilità di tale sentenza di rivestire autorità di giudicato nel giudizio civile per le restituzioni o per il risarcimento del danno.

¹³ O. MURRO, *Preclusa, alla parte civile, l'impugnazione della sentenza di estinzione del reato conseguente a riparazione*, in *Giur.it.*, 2015, 2735.

o il risarcimento, ed eliminato – ma solo “ove possibile” – le conseguenze dannose o pericolose del reato.

Come avremo modo di approfondire *infra*, poi, 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».

2. Il tempo della riparazione: questioni aperte

In base all’art. 35 d.lgs. 274/2000, il giudice può dichiarare estinto il reato ove l’imputato dimostri di aver proceduto alla riparazione, «prima dell’udienza di comparizione». Davanti al giudice ordinario (art. 162-ter c.p.), invece, il termine per la riparazione è posticipato: «entro il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado».

Le ragioni dell’introduzione di questi sbarramenti temporali sono diverse. Esigenze di economia processuale impongono di evitare manovre dilatorie all’interno del processo ma, allo stesso tempo, per non vanificare gli obiettivi di prevenzione che si vogliono raggiungere con una scelta di criminalizzazione è importante che il risultato riparatorio si ricolleggi alla minaccia iniziale, apparendo «come osservanza, sia pur tardiva, di quello stesso precetto che è stato violato»¹⁴.

Il fattore “tempo” è allora fondamentale: una regressione offensiva tardiva, condizionata magari dai primi risultati dell’istruttoria, contrasterebbe con le ragioni di prevenzione generale¹⁵ e, a livello sintomatico, sarebbe più difficile giustificare il venir meno della necessità di punire, anche sul piano della prevenzione speciale.

Se l’art. 162-ter c.p., grazie alla formulazione scelta, non ha fatto sorgere sul punto particolari questioni interpretative, l’art. 35 d.lgs. 274/2000,

¹⁴ T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*, cit., 409.

¹⁵ R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 183.

che traccia uno sbarramento temporale rigido – l’udienza di comparizione –, non cessa di generare incertezze.

Una parte della giurisprudenza, non diversamente dalla dottrina maggioritaria¹⁶, si è mostrata disponibile ad accogliere un’interpretazione poco rigida del requisito, ritenendo che il termine previsto dal citato art. 35 non sia perentorio e possa, pertanto, essere superato: la sua inosservanza, infatti,

non determina alcuna nullità o decadenza non essendo tali sanzioni previste espressamente dall’art. 173 c.p.p., né potendo il giudice qualificare perentorio un termine che la legge non definisce espressamente tale¹⁷.

Con un’interpretazione un po’ forzata, la Cassazione è giunta ad affermare che

il limite temporale imposto per l’utile espletamento delle attività risarcitorie e riparatorie, indicato dal d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, art. 35 con l’espressione “prima dell’udienza di comparizione”, va inteso nel senso che ciò debba avvenire prima che si faccia luogo all’istruzione dibattimentale¹⁸.

Un diverso orientamento della giurisprudenza ha espresso una posizione molto più rigorosa: la prima udienza di comparizione costituirebbe uno sbarramento superabile solo dal provvedimento con cui il giudi-

¹⁶ G. GARUTI, *Il trattamento processuale delle condotte riparatorie*, in AA.VV., *Le definizioni alternative del processo penale davanti al giudice di pace*, Milano, 2003, 151.

¹⁷ Cass., 10 luglio 2014, n. 40027, in CED 2015. Nello stesso senso, cfr. Cass., 6 giugno 2008, n. 27392, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2008, 6, 715, dove la Corte ha rilevato che si tratterebbe, questa, di un’interpretazione costituzionalmente orientata alla luce dei principi posti in materia dalla Corte costituzionale (Corte ord. 231/2003), la quale nel dichiarare inammissibile la questione di legittimità del predetto art. 35, nella parte in cui non prevede che nel decreto di citazione a giudizio sia dato avviso all’imputato della possibilità di porre in essere una condotta riparatoria ai fini dell’estinzione del reato, ha affermato che “l’udienza di comparizione, ove avviene il primo contatto tra le parti e il giudice, risulta sede idonea per sollecitare e verificare la praticabilità di possibili soluzioni alternative”.

¹⁸ Cass., 23 settembre 2008, n. 36448, in *Riv. pen.*, 2009, 1, 70.

ce dispone la sospensione del processo per consentire all'imputato¹⁹, che ne abbia fatto richiesta, di porre in essere le condotte riparatorie. Nemmeno la circostanza che l'imputato si avvalga della compagnia assicuratrice per il risarcimento costituirebbe valido motivo per non rispettare tale termine, che risponde anche a esigenze deflattive²⁰.

In aperto contrasto con la prima lettura della norma, si sostiene che il termine dell'udienza di comparizione, per procedere alla riparazione del danno cagionato dal reato, avrebbe proprio natura perentoria, pur in difetto di esplicita previsione²¹.

¹⁹ Quanto ai presupposti della sospensione, la dottrina ha ipotizzato che essi possano essere soggettivi (difficoltà economiche) od oggettivi (difficoltà di individuare o reperire preventivamente la persona offesa dal reato): S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 530.

²⁰ Cass., 19 marzo 2010, n. 12856, in CED Cass. pen. 2010; Cass., 26 settembre 2008, n. 41297, in CED Cass. pen. 2008; Cass., 22 settembre 2005, n. 40818, in *Cass. pen.*, 2007, 2, 672. Cfr. anche Cass., 10 febbraio 2015, n. 31656: «È vero che in qualche pronuncia di questa Corte (Sez. 5, n. 27392 del 6 giugno 2008, Di Rienzo e altri, rv 241173; Sez. 5, n. 40027 del 10 luglio 2014) è stato sostenuto che l'inosservanza dei termini di cui al citato art. 35, comma 1 non determina alcuna nullità o decadenza, non essendo tali sanzioni previste espressamente dall'art. 173 c.p.p., né potendo il giudice qualificare perentorio un termine che la legge non definisce espressamente tale, ma tale interpretazione non può essere condivisa, in quanto le peculiari scansioni temporali dettate dal legislatore perché le condotte riparatorie assumano nel procedimento dinanzi al giudice di pace, non solo valore attenuante, nell'ottica della dosimetria del trattamento sanzionatorio – com'è in relazione agli illeciti penali di competenza del giudice ordinario – ma addirittura efficacia estintiva del reato, non possono che essere interpretate nel senso della loro perentorietà, con conseguente decadenza dell'imputato dall'accesso al trattamento di favore, qualora non rispetti le scadenze normativamente fissate e ciò sia in ragione della lettera della disposizione menzionata e del suo coordinamento sistematico con quanto previsto nel cit. art. 35, comma 3 (che consentendo la sospensione del procedimento per provvedere all'adempimento tardivo pone come condizione, altrimenti inutile, che l'imputato non abbia potuto tempestivamente procedere al risarcimento), sia alla luce della *ratio* della disposizione, che vuole promuovere in chiave deflattiva composizioni, comunque, conciliatorie del conflitto scaturito dal reato. In tale ottica è dunque logico che il legislatore abbia condizionato l'accesso all'effetto estintivo alla garanzia del più elevato risparmio sui tempi processuali, prevenendo altresì possibili tecniche dilatorie da parte dell'imputato (Sez. 5, n. 43174 del 4 ottobre 2012)».

²¹ Cfr. Cass., 28 marzo 2018, n. 18410; Cass., 20 settembre 2017, n. 50020; Cass., 9 giugno 2016, n. 27073.

Di grande interesse è allora l'orientamento espresso da una pronuncia che ha cercato di ricomporre le due posizioni, ricordando il limite temporale predetto (che sarebbe condiviso dalla giurisprudenza dominante)²², ma – allo stesso tempo – consentendo di superarlo quando «l'imputato, nei vari rinvii disposti per dar corso alla conciliazione, non sia mai stato reso edotto della possibilità di estinguere il reato contestatogli». Del tutto condivisibilmente, infatti, vengono richiamate le ordinanze della Corte costituzionale (206/2011; 333/2005; 11/2014), che hanno escluso che la mancata indicazione nel decreto di citazione a giudizio del riferimento all'art. 35 contrasti con la Costituzione, proprio perché in sede di udienza di comparazione è possibile fornire tutte le informazioni del caso.

Quando nei verbali non vi è traccia di tali informazioni e ci si limita a rinviare l'udienza per dar corso alla conciliazione, si è ancora in tempo per riparare.

Completamente diversa – e comune a entrambe le cause estintive disciplinate dall'art. 35 d.lgs. 274/2000 e dall'art. 162-ter c.p. – è la questione concernente l'applicabilità dell'istituto nella fase delle indagini preliminari.

Nel riferirsi espressamente all'imputato, le norme ineriscono a un momento procedimentale più avanzato rispetto a quello che segna l'operare della particolare tenuità del fatto, che trova spazio anche prima dell'esercizio dell'azione penale²³.

L'istituto appare principalmente destinato, come ulteriore vaglio deflattivo, a quei procedimenti dove sia già stata esercitata l'azione, ma non vi sono ostacoli, da un punto di vista logico e sistematico, a un'applicazione dell'istituto anche in fase di indagini²⁴.

Secondo le Sezioni Unite della Cassazione²⁵, sia la dottrina che la giurisprudenza prevalenti sono concordi nel qualificare questo istituto

²² Cass., 14 marzo 2018, n. 30094.

²³ Cfr. S. QUATTROCOLO, *Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie. Commento*, in *Leg. Pen.*, 2001, 203, per quanto riguarda l'art. 35 d.lgs. 274/2000.

²⁴ G. GARUTI, *Il trattamento processuale delle condotte riparatorie*, cit., 144.

²⁵ Cass., Sez. Un., 23 aprile 2015, n. 33864.

come causa di estinzione del reato, che, come tale, soggiace alle disposizioni comuni dettate per tutte le cause estintive²⁶.

Dalla natura di causa estintiva dell'istituto consegue infatti una particolare disciplina processuale.

La causa estintiva può essere dichiarata immediatamente, sia prima sia dopo l'esercizio dell'azione penale, e risponde con efficacia a esigenze legate alla ragionevole durata del processo e al decongestionamento della macchina della giustizia.

Quando il reato è estinto, ai sensi dell'art. 411 c.p.p., il pubblico ministero può formulare una richiesta di archiviazione e il giudice può accoglierla. Una diversa interpretazione della norma, infatti, finirebbe per costringere irragionevolmente il pubblico ministero a esercitare l'azione penale con la "riserva mentale" di chiedere poi il proscioglimento, a fronte dell'intervenuta riparazione²⁷.

La pretesa di considerare l'istituto come causa di esclusione della punibilità, peraltro, non impedirebbe, secondo una lettura dottrinale, di considerare il suo inquadramento formale come motivo per riferirsi in prospettiva dinamica alle regole processuali dettate per la causa estintiva²⁸.

3. I principali presupposti applicativi

I presupposti applicativi delle due cause estintive riparatorie sono individuati utilizzando le medesime formule normative: la "riparazione del danno cagionato dal reato mediante le restituzioni o il risarcimento", con cui si allude al danno civile (componente risarcitoria/restitutoria), e l'"eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose", con cui ci si riferisce al "danno criminale". Nel sistema ordinario, però, a diffe-

²⁶ Per un maggior approfondimento della questione concernente la natura giuridica dell'istituto – secondo taluno qualificabile più correttamente come causa di non punibilità – ci si permette di rinviare a E. MATTEVI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, in A. SCALFATI (a cura di), *La riforma della giustizia penale (Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103)*, Torino, 2017, 26 ss.

²⁷ R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 182.

²⁸ G. GARUTI, *Il trattamento processuale delle condotte riparatorie*, cit., 140.

renza di quello di pace, la riparazione deve essere “integrale” e l’eliminazione del danno criminale deve essere eseguita solo “ove possibile”.

La già menzionata scomparsa del giudizio di equivalenza sanzionatoria dall’art. 162-ter c.p., poi (quando invece il giudice di pace deve verificare se «le attività risarcitorie e riparatorie [sono] idonee a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione»), ha fatto addirittura ritenere ad alcuni commentatori che, in questo secondo caso, manchi del tutto la discrezionalità del giudice rispetto al riconoscimento della causa estintiva²⁹. Per i reati procedibili a querela che non sono di competenza del giudice di pace, di fronte a una riparazione integrale del danno, il reato dovrebbe essere dichiarato sempre estinto.

L’assenza di discrezionalità, però, è più apparente che reale, anche con riferimento al sistema ordinario.

Pur se ci limitiamo a considerare la riparazione del danno civile, la liquidazione del danno è operazione molto complessa, come vedremo.

È poi facile immaginare come il giudice si trovi di fatto a valutare la congruità delle condotte riparatorie in relazione all’entità del danno, quale risulta dalla versione dei fatti offerta dal querelante ed emergente dal capo di imputazione. Non è raro, tuttavia, che l’imputato contesti l’entità delle conseguenze lesive e il giudizio di congruità si complichino notevolmente anche solo per questa ragione.

La riparazione del danno presuppone la restituzione e il risarcimento; anche cumulati, quindi, se necessario³⁰.

Il risarcimento del danno patrimoniale impone all’autore di risarcire sia il danno emergente che il lucro cessante.

Il danno non patrimoniale è particolarmente difficile da monetizzare e quindi da valutare nella sua congruità. I criteri utilizzati per quantificare il risarcimento (un risarcimento che costituirebbe il mezzo per ottenere una soddisfazione in luogo del dolore)³¹ del danno non patrimoniale – ferme le tabelle già note per il danno biologico o danno alla salute – sono inevitabilmente connotati in senso equitativo, non sussi-

²⁹ Questo profilo è analizzato da G. DEMURO, *L’estinzione del reato mediante riparazione: tra aporie concettuali e applicative*, cit., 461 s.

³⁰ R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 184.

³¹ D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999, 208.

stendo indici automatici di liquidazione del pregiudizio³². Le obbligazioni previste dall'art. 185 c.p. devono essere liquidate tenendo conto del disposto dell'art. 2056 c.c.³³, che richiama anche l'art. 1226 c.c., e quindi il criterio equitativo, in ipotesi di mancata prova del preciso ammontare del danno.

Secondo la dottrina, tale risarcimento avrebbe una natura punitivo-afflittiva³⁴.

Le persone offese da risarcire possono essere una o più, a prescindere dal fatto se si siano o meno costituite in giudizio: è onere dell'imputato rintracciarle³⁵, anche se egli è libero di dimostrare la riparazione con ogni elemento conoscitivo utile, documentale o testimoniale³⁶.

La necessaria integralità della riparazione del danno, richiesta dall'art. 162-ter c.p., complica ulteriormente le cose, anche se il problema non può definirsi inedito.

³² Come illustra D. CHINDEMI, *Tecniche di liquidazione del danno non patrimoniale: equità e tabelle*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 01, 198 ss., la liquidazione del danno non patrimoniale è necessariamente caratterizzata da equità, non sussistendo criteri automatici di liquidazione, a eccezione dell'ipotesi, anche se non assoluta, del danno biologico da micropermanente nel codice delle assicurazioni (art. 139 cod. ass.). Cfr. anche Cass., 28 settembre 1990, in *Cass. pen.*, 1991, 1358: «Non è valido motivo per escludere la possibilità di riconoscere l'attenuante del risarcimento del danno la ritenuta non valutabilità del danno morale. Il danno che "non può essere provato nel suo preciso ammontare" (art. 1226 c.c.), come il danno morale nel senso comune del termine, va in ogni caso valutato e liquidato con criterio di equità dal giudice (art. cit. richiamato dall'art. 2056 stesso codice), anche in sede penale».

³³ Il risarcimento dovuto al danneggiato si deve determinare secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227. Il lucro cessante è valutato dal giudice con equo apprezzamento delle circostanze del caso.

³⁴ D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 216.

³⁵ Una recentissima sentenza ha affermato che «In tema di circostanza attenuante del risarcimento del danno di cui all'art. 62. n. 6 cod. pen., il carattere integrale della condotta riparatrice deve comprendere oltre al danno cagionato contro il patrimonio dall'azione diretta all'impossessamento della cosa, anche quello fisico o morale prodotto alla incolumità personale o alla libertà individuale delle persone offese, anche se esse non siano costituite in giudizio o non siano state identificate, atteso che la materiale difficoltà di rintracciare tali persone non esonera l'agente dall'obbligo del risarcimento» (Cass., 13 febbraio 2015, n. 12607).

³⁶ G. GARUTI, *Il trattamento processuale delle condotte riparatorie*, cit., 143.

Malgrado l'avverbio "interamente" non sia presente nell'art. 35 d.lgs. 274/2000 e nonostante una parte della dottrina abbia cercato di offrire una diversa lettura correttiva, costituzionalmente orientata³⁷, per lungo tempo si è ritenuto che l'istituto presupponesse l'integralità della riparazione (oltre all'eliminazione delle conseguenze) anche nel micro-sistema di pace: tale conclusione sembrava discendere dall'avvenuta estromissione dal testo della legge delega del 1999 del riferimento – originariamente presente – alle condotte "anche parzialmente riparatorie", nonché, in qualche modo, dalla necessità di garantire una tutela effettiva degli interessi della vittima del reato³⁸.

Prima che le Sezioni Unite del 2015 chiarissero, si auspica definitivamente, che il risarcimento può essere anche parziale³⁹, se congruo, la giurisprudenza si era così orientata con decisione a favore della necessaria "integralità" del risarcimento⁴⁰, giungendo perfino a considerare che la pendenza di una parallela causa civile, promossa dalla persona offesa per ottenere un risarcimento da reato più sostanzioso, potesse rappresentare un elemento significativo per dimostrare che le condotte riparatorie poste in essere non avevano soddisfatto le conseguenze del reato e quindi non potevano operare come causa estintiva⁴¹.

Nel valutare l'integralità del risarcimento l'opinione della vittima è importante, ma non decisiva, neppure quando si esprima a favore dell'estinzione.

Come è stato correttamente evidenziato, il riconoscimento al giudice del potere di escludere l'adeguatezza del risarcimento – nonostante una dichiarazione liberatoria della persona offesa – è funzionale alla tutela delle parti deboli, che potrebbero essere indotte ad accettare risarcimen-

³⁷ R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 183: «dando rilievo alle capacità economiche dell'imputato esso finisce per compiere una discriminazione tra abbienti e non abbienti con ingiusto privilegio per i primi».

³⁸ S. QUATTROCOLO, *Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie. Commento*, cit., 206.

³⁹ Cass., Sez. Un., 23 aprile 2015, n. 33864, come già ricordato, ha quindi escluso che, in tema di reati di competenza del giudice di pace, possa dirsi sussistente l'interesse per la parte civile a impugnare la sentenza dichiarativa dell'estinzione del reato ai sensi dell'art. 35 d.lgs. n. 274 del 2000.

⁴⁰ Cass., 24 settembre 2008, n. 41043, in *Guida al diritto*, 2008, 49, 89 (s.m.).

⁴¹ Cass., 11 novembre 2010, n. 112, in *Arch. giur. circol. e sinistri*, 2011, 3, 207.

ti insufficienti sulla base di indebite pressioni ricevute in sede extra processuale⁴².

In presenza di una dichiarazione liberatoria della persona offesa, si può tuttavia ritenere che il giudice sia tenuto a motivare specificamente sulle ragioni per cui ritenga la stessa inadeguata e il risarcimento operato dall'imputato comunque insufficiente⁴³.

Il risarcimento del danno di regola non presuppone il rimborso delle spese legali, che sono solo eventuali.

Nella giurisprudenza di legittimità, il principio è stato affermato dalla Cassazione, escludendo che l'imputato debba rifondere le spese alla persona offesa⁴⁴, anche se non mancano casi in cui si è andati più attentamente a distinguere le spese legali causalmente collegate al reato, da considerare come voce di danno, dalle altre, che non andrebbero considerate⁴⁵.

Vista la complessità del giudizio sull'integralità della riparazione, richiesta espressamente dall'art. 162-ter c.p., sono da condividere gli sforzi di quegli autori che, consapevoli delle conseguenze assai pericolose di una lettura strettamente civilistica del requisito – che finisce per favorire l'imputato benestante –, cercano di recuperare per via interpretativa una rilettura penalistica del risarcimento/riparazione, che tenga conto (nonostante l'assenza di una espressa previsione) delle esigenze di prevenzione e riprovazione del reato nella valutazione della sua congruità⁴⁶.

Più semplicemente, però, in una prospettiva costituzionalmente orientata, sarebbe forse sufficiente richiedere all'imputato, che dimostri

⁴² Cass., 23 ottobre 2018, n. 52671: «In tema di estinzione del reato per condotte riparatorie, il giudice può escludere l'avvenuto integrale risarcimento del danno anche qualora la persona offesa abbia giudicato congrua la somma offerta dall'imputato, accettando l'offerta risarcitoria». Anche in relazione all'attenuante è stato affermato che «non possono giovare all'imputato, in caso di riparazione parziale o inadeguata, la dichiarazione liberatoria della persona offesa o la considerazione degli sforzi economici affrontati per effettuarla (Cass., 17 gennaio 2013, n. 13282)».

⁴³ Cass., 12 maggio 2015, n. 25264.

⁴⁴ Cass., 7 marzo 2013, n. 21012.

⁴⁵ Cass., 30 maggio 2018, n. 5429.

⁴⁶ G. DEMURO, *L'estinzione del reato mediante riparazione: tra aporie concettuali e applicative*, cit., 462.

di essere privo di mezzi, la prova di uno sforzo riparativo seriamente intrapreso, sia sul fronte risarcitorio che su quello più ampiamente riparatorio. Del resto, la dottrina ha sostenuto in diverse occasioni che si dovesse dar rilievo anche agli sforzi risarcitori seri nel proporre il risarcimento del danno quale strumento per la realizzazione delle finalità classiche della pena⁴⁷.

La sensibilità strettamente civilistica che ha animato i redattori dell'art. 162-ter c.p. è ulteriormente dimostrata dal rigore con cui è stata disciplinata l'ipotesi del rifiuto del risarcimento da parte della persona offesa.

Le modalità con cui è avvenuta la riparazione del danno dovrebbero risultare chiaramente dalla motivazione e, con riferimento al microsistema di pace, è stata di regola richiesta un'offerta reale, affinché il giudice possa valutarne congruità e serietà⁴⁸.

Per comprendere pienamente cosa si debba intendere per "offerta reale", però, è necessario ricordare il contrasto giurisprudenziale che si è aperto in merito all'attenuante del risarcimento del danno.

C'è chi ritiene che l'offerta debba avvenire secondo le forme rituali di cui agli artt. 1206 ss., con l'intervento obbligatorio di un pubblico ufficiale, che è un notaio o un ufficiale giudiziario ai sensi dell'art. 73 disp. att. c.c.⁴⁹, e chi si accontenta di un'offerta seria e congrua⁵⁰, che la

⁴⁷ C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 13. Nello stesso senso: G. FLORA, *Risarcimento del danno e conciliazione. Presupposti e fini di una composizione non punitiva dei conflitti*, cit., 154.

⁴⁸ «L'offerta di una somma riparatoria fatta verbalmente dall'imputato alla persona offesa non consente al g.d.p. di dichiarare estinto il reato ai sensi dell'art. 35 del d.lgs. n. 274/2000. Per una definizione alternativa del procedimento davanti al g.d.p. – a seguito di una condotta riparatoria del querelato – è necessario che l'offerta risarcitoria sia reale, anche in presenza di un rifiuto della parte offesa; solo in questo caso, infatti, il giudice è in grado di valutare la serietà e la congruità della proposta fatta»: Cass., 23 settembre 2008, n. 36448.

⁴⁹ Cass., 15 maggio 1990, Hodorovic e altro; Cass., 13 gennaio 1994, Palmisano; Cass., 13 dicembre 1995, n. 2837: «Per l'applicabilità della circostanza attenuante della riparazione del danno, contemplata dall'art. 62, n. 6, c.p., è indispensabile che la riparazione stessa, oltre che volontaria e integrale, sia anche effettiva. Ne consegue che la somma di danaro proposta dall'imputato come risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale (art. 185, comma 2, c.p.) deve essere offerta alla persona danneggiata in modo da consentire alla medesima di conseguire la disponibilità concretamente e

somma sia stata posta in modo certo a effettiva e incondizionata disposizione del danneggiato e che di tale circostanza sia fornita prova precisa e inequivocabile⁵¹.

Nel microsistema di pace, l'orientamento prevalente pare essere quello di ammettere forme flessibili, essendo sufficiente che il giudice abbia la possibilità di valutare l'offerta⁵².

Nel sistema codicistico, invece, se la persona offesa non accetta l'offerta, il risarcimento del danno può essere riconosciuto solo in seguito a offerta reale formulata ai sensi degli artt. 1208 ss. c.c., ove il giudice riconosca la congruità della somma.

Il richiamo operato espressamente dall'art. 162-ter c.p. agli articoli del codice civile, che riguardano l'offerta reale, lascia intendere come non sia sufficiente che l'imputato porti con sé in udienza il denaro offrendolo *banco iudicis*, qualora la persona offesa non lo accetti.

La scelta è comprensibile, ma suscita delle perplessità. Una maggior flessibilità avrebbe di certo giovato all'operatività della causa estintiva in ipotesi di rifiuto espresso della parte offesa, che potrebbe essere opposto unicamente a fini strumentali, per rendere più complessa al-

senza condizioni di sorta. Tale risultato può essere ottenuto – salva la valutazione di congruità rimessa al giudice e fuori del caso di versamento diretto del danaro nelle mani di colui cui spetta – solo con l'osservanza della forma prescritta dalle disposizioni della legge civile dettate proprio per creare, nell'ipotesi di rifiuto del creditore, un equipollente alla dazione diretta, vale a dire nelle forme dell'offerta reale, la quale si perfeziona con effetto liberatorio per il debitore al momento del deposito della somma presso la cassa depositi e prestiti o presso un istituto bancario. Il rispetto di tali prescrizioni integra l'estremo dell'effettività delle riparazioni ed è altresì rivelatore della reale volontà dell'imputato di eliminare, per quanto possibile, le conseguenze dannose del reato commesso». Si riferisce – senza imporlo – a un «verbale di offerta reale, ex art. 1209 c.c., della somma di 1.250,00», per esempio, la sentenza Cass., 24 maggio 2005, n. 14070, in *Cass. pen.*, 2006, 9, 2914, proprio in tema di art. 35.

⁵⁰ Cass., 28 aprile 2006, n. 18440, Friscia: mediante deposito su apposito libretto; Cass., 25 gennaio 1991: mediante quantificazione di una somma precisa.

⁵¹ Cass., 28 maggio 2015, n. 31927.

⁵² R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 1824.

l'indagato o all'imputato una definizione del procedimento rapida e indolore⁵³.

Il requisito dell'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose è ancora più difficile da accertare, perché è molto complesso da definire.

La formula è stata qualificata dalla dottrina "ambigua"⁵⁴.

Tenendo conto dell'interpretazione affermatasi per l'attenuante, con questa formulazione ci si riferisce ai riflessi del danno criminale (offesa tipica del reato) e cioè a quelle conseguenze che sono strettamente inerenti alla lesione o al pericolo di lesione del bene giuridico e non si concretizzano in danni risarcibili⁵⁵.

In questo quadro vengono valorizzate le condotte volte a rimuovere tutto ciò che di dannoso o pericoloso sia materialmente derivato dall'illecito ("effetti naturalistici in cui si materializza l'offesa criminale")⁵⁶, escluso il danno civile patrimoniale e non patrimoniale economicamente risarcibile.

Se, in presenza di alcune categorie di reati, è più facile dare contenuto alla riparazione (offrire una lettera di scuse in presenza di un reato contro l'onore)⁵⁷, nella maggior parte dei casi gli ostacoli appaiono insuperabili e, proprio per questo, anche con riferimento all'art. 35 d.lgs. 274/2000, che richiede sempre sia il risarcimento che la ripara-

⁵³ Con riferimento al 162-ter c.p., più in generale, la Cassazione ha affermato che la consegna di un assegno, senza la verifica della effettiva corresponsione della somma, non è idonea a integrare la causa di estinzione (Cass., 22 novembre 2017, n. 8182).

⁵⁴ D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 557.

⁵⁵ R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 184, mette in luce come l'offesa, se è un elemento autonomo della fattispecie incriminatrice, non può essere una conseguenza. S. QUATTROCOLO, *Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie. Commento*, cit., 205, parla di «eventuali ed ulteriori conseguenze dannose».

⁵⁶ R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 184.

⁵⁷ Nella giurisprudenza di merito si rinvengono pronunce in cui è stata favorevolmente considerata l'intervenuta attività di reintegrazione dell'onorabilità della persona offesa (Giudice di pace Fiera di Primiero, 12 luglio 2002, in *Giur. merito*, 2003, 1499) o la riparazione del "danno sociale" mediante il versamento di una somma simbolica in beneficenza, a favore di una struttura ospedaliera (Giudice di pace Belluno, 4 febbraio 2003, in C. RIVIEZZO (a cura di), *La giurisprudenza del giudice di pace*, Milano, 2008, 539).

zione, c'è chi ha proposto di ritenere implicita la precisazione “in quanto possibile”, per quanto attiene all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose⁵⁸, limitando la riparazione a quanto può essere integralmente e umanamente rimovibile⁵⁹.

Sia nel sistema di pace che in quello generale, però, c'è spazio per una soluzione più convincente: valorizzare un'idea di riparazione coerente con le istanze della giustizia riparativa, che riscopra 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.

Al risarcimento del danno dovrebbe essere sempre affiancata la riparazione, intesa almeno come sforzo diverso e ulteriore in chiave relazionale⁶⁰.

È questa la strada per evitare ogni prospettiva di monetizzazione del reato⁶¹. Una strada che consente la sperimentazione di molteplici con-

⁵⁸ S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 513. In giurisprudenza è stato anche affermato che: «Nei reati che esauriscono tutta la loro carica di disvalore nel procurare un danno alla persona offesa senza che residuino margini di offensività (c.d. danno criminale), il risarcimento del danno costituisce condotta sufficiente al fine di ottenere la declaratoria di estinzione del reato» (Cass., 4 ottobre 2012 n. 47051, in *Resp. Civ. e prev.*, 2013, 2, 650).

⁵⁹ G. FLORA, *Risarcimento del danno e conciliazione: presupposti e fini di una composizione non punitiva dei conflitti*, cit., 155; R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 184.

⁶⁰ L'autore, per esempio, può offrire delle scuse formali, che sono dei gesti di rispetto, ma che la vittima è naturalmente libera di non accettare. Gli atti di riparazione simbolica non comportano necessariamente la riconciliazione tra le parti. Infatti, se così fosse, non si dovrebbe arrivare ad applicare mai questa causa di estinzione del reato, essendo presumibile che la vittima rimetta la querela ben prima.

⁶¹ La Cassazione, per esempio, ha affermato – con riferimento all'art. 35 d.lgs. 274/2000 – che, in un caso di ingiurie di un insegnante nei confronti di un collega nel corso di un Consiglio di classe, a seguito dell'offerta di 2.500 Euro, operata dal primo al secondo, il giudice di pace aveva correttamente escluso che sussistessero i presupposti per l'estinzione del reato visto che l'episodio era avvenuto «in una istituzione scolastica, la quale per la funzione educativa deve essere tenuta immune da qualsiasi atto di violenza verbale o fisica, nell'ambito di un consiglio di classe, alla presenza degli altri professori e dei rappresentanti dei genitori, per cui evidentemente il mero versamento di una somma di denaro non era in grado di eliminare le conseguenze dannose del reato» (Cass., 7 settembre 2015, n. 127, in *Diritto e giustizia*, 7 gennaio 2016).

dotte riparatorie poste in relazione all'offesa criminale, senza caricare l'imputato di compiti inesigibili.

Il giudizio di equivalenza sanzionatoria, infine, richiesto espressamente solo dall'art. 35 d.lgs. 274/2000 – per rispondere in modo ancora più efficace all'esigenza da ultimo indicata – consente al giudice di pace di effettuare un giudizio di congruità della riparazione rispetto al disvalore complessivo dell'illecito (gravità oggettiva del reato) e alle finalità preventive⁶², tenendo conto dei parametri offerti dall'art. 133 c.p.⁶³

Si afferma che l'art. 35 si fonderebbe sull'avvenuta ricostituzione (ripristino sostanziale) dell'ordine sociale violato dal reato⁶⁴.

La riparazione avrebbe una «natura “mista” includendo tanto la riparazione verso l'offeso, quanto la riparazione verso la collettività»⁶⁵.

⁶² “Specialpreventive”, parrebbe, secondo S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 518, ma poi, a p. 523 del medesimo saggio, “generalpreventive”. Cfr. Cass., 9 dicembre 2003, n. 11522, in *Cass. pen.*, 2005, 6, 1958 (s.m.), ove ci si è chiesto se l'attività risarcitoria o riparatoria fosse idonea a compensare la gravità della condotta criminosa e a prevenirne, per il futuro, la reiterazione.

⁶³ Relazione al d.lgs. 274 del 2000, in http://www.penale.it/legislaz/rel_dlgs_28_8_00_274.htm#sei: «Questa previsione assume un valore strategico fondamentale e dunque irrinunciabile: essa tende a valorizzare gli obiettivi di prevenzione generale e di prevenzione speciale insiti nel sistema penale. Può accadere, infatti, che le attività riparatorie, sia pure espletate in modo adeguato a compensare la vittima o a reintegrare l'offesa e perciò stesso intessute anche di uno spessore sanzionatorio, non consentano di contrastare sufficientemente l'illecito sul versante della retribuzione e della prevenzione. In questi casi, cioè, il risarcimento e l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato non integrano un presidio sanzionatorio sufficiente a compensare il disvalore complessivo dell'illecito e/o le esigenze di prevenzione speciale. Si pensi, ad esempio, a un reato commesso con modalità particolarmente gravi o insidiose per la vittima, ovvero da un autore con una spiccata capacità a delinquere. Il giudice di pace è chiamato a valutare se occorre “punire” il soggetto agente, quando risulta insufficiente, per le ragioni descritte, la sola attività (sanzione) riparatoria. Questa valutazione, dunque, si risolve in una ponderazione di tutti gli interessi in giuoco: di quelli (pubblici e privati) sottesi alla fattispecie incriminatrice e di quelli che concernono più da vicino l'autore e, dunque, l'esigenza di contrastare la recidiva, e in definitiva si ancora ai parametri di cui all'articolo 133 c.p.».

⁶⁴ G. FLORA, *Risarcimento del danno e conciliazione: presupposti e fini di una composizione non punitiva dei conflitti*, cit., 150.

Un tanto può forse leggersi già nella necessità di affiancare al risarcimento l'eliminazione delle conseguenze del reato, ma il legislatore ha voluto ribadire proprio con il giudizio di equivalenza sanzionatoria che vi è la necessità di evitare una privatizzazione del conflitto, imponendo al giudice di prendere in considerazione una pluralità di esigenze e di mettere in relazione l'istituto con le finalità della pena.

Alcuni autori hanno evidenziato come le maggiori possibilità di atterrito di un modello di riparazione estintiva con le finalità tradizionali del sistema sanzionatorio si potrebbero cogliere sul piano della prevenzione generale negativa⁶⁶. In termini ancora più estremi, la previsione di una possibile conclusione definitiva della vicenda penale mediante una monetizzazione sarebbe addirittura indice della non necessità di una penalizzazione del comportamento⁶⁷.

In realtà, l'esclusione dell'automatismo estintivo⁶⁸ – con l'attribuzione al giudice di un ampio potere discrezionale⁶⁹ – e una corretta valorizzazione di una condotta responsabile dell'autore, costretto a confrontarsi con le conseguenze lesive del suo agire, può servire sia le esigenze di prevenzione generale (la riparazione spontanea contribuisce a rafforzare nei consociati l'immagine di una legge penale rispettabile e inviolabile e a ristabilire la pace giuridica)⁷⁰ sia quelle di prevenzione

⁶⁵ P.G. PALERMO, *Sospensione condizionata del processo penale in Germania: progressi o regressi del sistema penale?*, in L. PICOTTI (a cura di), *Tecniche alternative di risoluzione dei conflitti in materia penale*, Milano, 2010, 43.

⁶⁶ Per una disamina approfondita cfr. C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 8: egli evidenzia come, se l'agente sapesse preventivamente che in caso di insuccesso del progetto criminoso dovrebbe solo ricostruire lo *status quo ante* (ladro: restituzione del profitto), si cimenterebbe senza rischi nel reato. Egli si sofferma però sull'utilità del risarcimento in senso preventivo, escludendo la necessità di introdurre un nuovo fine della pena (quello riparativo). S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 519; R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 187.

⁶⁷ M. ROMANO, *Risarcimento del danno da reato, diritto civile, diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 882.

⁶⁸ Cfr., in questo senso, Cass. 9 maggio 2013 n. 36441, in *Diritto e Giustizia*, 2013.

⁶⁹ R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 182.

⁷⁰ C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 17 ss., che parla di prevenzione generale integratrice diretta alla conciliazione delle parti. A. MANNA, *Il risarcimento del danno fra diritto civile e diritto penale*, in *Indice pen.*, 1991, 599, richiama

speciale (il reo riconosce la validità del diritto e in qualche misura risponde all'istanza di riconciliazione tra vittima e agente: ciò può contribuire notevolmente alla sua risocializzazione)⁷¹.

Secondo una parte della dottrina, invece, la prospettiva generalpreventiva non rilevarebbe, in quanto la capacità surrogatoria delle condotte riparatorie dovrebbe essere valutata solo in relazione alle pene che il giudice di pace può irrogare, connotate in senso marcatamente specialpreventivo⁷².

Non vi è dubbio che il giudizio da operare può essere complesso e il potere discrezionale del giudice di pace molto ampio⁷³.

La Corte di Cassazione ha dichiarato tuttavia manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 35 d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274, sollevata per contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost., nella parte in cui prevede che il giudice pronuncia sentenza di estinzione del reato solo se ritiene le attività risarcitorie o riparatorie idonee a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione, proprio perché le nozioni, avendo un «preciso contenuto giuridico», non violerebbero il principio di uguaglianza e di parità di fronte alla legge⁷⁴.

Come ha operato il giudizio di equivalenza sanzionatoria la giurisprudenza, nel microsistema di pace?

Generalmente, nelle sentenze si sottolinea la necessità di una adeguata motivazione sul punto, non certo limitata ad affermazioni quali

gli studi di Frehsee valorizzanti la *Wiedergutmachung* anche nella prospettiva della deterrenza.

⁷¹ S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 521. Cfr., altresì, S. QUATTROCOLO, *Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie. Commento*, cit., 206; A. MANNA, *Il risarcimento del danno fra diritto civile e diritto penale*, cit., 599; G. GARUTI, *Il trattamento processuale delle condotte riparatorie*, cit., 143, si sofferma sulla necessità che il soggetto sia dissuaso dal commettere in futuro altri reati, in particolare della stessa indole.

⁷² G. FLORA, *Risarcimento del danno e conciliazione: presupposti e fini di una composizione non punitiva dei conflitti*, cit., 155.

⁷³ R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 186. Nello stesso senso: G. FLORA, *Risarcimento del danno e conciliazione: presupposti e fini di una composizione non punitiva dei conflitti*, cit., 157.

⁷⁴ Cass., 14 marzo 2003, n. 15798, in *Cass. pen.*, 2004, 1641 (s.m.)

“ritenuto adeguato il comportamento e congrua l’offerta”⁷⁵, ma attenta a considerare il contesto nel quale si inseriscono le condotte criminose, il significato di ravvedimento dell’offerta e la concreta efficacia dell’attività riparatoria a prevenire ulteriori reati⁷⁶.

Per esempio, proprio in applicazione di questo principio, la Cassazione ha censurato la decisione con cui il giudice di pace aveva ritenuto congrua un’offerta reale consistita in 350 Euro, in ordine al reato di lesioni e minacce, perpetrate in danno dell’ex moglie, omettendo di considerare il contesto, caratterizzato da molteplici vessazioni, desumibile dai numerosi procedimenti pendenti a carico dell’imputato, nonché il fatto che due precedenti pronunce, ex art. 35 d.lgs. 274/2000, non avevano sortito alcuna efficacia dissuasiva⁷⁷.

La Cassazione si è soffermata sulla necessità di «comportamenti improntati a lealtà, correttezza e alle regole del “bon ton”, in vista della riaffermazione dei valori sociali naturalmente lesi dalla condotta criminosa»⁷⁸, ponendosi in linea con quanto già la giurisprudenza di merito aveva affermato valorizzando il «fattivo, positivo e rieducativo comportamento mantenuto dall’imputato, successivamente alla commissione del reato». In questa prospettiva, il giudice è chiamato ad accertare che l’autore del reato abbia posto in essere un’attività personale a favore del

⁷⁵ Cass., 6 novembre 2008, n. 45355, in CED Cass. pen. 2008. Così: Cass., 29 maggio 2008, n. 27439, in *Cass. pen.*, 2009, 10, 3938; Cass., 18 gennaio 2007, n. 5581, in CED Cass. pen. 2007.

⁷⁶ Cass., 9 luglio 2009, n. 38597, in *Guida al diritto*, 2010, Dossier 2, 75 (s.m.): è stata ritenuta illegittima la motivazione esibita dal giudice del merito in ordine alla causa estintiva applicata, in ipotesi di ingiuria aggravata da finalità di discriminazione o di odio etnico, razziale o religioso, conseguente all’offerta riparatoria di Euro 200,00, ritenuta idonea a eliminare ogni conseguenza dannosa del reato. La Corte ha ritenuto necessario ad esempio tener «conto dell’entità del fatto (nel caso di specie: lesioni provocate da uno stratonamento della moglie che aveva in braccio la figlioletta, con conseguenti lesioni lievissime per entrambe), del pericolo di reiterazione del reato (i coniugi si erano nel frattempo separati; l’imputato, peraltro incensurato, si era ravveduto anche perché aveva accompagnato la condotta risarcitoria, nell’udienza, a manifestazioni di scuse e di impegno a più civili rapporti), della personalità dell’imputato, del comportamento susseguente alla commissione del fatto criminoso, della finalità pacificatoria della condotta e degli interessi in gioco»: Cass., 24 maggio 2005, n. 14070.

⁷⁷ Cass., 26 febbraio 2009, n. 12736, CED Cass. pen. 2009.

⁷⁸ Cass., 10 luglio 2008, n. 38004, cit., 82 (s.m.).

bene leso «la quale attesti credibilmente, rispetto alle possibilità concrete dell'agente, il riconoscimento della condotta antiggiuridica tenuta in precedenza e la disponibilità, per l'avvenire, a rispettare quel bene»⁷⁹.

4. Personalità e spontaneità dell'adempimento

Altra questione interessante da affrontare è quella che attiene alla natura “soggettiva” o “oggettiva” di questo istituto e al carattere esclusivamente personale della riparazione richiesta⁸⁰.

A differenza di una buona parte della giurisprudenza che l'ha qualificata “soggettiva”⁸¹, la Corte costituzionale del 1998 ha messo in luce il carattere essenzialmente oggettivo della corrispondente attenuante, il cui fine è soddisfare integralmente la pretesa del danneggiato, «onde risulti, con valutazione *ex post*, meno grave la vulnerazione dell'ordine giuridico provocata dal reato»⁸².

⁷⁹ Giudice di pace di Foggia, 19 giugno 2003, in *Foro it.*, 2003, II, c. 575.

⁸⁰ Per una riflessione sulla corrispondente attenuante cfr. D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 251.

⁸¹ Cass., 29 novembre 2011, n. 46588: «Qualora il rimedio alla lesione patrimoniale si presenti congiuntamente come restituzione e risarcimento, l'attenuante di cui all'art. 62 n. 6 c.p. è configurabile soltanto quando gli effetti ripristinatori e risarcitori, oltre che effettivi e integrali, siano entrambi riconducibili alla volontà del colpevole. Tale volontà deve essere finalizzata al conseguimento degli indicati effetti, atteso che l'attenuante in questione, avendo natura soggettiva, trova la sua giustificazione prevalente nell'avvenuto ravvedimento del reo. Ne consegue che essa non può trovare applicazione nell'ipotesi di abbandono della refurtiva o di recupero da parte del derubato o di terzi o della Polizia, pur quando l'imputato offra di riparare i danni residui, materiali o morali, giacché gli effetti restitutori si sono già verificati indipendentemente dalla volontà del colpevole».

⁸² Corte cost., 23 aprile 1998, n. 138: «Sentenze della stessa Corte di cassazione (ad esempio: sez. III, 18 dicembre 1991, n. 12760), proprio muovendo dai profili di incostituzionalità connessi alla prevalente interpretazione, affermano l'esigenza di svincolare l'attenuante del risarcimento del danno dalla sua tradizionale collocazione nel novero delle attenuanti soggettive e di ritenerla tale solo quanto agli effetti, ai sensi dell'articolo 70 cod. pen., ma non anche ai fini del suo contenuto, l'analisi del quale dovrebbe invece indurre a qualificarla come essenzialmente oggettiva. E invero, a favore

Più recentemente, la Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, però, ha escluso la generale comunicabilità della circostanza, sulla scorta del dato normativo, rappresentato dalla locuzione “aver riparato”, per integrare la quale è necessaria la volontà di riparare personalmente. Se uno dei correi avesse già provveduto in via integrale al risarcimento, per accedere all’istituto, l’altro dovrebbe rimborsare il complice più diligente o comunque dimostrare di aver avanzato una seria e concreta offerta di risarcimento integrale⁸³.

Per le cause estintive, il problema della comunicabilità degli effetti ai concorrenti può essere risolto agilmente.

L’art. 182 c.p. stabilisce che le cause di estinzione del reato hanno effetto solo per coloro ai quali esse si riferiscono.

I dubbi che sorgerebbero sul punto considerando l’istituto come causa sopravvenuta di non punibilità – l’art. 119 c.p. impone di distinguere, nelle circostanze di esclusione della pena, quelle che hanno una natura oggettiva dalle altre – possono essere rapidamente fugati considerando la necessità di valutare, nel microsistema di pace, le esigenze di riprovazione e quelle di prevenzione o comunque tenendo conto del fatto che l’eliminazione delle conseguenze del reato è necessariamente «a cura dell’imputato»⁸⁴.

In entrambi i sistemi, l’istituto va applicato considerando gli sforzi del singolo concorrente, personalizzando il giudizio⁸⁵.

Il tema assume una grande attualità se si pensa alle ipotesi di risarcimento operato unicamente dalla compagnia assicuratrice, rispetto al

della qualificazione dell’attenuante in senso oggettivo, sotto l’aspetto contenutistico, depongono concordi argomenti testuali, logici e sistematici».

⁸³ Cass., Sez. Un., 22 gennaio 2009, n. 5941, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 3, 1483.

⁸⁴ D. BIANCHI, *Incertezze giurisprudenziali sull’estinzione del reato per condotte riparatorie*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 346.

⁸⁵ In una sentenza del Tribunale di Lucera (Tribunale di Lucera, 13 marzo 2013, n. 1001, in *Giur. Mer.*, 2013, 10, 2164) si è precisato che al coimputato non può essere estesa la speciale causa estintiva del reato di cui all’art. 35, perché alla sentenza di estinzione si perviene solo se le condotte sono idonee a soddisfare le esigenze di riprovazione e di prevenzione, che sono collegate a profili di natura esclusivamente soggettiva e riferibili alla sola persona dell’imputato che ha tenuto le condotte idonee alla declaratoria di estinzione del reato.

quale, in chiave oggettivistica, è stato condivisibilmente evidenziato come la valenza satisfattoria non sia certo diminuita solo perché il pagamento proviene da un terzo⁸⁶.

Nel campo delle lesioni dipendenti da sinistri stradali, poi, come già affermato con riferimento all'attenuante⁸⁷, si graverebbe eccessivamente l'indagato o l'imputato, con il rischio di violare l'art. 3 Cost. – perché si farebbe pagare al reo la sua indigenza economica – qualora si pretendesse un risarcimento personale da parte sua, visto che egli è tenuto per legge a dotarsi preventivamente di una copertura assicurativa e che l'assicurazione interviene di norma in via diretta nei confronti del soggetto leso⁸⁸.

Una lettura contraria sarebbe inopportuna ispirata a «una visione premoderna dell'istituto della responsabilità civile in questo settore»⁸⁹. In effetti, si tratterebbe di una terzietà solo apparente, poiché l'intervento risarcitorio sarebbe comunque riferibile all'imputato.

⁸⁶ F. GIUNTA, *Un primo bilancio applicativo della giurisdizione penale di pace*, in G. FORNASARI, M. MARINELLI (a cura di), *La competenza civile e penale del giudice di pace. Bilancio e prospettive*, Padova, 2007, 106.

⁸⁷ Corte cost., 23 aprile 1998, n. 138, in *Cass. pen.*, 1999, 395 ss.: «È infondata, nei sensi di cui in motivazione, la q.l.c. dell'art. 62 n. 6 c.p., sollevata, in riferimento all'art. 3 Cost., nella parte in cui, secondo il prevalente orientamento interpretativo della Corte di Cassazione, non consente l'applicabilità dell'attenuante nella ipotesi in cui il risarcimento del danno cagionato alla persona offesa sia stato effettuato dalla compagnia assicuratrice in forza di contratto di assicurazione per la responsabilità civile verso terzi (la Corte ha osservato che l'interpretazione dell'attenuante in chiave meramente soggettiva, che ravvisasse in essa una finalità rieducativa, contrasterebbe con l'art. 3 Cost. sotto i molteplici profili evidenziati dal giudice rimettente e dalla più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione, giacché da essa seguirebbe una arbitraria svalutazione dell'istituto dell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, previsto dalla l. n. 990 del 1969, istituto che svolge nel nostro ordinamento una insostituibile funzione riequilibratrice, in attuazione degli imperativi contenuti nell'art. 3 Cost.)». Cfr. altresì D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 252.

⁸⁸ S. QUATTROCOLO, *Le condotte riparatorie nella nuova disciplina della competenza penale del giudice di pace*, in G. DE FRANCESCO, E. VENAFRO (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, Torino, 2002, 153 s. In giurisprudenza, per tutte: Cass., 24 settembre 2008, n. 41043, in *Giudice di pace*, 2009, 1, 84.

⁸⁹ Così si legge nella sentenza Corte cost., 23 aprile 1998, n. 138.

Anche per la causa estintiva del reato è quindi sufficiente che la soddisfazione delle pretese strettamente risarcitorie sia stata provocata e non ostacolata dall'imputato⁹⁰.

La giurisprudenza di merito e di legittimità si è espressa chiaramente a favore di un ampio accesso all'istituto⁹¹, riprendendo argomenti già in parte spesi, quali la necessità di abbandonare «un criterio di interpretazione del tutto formalistico e avulso dalla realtà dei rapporti sociali».

In un paio di occasioni, però, ha mostrato un atteggiamento più rigido, escludendo che potesse integrare la causa estintiva dell'art. 35 d.lgs. 274/2000 il risarcimento effettuato dall'INAIL⁹² o quello operato dalla compagnia di assicurazione del terzo proprietario del veicolo alla guida del quale l'imputato aveva cagionato le lesioni⁹³.

A leggere bene la motivazione delle sentenze, però, la Cassazione non si è limitata a escludere l'applicazione dell'istituto alla luce del risarcimento operato da terzi, ma ha aggiunto che per vederlo applicato sarebbe stato necessario uno sforzo ulteriore: delle scuse personali o, più precisamente,

l'eliminazione delle conseguenze dell'illecito attraverso interventi concreti atti ad assicurare alla persona offesa il ristoro del pregiudizio subito e a soddisfare le esigenze di riprovazione e di prevenzione connesse al fatto tipico⁹⁴.

⁹⁰ G. GARUTI, *Il trattamento processuale delle condotte riparatorie*, cit., 142.

⁹¹ Cass., 11 novembre 2010, n. 112, 207: «Deve ritenersi valido anche il risarcimento del danno effettuato da una compagnia di assicurazione, sempre che tale risarcimento abbia carattere di esaustività»; «l'assicurazione per i danni cagionati dalla circolazione stradale ha infatti carattere di obbligatorietà e appare insensato pretendere che una persona proceda a un risarcimento personale in presenza di un contratto di assicurazione sulla cui base, in concreto, sia avvenuto un risarcimento integrale dei danni cagionati». Cfr. anche Cass., 5 marzo 2009, n. 14439; Cass., 14 giugno 2017, n. 34888.

⁹² Cass., 18 febbraio 2010, n. 9194, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 546: «poiché i contributi versati a tale istituto hanno ad oggetto somme di denaro proprie dello stesso danneggiato». La Cassazione ha altresì rilevato come, nel caso concreto, la natura del reato avrebbe imposto un elemento in più rispetto al mero risarcimento: le scuse personali.

⁹³ Cass., 23 maggio 2014, n. 38957, in *Archivio della circolazione e dei sinistri*, 2015, 6, 546.

⁹⁴ Cass., 23 maggio 2014, n. 38957, cit., 546.

In conclusione, quindi, si può parlare di istituti dalla natura complessa, in cui convivono caratteristiche oggettive e caratteristiche soggettive⁹⁵.

Una soluzione convincente su tutti i piani, e comune sia all'art. 35 d.lgs. 274/2000 che all'art. 162-ter c.p., è quella di allargare il quadro valutativo verso l'eliminazione delle conseguenze del reato, che deve essere operata personalmente, considerando la soddisfazione del danno economico solo come uno dei criteri-guida.

Si può ammettere un risarcimento proveniente dal terzo nell'interesse del reo (e che quest'ultimo abbia fatto proprio, magari sollecitandolo)⁹⁶, ma si deve richiedere sempre al reo anche uno sforzo di carattere personale, declinato nei termini che si andranno meglio a chiarire nell'ultimo paragrafo⁹⁷.

Una questione che non ha mai avuto occasione di porsi, per quanto riguarda il microsistema di pace, ma che è stata correttamente affrontata con riferimento all'art. 162-ter c.p., attiene infine al requisito della "spontaneità" dell'adempimento. Esso non può aprire le porte a un giudizio sull'atteggiamento interiore del reo, ma ha comunque un significato importante, quale criterio di imputazione personale della condotta susseguente al reato⁹⁸.

Già analizzando l'istituto del microsistema di pace si dava, in qualche modo, per scontato che la riparazione dovesse essere spontanea. Non si è mai andati ad approfondire particolarmente questo requisito, perché il giudizio di equivalenza sanzionatoria permetteva di escludere senza alcun dubbio che i risarcimenti imposti potessero anche lontanamente ambire a un riconoscimento in chiave estintiva.

Oggi, invece, nel sistema generale, si è avvertita la necessità di operare una precisazione importante, escludendo che possa rilevare a fini

⁹⁵ R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, cit., 183; S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, cit., 526.

⁹⁶ Cfr. D. BIANCHI, *Incertezze giurisprudenziali sull'estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 344; G. GARUTI, *Il trattamento processuale delle condotte riparatorie*, cit., 142.

⁹⁷ S. QUATTROCOLO, *Le condotte riparatorie nella nuova disciplina della competenza penale del giudice di pace*, cit., 157.

⁹⁸ T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*, cit., 409.

estintivi la condotta risarcitoria non spontanea, ma addirittura imposta da una sentenza⁹⁹. Ancora una volta, è chiaro che alla medesima conclusione si sarebbe potuti arrivare valorizzando al meglio la componente più autenticamente riparatoria dell'istituto.

5. Modelli di riparazione estintiva a confronto: per una lettura relazionale

Non vi è alcun dubbio che grazie a questi istituti estintivi incentrati sulla riparazione il giudice si veda riconosciuto un ruolo centrale, pur di fronte a reati che sono in larga parte procedibili a querela. Il suo potere di estinguere d'imperio il reato è tale da permettere una nuova pubblicizzazione della fase di remissione della querela¹⁰⁰.

Come abbiamo evidenziato sopra, però, le differenze tra i due istituti analizzati sono molto evidenti.

Solo nell'art. 35 d.lgs. 274/2000 sono stati inseriti chiaramente dei parametri di natura penalistica, che consentono al giudice di operare un giudizio di equivalenza sanzionatoria.

Nell'art. 162-ter c.p. tutto è incentrato sulla dimensione riparatoria del danno, che sembra identificarsi con il suo risarcimento.

Il dato letterale, così, ci porta ben lontani dall'orizzonte della mediazione, intesa come un percorso autenticamente relazionale e dialogico tra la vittima e il reo¹⁰¹.

⁹⁹ Cass., 3 aprile 2018, n. 21922: «La causa estintiva del reato per condotte riparatorie di cui all'art 162-ter c.p., presuppone condotte restitutorie o risarcitorie spontanee e non coartate, nonché destinate definitivamente a incrementare la sfera economica e giuridica della persona offesa. (Nella specie, la Corte ha ritenuto che non ricorresse la predetta causa estintiva in quanto l'imputato aveva versato somme a titolo di risarcimento perché costretto dall'efficacia esecutiva della sentenza di secondo grado, senza però aver fatto acquiescenza ai capi civili della sentenza, e, pertanto, solo in via provvisoria e con diritto alla ripetizione in caso di esito favorevole dell'impugnazione svolta in sede di legittimità)».

¹⁰⁰ F. GIUNTA, *Querela-selezione e condotte riparatorie. Verso un cambio di passo della deflazione in concreto?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 483.

¹⁰¹ L'opinione è diffusa: cfr. F. GIUNTA, *Querela-selezione e condotte riparatorie*, cit., 485.

Lo sconforto per questa scelta può semplicemente prendere il sopravvento, oppure, come anticipato, si può auspicare che gli operatori riescano a scorgere, nelle righe dell'art. 162-ter c.p., gli spazi sufficienti per offrire un'interpretazione relazionale della riparazione richiesta.

Se il vaglio giudiziale sull'equivalenza sanzionatoria delle condotte riparatorie avrebbe consentito con maggior facilità di ricercare un equilibrio tra considerazioni di interesse generale e considerazioni relative al soddisfacimento della persona offesa, è pur vero che il requisito dell'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose – la componente più autenticamente riparatoria – è richiesto anche nella riparazione estintiva del giudice ordinario¹⁰².

E, se è vero che l'eliminazione va operata solo «ove possibile», si può fondatamente ritenere che l'inciso sia interpretabile proprio alla luce dei principi della giustizia riparativa. Interpretate in chiave “relazionale”, le conseguenze dannose e pericolose sono destinate a rivestire un ruolo fondamentale perché sono teoricamente eliminabili in ogni reato procedibile a querela – vista la presenza di una persona offesa – anche se possono essere effettivamente eliminate solo in presenza di una disponibilità all'incontro e all'accoglienza manifestata dalla vittima, che ben potrebbe invece rifiutare di entrare nuovamente in relazione con il reo.

In tal senso, quindi, la precisazione «ove possibile» dell'art. 162-ter c.p. – ben lungi dallo sminuire l'importanza dello sforzo necessariamente richiesto a colui che vorrebbe avvalersi della causa estintiva – appare decisamente opportuna, non potendo l'imputato vedersi preclusa

¹⁰² La Commissione Fiorella, istituita il 14 dicembre 2012 per elaborare una proposta di revisione del sistema penale con l'introduzione di norme di depenalizzazione, aveva previsto di introdurre la causa estintiva, escludendo il giudizio di equivalenza sanzionatoria perché superfluo, proprio sulla base della presenza di attività risarcitorie accompagnate ad attività riparatorie. Come si legge nella relazione della Commissione: «Subordinare l'estinzione del reato alla congruità e all'effettività delle attività risarcitorie e riparatorie in realtà non vanifica gli interessi tutelati dalla norma penale ma, al contrario, ne riafferma e rafforza il valore, promuovendone la reintegrazione. Del resto, è questa la ragione per la quale, discostandosi dalla disciplina prevista nell'art. 35 d.lgs. 274/2000, non si è ritenuto di dover affiancare alla valutazione circa l'idoneità delle attività risarcitorie e riparatorie anche la considerazione delle esigenze di riprova-zione del reato e di prevenzione».

l'estinzione in conseguenza della volontà contraria della persona offesa, quando ha posto in essere condotte riparatorie rispetto all'offesa intesa nella sua complessità, arricchita dei contenuti che attengono al rispetto, alla dignità, alla sofferenza fisica e psicologica della persona offesa¹⁰³.

La valorizzazione della dimensione relazionale ha il vantaggio, insostituibile, di evitare derive economicistiche e automatismi che istituti incentrati sulla riparazione rischiano di alimentare, finendo per mettere in discussione fin dalle radici il significato sotteso alla scelta di criminalizzazione di una condotta.

¹⁰³ Cfr. F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, Milano, 2010, 24; A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino, 2010, 53; A. CERETTI, *Mediazione penale e giustizia*, in AA.VV., *La mediazione penale in ambito minorile: applicazione e prospettive*, Milano, 1999, 70; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, Milano, 2003, 104 s. Sia consentito rinviare altresì a E. MATTEVI, *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, Napoli, 320 ss.

COLLANA
‘QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA’

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

1. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del IV Convegno Antitrust tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2014)

2. *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GIANNI SANTUCCI, ANNA SIMONATI (2014)

3. *Il riconoscimento dei diritti storici negli ordinamenti costituzionali* - (a cura di) MATTEO COSULICH, GIANCARLO ROLLA (2014)

4. *Il diritto del lavoro tra decentramento e ricentralizzazione. Il modello trentino nello spazio giuridico europeo* - (a cura di) ALBERTO MATTEI (2014)

5. *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice* - JOHN A.E. VERVAELE, with a prologue by Gabriele Fornasari and Daria Sartori (Eds.) (2014)

6. *I beni comuni digitali. Valorizzazione delle informazioni pubbliche in Trentino* - (a cura di) ANDREA PRADI, ANDREA ROSSATO (2014)

7. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2015)

8. *Il coordinamento dei meccanismi di stabilità finanziaria nelle Regioni a Statuto speciale* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI, FLAVIO GUELLA (2014)
9. *Reti di libertà. Wireless Community Networks: un'analisi interdisciplinare* - (a cura di) ROBERTO CASO, FEDERICA GIOVANELLA (2015)
10. *Studies on Argumentation and Legal Philosophy. Further Steps Towards a Pluralistic Approach* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2015)
11. *L'eccezione nel diritto. Atti della giornata di studio (Trento, 31 ottobre 2013)* - (a cura di) SERGIO BONINI, LUCIA BUSATTA, ILARIA MARCHI (2015)
12. José Luis Guzmán D'Albora, *Elementi di filosofia giuridico-penale* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ALESSANDRA MACILLO (2015)
13. *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto* - (a cura di) GIANDOMENICO FALCON, BARBARA MARCHETTI (2015)
14. *Convergences and Divergences between the Italian and the Brazilian Legal Systems* - (Ed. by) GIUSEPPE BELLANTUONO, FEDERICO PUPPO (2015) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/116513>)
15. *La persecuzione dei crimini internazionali. Una riflessione sui diversi meccanismi di risposta. Atti del XLII Seminario internazionale di studi italo-tedeschi, Merano 14-15 novembre 2014 - Die Verfolgung der internationalen Verbrechen. Eine Überlegung zu den verschiedenen Reaktionsmechanismen. Akten des XLII. Internationalen Seminars deutsch-italienischer Studien, Meran 14.-15. November 2014* - (a cura di / herausgegeben von) ROBERTO WENIN, GABRIELE FORNASARI, EMANUELA FRONZA (2015)

16. *Luigi Ferrari Bravo. Il diritto internazionale come professione* - (a cura di) GIUSEPPE NESI, PIETRO GARGIULO (2015)

17. *Pensare il diritto pubblico. Liber Amicorum per Giandomenico Falcon* - (a cura di) MAURIZIO MALO, BARBARA MARCHETTI, DARIA DE PRETIS (2015)

18. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del V Convegno biennale Antitrust. Trento, 16-18 aprile 2015* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2015)

19. *From Contract to Registration. An Overview of the Transfer of Immoveable Property in Europe* - (Ed. by) ANDREA PRADI (2015) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/140085>)

20. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo. Volume II* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2016) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/143369>)

21. *Democrazie e religioni: libertà religiosa, diversità e convivenza nell'Europa del XXI secolo. Atti del convegno nazionale Adec Trento, 22 e 23 ottobre 2015* - (a cura di) ERMINIA CAMASSA (2016)

22. *Modelli di disciplina dell'accoglienza nell'“emergenza immigrazione”. La situazione dei richiedenti asilo dal diritto internazionale a quello regionale* - (a cura di) JENS WOELK, FLAVIO GUELLA, GRACY PELACANI (2016)

23. *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione* - (a cura di) MARCO BOMBARDELLI (2016)

24. *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Atti del IV Congresso nazionale SIRD. Trento, 24-26 settembre 2015* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE GRAZIADEI (2016)

25. *Fiat Intabulatio. Studi in materia di diritto tavolare con una raccolta di normativa* - (a cura di) ANDREA NICOLUSSI, GIANNI SANTUCCI (2016)

26. *Le definizioni nel diritto. Atti delle giornate di studio, 30-31 ottobre 2015* - (a cura di) FULVIO CORTESE, MARTA TOMASI (2016)

27. *Diritto penale e modernità. Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali. Atti del convegno. Trento, 2 e 3 ottobre 2015* - (a cura di) ROBERTO WENIN, GABRIELE FORNASARI (2017)

28. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 2. Multimodality and Reasonableness in Judicial Rhetoric* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/106571>)

29. *Il Giudice di pace e la riforma della magistratura onoraria. Atti del Convegno. Trento, 3-4 dicembre 2015* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/178978>)

30. *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GRACY PELACANI (2017)

31. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo. Volume III* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/184772>)

32. *Carlo Beduschi. Scritti scelti* - (a cura di) LUCA NOGLER, GIANNI SANTUCCI (2017)

33. *Diplomatici. 33 saggi su aspetti giuridici e politici della diplomazia contemporanea* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2018)

34. *Sport e fisco* - (a cura di) ALESSANDRA MAGLIARO (2018)

35. *Legal Conversations Between Italy and Brazil* - (a cura di) GIUSEPPE BELLANTUONO, FABIANO LARA (2018)

36. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 3. Multimodal Argumentation, Pluralism and Images in Law* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2018) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/218719>)

37. *Aspetti istituzionali e prospettive applicative del private antitrust enforcement nell'Unione europea. Atti del VI convegno biennale anti-trust. 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>)