

GIUSTIZIA CONSENSUALE

Vol. III

2023

N. 2

RIVISTA SEMESTRALE

SAGGI

Giuseppe Trisorio Liuzzi
La composizione negoziata. Una soluzione consensuale della crisi d'impresa 395

Monica Delsignore e Marsela Mersini
Gli strumenti per la composizione dei conflitti ambientali nella realizzazione delle infrastrutture per la crescita 445

Olga Fuentes Soriano
Riflessioni sulla fattibilità della mediazione penale nei casi di violenza di genere 487

Vincenzo Ansanelli
Qualche minimo update sulla composizione del conflitto tramite consulenza tecnica preventiva 531

OSSERVATORIO SU LEGISLAZIONE E REGOLAMENTI

Cassio Scarpinella Bueno
Meccanismi di giustizia consensuale nel diritto processuale brasiliano. Un'introduzione in chiave comparata 557

Elena Mattevi
Strutture e figure professionali nella disciplina organica della giustizia riparativa. Il ruolo della formazione del mediatore esperto 589

OSSERVATORIO SULLE PRASSI

Michael S. Coffee and Melissa A. Kucinski
Arbitrating a Multi-Jurisdictional Children's Dispute 615

Annalisa Atti
Profili deontologici della professione del mediatore e dell'avvocato in mediazione 637

FATTI E COMMENTI

Tommaso Greco
La giustizia consensuale, alle radici del diritto 661

Pierluigi Consorti
Oltre la mitezza, la gentilezza del diritto 667

Valentina Bonini
Consenso e giustizia penale: dal mercato globale alla bottega sartoriale 681

Luciana Breggia
Una giustizia plurale tra autonomia, responsabilità e autorità 691

SEGNALAZIONI E RECENSIONI

Werner Haslehner, Timothy Lyons Kc, Katerina Pantazatou, Georg Kofler, Alexander Rust (eds), *Alternative Dispute Resolution and Tax Disputes* (Cristina M. Mariottini) 701

Emma van Gelder, *Consumer Online Dispute Resolution Pathways in Europe. Analysing the Standards for Access and Procedural Justice in Online Dispute Resolution Procedures* (Angela M. Felicetti) 705

LA COMPOSIZIONE NEGOZIATA.
UNA SOLUZIONE CONSENSUALE
DELLA CRISI D'IMPRESA

Giuseppe Trisorio Liuzzi ()*

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. La natura e la funzione della «Composizione negoziata della crisi». – 3. La figura dell'esperto. La nomina. – 4. (segue) Indipendenza e doveri dell'esperto. – 5. L'istanza di nomina dell'esperto e il successivo svolgimento della procedura. – 6. (segue) La fase delle trattative. – 7. La formulazione delle proposte dell'imprenditore e delle parti interessate. – 8. L'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata. – 9. La gestione dell'impresa in pendenza della composizione negoziata. – 10. Le imprese sottosoglia e la composizione negoziata. – 11. L'intervento del tribunale nella composizione negoziata: le misure protettive e cautelari. – 12. (segue) Le autorizzazioni a contrarre finanziamenti e a trasferire l'azienda o suoi rami.

1. Premesse. – Uno degli obiettivi della riforma delle procedure concorsuali era prevedere una procedura alla quale potesse fare ricorso l'imprenditore ai primi segnali della crisi sì da consentirgli di individuare e poi porre in essere le iniziative più idonee per il superamento della crisi stessa.

E così nella legge delega 19 ottobre 2017, n. 155 il legislatore aveva previsto nell'art. 4 le «Procedure di allerta e di composizione assistita della crisi», «di natura non giudiziale e confidenziale, fina-

Giustizia consensuale Fasc. 2/2023, 395-443 EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) Professore Ordinario di Diritto Processuale civile nell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

lizzate a incentivare l'emersione anticipata della crisi e ad agevolare lo svolgimento di trattative tra debitore e creditori».

In attuazione di tale legge ed attenendosi ai principi e criteri direttivi ivi dettati, il d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 aveva dedicato il Titolo II della Parte prima del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (in seguito solo: c.c.i.i.) alle «Procedure di allerta e di composizione della crisi» ed aveva disciplinato negli artt. 12-25 il nuovo istituto ⁽¹⁾.

Le procedure di allerta, tuttavia, non hanno mai trovato applicazione, complice il rinvio, a causa dell'emergenza sanitaria determinata dalla pandemia Covid-19, dell'entrata in vigore del Codice della crisi, originariamente prevista per il 15 agosto 2020 (tranne che per la parte che ha novellato il codice civile e che è entrata in vigore già dal 16 marzo 2019) e differita una prima volta al 1° settembre 2021 [d.l. 8 aprile 2020, n. 23 (art. 5), c.d. decreto «Liquidità», conv. con modif. dalla l. 5 giugno 2020, n. 40], una seconda volta al 15 maggio 2022 [d.l. 24 agosto 2021, n. 118, conv. con modif. dalla l. 21 ottobre 2021, n. 147 ⁽²⁾] ed una terza ed ultima volta al 15 luglio 2022 [d.l. 30 aprile 2022, n. 36 «Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)», conv. con modif. dalla l. 29 giugno 2022, n. 79 ⁽³⁾].

⁽¹⁾ V. per tutti A. CARRATTA, *La composizione assistita della crisi e le misure di protezione «anticipate» nel Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2020, I, 267; C. CECHELLA, *Il diritto della crisi dell'impresa e dell'insolvenza*, Milano, 2020, 81; S. MASTURZI, *Le misure di prevenzione della crisi e i controlli nel sistema dell'allerta*, in *Dir. fall.*, 2020, I, 1067; E. CAPUCCIO, *I sistemi di allerta della riforma Rordorf. Nuove prospettive per le s.r.l.*, *ivi*, 2021, 713; D. FOÀ, *Le procedure di allerta nella crisi d'impresa e l'approccio forward looking*, in *Giuricivile.it*, 2019, 3; R. RANALLI, *Le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi: insidie ed opportunità*, in *il fallimentarista.it*.

⁽²⁾ Con tale decreto veniva disposto il rinvio degli strumenti di allerta al 31 dicembre 2023.

⁽³⁾ L'art. 42 d.l. 36 del 2022 introduce modifiche all'art. 389 c.c.i.i., come modificato dal d.l. n. 118 del 2021, conv., con modif., dalla l. n. 14 del 2021, prevedendo l'abrogazione del 1° *bis* comma, che rinviava le procedure di allerta al 31 dicembre 2023. Infatti, una volta che con il d.l. n. 118 del 2021 è stato introdotto il procedi-

Peraltro, il d.l. n. 118 del 2021 non si era limitato a rinviare l'entrata in vigore del c.c.i.i., ma aveva previsto l'introduzione, a partire dal 15 novembre 2021, dell'istituto della «Composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa», che tutte le imprese iscritte al registro delle imprese, adiuvate da un esperto, potevano utilizzare al fine di risanare l'impresa che, pur in condizioni di difficoltà finanziarie ed economiche, avrebbe potuto avere le potenzialità per restare sul mercato ⁽⁴⁾.

Il d.l. 118 del 2021 è stato poi 'affiancato' dal decreto del Diret-

mento di composizione negoziata (entrato in vigore il 15 novembre 2021) e che questo procedimento nello schema di d.lgs. approvato dal Consiglio dei Ministri il 17 marzo 2022 ha preso il posto delle procedure di allerta nel Titolo II della Parte prima, l'abrogazione *tout court* delle procedure di allerta e degli organismi di composizione della crisi d'impresa (OCRI) era inevitabile.

⁽⁴⁾ Sul d.l. n. 118 del 2021 v. per tutti G. MICCOLIS, *La collocazione della composizione negoziata tra gli strumenti di soluzione negoziale della crisi di impresa alla luce del d.l. 118/2021*, in *judicium.it*; M. FABIANI, I. PAGNI, *Introduzione alla composizione negoziata*, in *Fallimento*, 2021, 1477; ID., *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, in *Dirittodellacrisi*, 2 novembre 2021; S. PACCHI, *L'allerta tra la reticenza dell'imprenditore e l'opportunità del creditore. Dal Codice della crisi alla composizione negoziata*, in *Dir. fall.*, 2022, I, 501 ss.; G. FAUCEGLIA, *Le conclusioni delle trattative: riflessioni sull'art. 11, 1° comma, lett. a), L. n. 147/2021*, *ivi*, I, 553; S. AMBROSINI, *La «miniriforma» del 2021: rinvio (parziale) del CCI, composizione negoziata e concordato semplificato*, *ivi*, 2021, I, 901; ID., *La Legge n. 147/2021 di conversione del D.L. n. 118: primi, brevi, appunti in ordine sparso*, *ibid.*, I, 1141; G. BOZZA, *Il concordato semplificato introdotto dal D.L. n. 118 del 2021*, in *Dirittodellacrisi*; A. FAROLFI, *Le novità del D.L. 118/2021: considerazioni sparse «a prima lettura»*, *ivi*; M. FERRO, *La composizione negoziata e il riposizionamento delle istituzioni della concorsualità giudiziale dopo il d.l. n. 118/2021*, in *Fallimento*, 2021, 1573; F. LAMANNA, *Nuove misure sulla crisi d'impresa del D.L. 118/2021: Penelope disfa il Codice della crisi recitando il «de profundis» per il sistema dell'allerta*, in *ilfallimentarista.it*; S. LEUZZI, *Allerta e composizione negoziata nel sistema concorsuale ridisegnato dal D.L. n. 118 del 2021*, in *Dirittodellacrisi*; P. VELLA, *Le finalità della composizione negoziata e la struttura del percorso. Confronto col ccii*, in *Fallimento*, 2021, 1489; V. MINERVINI, *La nuova «composizione negoziata» alla luce della direttiva Insolvency. Linee evolutive (extracodicistiche) dell'ordinamento concorsuale italiano*, *ivi*, 2022, I, 251; G. RANA, *Le misure protettive e cautelari nella composizione negoziata di cui al D.L. n. 118/2021*, *ivi*, I, 282 ss.

tore Generale del Dipartimento per gli affari di giustizia del 28 settembre 2021, che ha recepito il documento predisposto da apposita Commissione nominata dal Ministro della giustizia, che ha definito il contenuto del test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento, la *check-list* particolareggiata del piano di risanamento dell'impresa, il protocollo di conduzione della composizione negoziata, la formazione degli esperti, il contenuto della piattaforma ⁽⁵⁾.

In questo contesto va ricordata la legge 22 aprile 2021, n. 53, «Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea – Legge di delegazione europea 2019-2020», che all'art. 1 ha delegato il Governo «ad adottare, secondo i termini, le procedure, i principi e i criteri direttivi di cui agli articoli 31 e 32 della legge 24 dicembre 2012, n. 234, nonché secondo quelli specifici dettati dalla presente legge e tenendo conto delle eccezionali conseguenze economiche e sociali derivanti dalla pandemia di Covid-19, i decreti legislativi per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione degli altri atti dell'Unione europea di cui agli articoli da 3 a 29 e all'allegato A». Orbene, il n. 22 dell'Allegato A concerne la «Direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la Direttiva (UE) 2017/1132 (direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza)».

⁽⁵⁾ C. CINCOTTI, *Gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili nella composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa (anche a proposito del «Decreto Dirigenziale»)*, in *Dir. fall.*, 2022, 567; G. BUFFELLI, G.P. ROTA, *Composizione negoziata della crisi di impresa: il decreto dirigenziale del 28 settembre 2021 si aggiorna al Codice della Crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *Dirittodellacrisi*, 5 aprile 2023. Il decreto del 28 settembre 2021 è stato successivamente integrato con decreto del 21 marzo 2023, che ha inserito nel test pratico sulla ragionevole perseguibilità del risanamento previsto nella piattaforma telematica nazionale anche le disponibilità finanziarie dell'impresa.

Si tratta della direttiva *Insolvency*, che individua quale misura iniziale per evitare l'insolvenza la predisposizione di «strumenti di allerta precoce per incoraggiare i debitori che cominciano ad avere difficoltà finanziarie ad agire in una fase precoce» (considerando 22), «quando sembra probabile che l'insolvenza possa essere evitata e la sostenibilità dell'attività assicurata» (considerando 24). Direttiva *Insolvency* che è volta a favorire soluzioni che puntano al risanamento dell'impresa, anziché alla sua liquidazione, con salvaguardia dei posti di lavoro, attraverso la previsione di misure di ristrutturazione preventiva (art. 4), la sospensione delle azioni esecutive individuali (artt. 6-7), la predisposizione di piani di ristrutturazione (artt. 8 ss.), l'accesso all'esdebitazione (artt. 20 ss.).

Ebbene, la direttiva *Insolvency* è stata recepita dal d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83, che ha introdotto ulteriori modifiche al c.c.i.i. Per quel che interessa in questa sede, il d.lgs. n. 83 del 2022 è intervenuto sul Titolo II della Parte prima del c.c.i.i., eliminando le disposizioni sulle «Procedure di allerta e di composizione assistita della crisi» e sostituendole con il «Titolo II Composizione negoziata della crisi, piattaforma unica nazionale, concordato semplificato e segnalazioni per la anticipata emersione della crisi» (artt. 12-25 *undecies*). In altri termini, il d.lgs. n. 83 del 2022 ha inserito nel c.c.i.i. l'istituto della composizione negoziata che era stato introdotto con il d.l. n. 118 del 2021, conv. con modif. dalla l. n. 147 del 2021, così come integrato dal d.l. n. 152 del 2021, conv. con modif. dalla l. n. 233 del 2021 ⁽⁶⁾.

Subito dopo il d.lgs. n. 83 del 2022 il legislatore è intervenuto nuovamente sul c.c.i.i., modificando fra l'altro l'art. 25 *novies*, dettato in tema di segnalazione dei creditori pubblici qualificati, con il d.l. 21 giugno 2022, n. 73, conv. con modif. dalla l. 4 agosto 2022, n. 122.

Ecco allora che lo strumento di allerta precoce non sono più le «Procedure di allerta e di composizione della crisi», pur previste

⁽⁶⁾ V. A. CIMOLAI, *Le novità sulla composizione negoziata*, in *Dirittodellacrisi*, 20 settembre 2022.

dalla legge delega n. 155 del 2017, bensì la «Composizione negoziata della crisi» ⁽⁷⁾.

2. *La natura e la funzione della «Composizione negoziata della crisi».* – La composizione negoziata è un istituto che può essere utilizzato dall'imprenditore commerciale ed agricolo quando si trova in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che potrebbero rendere probabile la crisi o perfino l'insolvenza, ma nello stesso tempo risulta ragionevolmente possibile perseguire il risanamento dell'impresa (art. 12, 1° comma, c.c.i.i) ⁽⁸⁾.

In merito al presupposto per il ricorso alla composizione negoziata in giurisprudenza si sono sviluppate due tesi contrapposte, tra chi afferma che lo stato di insolvenza non preclude all'imprenditore l'accesso alla composizione negoziata, nonché l'applicazione e la conferma delle misure protettive richieste, a condizione che esse siano coerenti con il risanamento dell'impresa così come proposto ed attuato dallo stesso imprenditore ⁽⁹⁾, e chi invece nega siffatta possibilità, ammettendo al più che l'insolvenza «può verificarsi sol-

⁽⁷⁾ Sul passaggio dalle «Procedure di allerta e di composizione della crisi» alla «Composizione negoziata della crisi» sia consentito rinviare a G. TRISORIO LIUZZI, *Dalla legge fallimentare al codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in ID. (a cura di), *Diritto della crisi d'impresa*, Bari, 2023, 7 ss.

⁽⁸⁾ Trib. Larino, 8 giugno 2023, in *Dirittodellacrisi*, ha escluso che l'imprenditore possa accedere alla composizione negoziata, e quindi ottenere le misure protettive del patrimonio, quando l'attività imprenditoriale è rimasta «sulla carta», poiché l'attività economica organizzata, svolta in maniera professionale e destinata alla produzione o scambio di beni o servizi (*i.e.* l'attività di impresa secondo l'art. 2082 c.c.), non si è mai fattivamente declinata. Per un caso particolare v. E. BISSOCOLI, *La composizione negoziata della crisi d'impresa alla prova del sistema calcio: il caso UC Sampdoria*, in *Dirittodellacrisi*, 27 dicembre 2023.

⁽⁹⁾ Trib. Milano, 9 maggio 2023, in *Dirittodellacrisi*; Trib. Ravenna, 17 marzo 2023, *ivi*; Trib. Lecco, 2 gennaio 2023, *ivi*; Trib. Bologna, 8 novembre 2022, in *Fallimento*, 2023, 242; Trib. Roma, 10 ottobre 2022; Trib. Bergamo, 25 maggio 2022 e 24 febbraio 2022; Trib. Milano, 17 gennaio 2022; Trib. Viterbo, 14 febbraio 2022, tutte riportate in M. SPADARO, *Composizione negoziata della crisi: gli orientamenti della giurisprudenza ad un anno dall'esordio*, in *Fallimento*, 2023, 111.

tanto in un momento successivo alla presentazione dell'istanza di nomina dell'esperto»⁽¹⁰⁾. Delle due tesi la prima appare quella preferibile dal momento che ciò che richiede la legge è che in base al piano predisposto risulti ragionevolmente possibile perseguire il risanamento dell'impresa, anche eventualmente mediante interventi straordinari di trasferimento dell'azienda o di rami di essa (art. 12, 2° comma, c.c.i.i.) o di apporti di finanza esterna, non anche che non vi sia insolvenza.

Una conclusione che appare confermata proprio dalla lettera della legge, che fa riferimento indifferentemente alla crisi e all'insolvenza, richiedendo quale condizione essenziale che il risanamento dell'impresa sia ragionevolmente perseguibile, nonché da ragioni sistematiche e dai lavori preparatori dell'istituto in esame⁽¹¹⁾. Diverso è il caso dell'impresa in liquidazione, perché come è stato rilevato in giurisprudenza «lo stato di liquidazione dell'impresa debitrice è incompatibile con l'accesso alla composizione negoziata della crisi, perché impedisce di proporre ai propri creditori un piano finalizzato alla risoluzione della crisi ex art. 17 CCII, avente la finalità di preservare la continuità aziendale e di ristrutturare le posizioni debitorie, atteso che una impresa in liquidazione non può operare in continuità, se non al fine di evitare i danni che una repentina cessazione potrebbe apportare al suo valore, purché il liquidatore sia stato autorizzato dall'assemblea dei soci, ai sensi dell'art. 2487, 1° comma, c.c. e comunque per conseguire, nell'interesse dei creditori sociali e dei soci la massima utilità derivante dalla liquidazione ovvero il migliore valore di realizzo»⁽¹²⁾.

Ebbene, l'imprenditore che si trova in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario si rivolge non al tribunale,

⁽¹⁰⁾ Trib. Siracusa, 14 settembre 2022, in *Fallimento*, 2023, 247, che conseguentemente ha revocato le misure protettive richieste dall'imprenditore.

⁽¹¹⁾ V. a tale riguardo, tra gli altri, L. PANZANI, *L'imprenditore insolvente nella composizione negoziata*, in *Fallimento*, 2023, 253 ss.; S. ROSETTI, *Presupposti e condizioni per l'accesso alla composizione negoziata. Il valore perseguibile: il risanamento dell'impresa*, in *Dirittodellacrisi*, 3 aprile 2023.

⁽¹²⁾ Trib. Firenze, 21 marzo 2023, in *Dirittodellacrisi*.

bensì al segretario generale della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura (in seguito solo: camera di commercio) nel cui ambito territoriale si trova la sede legale dell'impresa affinché venga nominato un esperto indipendente, il cui compito è di agevolare le trattative tra l'imprenditore, i creditori ed eventuali altri soggetti interessati al fine di individuare la soluzione più idonea per superare quelle condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario in cui si è venuto a trovare l'imprenditore, anche mediante il trasferimento dell'azienda o di suoi rami, come si è detto poc'anzi ⁽¹³⁾.

Evidente è pertanto la natura consensuale, stragiudiziale e non concorsuale dell'istituto, che ha il fine di individuare lo strumento più idoneo per il superamento della crisi dell'impresa senza dover necessariamente coinvolgere il tribunale ⁽¹⁴⁾.

⁽¹³⁾ Sulla composizione negoziata v. per tutti, oltre gli autori citati *supra* alla nota 4, M. FABIANI, *Sistema, principi e regole del diritto della crisi d'impresa*, Piacenza, 2023, 73 ss.; F. DAMIANI, *La composizione negoziata della crisi d'impresa e il concordato semplificato*, in G. TRISORIO LIUZZI (a cura di), *Diritto della crisi d'impresa*, cit., 35 ss.; S. BONFATTI, *La procedura di Composizione Negoziata per la soluzione della Crisi d'Impresa: funzione, natura, presupposti ed incentivi*, in *Dirittodellacrisi*, 20 Settembre 2023; S. SANZO, *Principi generali, Allerta e composizione negoziata*, in S. SANZO (a cura di), *Il Codice della crisi dopo il d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83*, Bologna, 2022, 16 ss.; F. SANTANGELI (a cura di), *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Milano, 2023, 77 ss.; F. DI MARZIO (a cura di), *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Milano, 2022, 48 ss.; M. SPIOTTA, *La composizione negoziata della crisi: come cogliere questa nuova chance senza abusarne*, in *Giur. comm.*, 2022, II, 1512; R. RUSSO, *Il Giano bifronte della composizione negoziata: la circolazione dell'azienda tra nuovo dato legislativo e problemi irrisolti*, in *Dir. fall.*, 2022, I, 1210 ss.

⁽¹⁴⁾ Trib. Lecco, 2 gennaio 2023, in *Dirittodellacrisi*, dopo avere evidenziato che «la composizione negoziata della crisi non ha natura giurisdizionale e pertanto non è soggetta alla potestà e al controllo Giudice, il quale è chiamato a intervenire solamente a limitati fini», esclude che il giudice abbia il potere di pronunciarsi sulla domanda di riunione di differenti procedure di composizione negoziata della crisi formulata dal debitore che ritiene sussistere i presupposti della procedura di gruppo ex art. 25 c.c.i.i. o sulla domanda di riunione delle istanze ex art. 18 c.c.i.i. e dei ricorsi ex art. 19 c.c.i.i., «giacché dette istanze e detti ricorsi restano necessariamente

Natura stragiudiziale che risulta confermata dalla previsione contenuta nell'art. 25 *quinquies* c.c.i.i., ove si dispone che l'imprenditore non può presentare l'istanza di nomina dell'esperto indipendente in pendenza del procedimento introdotto con ricorso per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e alla liquidazione giudiziale (art. 40 c.c.i.i.), anche nelle ipotesi della domanda con riserva di presentazione della proposta, del piano e degli accordi contemplata nell'art. 44, 1° comma, c.c.i.i., oppure dell'istanza per la concessione delle misure protettive di cui all'art. 54, 3° comma, c.c.i.i., o ancora della proposta di concordato minore prevista nell'art. 74 c.c.i.i. ⁽¹⁵⁾.

Non solo perché il legislatore, proprio per evidenziare il carattere stragiudiziale dell'istituto, precisa che alla composizione negoziata-

collegati a ciascuna procedura negoziata di composizione della crisi nell'ambito della quale sono stati formulati».

⁽¹⁵⁾ V. in termini Trib. Palermo, 22 maggio 2023, in *Dir. fall.*, 2024, II, 154 per il quale «la domanda di accesso alla composizione negoziata della crisi dev'essere rigettata e le misure protettive vanno conseguentemente revocate, quando pende, al momento dell'istanza ex art. 17 c.c.i.i., una procedura di liquidazione giudiziale promossa, non già dal solo debitore, ma anche da uno qualsiasi dei soggetti legittimati dalla legge». Di diverso avviso Trib. Bologna, 23 giugno 2023, in *Dirittodella-crisi*, «che nega rilievo impeditivo alla pendenza di procedimenti giudiziali promossi dai terzi (che possono quindi essere paralizzati dalla richiesta di misure protettive, salva la verifica che in concreto sia perseguibile la strategia di risanamento) e attribuisce effetti preclusivi (peraltro temporanei) solo alle iniziative dell'imprenditore, in quanto sintomatiche di un suo intento dilatorio». In dottrina v., fra gli altri, M. FABIANI, *Sistema, principi e regole*, cit., 75; F. DAMIANI, *La composizione negoziata*, cit., 40; U. CORREA, *Sub art. 25 quinquies*, in F. SANTANGELI (a cura di), *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 199; A. ILLUMINATI, *Sub art. 25 quinquies*, in F. DI MARZIO (a cura di), *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 123; G.B. FAUCEGLIA, *Considerazioni sull'accesso alla composizione negoziata della crisi in pendenza dell'istanza di liquidazione giudiziale*, in *Dir. fall.*, 2024, II, 157; A. ROSSI, *Composizione negoziata della crisi d'impresa: presupposti e obiettivi*, in *Dirittodellacrisi*, 25 ottobre 2021. Sempre ai sensi dell'art. 25 *quinquies* l'istanza non può essere presentata anche nel caso in cui l'imprenditore abbia rinunciato alle domande per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e alla liquidazione giudiziale indicate nel testo nei quattro mesi precedenti la stessa istanza.

le non si applica l'art. 38 c.c.i.i. che disciplina l'iniziativa del pubblico ministero che può presentare il ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale in ogni caso in cui ha notizia dell'esistenza di uno stato di insolvenza (art. 12, 3° comma, c.c.i.i.)⁽¹⁶⁾. A meno che nel corso della procedura di composizione non si aprano delle parentesi di natura giurisdizionale, come nel caso della richiesta delle misure protettive e cautelari (artt. 18 e 19 c.c.i.i.) e della richiesta di autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili o a trasferire l'azienda o uno o più rami senza gli effetti di cui all'art. 2560, 2° comma, c.c. [art. 22, 1° comma, lett. a), b), c) e d), c.c.i.i.]⁽¹⁷⁾, e in tali fasi emergano i presupposti per l'apertura della liquidazione giudiziale⁽¹⁸⁾.

A tale ultimo proposito va, infatti, considerato che la natura stragiudiziale dell'istituto non esclude del tutto l'intervento giudiziario nel corso del procedimento, come vedremo in seguito.

Il procedimento di composizione negoziata è avviato su iniziativa dell'imprenditore iscritto nel registro delle imprese, il quale può accedere alla «Piattaforma telematica nazionale» attraverso il sito istituzionale di ciascuna camera di commercio⁽¹⁹⁾, sulla quale piattaforma sono disponibili una lista di controllo particolareggiata, adeguata anche alle esigenze delle micro, piccole e medie imprese, che contiene indicazioni operative per la redazione del piano di risanamento, un test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento e un protocollo di conduzione della com-

⁽¹⁶⁾ V. fra gli altri, F. DAMIANI, *La composizione negoziata*, cit., 41; U. CORREA, Sub art. 12, in F. SANTANGELI (a cura), *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 93; A. JORIO, *Composizione negoziata e pubblico ministero*, in *Dirittodellacrisi*, 22 dicembre 2021.

⁽¹⁷⁾ A riguardo v. *infra* par. 11 e 12.

⁽¹⁸⁾ Trib. Santa Maria Capua Vetere, 29 settembre 2023, in *Dirittodellacrisi*.

⁽¹⁹⁾ La piattaforma è gestita dal sistema delle camere di commercio, per il tramite di Unioncamere, sotto la vigilanza del Ministero della giustizia e del Ministero dello sviluppo economico.

posizione negoziata accessibili da parte dell'imprenditore e dei professionisti dallo stesso incaricati (art. 13, 2° comma, c.c.i.i.)⁽²⁰⁾.

Alla piattaforma telematica nazionale, peraltro, possono accedere anche i creditori, i quali possono inserire al suo interno le informazioni sulla propria posizione creditoria e i dati eventualmente richiesti dall'esperto nominato, possono accedere ai documenti e alle informazioni inseriti nella piattaforma dall'imprenditore al momento della presentazione dell'istanza di nomina dell'esperto o nel corso delle trattative (art. 15 c.c.i.i.)⁽²¹⁾.

3. La figura dell'esperto. La nomina. – Centrale nella «Composizione negoziata della crisi» è la figura dell'esperto indipendente⁽²²⁾.

Presso la camera di commercio di ciascun capoluogo di regione e delle province autonome di Trento e di Bolzano è formato un

⁽²⁰⁾ La struttura della piattaforma, il contenuto della lista di controllo particolareggiata, le modalità di esecuzione del test pratico e il contenuto del protocollo sono definiti dal decreto del Direttore Generale del Dipartimento per gli affari di giustizia del 28 settembre 2021, integrato con decreto del 21 marzo 2023.

⁽²¹⁾ L'ultima parte dell'art. 15, inoltre, dispone che «la documentazione e le informazioni inserite nella piattaforma sono accessibili previo consenso prestato, dall'imprenditore e dal singolo creditore, ai sensi del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, e del codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196».

⁽²²⁾ Sulla figura dell'esperto v., fra i tanti, M. FABIANI, *Sistema, principi e regole*, cit., 76 s.; F. DAMIANI, *La composizione negoziata*, cit., 42 ss.; S. SANZO, *Principi generali, Allerta e composizione negoziata*, cit., 38 ss.; M. L. GUARNIERI, *Sub artt. 13, 14, 15 e 16*, in F. SANTANGELI (a cura di), *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 95 ss.; A. GIORDANO, *Sub artt. 13, 14, 15 e 16*, in F. DI MARZIO (a cura di), *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 52 ss.; R. RANALLI, *Il comportamento dell'imprenditore ed il ruolo dell'esperto anche alla luce del decreto dirigenziale*, in *Fallimento*, 2021, 1513; A. GUIOTTO, *La figura dell'esperto e la conduzione delle trattative nella composizione negoziata della crisi*, *ivi*, 1527; N. NISIO, *Sub art. 16*, in P. VALENSISE, G. DI CECCO, D. SPAGNUOLO (a cura di), *Commentario al Codice della crisi e dell'insolvenza dell'impresa*, Torino, 2024.

elenco di esperti ⁽²³⁾, nel quale possono essere inseriti gli iscritti da almeno cinque anni all'albo dei dottori commercialisti e degli esperti contabili e all'albo degli avvocati, che documentano di aver maturato precedenti esperienze nel campo della ristrutturazione aziendale e della crisi d'impresa; gli iscritti da almeno cinque anni all'albo dei consulenti del lavoro, che documentano di avere concorso, almeno in tre casi, alla conclusione di accordi di ristrutturazione dei debiti omologati o di accordi sottostanti a piani attestati o di avere concorso alla presentazione di concordati con continuità aziendale omologati; coloro che, pur non iscritti in albi professionali, documentano di avere svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in imprese interessate da operazioni di ristrutturazione concluse con piani di risanamento attestati, accordi di ristrutturazione dei debiti e concordati preventivi con continuità aziendale omologati, nei confronti delle quali non sia stata successivamente pronunciata sentenza di apertura della liquidazione giudiziale o sentenza di accertamento dello stato di insolvenza (art. 15, 3° comma, c.c.i.i.). L'iscrizione è comunque subordinata al possesso della specifica formazione prevista con il decreto dirigenziale del Ministero della giustizia adottato ai sensi dell'art. 3 d.l. 24 agosto 2021, n. 118, conv., con modif., dalla l. 21 ottobre 2021, n. 147.

La nomina dell'esperto avviene ad opera di una commissione,

⁽²³⁾ La domanda di iscrizione all'elenco è presentata (i) agli ordini professionali di appartenenza dei professionisti richiedenti e (ii) per i soggetti non iscritti in albi professionali alla camera di commercio del capoluogo di regione e delle province autonome di Trento e di Bolzano competente per il luogo di residenza (art. 13, 5° comma, c.c.i.i.). Ciascun ordine professionale, valutata la domanda e verificata la completezza della documentazione allegata, comunica alla camera di commercio del capoluogo della regione in cui si trova o alla camera di commercio delle province autonome di Trento e di Bolzano, i nominativi dei professionisti in possesso dei requisiti previsti unitamente a una scheda sintetica contenente le informazioni utili alla individuazione del profilo dell'esperto, per l'inserimento nell'elenco previsto. Il quinto comma dell'art. 13, poi, detta una serie di previsioni in ordine alla presentazione della domanda, ai compiti degli ordini professionali e delle camere di commercio, all'aggiornamento dei dati raccolti dagli ordini professionali e comunicati alle camere di commercio per la formazione dell'elenco.

che resta in carica per due anni, alla quale il segretario generale della camera di commercio ha trasmesso l'istanza presentata dall'imprenditore ⁽²⁴⁾. La commissione è costituita presso le camere di commercio dei capoluoghi di regione e delle province autonome di Trento e di Bolzano, dei cui uffici di segreteria si avvale per lo svolgimento dei suoi compiti, ed è composta da:

(a) due magistrati, uno effettivo e uno supplente, designati dal presidente della sezione specializzata in materia di impresa del tribunale del capoluogo di regione o della provincia autonoma di Trento o di Bolzano nel cui territorio si trova la camera di commercio che ha ricevuto l'istanza di nomina dell'esperto;

(b) due membri, uno effettivo e uno supplente, designati dal presidente della camera di commercio presso la quale è costituita la commissione;

(c) due membri, uno effettivo e uno supplente, designati dal prefetto del capoluogo di regione o della provincia autonoma di Trento o di Bolzano nel cui territorio si trova la camera di commercio che ha ricevuto l'istanza di nomina dell'esperto ⁽²⁵⁾.

Nell'effettuare la nomina la commissione deve tenere conto della complessiva esperienza formativa dell'esperto, anche esaminando, ove occorra, il *curriculum vitae*, e dell'attività prestata come esperto nell'ambito di precedenti composizioni negoziate, assicurando la rotazione e la trasparenza ed avendo cura altresì che ciascun esperto non riceva più di due incarichi contemporaneamente ⁽²⁶⁾.

⁽²⁴⁾ Sulla nomina dell'esperto v., oltre agli autori richiamati alla nota 22, P. RINALDI, *La struttura del percorso*, in *Dirittodellacrisi*, 27 ottobre 2021.

⁽²⁵⁾ Il segretario generale della camera di commercio nel cui ambito territoriale si trova la sede legale dell'impresa, ricevuta l'istanza di nomina dell'esperto, nei successivi due giorni lavorativi, la comunica alla commissione, unitamente a una nota sintetica contenente l'indicazione del volume d'affari, del numero dei dipendenti e del settore in cui opera l'impresa istante. Entro i cinque giorni lavorativi successivi al ricevimento dell'istanza la commissione nomina l'esperto tra gli iscritti nell'elenco. La nomina può avvenire anche al di fuori dell'ambito regionale.

⁽²⁶⁾ La commissione può anche acquisire, se lo ritiene opportuno, il parere non vincolante dell'associazione di categoria sul territorio.

Gli incarichi conferiti e il *curriculum vitae* dell'esperto nominato sono pubblicati in apposita sezione del sito istituzionale della camera di commercio del luogo di nomina e del luogo dove è tenuto l'elenco presso il quale l'esperto è iscritto, o messo ogni riferimento all'imprenditore richiedente. Sono del pari pubblicati sul sito istituzionale di ciascuna camera di commercio gli elenchi contenenti i nominativi degli esperti, formati presso le camere di commercio dei capoluoghi di regione e delle province autonome di Trento e di Bolzano (art. 13, 9° comma, c.c.i.i.).

4. (segue) *Indipendenza e doveri dell'esperto.* – L'esperto, che deve essere in possesso dei requisiti previsti dall'art. 2399 c.c., è e non può che essere terzo rispetto a tutte le parti, imprenditore compreso⁽²⁷⁾. Pertanto, non è equiparabile al «professionista indipendente» contemplato nella definizione di cui all'art. 2, lett. o), c.c.i.i.⁽²⁸⁾.

E quindi non deve essere legato all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale; non deve aver prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore dell'imprenditore né essere stato membro degli organi di amministrazione o

⁽²⁷⁾ V. la definizione prevista nell'art. 2, 1° comma, lett. o *bis*), c.c.i.i.: «esperto: il soggetto terzo e indipendente, iscritto nell'elenco di cui all'articolo 13, comma 3 e nominato dalla commissione di cui al comma 6 del medesimo articolo 13, che facilita le trattative nell'ambito della composizione negoziata».

⁽²⁸⁾ Art. 2, 1° comma, lett. o): «professionista indipendente»: il professionista incaricato dal debitore nell'ambito di uno degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza che soddisfi congiuntamente i seguenti requisiti: 1) essere iscritto all'albo dei gestori della crisi e insolvenza delle imprese, nonché nel registro dei revisori legali; 2) essere in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 2399 del codice civile; 3) non essere legato all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione di regolazione della crisi da rapporti di natura personale o professionale; il professionista ed i soggetti con i quali è eventualmente unito in associazione professionale non devono aver prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore, né essere stati membri degli organi di amministrazione o controllo dell'impresa, né aver posseduto partecipazioni in essa.

controllo dell'impresa né aver posseduto partecipazioni in essa. Analoghe condizioni sono richieste per i soggetti ai quali l'esperto è eventualmente unito in associazione professionale.

Inoltre, chi ha svolto l'incarico di esperto non può intrattenere rapporti professionali con l'imprenditore se non sono decorsi almeno due anni dall'archiviazione della composizione negoziata (art. 16, 1° comma, c.c.i.i.).

È importante evidenziare che l'esperto non assiste l'imprenditore, né si sostituisce a lui nella gestione dell'impresa o alle parti nell'esercizio dell'autonomia privata, dal momento che il suo compito è quello di facilitare le trattative tra l'imprenditore, i creditori e gli altri soggetti interessati e stimolare gli accordi. Pertanto, coadiuva le parti nella comunicazione, nella comprensione dei problemi e degli interessi di ciascuna delle parti interessate.

Nello svolgimento delle trattative l'esperto deve operare in modo professionale, imparziale e indipendente; deve verificare la coerenza complessiva delle informazioni fornite dall'imprenditore; può richiedere all'imprenditore, ai creditori ed alle altre parti interessate ogni informazione ritenuta utile o necessaria per lo svolgimento dell'incarico.

L'esperto, per lo svolgimento della propria attività, ove lo ritenga utile o necessario, può avvalersi, a proprie spese, di soggetti dotati di specifica competenza, anche nel settore economico in cui opera l'imprenditore, e di un revisore legale, non legati all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione di risanamento da rapporti di natura professionale o personale (art. 16, 2° comma, c.c.i.i.).

L'esperto è tenuto alla riservatezza rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante le trattative e non è tenuto a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nell'esercizio delle sue funzioni, né davanti all'autorità giudiziaria né davanti ad altra autorità. Ovviamente questo limite non si applica per quel che concerne le informazioni che l'esperto deve rendere al tribunale civile nel corso dell'udienza fissata per la conferma o modifica delle misure interdittive e per la concessione

delle misure cautelari. Trovano applicazione le disposizioni dell'art. 200 c.p.p. e le garanzie previste per il difensore dalle disposizioni dell'art. 103 c.p.p. in quanto compatibili (art. 16, 3° comma, c.c.i.i.).

L'esperto accede alle banche dati e alle informazioni, previo consenso prestato dall'imprenditore ai sensi del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, e del codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, ed estraе la documentazione e le informazioni necessari per l'avvio o la prosecuzione delle trattative con i creditori e con le parti interessate (art. 14, 2° comma, c.c.i.i.)⁽²⁹⁾.

L'esperto provvede al censimento nella piattaforma delle parti che partecipano alle trattative immettendo il loro indirizzo di posta elettronica certificata, se disponibile, o, in difetto, un loro indirizzo di posta elettronica.

5. L'istanza di nomina dell'esperto e il successivo svolgimento della procedura. – L'istanza di nomina dell'esperto indipendente è presentata tramite la piattaforma telematica nazionale mediante la compilazione di un modello, disponibile nella stessa piattaforma, contenente le informazioni utili ai fini della nomina e dello svolgi-

⁽²⁹⁾ Va infatti evidenziato che la piattaforma telematica nazionale di cui all'art. 13 c.c.i.i. è collegata alle banche dati dell'Agenzia delle entrate, dell'Istituto nazionale della previdenza sociale, dell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e dell'agente della riscossione e consente l'accesso alle informazioni contenute nella Centrale dei rischi della Banca d'Italia nel rispetto di quanto disposto dall'art. 7 Testo Unico bancario di cui al d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385. Le modalità di accesso alle banche dati sono stabilite dall'Agenzia delle entrate, dall'Istituto nazionale della previdenza sociale, dall'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e dall'agente della riscossione e le modalità di accesso alle informazioni contenute nella Centrale dei rischi sono stabilite dalla Banca d'Italia.

mento dell'incarico da parte dell'esperto nominato (art. 17, 1° comma, c.c.i.i.)⁽³⁰⁾.

L'imprenditore, al momento della presentazione dell'istanza, deve inserire nella piattaforma telematica:

(a) i bilanci degli ultimi tre esercizi, se non già depositati presso l'ufficio del registro delle imprese, oppure, per gli imprenditori che non sono tenuti al deposito dei bilanci, le dichiarazioni dei redditi e dell'Iva degli ultimi tre periodi di imposta, nonché una situazione patrimoniale e finanziaria aggiornata a non oltre sessanta giorni prima della presentazione dell'istanza;

(b) un progetto di piano di risanamento redatto secondo le indicazioni della lista di controllo di cui all'art. 13, 2° comma, e una relazione chiara e sintetica sull'attività in concreto esercitata recante un piano finanziario per i successivi sei mesi e le iniziative che intende adottare;

(c) l'elenco dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti scaduti e a scadere e dell'esistenza di diritti reali e personali di garanzia;

(d) una dichiarazione resa ai sensi dell'art. 46 d.p.r. n. 445 del 2000 sulla pendenza, nei suoi confronti, di ricorsi per l'apertura della liquidazione giudiziale o per l'accertamento dello stato di insolvenza e una dichiarazione con la quale attesta di non avere depositato ricorsi ai sensi dell'art. 40, anche nelle ipotesi di cui agli art. 44, 1° comma, lett. a), e 54, 3° comma, c.c.i.i.;

(e) il certificato unico dei debiti tributari di cui all'art. 364, 1° comma, c.c.i.i.;

(f) la situazione debitoria complessiva richiesta all'Agenzia delle entrate-Riscossione;

⁽³⁰⁾ Imprenditore che ben può essere sollecitato dall'organo di controllo che segnala l'esistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza. Il contenuto del modello è definito con decreto dirigenziale del Ministero della giustizia adottato ai sensi dell'art. 3 d.l. 24 agosto 2021, n. 118, convertito, con modificazioni, dalla l. 21 ottobre 2021, n. 147 (art. 17, 2° comma, c.c.i.i.).

(g) il certificato dei debiti contributivi e per premi assicurativi di cui all'art. 363, 1° comma, c.c.i.i.;

(h) un estratto delle informazioni presenti nella Centrale dei rischi gestita dalla Banca d'Italia non anteriore di tre mesi rispetto alla presentazione dell'istanza.

Come si è visto in precedenza⁽³¹⁾, il segretario generale della camera di commercio trasmette l'istanza alla commissione, la quale nei cinque giorni lavorativi successivi provvede alla nomina dell'esperto. L'esperto, verificata la propria indipendenza e il possesso delle competenze e della disponibilità di tempo necessarie per lo svolgimento dell'incarico, entro due giorni lavorativi dalla ricezione della nomina, comunica all'imprenditore l'accettazione e contestualmente inserisce nella piattaforma la dichiarazione di accettazione e una dichiarazione resa ai sensi dell'art. 47 d.p.r. n. 445 del 2000, sul possesso dei requisiti di indipendenza di cui all'art. 16, 1° comma, c.c.i.i. In caso contrario ne dà comunicazione riservata al soggetto che l'ha nominato perché provveda alla sua sostituzione. L'esperto non può assumere più di due incarichi contemporaneamente (art. 17, 4° comma, c.c.i.i.).

L'esperto, accettato l'incarico, convoca senza indugio l'imprenditore per valutare l'esistenza di una concreta prospettiva di risanamento, anche alla luce delle informazioni assunte dall'organo di controllo e dal revisore legale, ove in carica. L'imprenditore partecipa personalmente e può farsi assistere da consulenti.

Va peraltro considerato che entro tre giorni dalla comunicazione della convocazione le parti possono presentare osservazioni sull'indipendenza dell'esperto al segretario generale della camera di commercio, il quale riferisce senza indugio alla commissione perché, valutate le circostanze esposte e sentito l'esperto, se lo ritiene opportuno provveda alla sua sostituzione entro i successivi cinque giorni lavorativi. Allo stesso modo la commissione procede se

⁽³¹⁾ V. a riguardo *supra* par. 3.

l'imprenditore e le parti interessate formulano osservazioni sull'operato dell'esperto (art. 17, 6° comma, c.c.i.i.).

Il «Protocollo di conduzione della composizione negoziata», allegato al decreto dirigenziale del 28 settembre 2021 ⁽³²⁾ fornisce una serie di indicazioni soprattutto per l'esperto, da considerarsi «come buone prassi e non come precedenti assoluti». E così, fra l'altro, l'esperto

(a) deve verificare, attraverso la piattaforma telematica, se l'imprenditore ha provveduto alla pubblicazione nel registro dell'impresa dell'istanza di applicazione delle misure protettive, unitamente alla accettazione dell'esperto;

(b) deve sottoporre il piano di risanamento redatto dall'imprenditore ad un'analisi di coerenza sulla base della *check-list* allegata al decreto dirigenziale del 28 settembre 2021, al fine di verificare la ragionevole perseguibilità del risanamento.

(c) poiché non sono inibiti i pagamenti e le misure protettive non si estendono ai diritti di credito dei lavoratori, deve accertare le disponibilità finanziarie e la copertura del fabbisogno finanziario occorrente per l'esecuzione dei pagamenti dovuti;

d) deve verificare le conseguenze delle misure protettive sugli approvvigionamenti ed il rischio che i fornitori pretendano pagamenti delle nuove forniture all'ordine o alla consegna; infatti i creditori interessati dalle misure protettive non possono, unilateralmente, rifiutare l'adempimento dei contratti pendenti o provocarne la risoluzione, né possono anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto del mancato pagamento dei loro crediti anteriori rispetto alla pubblicazione dell'istanza di nomina dell'esperto;

(e) deve inoltre verificare, nel caso di estensione delle misure protettive alle esposizioni bancarie, che non si corra il rischio di una loro riclassificazione a crediti deteriorati, per le conseguenze negative su una nuova concessione di credito.

⁽³²⁾ V. a riguardo *supra* par. 1 e ivi nota 5.

L'esperto, se non ravvisa concrete prospettive di risanamento, all'esito della convocazione o in un momento successivo, deve darne notizia all'imprenditore e al segretario generale della camera di commercio che dispone l'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata entro i successivi cinque giorni lavorativi ⁽³³⁾.

Se, invece, ritiene che le prospettive di risanamento siano concrete, incontra le altre parti interessate al processo di risanamento e prospetta le possibili strategie di intervento fissando i successivi incontri con cadenza periodica ravvicinata.

6. (segue) *La fase delle trattative.* – Il «Protocollo di conduzione della composizione negoziata», allegato al decreto dirigenziale del 28 settembre 2021 ⁽³⁴⁾ fornisce una serie di indicazioni operative per l'esperto indipendente anche sul come condurre le trattative.

E così si segnala

* che gli incontri con le parti possono essere tenuti anche separatamente, soprattutto allorquando è opportuno se non proprio necessario tutelare la riservatezza delle informazioni;

* che negli incontri con le parti interessate l'esperto ovviamente deve ricordare ai creditori che, qualora l'imprenditore richiedesse misure protettive o cautelari nei loro confronti, essi non potranno, unilateralmente, rifiutare l'adempimento dei contratti pendenti, né provocarne la risoluzione, né potranno anticiparne la scadenza o modificarli in danno del debitore per il solo fatto del mancato pagamento dei crediti preesistenti. Il che non significa, chiaramente, che tali creditori sono obbligati a concedere ulteriore credito;

* che è opportuno che l'esperto, all'incontro con i creditori finanziari, inviti contestualmente tutti gli istituti di credito e gli intermediari finanziari con i quali l'imprenditore ha esposizioni pendenti, proprio per avere una visione generale dei rapporti con tali soggetti e per potere pervenire ad una soluzione condivisa;

⁽³³⁾ V. *infra* par. 8.

⁽³⁴⁾ V. a riguardo *supra* par. 1 e ivi nota 5.

* che particolare attenzione deve essere prestata per quel che concerne i rapporti di lavoro; infatti l'esperto deve rappresentare all'imprenditore che se intende assumere rilevanti determinazioni che incidono sui rapporti di lavoro di una pluralità di lavoratori, anche solo per quanto riguarda l'organizzazione del lavoro o le modalità di svolgimento delle prestazioni, prima della adozione delle misure deve rispettare le procedure di informazione e consultazione previste dalla legge o dalla contrattazione collettiva. In questo caso destinatari della informativa sono le rappresentanze sindacali aziendali costituite a norma dell'art. 19 l. 20 maggio 1970, n. 300 o le rappresentanze sindacali unitarie o, in mancanza, le articolazioni territoriali delle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

Ove non siano previste, dalla legge o dai contratti collettivi di cui all'art. 2, 1° comma, lett. g), d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 25, diverse procedure di informazione e consultazione, il datore di lavoro che occupa complessivamente più di quindici dipendenti, prima della adozione delle misure, deve informare con comunicazione scritta, trasmessa anche tramite posta elettronica certificata, i soggetti sindacali di cui all'art. 47, 1° comma, l. 29 dicembre 1990, n. 428 (ossia le rappresentanze sindacali unitarie, ovvero le rappresentanze sindacali aziendali costituite, a norma dell'art. 19 l. 20 maggio 1970, n. 300, nelle unità produttive interessate, nonché i sindacati di categoria che hanno stipulato il contratto collettivo applicato nelle imprese). Questi ultimi, entro tre giorni dalla ricezione dell'informativa, possono chiedere all'imprenditore un incontro. La conseguente consultazione deve avere inizio entro cinque giorni dal ricevimento dell'istanza e, salvo diverso accordo tra i partecipanti, si intende esaurita una volta che sono decorsi dieci giorni dal suo inizio. La consultazione si svolge con la partecipazione dell'esperto e con vincolo imparzialità, indipendenza e riservatezza rispetto alle informazioni qualificate come tali dal datore di lavoro o dai suoi rappresentanti nel legittimo interesse dell'impresa;

* che degli incontri può essere redatto un verbale sintetico.

È importante poi rilevare che nel corso delle trattative

* l'imprenditore ha il dovere di rappresentare la propria situazione all'esperto, ai creditori e agli altri soggetti interessati in modo completo e trasparente e di gestire il patrimonio e l'impresa senza pregiudicare ingiustamente gli interessi dei creditori (art. 16, 4° comma, c.c.i.i.);

* le banche e gli intermediari finanziari, i loro mandatari e i cessionari dei loro crediti sono tenuti a partecipare alle trattative in modo attivo e informato; l'accesso alla composizione negoziata della crisi non costituisce di per sé causa di sospensione e di revoca degli affidamenti bancari concessi all'imprenditore; in ogni caso la sospensione o la revoca degli affidamenti possono essere disposte se richiesto dalla disciplina di vigilanza prudenziale, con comunicazione che dia conto delle ragioni della decisione assunta (art. 16, 5° comma, c.c.i.i.);

* tutte le parti hanno il dovere di collaborare lealmente e in modo sollecito con l'imprenditore e con l'esperto e rispettano l'obbligo di riservatezza sulla situazione dell'imprenditore, sulle iniziative da questi assunte o programmate e sulle informazioni acquisite nel corso delle trattative; le medesime parti danno riscontro alle proposte e alle richieste che ricevono durante le trattative con risposta tempestiva e motivata (art. 16, 6° comma, c.c.i.i.)⁽³⁵⁾;

* l'esperto può invitare le parti a rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa o se è alterato l'equilibrio del rapporto in ragione di circostanze sopravvenute; le parti sono tenute a collaborare tra loro per rideterminare il contenuto del contratto o adeguare le prestazioni alle mutate condizioni (art. 17, 5° comma, c.c.i.i.)⁽³⁶⁾.

⁽³⁵⁾ Sui doveri e sulle responsabilità delle parti che partecipano alle trattative v. da ultimo G. MEO, *La responsabilità nella composizione negoziata della crisi*, in *Dir. fall.*, 2023, 833 ss.

⁽³⁶⁾ L'art. 10, 2° comma, d.l. 24 agosto 2021, n. 118, conv. dalla l. 21 ottobre 2021, n. 147 («Autorizzazioni del tribunale e rinegoziazione dei contratti») preve-

7. *La formulazione delle proposte dell'imprenditore e delle parti interessate.* – Compito dell'esperto è quello di stimolare l'imprenditore e le parti interessate a formulare delle proposte concrete, dopo che si siano appurati, da un lato, l'esposizione debitoria dell'imprenditore e, dall'altro, i flussi economico-finanziari risultanti dal piano di risanamento, nella prospettiva dell'individuazione di una delle soluzioni previste all'art. 23 c.c.i.i.

Il «Protocollo di conduzione della composizione negoziata» anche per questa fase del procedimento fornisce utili indicazioni all'esperto, il quale

- deve far presente l'esigenza che le proposte «assicurino l'equilibrio tra i sacrifici richiesti alle singole parti»;

- deve ricordare «la necessità che le proposte siano idonee al rispetto del minimo legale del capitale sociale al momento della conclusione dell'accordo, fatte salve le disposizioni speciali», e quindi la proposta può consistere nella conversione dei crediti in capitale sociale; nella conversione in strumenti finanziari partecipativi, privi di diritti amministrativi (art. 2346 c.c.); nello stralcio di una parte del debito;

- può proporre che venga nominato, d'accordo tra le parti e con costi suddivisi tra di esse, «un soggetto indipendente, dotato di adeguata competenza, responsabile del processo di risanamento in fase di esecuzione (CRO – *Chief Restructuring Officer*) con il ruolo di

deva che nel caso in cui le parti non avessero raggiunto un accordo sull'invito dell'esperto a rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita allorquando la prestazione fosse divenuta eccessivamente onerosa per effetto della pandemia da SARS-CoV-2, il tribunale, su domanda dell'imprenditore, acquisito il parere dell'esperto e tenuto conto delle ragioni dell'altro contraente, potesse rideterminare equamente le condizioni del contratto, per il periodo strettamente necessario e come misura indispensabile ad assicurare la continuità aziendale, anche stabilendo la corresponsione di un indennizzo (v. Trib. Firenze, 1° marzo 2022, n. 6754). Tale previsione non è stata ribadita nell'art. 22 c.c.i.i., che contempla solo le autorizzazioni del tribunale ad alcuni atti, sicché deve escludersi un obbligo di rinegoziazione sia pure in presenza di eventi sopravvenuti ed un potere del tribunale di rideterminare equamente le condizioni del contratto.

monitorare l'attuazione del piano di risanamento ed il rispetto degli accordi raggiunti»;

- quando ritiene che per assicurare la continuità aziendale e il miglior soddisfacimento dei creditori la soluzione migliore sia la cessione dell'azienda o di rami di essa ⁽³⁷⁾, deve ricordare alle parti che è possibile derogare agli effetti dell'art. 2560, 2° comma, c.c. previa autorizzazione del giudice; l'art. 2560, 2° comma, prevede che nel trasferimento di un'azienda commerciale risponda dei debiti suddetti anche l'acquirente dell'azienda, se essi risultano dai libri contabili obbligatori. A tal riguardo va peraltro segnalato che non viene invece derogata la previsione contenuta nell'art. 14, 1° e 2° comma, d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, per la quale «il cessionario è responsabile in solido, fatto salvo il beneficio della preventiva escussione del cedente ed entro i limiti del valore dell'azienda o del ramo d'azienda, per il pagamento dell'imposta e delle sanzioni riferibili alle violazioni commesse nell'anno in cui è avvenuta la cessione e nei due precedenti, nonché per quelle già irrogate e contestate nel medesimo periodo anche se riferite a violazioni commesse in epoca anteriore» ⁽³⁸⁾.

Ovviamente le proposte e le soluzioni da esaminare potranno essere anche più di una ⁽³⁹⁾.

L'art. 23 c.c.i.i. prevede che le parti possano, alternativamente,

(a) concludere un contratto, con uno o più creditori, che produca gli effetti premiali di cui all'art. 25 *bis* c.c.i.i. (riduzione degli in-

⁽³⁷⁾ Nel caso di cessione dell'azienda o di suoi rami ragioni di opportunità nel «Protocollo» si consiglia di dar corso a procedure competitive, anche attraverso il ricorso ad appositi strumenti (ad esempio, *data room* virtuale e raccolta delle offerte su sezione secretata) previsti dalla piattaforma telematica

⁽³⁸⁾ Precisa il secondo comma che l'obbligazione del cessionario è limitata al debito risultante, alla data del trasferimento, dagli atti degli uffici dell'amministrazione finanziaria e degli enti preposti all'accertamento dei tributi di loro competenza.

⁽³⁹⁾ Sugli esiti v. L. PANZANI, *Gli esiti possibili delle trattative e gli effetti in caso di insuccesso*, in *Fallimento*, 2021, 1591 ss.; V. ZANICHELLI, *Gli esiti possibili della composizione negoziata*, in *Dirittodellacrisi.it*, 26 ottobre 2021.

teressi sui debiti tributari e delle sanzioni tributarie), se, secondo la relazione dell'esperto (art. 17, 8° comma, c.c.i.i.), è idoneo ad assicurare la continuità aziendale per un periodo non inferiore a due anni;

(b) concludere una convenzione di moratoria ai sensi dell'art. 62 c.c.i.i. A tale proposito l'art. 62 c.c.i.i. prevede che la convenzione di moratoria conclusa tra un imprenditore, anche non commerciale, e i suoi creditori, diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi e avente ad oggetto la dilazione delle scadenze dei crediti, la rinuncia agli atti o la sospensione delle azioni esecutive e conservative e ogni altra misura che non comporti rinuncia al credito, in deroga agli artt. 1372 e 1411 c.c., sia efficace anche nei confronti dei creditori non aderenti che appartengano alla medesima categoria⁽⁴⁰⁾. In nessun caso, tuttavia, per effetto della convenzione, ai creditori della medesima categoria non aderenti possono essere imposti l'esecuzione di nuove prestazioni, la concessione di affidamenti, il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti o l'erogazione di nuovi finanziamenti⁽⁴¹⁾.

⁽⁴⁰⁾ Sempre l'art. 62, 2° comma, c.c.i.i., stabilisce comunque che a tali fini occorre che: a) tutti i creditori appartenenti alla categoria siano stati informati dell'avvio delle trattative o siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede e abbiano ricevuto complete e aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché sulla convenzione e i suoi effetti; b) i crediti dei creditori aderenti appartenenti alla categoria rappresentino il settantacinque per cento di tutti i creditori appartenenti alla categoria, fermo restando che un creditore può essere titolare di crediti inseriti in più di una categoria; c) i creditori della medesima categoria non aderenti, cui vengono estesi gli effetti della convenzione, subiscano un pregiudizio proporzionato e coerente con le ipotesi di soluzione della crisi o dell'insolvenza in concreto perseguite; d) un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, 3° comma, lett. d), abbia attestato la veridicità dei dati aziendali, l'idoneità della convenzione a disciplinare provvisoriamente gli effetti della crisi, e la ricorrenza delle condizioni di cui alla lett. c).

⁽⁴¹⁾ Va considerato che non è considerata nuova prestazione la prosecuzione della concessione del godimento di beni oggetto di contratti di locazione finanziaria già stipulati. La convenzione va comunicata, insieme alla relazione del professionista indicato al secondo comma, ai creditori non aderenti mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento o presso il domicilio digitale. Entro trenta

(c) concludere un accordo sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto che produce gli effetti di cui all'art. 166, 3° comma, lett. d), e 324 c.c.i.i.; con la sottoscrizione dell'accordo l'esperto dà atto che il piano di risanamento appare coerente con la regolazione della crisi o dell'insolvenza.

Infine, l'art. 23, 2° comma, c.c.i.i. prevede che l'imprenditore possa, all'esito delle trattative e quando non è individuata una delle anzidette soluzioni,

(a) predisporre il piano attestato di risanamento di cui all'art. 56 c.c.i.i.;

(b) domandare l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi degli artt. 57, 60 e 61 c.c.i.i. La percentuale di cui all'art. 61, 2° comma, lett. c), c.c.i.i. è ridotta al 60% se il raggiungimento dell'accordo risulta dalla relazione finale dell'esperto;

(c) proporre la domanda di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio di cui all'art. 25 *sexies* c.c.i.i.;

(d) accedere ad uno degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza disciplinati dal codice della crisi, dal d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270 (amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza), o dal d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, conv., con modif., dalla l. 18 febbraio 2004, n. 39 (ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza).

L'esperto deve segnalare alle parti la necessità della pubblicazione nel registro delle imprese del contratto e dell'accordo innanzi richiamati [e di cui all'art. 11, 1° comma, lett. a) e c), c.c.i.i.], per consentire la fruizione dei benefici di cui all'art. 101, 5° comma, Testo Unico delle imposte sui redditi e all'art. 88, 4° *ter* comma, Testo Unico delle imposte sui redditi.

giorni dalla comunicazione i creditori non aderenti possono proporre opposizione avanti al tribunale, il quale le decide in camera di consiglio, con decreto motivato. Il decreto del tribunale è reclamabile alla corte di appello, ai sensi dell'art. 51 c.c.i.i., nel termine di quindici giorni dalla comunicazione.

8. *L'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata.* – L'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata può aversi in due ipotesi:

(a) quando, all'esito della convocazione o anche in un momento successivo, l'esperto non ravvisa concrete prospettive di risanamento dell'impresa; in questo caso l'esperto deve dare notizia sia all'imprenditore sia al segretario generale della camera di commercio, il quale dispone l'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata entro i successivi cinque giorni lavorativi (art. 17, 5° comma, c.c.i.i.);

(b) quando sono decorsi centottanta giorni dall'accettazione della nomina e le parti non hanno individuato, anche a seguito di una proposta dell'esperto, una soluzione adeguata per il superamento delle condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario in cui si è trovata l'impresa; in questo caso l'incarico si considera concluso e l'esperto deve darne comunicazione al segretario generale della camera di commercio per l'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata.

L'art. 17, 7° comma, c.c.i.i. prevede però che l'incarico possa comunque proseguire per non oltre centottanta giorni quando tutte le parti lo richiedano e l'esperto vi acconsenta, oppure quando la prosecuzione dell'incarico è resa necessaria dal ricorso dell'imprenditore al tribunale per la concessione delle misure protettive o cautelari (art. 19 c.c.i.i.) o per l'autorizzazione a contrarre finanziamenti o a trasferire l'azienda o un suo o suoi rami (art. 22 c.c.i.i.)⁽⁴²⁾.

Al termine dell'incarico l'esperto deve redigere una relazione finale che deve essere inserita nella piattaforma ed essere comunicata all'imprenditore, nonché, in presenza di istanza di applicazione di misure protettive o cautelari di cui agli artt. 18 e 19 c.c.i.i., al giudice che le ha emesse, che ne dichiara cessati gli effetti. La relazione non deve essere comunicata agli altri soggetti intervenuti nelle trattative.

⁽⁴²⁾ V. T. NIGRO, *Le diverse ipotesi di proroga dell'incarico dell'esperto nella composizione negoziata*, in *Dirittodellacrisi*, 15 gennaio 2024.

In caso di archiviazione dell'istanza di nomina dell'esperto indipendente di cui all'art. 17, 1° comma, c.c.i.i., l'imprenditore non può presentare una nuova istanza prima di un anno dall'archiviazione. Se l'archiviazione è richiesta dall'imprenditore con istanza depositata con le modalità previste nell'art. 17, 1° comma, entro due mesi dall'accettazione dell'esperto, il termine di un anno è ridotto, per una sola volta, a quattro mesi (art. 17, 9° comma, c.c.i.i.).

9. La gestione dell'impresa in pendenza della composizione negoziata. – Ai sensi del primo comma dell'art. 21 c.c.i.i., in pendenza della composizione negoziata e nel corso delle trattative, l'imprenditore conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa⁽⁴³⁾. In considerazione dello stato di crisi, tuttavia, l'imprenditore deve gestire l'impresa in modo da evitare qualsiasi pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività. In particolare, l'imprenditore, anche nel caso in cui sia insolvente ma sussistano concrete prospettive di risanamento, deve gestire l'impresa nel prevalente interesse dei creditori, ferme restando le sue responsabilità⁽⁴⁴⁾.

E così, stante lo stato di crisi in cui versa l'impresa, l'esperto, nel corso del primo incontro, deve segnalare all'imprenditore che deve gestire l'impresa per evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività.

A tal riguardo, il «Protocollo di conduzione della composizione

⁽⁴³⁾ Secondo Trib. La Spezia, 23 febbraio 2023 l'accesso alla procedura di composizione negoziata «non costituisce motivo ostativo alla partecipazione, da parte della proponente, a gare di appalto, siano esse avviate da soggetti pubblici o privati, trattandosi, peraltro, di atti neppure soggetti alla preventiva autorizzazione del Tribunale ai sensi dell'art. 22 D.Lgs. n. 14/2019».

⁽⁴⁴⁾ Sulla gestione dell'impresa v., fra gli altri, M. FABIANI, *Sistema, principi e regole*, cit., 80; F. DAMIANI, *La composizione negoziata*, cit., 66 ss.; S. SANZO, *Principi generali, Allerta e composizione negoziata*, cit., 42 ss.; U. COREA, *Sub art. 21*, in F. SANTANGELI (a cura di), *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 138 ss.; A. ILLUMINATI, *Sub art. 21*, F. DI MARZIO (a cura di), *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 78 ss.; F. MICHELOTTI, *La gestione dell'impresa e il ruolo dell'esperto*, in *Fallimento*, 2021, 1561 ss.

negoziata» chiarisce che «non vi è di norma pregiudizio per la sostenibilità economico-finanziaria quando nel corso della composizione negoziata ci si attende un margine operativo lordo positivo, al netto delle componenti straordinarie, o quando, in presenza di margine operativo lordo negativo, esso sia compensato dai vantaggi per i creditori, derivanti, secondo una ragionevole valutazione prognostica, dalla continuità aziendale (ad esempio, attraverso un miglior realizzo del magazzino o dei crediti, il completamento dei lavori in corso, il maggior valore del compendio aziendale rispetto alla liquidazione atomistica dei beni che lo compongono)».

Ai sensi del secondo comma dell'art. 21 c.c.i.i. l'imprenditore deve informare preventivamente l'esperto, per iscritto, sia del compimento di atti di straordinaria amministrazione sia di pagamenti che non sono coerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento.

Pertanto, l'esperto, sempre nel corso del primo incontro, deve altresì far presente all'imprenditore che, con preavviso adeguato, deve informarlo preventivamente per iscritto e tramite la piattaforma telematica quando decide di porre in essere atti di straordinaria amministrazione e di eseguire pagamenti che non risultano coerenti con l'andamento delle trattative e le prospettive di risanamento. A tal fine l'esperto deve anche indicare i tempi in cui l'informativa dovrà intervenire.

È significativo far presente che il ricordato «Protocollo di conduzione della composizione negoziata» indica, sia pure in via esemplificativa, gli atti che eccedono l'ordinaria amministrazione, ossia «le operazioni sul capitale sociale e sull'azienda; la concessione di garanzie; i pagamenti anticipati delle forniture; la cessione *pro soluto* di crediti; l'erogazione di finanziamenti a favore di terzi e di parti correlate; la rinuncia alle liti e le transazioni; le ricognizioni di diritti di terzi; il consenso alla cancellazione di ipoteche e la restituzione di pegni; l'effettuazione di significativi investimenti; i rimborsi di finanziamenti ai soci o a parti correlate; la creazione di patrimoni destinati e forme di segregazione del patrimonio in generale; gli atti

dispositivi in genere». E sempre il predetto «Protocollo» segnala i pagamenti che non creano allarme per essere coerenti alle prospettive di risanamento, ossia «il pagamento di retribuzioni a dipendenti; di provvigioni ad agenti e di compensi a collaboratori coordinati e continuativi; di debiti fiscali e contributivi; di debiti commerciali, nei confronti di coloro che non siano parti correlate, e comunque nei termini d'uso o se finalizzati a non pregiudicare il ciclo degli approvvigionamenti di beni o servizi; di rate di mutuo e canoni di leasing alle scadenze contrattuali, quando non sia in essere una moratoria dei pagamenti; tutte le ipotesi in cui il mancato pagamento determini la perdita del beneficio del termine in caso di rateazione».

Ma cosa succede se l'esperto, ricevuta l'informazione dall'imprenditore riguardo il compimento di un atto o di un pagamento, ritenga che l'atto o il pagamento possa arrecare pregiudizio ai creditori, alle trattative o alle prospettive di risanamento? In questo caso l'esperto lo deve segnalare per iscritto e tramite la piattaforma telematica all'imprenditore e all'organo di controllo (art. 21, 3° comma, c.c.i.i.).

Se, poi, nonostante la segnalazione, l'atto o il pagamento viene compiuto, l'imprenditore deve informare immediatamente l'esperto, il quale, nei successivi dieci giorni, può iscrivere il proprio dissenso nel registro delle imprese. Precisa il quarto comma dell'art. 21 c.c.i.i. che «quando l'atto compiuto pregiudica gli interessi dei creditori, l'iscrizione è obbligatoria». Sorge allora spontanea la domanda: cosa succede se l'atto pregiudica le trattative e le prospettive di risanamento ma non anche gli interessi dei creditori: vi è oppure no l'obbligo di iscrizione? A mio avviso l'esperto deve sempre iscrivere il proprio dissenso.

Inoltre, se sono state concesse misure protettive o cautelari l'esperto, iscritto il proprio dissenso nel registro delle imprese, deve segnalare tale situazione al tribunale affinché questi valuti, sentite le parti, se revocare le misure protettive o cautelari o abbreviarne la durata (art. 21, 5° comma, c.c.i.i.).

Il «Protocollo di conduzione della composizione negoziata»

evidenzia «che i finanziamenti eseguiti in favore di società controllate oppure sottoposte a comune controllo, in qualsiasi forma patuiti dopo la presentazione dell'istanza» per la nomina dell'esperto sono esclusi dalla postergazione di cui agli artt. 2467 e 2497 *quinquies* c.c., «a condizione che l'imprenditore abbia informato preventivamente l'esperto e questi non abbia iscritto il proprio dissenso nel registro delle imprese, previa segnalazione» all'imprenditore. Infatti, l'esperto se ritiene che l'atto possa arrecare pregiudizio ai creditori lo deve segnalare all'imprenditore, il quale può a sua volta fornire chiarimenti. Tuttavia, l'esperto, se nonostante i chiarimenti rimane dell'avviso che l'atto arreca pregiudizio ai creditori, deve iscrivere il proprio dissenso nel registro delle imprese.

Ad esempio, evidenzia il «Protocollo», deve escludersi che ricorra pregiudizio quando i finanziamenti assicurano la continuità aziendale e l'impresa può rimborsare i finanziamenti attraverso le entrate derivanti dalla continuità; mentre ricorre pregiudizio quando il finanziamento finisce per dare vita ad una esposizione che compromette, anche solo parzialmente, gli interessi dei creditori.

Per gli atti diversi da quelli ora esaminati (ossia i finanziamenti eseguiti in favore di società controllate oppure sottoposte a comune controllo), se l'imprenditore non provvede a fornire la necessaria informativa preventiva, l'esperto può in ogni momento iscrivere il proprio dissenso, ricorrendone i presupposti, nel registro delle imprese.

Ciò posto è importante considerare che, ai sensi del secondo comma dell'art. 24 c.c.i.i., non sono soggetti all'azione revocatoria di cui all'art. 166, 2° comma, c.c.i.i. «gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere dall'imprenditore nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico da parte dell'esperto, purché coerenti con l'andamento e lo stato delle trattative e con le prospettive di risanamento esistenti al momento in cui sono stati compiuti», così come le disposizioni di cui agli artt. 322, 3° comma, e 323 c.c.i.i. (rispettivamente bancarotta fraudolenta e bancarotta semplice) non si

applicano ai pagamenti e alle operazioni compiuti nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico da parte dell'esperto in coerenza con l'andamento delle trattative e nella prospettiva di risanamento dell'impresa valutata dall'esperto ai sensi dell'art. 17, 5° comma, c.c.i.i.

Invece, gli atti di straordinaria amministrazione e i pagamenti effettuati nel periodo successivo all'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto sono in ogni caso soggetti alle azioni di cui agli artt. 165 e 166 c.c.i.i., se, in relazione ad essi, l'esperto ha iscritto il proprio dissenso nel registro delle imprese ai sensi dell'art. 21, 4° comma, c.c.i.i., o se il tribunale ha rigettato la richiesta di autorizzazione presentata ai sensi dell'art. 22 c.c.i.i. ⁽⁴⁵⁾.

Infine, resta ferma la responsabilità dell'imprenditore per gli atti compiuti (art. 24, 4° comma, c.c.i.i.).

10. Le imprese sottosoglia e la composizione negoziata. – L'istituto della «Composizione negoziata» trova applicazione anche per l'imprenditore commerciale e agricolo, che presenta congiuntamente i requisiti di cui all'art. 2, 1° comma, lett. d), c.c.i.i., ossia un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila nei tre esercizi antecedenti, ricavi, in qualunque modo essi risultino, per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila nei tre esercizi antecedenti, un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila ⁽⁴⁶⁾.

Pertanto, pure l'imprenditore «minore» che si trova in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne

⁽⁴⁵⁾ V. *infra* par. 12.

⁽⁴⁶⁾ Sulle imprese sottosoglia v., fra gli altri, F. DAMIANI, *La composizione negoziata*, cit., 72 ss.; S. SANZO, *Principi generali, Allerta e composizione negoziata*, cit., 86 s.; M. SPADARO, Sub art. 25 quater, in F. SANTANGELI (a cura di), *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 188 ss.; A. ILLUMINATI, Sub art. 25 quater, in F. DI MARZIO, *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 118 ss.

rendono probabile la crisi o l'insolvenza può chiedere la nomina dell'esperto indipendente quando risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa.

Vi sono alcune particolarità rispetto all'imprenditore commerciale assoggettabile alla procedura di liquidazione giudiziale:

(a) sull'istanza di nomina dell'esperto, che è presentata al segretario generale della camera di commercio nel cui ambito territoriale si trova la sede legale dell'impresa unitamente ai documenti di cui all'art. 17, 3° comma, lett. a), c), d), e), f), g) e h), c.c.i.i. e nelle forme previste dall'art. 17, 1° comma, c.c.i.i. provvede lo stesso segretario generale;

(b) la dichiarazione di cui all'art. 17, 3° comma, lett. d), c.c.i.i. riguarda la pendenza di una procedura di liquidazione controllata e contiene l'attestazione di non avere depositato ricorso contenente la proposta di concordato minore (art. 74 c.c.i.i.) e, per le imprese agricole, ricorso contenente un accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 57 c.c.i.i.);

(c) se all'esito delle trattative è individuata una soluzione idonea al superamento della situazione di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario, le parti possono, alternativamente:

i) concludere un contratto privo di effetti nei confronti dei terzi e idoneo ad assicurare la continuità aziendale;

ii) concludere una convenzione di moratoria ai sensi dell'art. 62 c.c.i.i.;

iii) concludere un accordo sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto, idoneo a produrre gli effetti di cui all'art. 25 *bis*, 5° comma, c.c.i.i. Con la sottoscrizione dell'accordo l'esperto dà atto che il piano di risanamento appare coerente con la regolazione della crisi o dell'insolvenza.

(d) se all'esito delle trattative non è invece possibile raggiungere l'accordo, l'imprenditore può:

(i) proporre la domanda di concordato minore di cui all'art. 74 c.c.i.i.;

(ii) chiedere la liquidazione controllata dei beni ai sensi dell'art. 268 c.c.i.i.;

(iii) proporre la domanda di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio di cui all'art. 25 *sexies* c.c.i.i.;

(iv) per la sola impresa agricola, domandare l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi degli artt. 57, 60 e 61 c.c.i.i.

(e) gli atti autorizzati dal tribunale ai sensi dell'art. 22 c.c.i.i. conservano i propri effetti se successivamente intervengono un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato, un concordato minore omologato, l'apertura della liquidazione controllata o il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio di cui all'art. 25 *sexies* c.c.i.i. omologato;

(f) il compenso dell'esperto è liquidato, ai sensi dell'art. 25 *ter* c.c.i.i., dal responsabile dell'organismo di composizione della crisi o dal segretario generale della camera di commercio che lo ha nominato.

Per il resto trova applicazione la disciplina dettata negli artt. 12-25 *octies* c.c.i.i., in quanto compatibili.

11. L'intervento del tribunale nella composizione negoziata: le misure protettive e cautelari. – Dobbiamo ora occuparci di un aspetto di particolare importanza nella composizione negoziata per la risoluzione della crisi di impresa, perché può preservare il patrimonio dell'imprenditore, favorire le trattative e perseguire il risanamento dell'impresa. Intendo riferirmi alle misure protettive e cautelari che l'imprenditore può chiedere e che vedono l'ingresso del tribunale in questa procedura ⁽⁴⁷⁾. È opportuno inquadrare innanzitutto l'istituto.

⁽⁴⁷⁾ Sulle misure protettive e cautelari la letteratura è vasta. Senza pretesa di esaustività v., per tutti, G. COSTANTINO, *Le «misure cautelari e protettive»*, in *Executivis*, 29 agosto 2022; F. DE SANTIS, *Le misure protettive e cautelari nella soluzione negoziata della crisi di impresa*, in *Fallimento*, 2021, 538 ss.; L. BACCAGLINI, *Composizione negoziata della crisi e misure protettive: presupposti, conseguenze*

L'art. 18 c.c.i.i. prevede che l'imprenditore possa chiedere, con l'istanza di nomina dell'esperto o con una successiva presentata tramite la piattaforma telematica (art. 17, 1° comma, che rinvia all'art. 13 c.c.i.i.), l'applicazione di misure protettive del patrimonio.

L'istanza di applicazione delle misure protettive del patrimonio è pubblicata nel registro delle imprese unitamente all'accettazione dell'esperto. Con tale istanza, l'imprenditore inserisce nella piattaforma telematica una dichiarazione sull'esistenza di misure esecutive o cautelari disposte nei suoi confronti e un aggiornamento sui ricorsi per l'apertura della liquidazione giudiziale o per l'accertamento dello stato di insolvenza, già indicati nella dichiarazione resa ai sensi dell'art. 17, 3° comma, lett. d), c.c.i.i. quando presenta l'istanza per la nomina dell'esperto [dichiarazione che deve attestare altresì di non avere depositato ricorsi ai sensi dell'art. 40 c.c.i.i. (domanda di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e alla liquidazione giudiziale), dell'art. 44 c.c.i.i. (domanda con riserva di presentazione della proposta, del piano e degli accordi), dell'art. 54, 3° comma, c.c.i.i. (istanza della concessione delle misure protettive)].

Le misure protettive sono indicate nell'art. 18 c.c.i.i. e consistono in questo:

(i) dal giorno della pubblicazione dell'istanza, i creditori non possono acquisire diritti di prelazione, a meno che non siano concordati con l'imprenditore⁽⁴⁸⁾, né possono iniziare o proseguire

ed effetti della loro selettività sulle azioni esecutive individuali, in *Fallimento*, 2022, 1105 ss.; L. BACCAGLINI, F. DE SANTIS, *Misure protettive e provvedimenti cautelari a presidio della composizione negoziata della crisi: profili processuali*, in *Diritto dellacrisi*, 12 ottobre 2021; R. BELLÈ, *Misure protettive nella composizione negoziata e pronuncia sul fallimento o sulla liquidazione giudiziale. Crediti dei lavoratori e profili sistematici*, in *Fallimento*, 2023, 521 ss.; G. RANA, *Il non facile coordinamento tra composizione negoziata, regolazione concorsuale della crisi e iniziative cautelari*, in *Fallimento*, 2022, 153 ss.; A. DIDONE, *Le misure protettive/cautelari*, in *Fallimento*, 2022, 1254 ss.

⁽⁴⁸⁾ Ad avviso di Trib. Bergamo, 24 febbraio 2022, in *Fallimento*, 2022, 1093, tra le misure operanti nel contesto della composizione negoziata della crisi, non è prevista quella volta a far valere l'inefficacia dell'ipoteca giudiziale iscritta nei no-

azioni esecutive e cautelari sul suo patrimonio o sui beni e sui diritti con i quali viene esercitata l'attività d'impresa (art. 18, 1° comma, c.c.i.i.) ⁽⁴⁹⁾;

(ii) dal giorno della pubblicazione dell'istanza e fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata, non può essere pronunciata la sentenza dichiarativa di apertura della liquidazione giudiziale o di accertamento dello stato di insolvenza ⁽⁵⁰⁾; è però possibile sia la presentazione di ricorsi da parte dei creditori o del p.m. sia l'avvio del procedimento, dal momento che in caso di revoca delle misure protettive da parte del tribunale può essere pronunciata la sentenza dichiarativa di apertura della liquidazione giudiziale o di accertamento dello stato di insolvenza (art. 18, 4° comma, c.c.i.i.) ⁽⁵¹⁾;

(iii) i creditori interessati dalle misure protettive non possono, unilateralmente, rifiutare l'adempimento dei contratti pendenti o provocarne la risoluzione, né possono anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto del mancato pagamento dei loro crediti anteriori rispetto alla pubblicazione dell'istanza di nomina dell'esperto (art. 18, 5° comma, c.c.i.i.) ⁽⁵²⁾.

vanta giorni che precedono la data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese, essendo inammissibile una estensione in via analogica dell'art. 168 l. fall.

⁽⁴⁹⁾ Precisa Trib. Milano, 26 gennaio 2022, in *Fallimento*, 2022, 1099, che l'inibitoria di un'azione esecutiva individuale, quale effetto della misura protettiva chiesta dall'imprenditore, comporta la sospensione dell'esecuzione in corso, senza che venga meno l'obbligo di custodia che i pignoramenti impongono quando si siano già perfezionati.

⁽⁵⁰⁾ App. Potenza, 18 novembre 2022, in *Fallimento*, 2023, 519, con nota di R. BELLÈ, *Misure protettive nella composizione negoziata*, cit., esclude che in pendenza delle misure protettive, a salvaguardia delle trattative, possa essere pronunciato il fallimento, oggi la liquidazione giudiziale, neppure su istanza dei dipendenti per crediti di lavoro vantati nei confronti dell'imprenditore.

⁽⁵¹⁾ V. al riguardo G. RANA, *Il non facile coordinamento tra composizione negoziata*, cit., 133 ss.

⁽⁵²⁾ Ad avviso di Trib. Padova, 25 settembre 2023, in *Dirittodellacrisi*, tale previsione si applica anche agli istituti bancari, con la conseguenza che anche le banche, al pari di tutti gli altri contraenti/creditori, sono soggette alle limitazioni dell'esercizio unilaterale dei diritti derivanti dai contratti sottoscritti, anche laddo-

A queste misure indicate nell'art. 18 c.c.i.i. si può aggiungere un altro effetto «protettivo»

(iv) l'accesso alla composizione negoziata della crisi non costituisce di per sé causa di revoca degli affidamenti bancari concessi all'imprenditore (art. 16, 5° comma, c.c.i.i.).

È importante evidenziare che

(a) non sono inibiti i pagamenti;

(b) sono esclusi dalle misure protettive i diritti di credito dei lavoratori;

(c) l'imprenditore, con l'istanza di nomina dell'esperto o con una successiva, può chiedere che l'applicazione delle misure protettive sia limitata a determinate iniziative intraprese dai creditori a tutela dei propri diritti o a determinati creditori o categorie di creditori⁽⁵³⁾.

Ecco allora che le misure protettive si verificano per il sol fatto che l'imprenditore ha depositato, con l'istanza di nomina dell'esperto o con una istanza successiva, richiesta di applicazione delle misure protettive e tale richiesta è stata pubblicata nel registro delle imprese. Un'applicazione per così dire automatica.

Non è tuttavia sufficiente la pubblicazione dell'istanza nel registro delle imprese.

Infatti, in base all'art. 19 c.c.i.i., l'imprenditore che ha formulato la richiesta di applicazione delle misure protettive (art. 17, 1° comma, c.c.i.i.) deve presentare immediatamente, ossia lo stesso giorno della pubblicazione dell'istanza e dell'accettazione dell'esperto (po-

ve questi siano contratti di finanziamento che non hanno trovato completa esecuzione, tra i quali vanno ricompresi anche i c.d. «contratti bancari autoliquidanti», espressamente considerati tali dall'art. 97, 14° comma, c.c.i.i. nell'ambito del concordato preventivo.

⁽⁵³⁾ V. L. BACCAGLINI, *Composizione negoziata della crisi e misure protettive*, cit., 1008 ss. In giurisprudenza v. Trib. Milano, 27 febbraio 2022, in *Fallimento*, 2022, 1091 ss., che precisa che, in mancanza di una diversa indicazione da parte dell'imprenditore nella istanza di nomina dell'esperto, le misure protettive del patrimonio, funzionali allo svolgimento delle trattative, hanno effetto automatico *ex lege* generalizzato verso tutti i creditori, ad esclusione dei lavoratori.

trebbe però il giorno della pubblicazione dell'istanza essere differenti da quello dell'accettazione dell'esperto), ricorso al tribunale competente ai sensi dell'art. 27 c.c.i.i. con il quale chiede la conferma o la modifica delle misure protettive e, nel caso occorra, l'adozione dei provvedimenti cautelari necessari per condurre a termine le trattative ⁽⁵⁴⁾.

Quindi, le misure protettive si verificano sì con la pubblicazione dell'istanza nel registro delle imprese, ma devono essere confermate dal tribunale ⁽⁵⁵⁾.

A tale riguardo è interessante evidenziare che nella procedura di composizione negoziata per la risoluzione della crisi di impresa le misure cautelari vengono richieste dall'imprenditore e sono finalizzate a consentire di portare a compimento le trattative. E ciò a differenza di quanto previsto nell'art. 54 c.c.i.i. ove i provvedimenti cautelari sono chiesti dal ricorrente (creditore o p.m.) e sono finalizzati a tutelare il patrimonio o l'impresa.

In ogni caso, entro trenta giorni dalla pubblicazione dell'istanza di applicazione delle misure protettive, l'imprenditore deve chiedere la pubblicazione nel registro delle imprese del numero di ruolo generale del procedimento instaurato (art. 19, 1° comma, c.c.i.i.).

⁽⁵⁴⁾ V. Trib. Torino, 5 dicembre 2023, in *Dirittodellacrisi*, per il quale è ammissibile la formulazione di istanze cautelari non solo contestualmente alla richiesta di conferma o modifica delle misure protettive, ma anche con separato ricorso, nonché la riproposizione di domande di altre misure cautelari precedentemente non concesse.

Ad avviso di Trib. Milano, 22 novembre 2023, in *Dirittodellacrisi*, «il contenuto delle misure cautelari, contrassegnato da evidenti profili di atipicità, rinviene un limite esterno nell'istituto delle misure protettive tipiche. Ne consegue che i provvedimenti cautelari possono sì avere una durata coerente con quella delle trattative, ma non possono presentare contenuto ed effetti sovrapponibili a quelli tipici delle misure protettive, risolvendosi, altrimenti, in uno strumento elusivo del termine di durata massima, che è stabilito dall'art. 19, comma 5, ultimo periodo, CCII in modo da riservare alla composizione negoziata una porzione predeterminata del termine di durata complessiva di cui all'art. 8 CCII».

⁽⁵⁵⁾ Sul procedimento v. per tutti L. BACCAGLINI, F. DE SANTIS, *Misure protettive e provvedimenti cautelari*, cit., 11 ss.

L'omesso o il ritardato deposito del ricorso è causa di inefficacia delle misure protettive e, decorso inutilmente il termine di trenta giorni per la pubblicazione del numero di ruolo, l'iscrizione dell'istanza è cancellata dal registro delle imprese.

L'art. 19 c.c.i.i. quindi prevede termini perentori, la cui inosservanza comporta l'inefficacia delle misure protettive ⁽⁵⁶⁾. È comunque fatta salva la possibilità di riproporre la domanda di conferma delle misure protettive (art. 19, 3° comma).

L'imprenditore, unitamente al ricorso, deve depositare:

(a) i bilanci degli ultimi tre esercizi oppure, quando non è tenuto al deposito dei bilanci, le dichiarazioni dei redditi e dell'Iva degli ultimi tre periodi di imposta;

(b) una situazione patrimoniale e finanziaria aggiornata a non oltre sessanta giorni prima del deposito del ricorso;

(c) l'elenco dei creditori, individuando i primi dieci per ammontare, con indicazione dei relativi indirizzi di posta elettronica certificata, se disponibili, oppure degli indirizzi di posta elettronica non certificata per i quali sia verificata o verificabile la titolarità della singola casella;

(d) un piano finanziario per i successivi sei mesi e un prospetto delle iniziative di carattere industriale che intende adottare;

(e) una dichiarazione avente valore di autocertificazione attestante, sulla base di criteri di ragionevolezza e proporzionalità, che l'impresa può essere risanata;

(f) l'accettazione dell'esperto nominato ai sensi dell'art. 13, 6°, 7° e 8° comma, c.c.i.i. con il relativo indirizzo di posta elettronica certificata.

Il tribunale, entro dieci giorni dal deposito del ricorso, fissa, con decreto, l'udienza, da tenersi preferibilmente con sistemi di videoconferenza.

Il decreto è notificato dal ricorrente con le modalità indicate dal tribunale che prescrive, ai sensi dell'art. 151 c.p.c., le forme di noti-

⁽⁵⁶⁾ Sulla natura perentoria dei termini v. Trib. Genova, 13 marzo 2023, in *Diritto dellacrisi*.

ficazione opportune per garantire la celerità del procedimento. La norma tace sui destinatari della notificazione. Deve ritenersi, dalla lettura dell'intera disposizione, che la notifica vada fatta non solo a tutti coloro che sono interessati dalle misure protettive e dalle misure cautelari, ma altresì ai creditori, atteso che l'art. 19, 2° comma, lett. c), c.c.i.i. chiede l'elenco dei creditori.

Il tribunale, se verifica che il ricorso non è stato depositato lo stesso giorno della pubblicazione dell'istanza, deve dichiarare l'inefficacia delle misure protettive con decreto motivato e non deve fissare l'udienza (art. 18, 3° comma, c.c.i.i.).

Il terzo comma ultima parte dell'art. 18 c.c.i.i., dispone che gli effetti protettivi prodotti con il deposito dell'istanza contemplata nell'art. 18, 1° comma, c.c.i.i. cessano altresì se il giudice non provvede alla fissazione dell'udienza entro dieci giorni dal deposito del ricorso. Si tratta di una previsione che suscita molti dubbi, anche di legittimità costituzionale. È stato giustamente rilevato in dottrina che «l'esercizio di un diritto non può essere condizionato dalla diligenza del giudice o dell'ufficio giudiziario. La perentorietà dei termini riguarda le parti. Non può mai riguardare il giudice. Questi può essere responsabile in sede disciplinare, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. q), d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, e in sede civile per 'denegata giustizia', ai sensi dell'art. 3, comma 1, l. 13 aprile 1988, n. 117 (novellata dalla l. 25 febbraio 2015, n. 18), per l'inosservanza dei termini previsti per la sua attività, ma la sua inerzia non può mai essere la causa della definizione di un procedimento civile, amministrativo, tributario o contabile»⁽⁵⁷⁾.

All'udienza il tribunale deve sentire sia le parti, sia l'esperto, sia i terzi i cui diritti sono incisi dalle misure protettive e/o dai provvedimenti cautelari⁽⁵⁸⁾. Da parte sua l'esperto deve, nel corso

⁽⁵⁷⁾ Così G. COSTANTINO, *Le «misure cautelari e protettive»*, cit., § 3.

⁽⁵⁸⁾ Sul ruolo del giudice nella composizione negoziata v., fra gli altri e per tutti, L. PANZANI, *La composizione negoziata della crisi: il ruolo del giudice*, in *Diritto-dellacrisi*, 4 febbraio 2022; P. CARBONE, *Il ruolo del Giudice al momento della con-*

dell'udienza fissata dal giudice per la conferma delle misure protettive o per il rilascio delle misure cautelari, rappresentare al giudice

* lo stato delle trattative,

* l'attività svolta,

* l'esito delle analisi svolte per valutare la perseguibilità del risanamento dell'impresa sulla base della richiesta e delle informazioni assunte anche presso l'organo di controllo ed il revisore legale, se in carica; nonché l'esito della verifica preliminare di perseguibilità del risanamento sulla base del test disponibile online;

* l'esito delle analisi della coerenza del piano di risanamento con la *check-list* (lista di controllo);

* deve fornire tutte le informazioni richieste;

* deve esprimere il suo parere in merito alla richiesta dell'imprenditore di limitare le misure protettive e/o cautelari a determinate iniziative intraprese dai creditori a tutela dei propri diritti o a determinati creditori o categorie di creditori.

Il tribunale, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio,

(i) nomina, se occorre, un ausiliario ai sensi dell'art. 68 c.p.c.; a tale riguardo dobbiamo pensare ad un consulente tecnico che assista il giudice per attività specifiche, come ad esempio il consulente contabile per la valutazione della documentazione esibita dal ricorrente;

(ii) procede agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai provvedimenti cautelari richiesti e ai provvedimenti di conferma, revoca o modifica delle misure protettive;

(iii) provvede con ordinanza con la quale stabilisce la durata, non inferiore a trenta e non superiore a centoventi giorni, delle misure protettive e, se occorre, dei provvedimenti cautelari disposti;

(iv) può, su richiesta dell'imprenditore e sentito l'esperto, limitare le misure protettive e cautelari a determinate iniziative intrapre-

se dai creditori a tutela dei propri diritti o a determinati creditori o categorie di creditori ⁽⁵⁹⁾.

A tal fine il tribunale, anche in base alla documentazione prodotta, deve verificare

(a) la pendenza presso il sistema camerale di una procedura di composizione negoziata;

(b) la ricorrenza della condizione di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario dell'imprenditore che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza;

(c) la serietà dell'iniziativa di composizione negoziata, nel senso della possibilità che l'impresa possa essere risanata;

(d) l'ammontare della situazione debitoria dell'imprenditore e i creditori interessati.

Evidentemente il tribunale confermerà le misure protettive e/o concederà le misure cautelari allorché, sentito l'esperto e i soli creditori incisi concretamente dalle stesse misure, sussista una ragionevole probabilità che queste possano preservare il patrimonio, favorire le trattative e perseguire il risanamento, pur tenendo conto del

⁽⁵⁹⁾ V. Trib. Parma, 15 luglio 2023, in *Dirittodellacrisi* (che ha accolto la richiesta di applicazione della misura cautelare sottoforma di inibitoria di determinate azioni contrattuali poiché il piano proposto appariva fattibile e consentiva di ritenere perseguibile il risanamento della crisi di impresa e poiché la misura richiesta era funzionale allo svolgimento delle trattative ed all'adozione degli strumenti individuati dall'art. 23 c.c.i.i. per il superamento della situazione di squilibrio patrimoniale ed economico-finanziario ed, in via mediata, alla tutela della massa dei creditori, risultando, rispetto a tali finalità, recessivo l'interesse particolare del singolo creditore controparte contrattuale destinatario di una fase di attesa funzionale alla tutela della continuità dell'impresa e, nel suo complesso, delle prerogative del ceto creditorio); Trib. Milano, 27 febbraio 2022, in *Fallimento*, 2022, 1092; Trib. Torino, 23 febbraio 2022, *ivi*, 1096 (nel caso di specie l'imprenditore aveva chiesto di sottrarre dal perimetro dell'inibitoria un'espropriazione forzata pendente, nella quale l'immobile pignorato risultava già aggiudicato per un valore in linea con quello della perizia, dal momento che il trasferimento dell'asset risultava conveniente per i creditori e comunque neutro rispetto ad un eventuale riparto dell'attivo in sede concorsuale).

pregiudizio che i creditori o alcuni di essi possono subire ⁽⁶⁰⁾. E a tal

⁽⁶⁰⁾ Trib. Bergamo, 8 maggio 2023, in *Dirittodellacrisi*, per il quale «non è preclusa la conferma delle misure protettive quand'anche sussistano margini di incertezza ampi in ordine alla realizzabilità del progetto per il superamento della situazione di squilibrio in cui versa l'imprenditore, se la possibilità di risanamento è dipendente anche dalla praticabilità delle trattative»; Trib. Treviso, 6 aprile 2023, *ivi*, per il quale «le misure protettive richieste contestualmente alla nomina dell'esperto vanno confermate, ai sensi dell'art. 19, comma 4, CCII, se ricorrono: (i) il *fumus boni iuris*, costituito dalla ragionevole probabilità di perseguire il risanamento aziendale; (ii) il *periculum in mora*, costituito dal rischio che una probabile iniziativa esecutiva dei creditori pregiudichi le trattative, la possibilità di risanamento e, in definitiva, la continuità aziendale. Costituisce, inoltre, oggetto di specifica valutazione il requisito di proporzionalità tra il sacrificio imposto ai creditori e la finalità di risanamento perseguita»; Trib. Palermo, 2 marzo 2023, *ivi*; Trib. Milano 22 febbraio 2023, *ivi*, secondo cui «la richiesta dell'impresa di conferma delle misure protettive può trovare accoglimento qualora venga rilevata la necessità di portare avanti le trattative senza il pericolo di vulnera del principio della *par condicio creditorum* e di favorire la piena ripresa dell'attività produttiva, ove l'esperto abbia dato atto della sussistenza di condizioni idonee a consentire il superamento dello stato di crisi»; Trib. Milano, 17 gennaio 2022, in *Fallimento*, 2022, 1100, ha ritenuto confermabili «le misure dirette ad inibire le azioni esecutive che abbiano attinto le somme presenti in conti correnti bancari facenti capo all'impresa, ove i pignoramenti impediscano l'operatività aziendale, precludendo la disponibilità di risorse liquide, e vanifichino il rispetto del principio della *par condicio creditorum* e gli esiti della composizione». Trib. Salerno, 13 febbraio 2023, in *Dirittodellacrisi*, non ha invece confermato le misure protettive «in presenza di insolvenza irreversibile, dedotta dall'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi e da un rapporto costi/ricavi in sostanziale disequilibrio negativo, ed in assenza di una ragionevole e concreta prospettiva di risanamento desunta dalla non effettuazione del test pratico, dalla risoluzione dei contratti di locazione inerenti due rami di azienda, dall'indisponibilità già manifestata da alcuni creditori alle trattative, dalla non emersione della disponibilità dei soci o di terzi investitori a fornire sostegno finanziario al risanamento, ma soprattutto dal deposito di progetto di piano di risanamento assolutamente embrionale rispetto alle indicazioni contenute nella lista di controllo di cui all'art. 13, comma 2 e dalla rappresentazione altrettanto generica delle azioni e degli interventi ipotizzati per il superamento della crisi». Secondo Trib. Bergamo, 22 gennaio 2023, *ivi*, ai fini della conferma delle misure protettive «non è idoneamente documentata la concreta prospettiva di risanamento qualora il piano allegato dal debitore, palesandosi carente di specificazione degli interventi tangibili e sostenibili in punto di apparato, di risorse, di scelte di mercato, di operazioni di carattere straordinario utili a con-

riguardo il giudice deve compiere un bilanciamento tra gli interessi dei creditori, rappresentati dal soddisfacimento delle proprie legittime ragioni sul patrimonio dell'impresa, e l'interesse del debitore, costituito dalla prosecuzione dell'attività in ripristinate condizioni di salute economico-finanziaria e quindi dal risanamento dell'impresa ⁽⁶¹⁾.

Il provvedimento di conferma delle misure protettive produce diversi effetti in via automatica:

- non può essere pronunciata nei confronti dell'imprenditore la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale o di accertamento dello stato di insolvenza fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata, a meno che il tribunale non revochi le misure protettive (art. 18, 4° comma, c.c.i.i.) ⁽⁶²⁾;

- i creditori nei cui confronti operano le misure protettive non possono, unilateralmente, rifiutare l'adempimento dei contratti pendenti o provocarne la risoluzione, né possono anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto del mancato pagamento di creditori anteriori rispetto alla pubblicazione dell'istanza di conferma delle misure (art. 18, 5° comma, c.c.i.i.);

- fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata della crisi, non si applicano gli obblighi previsti a carico dell'imprenditore di cui agli artt. 2446, 2° e 3° comma, 2447, 2482 *bis*, 4°, 5° e 6° comma, e 2482 *ter* c.c. e non si verifica la causa di scioglimento della società per riduzione o

durre all'assorbimento dello squilibrio e alla reversione dell'insolvenza, non consenta all'esperto – nonostante l'accesso in azienda e l'audizione dell'imprenditore – di comprendere i termini del suo sviluppo».

⁽⁶¹⁾ Su tale aspetto v. L. BACCAGLINI, *Composizione negoziata della crisi e misure protettive*, cit., 112 ss. In giurisprudenza v. Trib. Reggio Emilia, 27 settembre 2023, in *Dirittodellacrisi*.

⁽⁶²⁾ V. Trib. Trento, 23 settembre 2022; Trib. Padova, 20 luglio 2022; Trib. Roma, 3 febbraio 2022; Trib. Brescia, 2 dicembre 2021, in M. SPADARO, *Composizione negoziata della crisi*, cit., 119.

perdita del capitale sociale di cui agli artt. 2484, 1° comma, n. 4, e 2545 *duodecies* c.c. (art. 20, 1° comma, c.c.i.i.)⁽⁶³⁾;

- i creditori non possono acquisire diritti di prelazione se non concordati con l'imprenditore (art. 18, 1° comma, c.c.i.i.)⁽⁶⁴⁾.

Il procedimento ora tratteggiato si svolge nella forma prevista dagli artt. 669 *bis* e ss. c.p.c. per il procedimento cautelare e il tribunale provvede in composizione monocratica con ordinanza comunicata dalla cancelleria al registro delle imprese entro il giorno successivo. Contro l'ordinanza sia quella che conferma le misure protettive sia quella che le revoca⁽⁶⁵⁾ o le modifica è ammesso reclamo ai sensi dell'art. 669 *terdecies* c.p.c. al collegio, del quale non può fare parte il giudice che ha emesso l'ordinanza. Il reclamo ha effetto devolutivo e i motivi possono avere ad oggetto sia fatti conosciuti dal giudice che ha reso il provvedimento sia fatti sopravvenuti⁽⁶⁶⁾.

Infine, va considerato che il giudice che ha emesso l'ordinanza contenente le misure protettive e/o i provvedimenti cautelari,

(i) su istanza delle parti e acquisito il parere favorevole dell'esperto, può prorogare la durata delle misure disposte per il tempo necessario ad assicurare il buon esito delle trattative⁽⁶⁷⁾. La durata complessiva delle misure non può comunque superare i duecentoquaranta giorni.

L'esperto deve rappresentare lo stato delle trattative ed esprimere il proprio parere in merito alla sussistenza a quella data della praticabilità del risanamento dell'impresa, anche in via indiretta, e

⁽⁶³⁾ Trib. Trento, 23 settembre 2022; Trib. Padova, 20 luglio 2022, in M. SPADARO, *Composizione negoziata della crisi*, cit., 119.

⁽⁶⁴⁾ Trib. Ivrea, 17 febbraio 2023, in *Dirittodellacrisi*.

⁽⁶⁵⁾ V. G.B. FAUCEGLIA, *Osservazioni in tema di accesso alla composizione negoziata della crisi e del diniego di misure protettive*, in *Dir. fall.*, 2023, 760.

⁽⁶⁶⁾ V. Trib. Milano, 21 luglio 2022, in M. SPADARO, *Composizione negoziata della crisi*, cit., 121.

⁽⁶⁷⁾ Ad avviso di Trib. Bergamo, 22 aprile 2022, in *Fallimento*, 2022, 1091, in sede di proroga del termine di durata delle misure protettive, funzionali allo svolgimento delle trattative, è inammissibile l'istanza volta ad ampliare tali misure, posto che, in questo contesto, il giudice può solo limitarsi ad ampliare la durata delle misure già confermate.

all'esigenza di prorogare le misure protettive e/o cautelari per salvaguardare l'esito delle trattative ⁽⁶⁸⁾;

(ii) su istanza dell'imprenditore, di uno o più creditori o su segnalazione dell'esperto, che deve segnalare al tribunale ogni elemento rilevante per la loro revoca o l'abbreviazione della loro durata, può, in qualunque momento, sentite le parti interessate, revocare le misure protettive e cautelari, o abbreviarne la durata, quando esse non soddisfano l'obiettivo di assicurare il buon esito delle trattative o appaiono sproporzionate rispetto al pregiudizio arrecato ai creditori istanti.

12. (segue) *Le autorizzazioni a contrarre finanziamenti e a trasferire l'azienda o suoi rami.* – L'intervento del tribunale all'interno della procedura di composizione negoziata si può avere anche quando l'imprenditore richiede di potere compiere taluni atti; in questo caso il tribunale, verificata la funzionalità degli atti rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori, può concedere l'autorizzazione al compimento di tali atti, con la conseguenza «di fissare e rendere definitivi, *ex ante*, gli effetti degli atti autorizzati» ⁽⁶⁹⁾. In particolare, il tribunale può:

⁽⁶⁸⁾ Trib. Milano, 14 luglio 2022; Trib. Bergamo, 24 febbraio 2022, in M. SPADARO, *Composizione negoziata della crisi*, cit., 121.

⁽⁶⁹⁾ Così R. BROGI, *Le autorizzazioni e la rideterminazione delle condizioni contrattuali*, in *Fallimento*, 2021, 1548. V. altresì L. DE SIMONE, *Le autorizzazioni giudiziali*, in *Dirittodellacrisi.it*, 9 dicembre 2021, 8 ss.; A. DENTAMARO, *Composizione negoziata della crisi: mancata nomina dell'esperto e autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili ex art. 10, primo comma, D.L. n. 118/2021. Brevi riflessioni*, *ivi*, 28 febbraio 2022; S. PETTINATO, *Il finanziamento alle imprese nel Codice della crisi: il caso della composizione negoziata*, *ivi*, 9 gennaio 2024; L. JEANTET, P. VALLINO, F. ROBERI, *Finanza prededucibile e composizione negoziata della crisi: il diritto alla certezza e l'incertezza del diritto*, *ivi*, 10 gennaio 2024; R. BROGI, *I finanziamenti all'impresa in crisi tra legge fallimentare, Codice della crisi e D.L. n. 118 del 2021*, in *Fallimento*, 2021, 1285.

(a) autorizzare l'imprenditore a contrarre finanziamenti prededucibili ai sensi dell'art. 6 c.c.i.i. ⁽⁷⁰⁾;

(b) autorizzare l'imprenditore a contrarre finanziamenti dai soci prededucibili ai sensi dell'art. 6 c.c.i.i. ⁽⁷¹⁾;

(c) autorizzare una o più società appartenenti ad un gruppo di imprese di cui all'art. 25 c.c.i.i. a contrarre finanziamenti prededucibili ai sensi dell'art. 6 c.c.i.i.;

(d) autorizzare l'imprenditore a trasferire in qualunque forma l'azienda o uno o più suoi rami senza gli effetti e le responsabilità di cui all'art. 2560, 2° comma, c.c., dettando le misure ritenute opportune, tenuto conto delle istanze delle parti interessate al fine di tutelare gli interessi coinvolti; resta fermo l'art. 2112 c.c. Il tribunale verifica altresì il rispetto del principio di competitività nella selezione dell'acquirente ⁽⁷²⁾.

Il procedimento si svolge innanzi al tribunale competente ai sensi dell'art. 27 c.c.i.i. che, sentite le parti interessate (ossia l'esperto, i creditori anteriori, i soggetti coinvolti nel finanziamento

⁽⁷⁰⁾ Trib. Savona, 9 febbraio 2023, in *Dirittodellacrisi*; Trib. Genova, 9 giugno 2023, *ivi*, che sottolinea che «l'autorizzazione a contrarre un finanziamento prededucibile postula una valutazione del tribunale suscettibile di investire, per un verso, la verifica della funzionalità del finanziamento alla continuità d'impresa e – in parallelo – alla migliore soddisfazione dei creditori, per altro verso, la verifica della probabilità di successo del tentativo di superamento della crisi di impresa alla luce della modalità indicata/prescelta dall'imprenditore con particolare riferimento alla sostenibilità dell'ulteriore finanza richiesta (Nella specie, al fine di valutare a ragion veduta il ricorso dei presupposti per l'autorizzazione richiesta da una società sportiva a poter contrarre un finanziamento indispensabile all'iscrizione ad un campionato di calcio, il giudice ha provveduto a nominare un ausiliario)».

⁽⁷¹⁾ V. M. PALMIERI, *La disciplina dei finanziamenti concessi dai soci e infragruppo in occasione di una composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 2021, 1178 ss.

⁽⁷²⁾ Sul trasferimento v. G. D'ATTORRE, *Il trasferimento dell'azienda nella composizione negoziata*, in *Dirittodellacrisi.it*, 5 novembre 2021, 1 ss.; ID., *La consorsualità «liquida» nella composizione negoziata*, in *Fallimento*, 2022, 303; R. RUSSO, *Il Giano bifronte della composizione negoziata: la circolazione dell'azienda*, cit., 1233 ss. In giurisprudenza v. da ultime Trib. Milano, 12 agosto 2023; Trib. Piacenza, 1° giugno 2023, tutte in *Dirittodellacrisi*.

o nel trasferimento) e assunte le informazioni necessarie decide in composizione monocratica, provvedendo, ove occorre, alla nomina di un ausiliare ai sensi dell'art. 68 c.p.c. Si applicano, in quanto compatibili, gli artt. 737 e ss. c.p.c. dettati in tema di procedimento in camera di consiglio, compreso l'art. 742 c.p.c. che prevede la revoca e la modifica del provvedimento. Il provvedimento del giudice, sia che conceda l'autorizzazione, sia che la neghi, è suscettibile di reclamo al tribunale, con la precisazione che del collegio non può far parte il giudice che ha emesso il provvedimento ⁽⁷³⁾.

Gli atti autorizzati dal tribunale ai sensi dell'art. 22 c.c.i.i. conservano i propri effetti se successivamente intervengono un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato, un concordato preventivo omologato, un piano di ristrutturazione proposto ai sensi dell'art. 64 *bis* c.c.i.i. omologato, l'apertura della liquidazione giudiziale, la liquidazione coatta amministrativa, l'amministrazione straordinaria o il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio di cui all'art. 25 *sexies* c.c.i.i. omologato.

Infine, le disposizioni di cui agli artt. 322, 3° comma, c.c.i.i. (bancarotta fraudolenta) e 323 c.c.i.i. (bancarotta semplice) non si applicano alle operazioni autorizzate dal tribunale a norma dell'art. 22 c.c.i.i.

Abstract

Il contributo esamina i tratti principali della Composizione negoziata della crisi d'impresa, istituto introdotto nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza al posto della Procedura di allerta inizialmente prevista. L'a. evidenzia la natura consensuale e stragiudiziale dell'istituto, soffermandosi anche sulle misure protettive e cautelari, da un lato, e sull'autorizzazione a contrarre finanziamenti e a trasferire l'azienda o suoi

⁽⁷³⁾ F. MARELLI, *Finanziamenti prededucibili nella composizione negoziata: aspetti processuali*, in *Dirittodellacrisi*, 5 gennaio 2024.

rami, dall'altro, che contemplan l'intervento del tribunale nella procedura analizzata.

The article examines the main features of the 'Negotiated Settlement of the Business Crisis' (Composizione Negoziata della Crisi d'Impresa), introduced in the Business Crisis and Insolvency Code (Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza) in place of the initially envisaged 'Alert Procedure' (Procedura di Allerta). Notably, the author highlights the consensual and extrajudicial nature of the Negotiated Settlement of the Business Crisis, also focusing on the protective and precautionary measures, on the one hand, and on the authorisation to take out loans and to transfer the company or its branches, on the other, which contemplate the intervention of the court in the instant procedure.

GLI STRUMENTI PER LA COMPOSIZIONE
DEI CONFLITTI AMBIENTALI NELLA REALIZZAZIONE
DELLE INFRASTRUTTURE PER LA CRESCITA (*)

*Monica Delsignore (**)* e *Marsela Mersini (***)*

SOMMARIO: 1. La centralità della scelta dell'amministrazione. – 2. Il dibattito pubblico. – 3. La conferenza di servizi: una mediazione *smi generis*. – 4. Le compensazioni ambientali. – 5. La mediazione ambientale presso la Camera Arbitrale di Milano. – 6 Il disegno di legge sulla mediazione ambientale. – 7. Da scelte impopolari a scelte accettabili: è possibile?

1. La centralità della scelta dell'amministrazione. – In Italia la realizzazione di grandi opere pubbliche e di infrastrutture, necessarie per lo sviluppo del Paese e al contempo fonti sicure di impatti sull'ambiente circostante, è ormai quasi sempre accompagnata da accalorate proteste sociali ⁽¹⁾ in relazione ai costi, ai tempi, alla reale necessità dell'opera, ma soprattutto alle diverse con-

Giustizia consensuale Fasc. 2/2023, 445-486. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) Questo scritto, frutto di un'ideazione comune, è di Monica Delsignore (paragrafi 3, 4 e 7) e Marsela Mersini (paragrafi 1, 2, 5 e 6).

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

(***) Dottoressa di ricerca in Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Milano-Bicocca.

⁽¹⁾ Secondo i risultati della dodicesima edizione del progetto Nimby Forum®, attivo dal 2004 con l'obiettivo di analizzare l'andamento della sindrome NIMBY in Italia, sono 317 le infrastrutture e gli impianti oggetto di contestazioni.

seguenze e riflessi sull'assetto del territorio, sulla natura e sulla salute dei cittadini ⁽²⁾.

Si tratta di ipotesi a cui ben si adatta la definizione di conflitto ambientale, contenuta nel disegno di legge n. 1630 sulla mediazione ambientale ⁽³⁾, che si riferisce ad una «controversia tra due o più parti, portatrici di diritti soggettivi o interessi legittimi anche diffusi e collettivi, in cui si contrappongono visioni divergenti relative alle decisioni da assumere riguardo all'ambiente, e in particolare alla gestione o all'uso delle risorse e dei beni ambientali, in ragione dei relativi impatti».

Il termine comunemente utilizzato per indicare tali contestazioni è quello di 'conflitti di prossimità', diffusamente analizzati dalla dottrina francese ⁽⁴⁾, oppure di sindrome NIMBY ⁽⁵⁾ (*Not in My Back Yard*), BANANA ⁽⁶⁾ (*Build Absolutely Nothing Anywhere Near Anything*) e sindrome NIABY (*Not In Anybody's Back Yard*) ⁽⁷⁾, secondo gli acronimi anglosassoni.

Si tratta di conflitti diffusi tanto nei Paesi industrializzati quanto in quelli meno sviluppati. Le opere oggetto dei conflitti

⁽²⁾ G. MOCAVINI, *Il prezzo del consenso. Le compensazioni amministrative nel governo dell'ambiente e del territorio*, Torino, 2020.

⁽³⁾ Comunicato alla Presidenza il 26 novembre 2019, il quale prevede l'introduzione nell'ordinamento della mediazione dei conflitti ambientali e paesaggistici di natura civile e amministrativa.

⁽⁴⁾ Si veda in merito, M. BONINI, *Fra 'procédure administrative contentieuse' e 'procédure administrative non contentieuse': l'esperienza francese*, in A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo fra semplificazione e partecipazione. Modelli europei a confronto*, Milano, vol. II, 2001, 79 ss.; G. SÉNÉCAL, *Conflits de proximité et coopération: Une géographie des acteurs et des interactions sociales*, in *Cahiers de géographie du Québec*, 2005, 277 ss.; P. MELÉ, *Conflicts de proximité et dynamiques urbaines*, Rennes, 2013.

⁽⁵⁾ L. TORCHIA, *La sindrome Nimby: alcuni criteri per l'identificazione di possibili rimedi*, in F. BALASSONE, P. CASADIO (a cura di), *Le infrastrutture in Italia: dotazione, programmazione, realizzazione*, Roma, 2011, 357.

⁽⁶⁾ A. POMADE, *NIMBY et NEIMBY: regard d'un juriste sur deux syndromes atypiques*, in *Droit de l'Environnement*, 2012, 11 ss.

⁽⁷⁾ L. TORCHIA, *La sindrome Nimby: alcuni criteri per l'identificazione di possibili rimedi*, cit.

sono, nella maggior parte dei casi, grandi opere e infrastrutture quali centrali elettriche, autostrade, porti, aeroporti, ferrovie, discariche o impianti per il trattamento dei rifiuti. In tali contesti, la conflittualità è alimentata dal fatto che le comunità locali sono indotte a ritenere che il soggetto pubblico, promotore dell'opera, intenda perseguire unicamente un 'proprio interesse' e che le informazioni relative ai rischi che si collegano alla realizzazione dell'opera non siano completamente attendibili⁽⁸⁾.

In proposito la Corte costituzionale ha affermato che «la comprensibile spinta, spesso presente a livello locale, ad ostacolare insediamenti che gravino il rispettivo territorio degli oneri connessi (secondo il noto detto '*not in my backyard*'), non può tradursi in un impedimento insormontabile alla realizzazione di impianti necessari per una corretta gestione del territorio e degli insediamenti al servizio di interessi di rilievo ultraregionale»⁽⁹⁾.

Tuttavia, si concorda con chi in dottrina⁽¹⁰⁾ ha sostenuto che non pare efficace individuare i termini del problema esclusivamente rifacendosi al contrasto tra un interesse generale e più interessi locali, poiché i casi di resistenza alle scelte localizzative dipendono dal sovrapporsi di diversi e ulteriori elementi. In particolare, il conflitto si ricollegherebbe, tra gli altri, all'aspetto procedimentale, vale a dire al rapporto che l'amministrazione stabilisce con i cittadini nel definire le scelte in tema di gestione del territorio.

In definitiva, «se l'incorporazione delle istanze locali nelle politiche di interesse comune risulta inefficace, e se ai meccanismi di ascolto e partecipazione si sostituisce il centralismo, mediato dalla sola rappresentanza politica, tendono, tuttavia, a emergere mag-

⁽⁸⁾ Si veda in merito G. MOCAVINI, *Il prezzo del consenso*, cit., 112 ss.

⁽⁹⁾ Corte cost., 29 gennaio 2005, n. 62. Si veda in merito il commento di G. MANFREDI, *La Corte Costituzionale, i rifiuti radioattivi e la sindrome nimby*, in *Riv. giur. amb.*, 2005, 343 ss.

⁽¹⁰⁾ A. AVERARDI, *Amministrare il conflitto: costruzione di grandi opere e partecipazione democratica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 1173 ss.

giori forme di resistenza verso le scelte assunte, interpretate come ingiuste tanto dal punto di vista del contenuto che della procedura»⁽¹⁾.

Il procedimento amministrativo, pur aperto alla partecipazione, non si è mostrato sinora in grado di offrire un assetto soddisfacente così da incanalare e risolvere il conflitto ambientale territoriale, sicché l'esame degli istituti esistenti e del loro funzionamento, che qui si propone, mira a verificare se una lettura più attenta, in grado di valorizzare i profili di conciliazione e gli spazi di composizione già presenti, permetta di giungere a soluzioni maggiormente convincenti e condivise, in grado di ispirare e conquistare la fiducia nelle comunità territoriali e quindi accrescere il consenso locale.

L'equilibrio a cui tendere mira a conciliare la modernizzazione infrastrutturale, di cui il nostro paese indubbiamente necessita per progredire nel suo sviluppo, con le ostilità che ogni cambiamento porta con sé, tanto più quando il cambiamento sia epocale e imponente. Come noto, la Terza Missione del PNRR prevede una serie di investimenti a lungo periodo che hanno come scopo lo sviluppo di una rete di infrastrutture di trasporto moderna, digitale, sostenibile e interconnessa, che possa aumentare l'elettrificazione dei trasporti, la digitalizzazione, favorire la transizione energetica e migliorare la competitività complessiva del nostro paese. La maggior parte delle risorse è destinata al rinnovamento e al potenziamento della rete ferroviaria, prevedendosi il completamento dei principali assi ferroviari ad alta velocità ed alta capacità e la messa in sicurezza dell'intera rete ferroviaria. È evidente la difficoltà ulteriore, oltre a quelle tecniche e realizzative, che può sorgere in un contesto in cui tradizionalmente le decisioni pubbliche vengono contestate per la mancata adeguata considerazione degli aspetti ambientali, sociali e territoriali della soluzione

⁽¹⁾ *Ibidem.*

progettuale approvata dall'amministrazione⁽¹²⁾. Basti pensare a quanto ancor oggi accade in Val di Susa.

Solo l'informazione e il confronto permettono di comprendere i vantaggi dell'infrastruttura, dimostrando che nel lungo termine essi superano gli svantaggi che nell'immediato l'opera può comportare. Solo l'informazione e il confronto permettono di conoscere gli effetti ambientali e territoriali generati dalla realizzazione dell'opera sino talora ad individuare una soluzione anche diversa da quella originariamente proposta.

È noto che il procedimento amministrativo rappresenti la sede principale per favorire il bilanciamento e l'integrazione dei diversi interessi, tra i quali certamente anche quelli ambientali, e permettere il confronto e la composizione delle diverse posizioni in gioco⁽¹³⁾.

In merito al confronto e alla partecipazione, si deve evidenziare anche che a norma dell'art. 18, paragrafo 4, lett. q, regolamento UE 2021/241, relativo specificatamente ai Piani di ripresa e resilienza⁽¹⁴⁾, si prevede «che gli Stati membri dovrebbero inoltre fornire una sintesi del processo di consultazione, condotto conformemente ai quadri giuridici nazionali, delle autorità locali e regionali, delle parti sociali e di altri portatori di interessi perti-

⁽¹²⁾ Si veda in merito E. FREDIANI, *Percorsi evolutivi della partecipazione civica al tempo del piano nazionale di ripresa e resilienza*, in *Dir. amm.*, 2023, 301 ss.

⁽¹³⁾ In dottrina, infatti, vi è proprio chi ha identificato il diritto all'ambiente come diritto al procedimento, affermando che «piuttosto che definire lo schema di un diritto fondamentale all'ambiente, occorre avere la garanzia che questo compito venga svolto secondo tecniche di imparzialità, di trasparenza, di informazione e di partecipazione (...). I diritti procedurali e le garanzie nel corretto svolgimento del procedimento amministrativo diventano quindi centrali per giungere alla stessa corretta definizione dell'obiettivo da raggiungere. La qualità degli equilibri ambientali e la salubrità degli elementi e delle risorse della natura sono determinati in buona sostanza dalla qualità del metodo con il quale si costruiscono i processi decisionali». Così S. GRASSI, *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente*, Milano, 2012, 194.

⁽¹⁴⁾ Così come modificato dal regolamento UE 2023/435.

nenti coinvolti nell'attuazione dei loro piani per la ripresa e la resilienza».

Nel ragionare sugli strumenti esistenti si assumerà una visione 'ottimista', cercando di mettere in evidenza come i conflitti derivanti dalla realizzazione delle infrastrutture possano essere considerati anche in una prospettiva positiva. Essi, infatti, possono rivelarsi utili per l'assunzione di una decisione migliorativa in merito alla realizzazione di un'opera pubblica, facendo emergere e valorizzando conoscenze diffuse, nella cultura e nella memoria storica dei luoghi compresi nell'area coinvolta dal progetto stesso.

Si noti, in aggiunta, che il sindacato del giudice amministrativo sulle questioni ambientali spesso si rivela insoddisfacente in quanto ancora oggi impostato nel senso di scelte riservate all'amministrazione, come tali insindacabili, anche quando vengano in rilievo valutazioni tecniche attinenti al fatto⁽¹⁵⁾. Di fronte a un sindacato di tal fatta si richiede allora ancor più attenzione a che la composizione del conflitto si realizzi nel procedimento che porta alla decisione ovvero trovi ulteriori canali extragiudiziali ogni volta che la soluzione finale, pur legittima, sia ampiamente opinabile, fortemente criticata dalla popolazione e tale per cui un assetto diverso da quello infine adottato potrebbe rilevarsi vincente, con semplici modifiche e interventi sul provvedimento primigenio.

L'esigenza di provare ad offrire una soluzione ai conflitti ambientali al di fuori del processo e della giurisdizione trova inoltre conferma ove si guardi a tutt'altro fenomeno in continua diffusione del c.d. contenzioso climatico⁽¹⁶⁾. L'uso improprio del ri-

⁽¹⁵⁾ M. RAMAJOLI, *Le valutazioni tecniche degli organi preposti alla tutela dell'ambiente tra surrogabilità e sindacabilità giurisdizionale*, in *Riv. giur. amb.*, 2022, 985, e in *Federalismi.it*, 2023.

⁽¹⁶⁾ Per un recente inquadramento sul tema si veda M. RAMAJOLI, *Il cambiamento climatico tra green deal e climate litigation*, in *Riv. giur. amb.*, 2021, 53 ss.; M. DELSIGNORE, *Il contenzioso climatico nel suo costante crescendo dal 2015 ad oggi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 265 ss.; S. VALAGUZZA, *Liti strategiche: il contenzioso climatico salverà il pianeta?*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 293 ss.; B. POZZO, *La*

medio giurisdizionale per sollecitare l'intervento del legislatore e imporre alle politiche nazionali scelte che vadano al di là dei meri proclami fa sorgere questioni in tema di separazione dei poteri e legittimazione e non porta di per sé ai risultati sperati.

È opportuno perciò ragionare per comprendere se nello svolgersi dell'azione amministrativa esistano strumenti idonei a realizzare la pacificazione sociale, individuando soluzioni infrastrutturali che, inevitabilmente pur non condivise all'unanimità, permettano di comprendere chiaramente quali sono i vantaggi che dovrebbero derivarne al territorio e alla popolazione così da render più comprensibile e sopportabile il sacrificio richiesto ad alcuni in funzione del bene comune.

2. *Il dibattito pubblico.* – Il dibattito pubblico è un istituto di recente introduzione nel nostro ordinamento, che, a livello statale, lo ha previsto per la prima volta all'art. 22 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, anche noto come Codice dei contratti pubblici⁽¹⁷⁾, stabilendone l'applicazione, a determinate condizioni, alle «grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto sull'ambiente, sulle città e sull'assetto del territorio»⁽¹⁸⁾ previ-

climate change litigation in prospettiva comparatistica, in *Riv. giur. amb.*, 2021, 271 ss.

⁽¹⁷⁾ Si vedano L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 605; A. AVERARDI, *L'incerto ingresso del dibattito pubblico in Italia*, *ivi*, 506; G. RANDO, *Commento all'art. 22*, in G.F. FERRARI, G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici. Il D. L.vo 18 aprile 2016, n. 50 commentato articolo per articolo*, Piacenza, 2017, 157; A. PILLON, *Dibattito pubblico, un'opportunità anche per l'Italia*, in *Techne*, 2016, 45 ss.

⁽¹⁸⁾ Tale disposizione è stata emanata in attuazione dell'art. 1 legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, recante «Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture».

sione, che, come si avrà modo di illustrare, è stata poi riveduta e sostituita nella nuova formulazione del Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

La prima istituzionalizzazione del dibattito pubblico in Italia, tuttavia, si era già registrata a livello regionale con la legge della Regione Toscana 27 dicembre 2007, n. 69, recante «Norme sulla promozione della partecipazione alla elaborazione delle politiche regionali e locali», oggi sostituita dalla legge regionale 2 agosto 2013, n. 46, recante «Dibattito pubblico regionale e promozione della partecipazione alla elaborazione delle politiche regionali e locali»⁽¹⁹⁾. Si tratta di un istituto che incarna la democrazia partecipativa⁽²⁰⁾, in quanto finalizzato a realizzare un'effettiva inclusione democratica di tutti gli interessi rilevanti, che provenga 'dal basso'⁽²¹⁾. Almeno nella sua originaria versione, il dibattito pubblico è uno strumento volto a prevenire i conflitti tra cittadini e pubblica amministrazione con l'obiettivo di giungere ad una decisione condivisa ed efficace, coinvolgendo tutti i cittadini nelle scelte pubbliche riguardanti le grandi opere in una fase in cui tutte le opzioni, tra le quali la c.d. opzione zero⁽²²⁾, ovvero la scelta di non realizzare l'opera, risultano ancora possibili.

⁽¹⁹⁾ Sulla legge della Regione Toscana n. 69 del 2007 si veda, A. FLORIDIA, *La democrazia deliberativa, dalla teoria alle procedure. Il caso della legge regionale toscana sulla partecipazione*, in *Ist. fed.*, 2007, 603 ss.; G. PIZZANELLI, *Alcune note di commento alla legge regionale Toscana che promuove la partecipazione all'elaborazione delle politiche regionali e locali (l. r. 27 dicembre 2007, n. 69)*, in *Ist. fed.*, 2008, 129 ss.

Un'ulteriore e più recente applicazione, anch'essa a livello regionale, è costituita dalla legge della Regione Puglia 13 luglio 2017, n. 28, recante «Legge sulla partecipazione», che ne ha esteso il ricorso anche agli atti di programmazione, in particolare, al Piano di sviluppo regionale.

⁽²⁰⁾ U. ALLEGRETTI, *La democrazia partecipativa in Italia e in Europa*, in *Rivista AIC*, 2011, 2.

⁽²¹⁾ V. MOLASCHI, *Le arene deliberative. Contributo allo studio delle nuove forme di partecipazione nei processi di decisione pubblica*, Napoli, 2018, 259.

⁽²²⁾ V. MANZETTI, *Il «dibattito pubblico» nel nuovo codice dei contratti*, in *Federalismi.it*, 2018, 1 ss.

Il modello a cui si ispira l'istituto in questione è tratto dall'ordinamento francese, nel quale il *débat public* è disciplinato all'art. 2 l. 2 febbraio 1995, n. 95-101 relativa al rafforzamento della protezione dell'ambiente (*relative au renforcement de la protection de l'environnement*), detta *Loi Barnier* ⁽²³⁾. Come evidenziato anche dal Consiglio di Stato nel parere n. 855 del 1° aprile 2016 sullo schema di d.lgs. recante «Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione», si tratta di «uno strumento essenziale di coinvolgimento delle collettività locali nelle scelte di localizzazione e realizzazione di grandi opere aventi rilevante impatto ambientale, economico e sociale sul territorio coinvolto» ⁽²⁴⁾.

Anche la Corte costituzionale ⁽²⁵⁾ ha affermato che il dibattito pubblico «configura (...) una fondamentale tappa nel cammino della cultura della partecipazione, rappresentata da un modello di procedimento amministrativo che abbia, tra i suoi passaggi ineliminabili, il confronto tra la pubblica amministrazione proponente l'opera e i soggetti, pubblici e privati, ad essa interessati e coinvolti dai suoi effetti, alimentandosi così un dialogo che, da un lato, faccia emergere eventuali più soddisfacenti soluzioni progettuali, e, dall'altra, disinnesci il conflitto potenzialmente implicito

⁽²³⁾ Si veda, M. REVEL, C. BLATRIX, L. BLONDIAUX, J. M. FOURNIAU, B.H. DUBREUIL, R. LEFEBVRE, *Le Débat Public: une expérience française de démocratie participative*, Parigi, 2007.

⁽²⁴⁾ In linea con quanto prescritto dal Codice dei contratti pubblici, sullo schema di regolamento del d.p.c.m. sono stati acquisiti il parere della Conferenza unificata Stato, Regioni e autonomie locali, quello del Consiglio di Stato e quello della commissione competente della Camera dei deputati. La Commissione speciale del Consiglio di Stato ha dato «un giudizio di massima positivo alla disciplina dell'istituto del dibattito pubblico» poiché lo schema di d.p.c.m. ha «raggiunto un contemperamento tra l'esigenza di non allungare troppo i tempi di realizzazione delle grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale e quella di dare effettività al coinvolgimento dei cittadini, dei portatori di interessi e delle amministrazioni interessate alla realizzazione dell'opera. Questi ultimi (...) consentono al proponente di poter scegliere se realizzare l'opera e quali modifiche apportare al progetto originale, con la conseguenza non solo di ottimizzare il progetto ma anche di diminuire il possibile contenzioso».

⁽²⁵⁾ Corte cost., 14 dicembre 2018, n. 235.

in qualsiasi intervento che abbia impatto significativo sul territorio».

La norma del Codice dei contratti, che ha per prima introdotto il dibattito pubblico, prevedeva che la fissazione dei criteri per l'individuazione delle opere sottoposte obbligatoriamente a dibattito pubblico e l'articolazione della procedura anche in relazione alle modalità di svolgimento e ai termini di conclusione fossero stabilite da un successivo d.p.c.m. attuativo.

È stato infatti il Governo, con l'emanazione del d.p.c.m. del 10 maggio 2018, n. 76, recante «Regolamento recante modalità di svolgimento, tipologie e soglie dimensionali delle opere sottoposte a dibattito pubblico», a dare attuazione a una delega sostanzialmente in bianco⁽²⁶⁾, introducendo, all'art. 1, la definizione di dibattito pubblico quale «processo di informazione, partecipazione e confronto pubblico sull'opportunità, sulle soluzioni progettuali di opere, su progetti o interventi di cui all'allegato 1» del decreto stesso.

In particolare, i soggetti coinvolti nella procedura erano l'amministrazione aggiudicatrice, la Commissione nazionale per il dibattito pubblico e il Coordinatore del dibattito oltre, ovviamente, ai partecipanti interessati dalla realizzazione dell'opera. L'amministrazione aggiudicatrice trasmetteva alla Commissione una comunicazione, allegando il progetto di fattibilità delle alter-

⁽²⁶⁾ Per un inquadramento della disciplina si vedano i contributi pubblicati all'interno del n. 3 del 2020 della rivista *Istituzioni del Federalismo* sul tema *Il dibattito pubblico: modelli ed esperienze*. Si vedano, inoltre, D. ANSELMI, *Il Dibattito pubblico: profili giuridici*, in *Astrid Rassegna*, 2016, 1 ss.; F. KARRER, A. SCOGNAMIGLIO, *Débat public all'italiana, ovvero come mutuare nozioni senza innovare comportamenti*, in *Apertacontrada.it*, 7 aprile 2016, 7 ss.; M. VITTORI, *Dibattito pubblico anche in Italia: la svolta per una politica abituata a non decidere* in *Amministrazioneincammino.it*, 2013, 7 ss.; G. PIZZANELLI, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Politiche ambientali e realizzazione delle grandi opere infrastrutturali*, Milano, 2010; N. POSTERARO, *Procurement e partecipazione democratica*, in *Astrid Rassegna*, 2020.

native progettuali, contenente l'intenzione di avviare la procedura, la descrizione degli obiettivi e le caratteristiche del progetto.

Nei novanta giorni successivi a tale comunicazione, su richiesta dell'amministrazione aggiudicatrice, si provvedeva alla nomina del Coordinatore del dibattito pubblico, individuato dal Ministero competente per materia tra i suoi dirigenti, e alla redazione da parte del proponente del dossier di progetto dell'opera, scritto in un linguaggio chiaro e comprensibile, in cui veniva motivata l'opportunità dell'intervento e venivano descritte le soluzioni progettuali proposte.

Definite le fasi dell'indizione e della pubblicazione, il d.p.c.m. prevedeva che fosse il coordinatore a gestire le modalità di attuazione della procedura ⁽²⁷⁾.

All'esito del dibattito pubblico, che si considerava concluso in seguito all'ultimo incontro di discussione previsto dal documento di progetto del dibattito, il coordinatore aveva il compito di redigere la relazione conclusiva e di renderla pubblica entro trenta giorni.

Dopo di che l'amministrazione aggiudicatrice, che poteva decidere di rinunciare alla realizzazione dell'opera, di realizzarla in base al progetto originario oppure di realizzare una differente infrastruttura in base agli elementi emersi dal dibattito, aveva sessanta giorni di tempo per definire il dossier conclusivo, in cui il proponente doveva evidenziare «la volontà o meno di realizzare l'intervento, le eventuali modifiche da apportare al progetto e le ragioni che hanno condotto a non accogliere eventuali proposte».

⁽²⁷⁾ In tale precedente disciplina, il coordinatore del dibattito pubblico assume, infatti, un ruolo fondamentale in quanto progetta le modalità di svolgimento del dibattito ed elabora, entro trenta giorni dal conferimento dell'incarico, il documento di progetto del dibattito pubblico, nel quale si stabiliscono i temi di discussione, il calendario degli incontri e le modalità di partecipazione. Egli, inoltre, favorisce il confronto tra tutti i partecipanti al dibattito, definendo in modo oggettivo e trasparente il piano di informazione e comunicazione al pubblico e segnalando alla Commissione eventuali anomalie nello svolgimento della procedura di dibattito.

Il dibattito pubblico, pertanto, è stato introdotto nel nostro ordinamento con lo specifico intento di condurre all'adozione di una decisione a seguito di un confronto aperto e partecipato. Una decisione di tal fatta, infatti, potrà essere compresa dai cittadini, anche se non necessariamente condivisa.

Prima di analizzare la nuova disciplina oggi in vigore, deve darsi conto di alcuni interventi del legislatore, che hanno in realtà già anticipato l'intento, da ultimo confermato, di limitare la diffusione dell'istituto.

In primo luogo, la l. 11 settembre 2020, n. 120, rubricata «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali» (c.d. Decreto Semplificazioni), ha introdotto la possibilità, per far fronte all'emergenza sanitaria Covid-19, di derogare alla procedura del dibattito pubblico in specifiche ipotesi⁽²⁸⁾. La modifica legislativa è stata prevista allo scopo di accelerare l'iter autorizzativo di grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto sull'ambiente, sulle città o sull'assetto del territorio, in quanto dotate di particolare interesse pubblico e di rilevanza sociale. Viene concesso alle amministrazioni aggiudicatrici, pertanto, di procedere direttamente agli studi di prefattibilità tecnico-economica nonché alle successive fasi progettuali, nel rispetto delle disposizioni dell'ormai superato d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

L'intervento normativo, in realtà, riferendosi a tutte le opere «di interesse pubblico e di rilevanza sociale», ha introdotto una deroga di cui non si comprende pienamente la *ratio*, in quanto sarebbe stata giustificata eventualmente qualora riferita ad interventi connessi all'emergenza sanitaria, rischiando, in quanto invece generalizzata, di sminuire la portata di un istituto che appena ini-

⁽²⁸⁾ In particolare, l'art. 8, 6° *bis* comma, dispone che, sino al 31 dicembre 2023, le Regioni possano autorizzare la deroga alla procedura del dibattito pubblico, su richiesta delle amministrazioni aggiudicatrici e previo parere favorevole della maggioranza delle amministrazioni provinciali e comunali interessate.

ziava a muovere i primi passi e di dipingerlo come causa del rallentamento dei procedimenti di progettazione e realizzazione infrastrutturali, nonostante la durata complessiva del dibattito fosse di quattro mesi, solo motivatamente prorogabili.

Successivamente, il d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni nella l. 29 luglio 2021, n. 108, recante «Governance del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure», ha previsto all'art. 44 alcune semplificazioni procedurali e temporali in materia di opere pubbliche di particolare complessità o di rilevante impatto, applicabili esclusivamente ai dieci progetti infrastrutturali indicati nell'all. IV, tra i quali figura la diga foranea di Genova, opera pubblica per la cui realizzazione si è avuta la prima applicazione concreta del procedimento nazionale di dibattito pubblico ⁽²⁹⁾. La previsione della contrazione dei tempi per il dibattito pubblico potrebbe rendere l'istituto meno efficace, non solo non permettendogli di realizzare un reale dialogo, ma di fatto privando i partecipanti della possibilità di analizzare le proposte alternative e di proporre modifiche ai progetti infrastrutturali.

⁽²⁹⁾ Le altre opere indicate riguardano: la realizzazione asse ferroviario Palermo-Catania-Messina; il potenziamento linea ferroviaria Verona-Brennero; la realizzazione della linea ferroviaria Salerno-Reggio Calabria; la realizzazione della linea ferroviaria Battipaglia-Potenza-Taranto; la realizzazione della linea ferroviaria Roma-Pescara; il potenziamento della linea ferroviaria Orte-Falconara; la realizzazione delle opere di derivazione della Diga di Campolattaro (Campania); la messa in sicurezza e ammodernamento del sistema idrico del Peschiera (Lazio) e gli interventi di potenziamento delle infrastrutture del Porto di Trieste (progetto *Adriagateway*). Si ricordi inoltre che per i medesimi interventi indicati nell'all. IV l'art. 46 della predetta l. n. 108 del 2021 ha introdotto alcune modifiche nei casi di dibattito pubblico obbligatorio. In particolare è stato previsto che il dibattito dovesse avere una durata massima di quarantacinque giorni e che tutti gli altri termini previsti nel d.p.c.m. n. 76 del 2018 fossero ridotti della metà. Per quanto riguarda, invece, le opere che non rientrano in tale campo di applicazione, continuava ad applicarsi il procedimento ordinario, secondo le disposizioni di cui al d.p.c.m. n. 76 del 2018.

Nella contraddizione che spesso connota il legislatore, accanto agli interventi restrittivi appena ricordati, si è al contrario introdotta la previsione di una maggior diffusione del dibattito, pur sempre entro tempi contenuti, ma per opere in precedenza escluse dal suo ambito di applicazione⁽³⁰⁾.

Come anticipato, il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36 del 2023) ha ridefinito l'istituto che è ora disciplinato dall'art. 40 e dall'all. 1.6 del Codice stesso.

In primo luogo, si deve evidenziare che la Commissione nazionale per il dibattito pubblico, a cui era assegnato un importante ruolo di garante dell'informazione e partecipazione, non è più prevista, dovendosi perciò intendere sciolta o tacitamente soppressa⁽³¹⁾.

Ai sensi dell'art. 40, 1° comma, infatti, la decisione sull'indizione, salvi i casi di dibattito pubblico obbligatorio indicati nell'all. I.6, è rimessa ad una scelta discrezionale della stazione

⁽³⁰⁾ L'art. 46, 1° comma, l. n. 108 del 2021 ha previsto che nel termine di sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto, potessero essere individuate, con decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e su proposta della Commissione nazionale per il dibattito pubblico, soglie dimensionali inferiori a quelle previste dall'all. 1 d.p.c.m. n. 76 del 2018 rispetto alle opere da sottoporre obbligatoriamente a dibattito pubblico e in relazione agli interventi di cui all'art. 44, 1° comma, nonché a quelli finanziati in tutto o in parte con le risorse del PNRR e del PNC (Piano Nazionale Complementare). Tale previsione è stata effettivamente attuata, in quanto con decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti del 12 novembre 2021 sono state introdotte soglie dimensionali minori, rafforzando così il ricorso allo strumento del dibattito pubblico quale modalità di consultazione sociale e allargandone il campo di applicazione. Quest'ultima previsione appare resistere anche alla recente riforma del Codice dei contratti in quanto l'art. 40, 7° comma, dell'attuale Codice dei contratti pubblici, afferma specificatamente che «resta ferma la disciplina prevista da specifiche disposizioni di legge per il dibattito pubblico afferente agli interventi finanziati con le risorse del PNRR e del Piano nazionale per gli investimenti complementari al PNRR (PNC), di cui al decreto-legge 6 maggio 2021, n. 59, convertito, con modificazioni, dalla legge 1° luglio 2021».

⁽³¹⁾ Come chiaramente esplicitato nella Relazione al nuovo Codice dei contratti.

appaltante, laddove «ne ravvisi l'opportunità in ragione della particolare rilevanza sociale dell'intervento e del suo impatto sull'ambiente e sul territorio, garantendone in ogni caso la celerità».

Il procedimento si apre con la pubblicazione sul sito istituzionale della stazione appaltante di una relazione contenente il progetto dell'opera e l'analisi di fattibilità delle eventuali alternative progettuali, eventualmente accompagnata da analoga pubblicazione anche sui siti istituzionali delle amministrazioni locali interessate quando la stazione appaltante ne faccia richiesta (art. 5 all. 1.6).

Lo svolgimento del dibattito è invece caratterizzato dalla possibilità di partecipazione riconosciuta, ai sensi del 4° comma del medesimo art. 40, alle «amministrazioni statali interessate alla realizzazione dell'intervento, le Regioni e gli altri enti territoriali interessati dall'opera, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, che, in ragione degli scopi statutari, sono interessati dall'intervento», con evidente esclusione, tra i soggetti partecipanti, dei singoli cittadini.

La partecipazione consiste nella possibilità di presentare osservazioni e proposte scritte entro sessanta giorni dalla pubblicazione del progetto dell'opera. Al più possono essere previsti incontri da tenersi con l'utilizzo di strumenti informatici o telematici. Solo in via eccezionalmente e per esigenze da motivare sulla base di elementi oggettivi il responsabile del dibattito può organizzare incontri in modalità non telematica (art. 4, 3° comma, lett. a, all. 1.6).

Il dibattito pubblico si conclude, a mente dell'art. 40, 5° comma, entro un termine compatibile con le esigenze di celerità, comunque non superiore a centoventi giorni dalla pubblicazione di cui al 3° comma, con una relazione, redatta dal Responsabile del dibattito pubblico e contenente una sintetica descrizione delle proposte e delle osservazioni pervenute, con l'eventuale indicazione di quelle ritenute meritevoli di accoglimento. La valutazio-

ne degli esiti del dibattito resta, come in passato, rimessa alla stazione appaltante che «può tenerne conto» ai fini della redazione dei successivi livelli di progettazione.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici riconosce, dunque, un ruolo centrale alla stazione appaltante, che assume l'iniziativa, cura l'informazione e la partecipazione e valuta se tener conto degli esiti della procedura.

È evidente, nell'ottica della mediazione che dovrebbe caratterizzare l'intero procedimento del dibattito, la mancanza di una figura indipendente e neutrale, quale era la precedente Commissione per il dibattito pubblico, a garanzia dell'effettivo coinvolgimento e considerazione di tutti gli interessi di cui sono portatori i partecipanti.

La scelta del legislatore prosegue così con il depotenziamento dell'istituto, introducendo modifiche che non paiono comunque rispettare il quadro delineato dalla legge delega che mirava invece a soluzioni in grado di comporre gli interessi e smorzare il conflitto ⁽³²⁾.

L'eccessiva concentrazione dei tempi ⁽³³⁾, l'esclusione dei cittadini e l'assenza di un soggetto imparziale finiscono per sacrifi-

⁽³²⁾ La legge delega 21 giugno 2022, n. 78, che ha anticipato la stesura del nuovo Codice dei contratti pubblici, ha specificatamente previsto all'art. 1, 2° comma, lett. o, la necessaria «revisione semplificazione della normativa primaria in materia di programmazione, localizzazione delle opere pubbliche e dibattito pubblico, al fine di rendere le relative scelte maggiormente rispondenti ai fabbisogni della comunità, nonché di rendere più celeri e meno conflittuali le procedure finalizzate al raggiungimento dell'intesa fra i diversi livelli territoriali coinvolti nelle scelte stesse».

⁽³³⁾ R. LEONARDI, *La tutela dell'interesse ambientale, tra procedimenti, dissensi e silenzi*, Torino, 2020, 17, ha efficacemente evidenziato che rispetto alla necessità di operare una ponderazione tra le esigenze di «garanzia e pluralismo, da una parte, ed efficienza e celerità, dall'altra, le più recenti norme di riforma del procedimento amministrativo hanno ritenuto prioritaria l'efficienza e il risultato ad ogni costo, in una pericolosa dimensione sempre più economica dei modelli amministrativi, nei quali la semplificazione assume un valore in sé». Ancora, si sottolinea come venga «attribuito al fattore tempo un valore ordinamentale fondamentale, anche in rela-

care il coinvolgimento e i contributi dati dalla partecipazione sociale e rendere così il dibattito un mero orpello.

Non si comprende, infatti, la *ratio* di introdurre una modifica così radicale alla procedura di dibattito pubblico, prima ancora di fatto di applicare lo strumento nel nostro ordinamento in un numero significativo di casi così da valutare concretamente l'efficacia dello stesso nel prevenire la conflittualità territoriale. In merito, anzi, nella relazione «Il Dibattito Pubblico in Italia a due anni dalla sua attuazione», redatta dalla Commissione Nazionale per il Dibattito Pubblico ⁽³⁴⁾, si evince chiaramente che i dibattiti pubblici svolti in questi pochi anni non solo non hanno determinato un allungamento dei tempi, ma in taluni casi hanno consentito l'accoglimento delle proposte emerse nei territori, evitando eventuali contenziosi futuri e semplificando la realizzazione delle opere.

La necessità di assicurare una partecipazione sempre maggiore non solo nei procedimenti amministrativi in materia ambientale, ma anche, prima ancora che il procedimento si apra, nel dibattito pubblico, è dovuta all'importanza e al peso che hanno assunto gli interessi ambientali sempre più organizzati e in grado, attraverso le contestazioni non solo in giudizio, di incidere significativamente anche sui costi delle opere.

In altre parole, se è chiaro che la partecipazione dei cittadini alle scelte decisionali di fondo e ai successivi procedimenti amministrativi nell'ambito ambientale e del governo del territorio può condurre anche ad un appesantimento procedurale, dovrebbe però essere ormai evidente che l'eventuale svantaggio resta comunque ridimensionato dai concreti vantaggi derivanti dall'apporto dei cittadini, quale soggetto 'padrone di casa' ⁽³⁵⁾, nel garantire

zione ai cd. interessi sensibili, tra cui l'ambiente, quale bene a protezione costituzionale necessaria».

⁽³⁴⁾ Consultabile all'interno del sito istituzionale della Commissione.

⁽³⁵⁾ M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1980, 223 ss., spec. 227.

l'individuazione della scelta più adeguata ⁽³⁶⁾ e dall'affievolimento del contenzioso che può derivarne.

Sarà necessario, comunque, attendere per comprendere come gli interventi di semplificazione e accelerazione, introdotti dal legislatore nell'ambito della procedura di dibattito pubblico, ma non solo, contribuiranno a rendere effettivamente i procedimenti più snelli e maggiormente efficienti. Ad una prima valutazione, pare piuttosto che il legislatore abbia deciso di rinnegare l'istituto del dibattito pubblico prima ancora di averne consentito una sua reale applicazione e diffusione.

3. *La conferenza di servizi: una mediazione sui generis.* – Con l'affermarsi del principio democratico e il moltiplicarsi degli interessi oggetto di ponderazione nella decisione amministrativa, l'attenzione si è spostata dall'atto amministrativo, mero epilogo della scelta compiuta, al procedimento, momento appunto di confronto e composizione degli interessi coinvolti. Anche quando l'azione amministrativa non sia direttamente funzionalizzata alla cura degli interessi ambientali, gli stessi sono coinvolti nelle decisioni, stante la trasversalità della materia, e le situazioni di conflitto tra le modalità di realizzazione dell'infrastruttura e impatti sulla natura e l'ambiente sono sempre più frequenti. Basti pensare agli impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili che sembrerebbero di per sé funzionali alla lotta al cambiamento climatico e alla riduzione delle emissioni, ma in realtà sono spesso contestati dai medesimi ambientalisti per gli impatti sulla natura che la pala eolica o l'impianto fotovoltaico o agrivoltaico produce.

La stessa recente riforma costituzionale ⁽³⁷⁾ ha introdotto oggi l'espressa previsione che il legislatore possa prevedere limitazioni

⁽³⁶⁾ P.M.R. SALVA, *Il principio di partecipazione nella sfida della sostenibilità territoriale: Italia e Francia a confronto*, in *DPCE online*, 2021.

all'iniziativa economica privata qualora essa si ponga in contrasto con la tutela dell'ambiente. In questo senso l'amministrazione, come già accade ad esempio nel rilascio dell'autorizzazione integrata ambientale, sarà chiamata, nell'adottare il provvedimento concreto, a bilanciare gli interessi ambientali con gli altri interessi rilevanti al fine di individuare il miglior assetto nel caso specifico.

Nel procedimento amministrativo, quando la cura degli interessi rilevanti sia affidata insieme all'amministrazione precedente ad altri soggetti pubblici, la conferenza di servizi rappresenta lo strumento di coordinamento tra le amministrazioni e, come precisa la stessa Corte costituzionale⁽³⁸⁾, di «mediazioni degli interessi in gioco al fine di individuare, mediante il contestuale confronto degli interessi dei soggetti che li rappresentano, l'interesse pubblico primario e prevalente».

Tuttavia, il modello che era stato introdotto con intenti di semplificazione e composizione amichevole degli interessi non ha mai trovato il successo sperato e ciò spiega i numerosi interventi del legislatore nel tentativo di rivivificare l'istituto⁽³⁹⁾. In particolare, limitandosi ad osservare le più recenti riforme si nota che anziché concentrarsi sulla mediazione e sul dialogo, la nuova disciplina si concentra sull'ottenimento della decisione finale, considerandolo obiettivo quasi esclusivo. Ciò può accadere anche a danno degli interessi ambientali, poiché si prevede che la mancata partecipazione o il silenzio di un'amministrazione, invitata ma

⁽³⁷⁾ M. DELSIGNORE, A. MARRA, M. RAMAJOLI, *La riforma costituzionale e il nuovo volto del legislatore nella tutela dell'ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 2022, 1 ss.; AA.VV., *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, Atti del convegno 28 gennaio 2022, Napoli, 2022.

⁽³⁸⁾ Corte cost., 11 novembre 2010, n. 313.

⁽³⁹⁾ Per una ricostruzione dei diversi passaggi e della nuova disciplina si rinvia a S. BATTINI (a cura di), *La nuova disciplina della conferenza di servizi*, Roma, 2016; L. DE LUCIA, *La conferenza di servizi nel d. lgs. 30 giugno 2016, n. 127*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 12; ID., *La conferenza di servizi nello schema di decreto legislativo del gennaio 2016*, in *Giustamm.it*; E. SCOTTI, *La nuova disciplina della conferenza di servizi tra semplificazione e pluralismo*, in *Federalismi.it*.

che non si esprima entro i novanta giorni, valga come assenso, anche quando l'amministrazione curi l'interesse ambientale. Solo nel caso in cui l'amministrazione che tutela l'ambiente abbia espresso «in modo inequivoco il proprio motivato dissenso prima della conclusione dei lavori della conferenza» potrà proporre opposizione, in base all'art. 14 *quinquies*, 1° comma, l. n. 241 del 1990.

Si ricordi, in aggiunta, che il nuovo Codice dei contratti pubblici, con specifico riferimento al procedimento per la localizzazione e l'approvazione del progetto di fattibilità di un'opera strategica di preminente interesse nazionale riduce ancor più i termini di durata, prevedendo che la conferenza di servizi si concluda in quarantacinque giorni non prorogabili. Per queste opere si prevede, inoltre, che in caso di dissenso di alcune delle amministrazioni partecipanti la procedura di cui all'art. 14 *quinquies* l. cit. possa essere sostituita da un d.p.c.m. È questa la conferenza di servizi in cui si darà conto anche di quanto emerso nell'eventuale dibattito pubblico svoltosi in precedenza.

La conferenza di servizi, dunque, pur configurata come strumento di mediazione, in realtà non è mai stata disciplinata nelle sue modalità di svolgimento così da permettere che vi sia non solo un confronto, ma un dialogo fattivo che si basi sull'idea che la proposta iniziale, formulata dall'amministrazione procedente, possa essere stravolta e completamente riformulata. Non necessariamente i tempi brevi ostacolano questo tipo di scambio arricchente tra soggetti diversi, ma è piuttosto l'impostazione dell'amministrazione, tradizionalmente poco elastica e ostile a rimettere in gioco in vista di soluzioni innovative le proprie scelte, a fungere da freno, impedendo un'applicazione proficua della conferenza e comportando spesso stalli nella conclusione dei lavori.

L'introduzione della figura di un mediatore, professionista tecnico e imparziale, con lo specifico compito di individuare soluzioni di compromesso, diverse da quelle oggetto della proposta

originaria potrebbe rivitalizzare l'istituto della conferenza. È dunque auspicabile che la proposta di cui al disegno legge n. 1630 (oggetto di specifica analisi nel par. 6) possa proseguire il suo *iter* di approvazione. Questo vale tanto più con riferimento alle scelte che coinvolgono gli impatti ambientali dell'opera in cui non solo esistono numerosi interessi confliggenti, ma la stessa definizione degli impatti ambientali e delle conseguenze dell'opera sul territorio, sulla natura e sulla biodiversità possono assumere declinazioni e prospettive molto differenti sulla base delle impostazioni dei diversi corpi tecnici interessati ⁽⁴⁰⁾, ma anche in base alle diverse comunità di riferimento.

A tal proposito, significative diventano anche le osservazioni e i momenti di partecipazione dei privati interessati, rispetto alle quali nulla dicono le disposizioni che disciplinano la conferenza. Se, di regola, il procedimento prevede che nella fase istruttoria coloro che possano subire un pregiudizio dal provvedimento finale siano legittimati a presentare memorie e documenti, la disciplina generale della conferenza non contiene alcun riferimento a come tali eventuali memorie e documenti siano ammessi e si pongano qualora appunto si adotti quel modulo procedimentale. Certamente sarebbe auspicabile che stante l'obbligo di informazione che grava in capo all'amministrazione i cittadini siano resi edotti dell'*iter* della proposta e si offra spazio all'intervento partecipativo dei soggetti interessati, che, anche attraverso la capacità persuasiva basata sulla conoscenza storica e quotidiana dei luoghi, può essere in grado di condizionare il merito della scelta finale e, anche, essere di aiuto all'eventuale mediatore nell'individuare la soluzione più soddisfacente per tutte le amministrazioni coinvolte.

⁽⁴⁰⁾ A. BARTOLINI, T. BONETTI, B. MARCHETTI, B.G. MATTARELLA, M. RAMAJOLI (a cura di), *La legge n. 241 del 1990, trent'anni dopo*, Torino, 2021, 259 ss.

4. *Le compensazioni ambientali.* – Anche quando la realizzazione delle infrastrutture deriva da scelte compiute a livello statale, il rispetto dei termini per la loro esecuzione richiede una piena interlocuzione con gli enti locali che insistono sui territori maggiormente interessati, perché più da vicino risentono concretamente degli impatti che i cantieri, e lo stesso funzionamento dell'infrastruttura una volta completata, comportano.

Basti pensare ad una nuova strada, autostrada, linea ferroviaria, discarica e a quanto già si è osservato in tema al dibattito pubblico e alle sindromi NIMBY o BANANA.

Come anche bene emerge in alcune disposizioni del nuovo Codice dei contratti pubblici, se l'infrastruttura si realizza solo quando il progetto della stessa dimostri chiaramente che i benefici che ne deriveranno nel lungo termine siano senz'altro superiori agli svantaggi e oneri a carico delle comunità locali sui territori interessati, spesso la percezione non corrisponde alla realtà e alcuni accorgimenti, a seguito dell'interlocuzione con gli altri enti locali, possono rendere più supportabili scelte in un primo tempo osteggiate, in quanto ritenute di impatto eccessivamente sfavorevole sul territorio e sulla natura.

Anche il nostro legislatore, sulla base di un modello già da tempo in uso in altri ordinamenti e in particolare negli Stati Uniti ⁽⁴¹⁾, ha previsto espressamente la possibilità di ricorrere a misure compensative per neutralizzare le inevitabili esternalità negative derivanti dalle nuove opere, così da superare il dissenso e le resistenze dei cittadini.

Utilizzando la definizione della Corte costituzionale ⁽⁴²⁾ per compensazione s'intende la «monetizzazione degli effetti negativi che l'impatto ambientale determina, per cui chi propone l'installazione di un determinato impianto s'impegna a devolvere,

⁽⁴¹⁾ In merito G. MOCAVINI, *Il prezzo del consenso*, cit., spec. 51 ss.

⁽⁴²⁾ Nella sentenza Corte cost., 1° aprile 2010, n. 119 in cui si dichiara illegittima la legislazione regionale contrastante con il divieto di condizionare il rilascio dell'autorizzazione a mire di compensazione patrimoniale.

all'ente locale cui compete l'autorizzazione, determinate prestazioni e servizi».

Si tratta quindi di scambi di utilità funzionali al perseguimento dell'interesse della collettività che possono consistere in misure eterogenee, pensate «per evitare che il dissenso sia inoppugnabile o che la ricerca del consenso sia eccessivamente onerosa»⁽⁴³⁾.

Lo strumento, pur non disciplinato come istituto in via generale, trova la sua origine nel diritto urbanistico e nell'esercizio consensuale del potere attraverso accordi o convenzioni negoziali.

Nella risoluzione dei conflitti legati alle scelte di tutela dell'ambiente essi sono espressamente menzionati nella disciplina della valutazione d'impatto ambientale (VIA)⁽⁴⁴⁾.

In particolare, ai fini della VIA, pur oggi spesso assorbita nell'eventuale autorizzazione unica, si prevede che il progetto ricerchi soluzioni atte a minimizzare gli impatti dell'opera, individuando le opere di mitigazione e, laddove queste non risultino sufficienti, le opere di compensazione ambientale⁽⁴⁵⁾. Le norme tecniche di recente adozione⁽⁴⁶⁾ precisano che le misure di compensazione nella VIA siano residuali, ovvero utilizzabili solo quando gli interventi di mitigazione non riescano a coprire gli impatti ambientali e che gli interventi possano essere localizzati all'interno dell'area interessata, ai suoi margini ovvero, se non vi è altra possibilità, in un'area esterna. Si tratta, quindi, di uno strumento concreto, strettamente legato alla situazione di fatto esistente, poiché le misure da adottare vanno individuate caso per caso, localizzate, definendone altresì tempistica di attuazione e costi. Tali misure sono di regola e preferibilmente a carattere specifico, non monetario, soluzione che ben si lega, in una visione sistematica

⁽⁴³⁾ Così G. MOCAVINI, *Il prezzo del consenso*, cit., 6.

⁽⁴⁴⁾ In merito se si vuole M. DELSIGNORE, *Codice dell'ambiente e VIA: una disciplina da ripensare?*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2022, 98.

⁽⁴⁵⁾ Così all'art. 25 d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (c.d. Codice dell'ambiente).

⁽⁴⁶⁾ Contenute nelle Linee Guida SNPA n. 28 del 2020.

della tutela dell'ambiente, alla concezione delle modalità di prevenzione e riparazione del danno ambientale, in cui si dà prevalenza a metodi di equivalenza: risorsa con risorsa, servizio con servizio e solo quando ciò sia impossibile si prevede la quantificazione monetaria. Questo tanto più che, come osservato dalla dottrina⁽⁴⁷⁾, le compensazioni monetarie non sono sempre ben accolte, perché pongono questioni di carattere valoriale. Ci si chiede, infatti, se sia possibile scambiare beni tradizionalmente intesi come meritevoli di una tutela quasi assoluta, come la salute o l'ambiente, con il denaro, e se questo non costituisca una sorta di ricatto morale che le comunità locali debbano essere costrette ad accettare.

Oltre alle previsioni in tema di VIA, esistono poi specifiche disposizioni in tema di compensazioni nell'autorizzazione unica per gli impianti che producono energia da fonti rinnovabili, disposizioni di non facile interpretazione che hanno visto un susseguirsi di interventi del giudice amministrativo, del legislatore statale e regionale e del giudice costituzionale⁽⁴⁸⁾.

In ogni caso la più generale previsione in tema di accordi all'interno del procedimento amministrativo, contenuta all'art. 11 l. n. 241 del 1990, lascia all'amministrazione procedente ampi margini per concordare il contenuto e l'oggetto del provvedimento da adottare e, anche all'interno della già ricordata conferenza di servizi, nel definire il tenore della decisione finale le compensazioni possono rappresentare un modo per mediare e sciogliere il conflitto in quanto scambi funzionali alla ricerca di un equilibrio tra interessi differenti tra amministrazioni o tra amministrazione e privati.

In questo senso la compensazione può rappresentare una clausola accessoria al provvedimento amministrativo di approvazione

⁽⁴⁷⁾ Così G. MOCAVINI, *Il prezzo del consenso*, cit., 31.

⁽⁴⁸⁾ In merito W. TROISE MANGONI, *Le misure di compensazione ambientale per la realizzazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili tra imposizione autoritativa e definizione consensuale*, in *Riv. giur. amb.*, 2022, 863.

dell'opera, ovvero una prescrizione aggiunta, che esula dalla statuizione provvedimentale, superando la rigidità degli schemi come astrattamente predeterminati nelle norme positive⁽⁴⁹⁾. Di nuovo si impone la necessità che l'amministrazione operi in maniera elastica, anche grazie all'aiuto di un mediatore terzo, come già proposto in tema di conferenza di servizi, per individuare il modo migliore di conseguimento delle pubbliche utilità. Certamente la compensazione in quanto appunto clausola accessoria non deve alterare la tipicità del provvedimento o snaturarne il contenuto tipico, tale per cui occorrerebbe un diverso provvedimento per l'effetto che si propone di attuare. Al contrario, va intesa come utile a valorizzare la partecipazione collaborativa del privato in chiave propositiva e della collettività che fa capo al Comune, come momento compositivo degli interessi⁽⁵⁰⁾.

Occorre, tuttavia, sottolineare come non sempre dello strumento si sia fatto un uso proprio ed anzi gli enti locali abbiano spesso utilizzato le richieste di compensazioni non in funzione di tutela dell'ambiente, ma come semplice occasione di incremento delle finanze a disposizione⁽⁵¹⁾. Di qui l'importanza di porre un argine ad abusi di questo genere, prevedendo, come in alcuni casi è avvenuto, uno scambio tra beni analoghi.

5. La mediazione ambientale presso la Camera Arbitrale di Milano. – Il riconoscimento del ruolo della mediazione nel nostro ordinamento è stato ribadito con il recentissimo intervento del legi-

⁽⁴⁹⁾ In merito R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino 2017, 238 ss.

⁽⁵⁰⁾ In questo senso ragiona E. FREDIANI, *La clausola condizionale nei provvedimenti ambientali*, Bologna, 2019, che individua un approccio multipolare proprio di questo tipo di clausole (anche riferendosi alle prescrizioni apposte all'AIA): non si tratta solo della minimizzazione dell'impatto ambientale ma di un effettivo bilanciamento tra più valori in gioco in una vicenda decisionale.

⁽⁵¹⁾ Alcuni esempi si trovano nel volume a cura di L. TORCHIA, *I nodi della pubblica amministrazione*, Napoli, 2016.

slatore che, attraverso l'introduzione dell'art. 7 d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 (c.d. riforma Cartabia), ha previsto rilevanti modifiche su diversi aspetti del precedente d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, in vigore dal 30 giugno 2023.

Rispetto al tema oggetto della presente trattazione, si deve rilevare che il d.lgs. n. 28 del 2010, come successivamente modificato, non presenta comunque alcuna specifica disposizione in tema di mediazione ambientale. Recentemente, tuttavia, dati gli ambiti, anche diversi da quello civile e commerciale, in cui la mediazione si è diffusa, gli studiosi e operatori del diritto si sono interrogati su una sua possibile applicazione anche in campo ambientale ⁽⁵²⁾.

Una delle esperienze più interessanti all'interno della disciplina della mediazione ambientale è quella degli Stati Uniti ⁽⁵³⁾, ordinamento al quale tradizionalmente viene ricollegata la nascita degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie. Come già osservato in tema di compensazioni, l'impronta fortemente liberale del sistema statunitense ha comportato che le ADR anche in campo ambientale siano molto diffuse e sviluppate, tanto da aver acquisito nel tempo un'autonoma identità. Riferendosi a questo fenomeno, infatti, si parla di ECR, *Environmental Conflict Resolution*, acronimo che comprende tutte quelle procedure

⁽⁵²⁾ Tra i primi studi sul tema si devono indicare S. DALLA BONTÀ, *Conflitto e lite ambientale. Una decisione difficile. Mediazione e processo (civile) a confronto*, in *Riv. giur. amb.*, 2022, 395 ss.; U. SALANITRO, *L'environmental mediation negli USA: uno strumento alternativo per la risoluzione dei conflitti ambientali*, in *Riv. giur. amb.*, 1991, 229 ss.; C. TROISI, *Brevi considerazioni in tema di mediazione ambientale*, in *Dir. agr.*, 2005, 5 ss.; L. GIAMPIETRO, *I procedimenti di mediazione in materia ambientale: spunti di riflessione*, in *Amb. svil.*, 2011, 252 ss.; M. PORCELLI, *Mediazione e conflitti ambientali*, in *Riv. giur. Molise Sannio*, 2012, 215 ss.

⁽⁵³⁾ L.S. BACOW, M. WHEELER, *Environmental dispute resolution*, New York, 1984; S. KAUFMAN, *Mediation in environmental disputes*, in *Conflict Resolution - Entry for the Encyclopaedia of Life Support Systems (EOLSS)*, vol. II, 2009, 46 ss., nel quale l'a. introduce il concetto di mediazione chiamata «trasformativa» i cui obiettivi non includono necessariamente la risoluzione della controversia ma mirano alla comprensione reciproca e a una trasformazione più profonda e duratura dei punti di vista delle parti rispetto a quella necessaria per raggiungere un accordo.

alternative di risoluzione delle controversie ambientali che includono la *mediation*, l'*arbitration*, la *facilitation*, la *conciliation*, la *non-binding minitrials* e la *early neutral evaluation* ⁽⁵⁴⁾.

Negli Stati Uniti, l'interesse per l'utilizzo degli strumenti di ADR nelle questioni ambientali si rinviene già negli anni Settanta ⁽⁵⁵⁾. Il primo caso di conflitto risolto attraverso la mediazione ambientale risale, infatti, al 1974 e aveva ad oggetto il posizionamento di una diga di contenimento dalle inondazioni del fiume Snoqualmie, vicino a Seattle. Da allora, l'utilizzo della mediazione è costantemente aumentato ⁽⁵⁶⁾ anche grazie agli interventi legislativi che ne hanno permesso un capillare utilizzo a livello federale ⁽⁵⁷⁾.

L'applicazione dell'istituto della mediazione può rappresentare, anche nel nostro ordinamento, un modo per alleggerire il sistema giudiziario cercando al tempo stesso di eliminare le inevitabili asimmetrie tra i soggetti parte dei conflitti ambientali.

Come precedentemente evidenziato, infatti, le controversie in materia ambientale presentano alcune peculiari caratteristiche che rendono difficile la loro composizione in via giurisdizionale. Infatti, anche le organizzazioni, quali associazioni ambientaliste ri-

⁽⁵⁴⁾ J.A. SIEGEL, *Alternative Dispute Resolution in Environmental Enforcement Cases: A Call for Enhanced Assessment and Greater Use*, in *Pace Envtl. L. Rev.*, 2007, 187 ss., spec. 189; K. EMERSON, T. NABATCHI, R. O'LEARLY, J. STEPHENS, *The Challenges of Environmental Conflict Resolution*, in R. O'LEARLY, L. B. BINGHAM (eds.), *The Promise and Performance of Environmental Conflict Resolution*, Washington, 2003, 3 ss.

⁽⁵⁵⁾ S. ILLARI, *La tutela ambientale ripartita. Federalismo ed ecosistema negli Stati Uniti*, Padova, 2002, 183 ss.

⁽⁵⁶⁾ G. BINGHAM, L. V. HAYGOOD, *Environmental Dispute Resolution: The First Ten Years*, in *Arbitration Journal*, 1986, 3 ss.; N. KUBASEK, G. SILVERMAN, *Environmental mediation in American Business Law Journal*, 1988, 533 ss.

⁽⁵⁷⁾ Tra le istituzioni governative che promuovono l'utilizzo delle ECR si possono annoverare: l'EPA (*Environmental Protection Agency*) e il CPRC (*Conflict Prevention and Resolution Center*), due centri di risoluzioni delle controversie creati rispettivamente dal DOI (*U.S. Department of the Interior*) e dalla *Federal Energy Regulatory Commission* ed infine lo IECR (*U.S. Institute for Environmental Conflict Resolution*).

conosciute, comitati o gruppi locali, seppur rappresentativi di un ampio numero di cittadini, potrebbero comunque non perfettamente coincidere con i soggetti coinvolti 'più da vicino' dal conflitto ambientale.

La possibilità di nominare un soggetto terzo facilitatore che possa intervenire sulle questioni conflittuali si ritiene in grado di condurre ad un effetto positivo, sia rispetto alla riduzione dei tempi, sia rispetto ai costi del procedimento valutativo⁽⁵⁸⁾.

L'obiettivo principale della mediazione, in altri termini, «non è certamente quello di raggiungere il punto medio di incontro, esattamente e matematicamente equidistante dalle contrapposte pre-

⁽⁵⁸⁾ M.G. IMBESI, *Il valore sociale della mediazione ambientale*, in *Riv. dir. econ. trasp. amb.*, 2012, 515 ss., nel quale l'a., sottolineando l'importanza della mediazione ambientale quale strumento di conciliazione sociale, evidenzia anche il ruolo innovativo di strumento 'democratico' che la mediazione può ricoprire.

Si ricorda, in merito, che anche nell'ambito delle valutazioni ambientali, in particolar modo nell'ambito della VIA, il diritto di partecipazione e la possibilità di esprimere la propria posizione, introducendo le proprie argomentazioni, può avere degli effetti procedurali intermedi, prima ancora che incidere sulla decisione finale. L'art. 24 del Codice dell'ambiente, infatti, afferma che: «qualora all'esito della consultazione ovvero della presentazione delle controdeduzioni da parte del proponente si renda necessaria la modifica o l'integrazione degli elaborati progettuali o della documentazione acquisita, l'autorità competente, entro i venti giorni successivi, ovvero entro i dieci giorni successivi (...) può, per una sola volta, stabilire un termine non superiore ad ulteriori venti giorni, per la trasmissione, in formato elettronico, degli elaborati progettuali o della documentazione modificati o integrati». A questo punto «[l']autorità competente, ricevuta la documentazione integrativa, la pubblica immediatamente sul proprio sito web e, tramite proprio apposito avviso, avvia una nuova consultazione del pubblico».

La VIA, inoltre, non è un istituto originale ma è stata introdotta su modello dell'*Environmental Impact Assesment* (EIA), previsto nel *National Policy Act* (NEPA), in vigore negli Stati Uniti dal 1970. L'obiettivo di tale strumento è quello di informare e promuovere la partecipazione dei soggetti interessati al fine di assicurare analisi trasparenti e consapevoli delle conseguenze ambientali di determinate scelte adottate dall'amministrazione. La disciplina del NEPA assicura che le Agenzie federali possano valutare le conseguenze e gli impatti ambientali dei loro provvedimenti informandone i cittadini. Su tale istituto si veda L. VIOLINI, *La valutazione di impatto ambientale nell'ordinamento statunitense*, in *Amministrare*, 1989, 459 ss.

tese, bensì piuttosto di un punto mediano, intendendo quest'ultimo termine in senso atecnico, tale da ricomprendere tutti gli ulteriori profili e aspetti riguardanti le parti che devono essere presi in considerazione»⁽⁵⁹⁾.

Per quanto, come si vedrà a breve, vi siano stati alcuni progetti pilota sulla mediazione ambientale, seguiti da una proposta di legge al momento approvata solo in Senato, molti sono oggi gli aspetti che si ritiene richiedano un intervento normativo.

In primo luogo, è necessaria una ridefinizione degli ambiti di applicazione ai fini di un'estensione della portata della mediazione in settori dove la stessa porterebbe un indiscutibile valore aggiunto, cosa che, come si è cercato di evidenziare, potrebbe accadere in materia ambientale nell'ambito dei conflitti territoriali generati dalle decisioni dell'Amministrazione sulla gestione territoriale e la progettazione infrastrutturale. In secondo luogo, sarebbe utile prevedere incentivi processuali o fiscali ed intervenire nel rapporto tra mediazione e giudizio, ampliando l'utilizzo, ad esempio, della mediazione delegata dal giudice.

In ogni caso, in assenza di una norma legittimante, la facoltà dell'amministrazione di intraprendere una mediazione e la convenienza di tale esercizio in ragione dell'interesse pubblico da soddisfare, «dovrà essere accertata e sufficientemente motivata caso per caso, a seconda delle caratteristiche del conflitto, degli interessi in gioco e delle opportunità aggiuntive che il ricorso alla mediazione potrebbe potenzialmente offrire alla soluzione del conflitto, fatta naturalmente salva la facoltà di entrambe le parti di adire (o proseguire) la via giurisdizionale una volta fallito il tentativo di risolverlo in via stragiudiziale»⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁹⁾ F. DANOVI, F. FERRARIS, *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, Milano, 2013, 6.

⁽⁶⁰⁾ M. GIOVANNINI, *La mediazione delle controversie ambientali*, in *La mediazione dei conflitti ambientali. Linee guida operative e testimonianze degli esperti*, Milano, 2016, 195.

Forse la motivazione del ricorso alla mediazione può essere assorbita dalla motivazione del provvedimento, *ex art.* 3 l. n. 241 del 1990, in tutti i casi in cui la mediazione si risolva positivamente con l'adozione di un atto rivisitato dall'amministrazione.

In questo contesto si inserisce il progetto a cura della Camera Arbitrale di Milano (CAM)⁽⁶¹⁾, denominato «Mediazione dei conflitti ambientali», che si è svolto tra dicembre 2015 e novembre 2016 per poi estendersi successivamente fino a settembre del 2017; ideato dalla CAM, ha visto anche la partecipazione di Regione Lombardia e del Comune di Milano e la collaborazione, in qualità di osservatori, del TAR Milano e del Tribunale di Milano.

L'obiettivo era la gestione e prevenzione dei conflitti ambientali da attuare attraverso l'incontro e un dialogo costruttivo e creativo, raggiungendo in tal modo una soluzione efficace e duratura dei conflitti attraverso la composizione dei diversi interessi contrapposti⁽⁶²⁾.

La tecnicità della materia ambientale, rispetto alla quale risulta necessario rifarsi anche a saperi extra giuridici e attinenti al mondo della scienza, l'esistenza di un interesse diffuso come quello alla tutela dell'ambiente certamente indicano la mediazione quale strumento in grado, più del giudizio, di offrire una soluzione che le parti ritengano equa e soddisfacente.

Nell'ambito della conflittualità generata dalle decisioni dell'Amministrazione rispetto alla costruzione di opere pubbliche, attraverso la mediazione, oltre ad intervenire in modo tempestivo e con costi spesso inferiori a quelli giudiziari, si evita anche la possibilità che si verifichi una sospensione dei lavori di realizzazione di opere infrastrutturali.

⁽⁶¹⁾ N. GIUDICE, *L'esperienza di Camera Arbitrale di Milano nella mediazione ambientale*, in L. MUSSELLI, (a cura di), *La gestione dei conflitti ambientali. Nuove strategie e nuovi strumenti operativi*, Napoli, 2019, 51-60.

⁽⁶²⁾ V. DINI, *La gestione dei conflitti ambientali: i procedimenti giudiziari e le procedure di mediazione*, in L. MUSSELLI (a cura di), *op. cit.*, 29-50.

La mediazione prevista presso la CAM prende avvio attraverso un'apposita istanza presentata all'Organismo ⁽⁶³⁾, che ha il compito di verificare la disponibilità delle altre parti a partecipare. L'intero procedimento di mediazione non dovrebbe durare più di tre mesi; tuttavia, il termine non è perentorio ed è sempre prorogabile di comune accordo tra le parti, essendo possibile che in alcune controversie si renda necessaria una durata maggiore. Questo può accadere soprattutto nel caso in cui siano coinvolti soggetti istituzionali o soggetti privati molto strutturati.

Quale esempio virtuoso di applicazione concreta dell'istituto si può riportare la mediazione ambientale che si è svolta in relazione alle divergenze sorte in merito al progetto di «Recupero del corso della roggia dell'Orrido di Inverigo con separazione del collettore fognario», progetto da realizzare all'interno dell'area del paesaggio rurale dell'Orrido e del Viale dei Cipressi di Inverigo (Como) ⁽⁶⁴⁾.

A tale mediazione, infatti, hanno preso parte undici diversi soggetti, tra i quali, oltre all'amministrazione comunale, la stessa Regione Lombardia. Ebbene, in tal caso, i sette incontri svoltisi tra settembre 2019 e marzo 2020 hanno permesso di raggiungere in tempi rapidi un accordo, siglato tramite una Convenzione, che ha previsto una variante al progetto iniziale, criticato dalle associazioni locali. La Convenzione raggiunta tra le parti prevede, inoltre, che al fine di «proseguire il percorso virtuoso avviato con tale esperienza», i soggetti che vi hanno partecipato siano coinvolti anche durante la realizzazione dell'opera con incontri informativi dello stato di avanzamento lavori e di confronto. Si può notare come, in tal caso, non solo sia stato raggiunto un accordo evitando così il possibile contenzioso che ne sarebbe scaturito,

⁽⁶³⁾ Si veda il volume a cura di più autori, *La mediazione dei conflitti ambientali. Linee guida operative e testimonianze degli esperti*, Milano, 2016, disponibile in formato digitale all'interno del sito istituzionale della Camera arbitrale.

⁽⁶⁴⁾ Il dossier finale del progetto è consultabile al sito internet <www.contrattidifiume.it>.

ma non è stato neppure necessario interrompere la realizzazione dell'opera pubblica, volta a migliorare un problema di inquinamento della roggia, garantendo l'efficienza della stessa Amministrazione.

Il tentativo di prevenzione dei conflitti ambientali è stato perseguito, da ultimo, anche attraverso un ulteriore progetto denominato *FacilitAmbiente*, istituito dalla Camera di commercio di Milano Monza Brianza Lodi in collaborazione con la Camera Arbitrale di Milano, con l'obiettivo di supportare la P.A., le imprese e i cittadini nell'affrontare in modo preventivo i conflitti ambientali, attraverso un percorso di facilitazione con soggetti qualificati.

La facilitazione viene definita dal Regolamento⁽⁶⁵⁾ come «l'attività svolta da un soggetto terzo e imparziale, con adeguate abilità e competenze in materia di gestione di processi di dialogo e deliberazione in contesti multipartite, finalizzata a incrementare il coinvolgimento e la partecipazione di portatori di interesse alla progettazione di interventi e iniziative; a stimolare l'analisi e la soluzione di questioni e problemi complessi in modo condiviso; a prevenire e trasformare i conflitti all'interno di un gruppo, di un'organizzazione o di un determinato contesto sociale e territoriale».

A differenza della mediazione, quindi, la facilitazione⁽⁶⁶⁾ «è finalizzata alla costruzione di soluzioni condivise, non nella risoluzione di controversie relative alle soluzioni da scegliere e si esplica nell'organizzazione e gestione di processi decisionali inclusivi attraverso l'uso di metodologie largamente sperimentate e consolidate nella prassi ma che, attualmente, non trovano riscontro in un'apposita regolamentazione».

⁽⁶⁵⁾ Regolamento sul funzionamento del servizio di facilitazione ambientale 'FacilitAmbiente', approvato con Delibera di Giunta n. 44 del 29 marzo 2021.

⁽⁶⁶⁾ *Ibidem*.

Evidenti appaiono le affinità con la mediazione ambientale, tanto da non comprendersi l'esigenza di introdurre un istituto diverso.

Anche rispetto alle modalità di svolgimento del procedimento di Facilitazione sorgono alcuni dubbi interpretativi. In primo luogo, il regolamento sopra citato stabilisce che esso si svolga secondo modalità concordate con il Facilitatore ⁽⁶⁷⁾ e contenute nella sua proposta. Ancora, il documento aggiunge che la Segreteria della Camera Arbitrale di Milano ⁽⁶⁸⁾, non meglio precisata, segue l'evolversi del percorso di Facilitazione a garanzia del suo regolare svolgimento ed effettua il monitoraggio delle attività concordate e definite nella proposta. È il Facilitatore a condurre il percorso attraverso l'utilizzo di tutti gli strumenti che possano risultare adatti all'oggetto del procedimento e dialogando con i soggetti coinvolti. Anche rispetto a tali indicazioni sembra delinearci la mancanza di una concreta definizione delle modalità di conduzione e definizione del procedimento. Non paiono puntualmente definiti e precisati la durata del procedimento, i soggetti coinvolti e i relativi poteri.

Manca, ancora, un inquadramento del ruolo dell'Amministrazione, dato il fatto che il procedimento in oggetto viene

⁽⁶⁷⁾ Definito dal regolamento in oggetto quale soggetto che svolge, individualmente o collegialmente, l'attività di Facilitazione come sopra definita, possedendo gli specifici requisiti di formazione e competenza più avanti specificati.

⁽⁶⁸⁾ Il regolamento attribuisce importanti compiti alla stessa, la quale: a) individua i Facilitatori più idonei alle specifiche istanze pervenute, attingendo dai nominativi dei professionisti pubblicati nell'Elenco tenuto dalla Camera di Commercio; b) riferisce alla Camera di Commercio sullo stato dei percorsi di Facilitazione depositati; c) riceve dai Soggetti coinvolti tutti gli atti scritti e i documenti; d) forma e conserva i fascicoli del percorso di Facilitazione; e) fissa, ove occorra, i termini funzionali al regolare e agevole svolgimento del percorso di Facilitazione e rispetto del presente Regolamento; f) svolge un'attività di monitoraggio del percorso di Facilitazione; g) su richiesta del Soggetto richiedente e di altri soggetti eventualmente coinvolti, può ospitare incontri e riunioni presso i propri uffici e/o della Camera di Commercio; h) può sospendere o concludere il percorso in caso di richiesta di tutti i Soggetti coinvolti e negli altri casi previsti dal Regolamento.

definito nel regolamento pensato anche «a vantaggio della P.A.», e introdotto al fine di ridurre la conflittualità generata dalle questioni aventi rilevanza ambientale che possono comportare per la P.A. «riflessi negativi sui procedimenti, che spesso possono diventare oggetto di contenzioso».

Una nota di merito si deve individuare, nella possibilità che il percorso di Facilitazione possa svolgersi anche da remoto tramite mezzi di collegamento a distanza.

Uno dei primi casi di applicazione dell'istituto ⁽⁶⁹⁾ si è avuto con l'avvio di un percorso di progettazione partecipata che ha coinvolto amministrazioni locali, cittadini e associazioni nei territori di Varedo (MB), Paderno Dugnano (MI) e Limbiate (MI) in relazione ad un progetto avente ad oggetto la realizzazione della nuova area di laminazione del Torrente Seveso ⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶⁹⁾ Le cui informazioni possono essere rinvenute in maniera più dettagliata all'interno del sito <www.facilitambiente.it>.

⁽⁷⁰⁾ Si tratta di un'area di laminazione in scavo con volume di invaso pari a circa 2.200.000 m³ e profondità massima di 16 metri rispetto al piano campagna, posta esternamente all'alveo di piena del Torrente Seveso. L'invaso è ubicato in sponda destra, nell'area dell'ex stabilimento Snia, interclusa tra linea ferroviaria Milano-Como-Chiasso, a est, l'area industriale dismessa, a nord, il Canale Villoresi, a sud, e l'area residenziale di Limbiate, a ovest. L'obiettivo è stato quello creare un vero e proprio parco urbano nell'area di laminazione del torrente Seveso, attraverso un percorso partecipativo con i cittadini al fine di condividere la progettazione l'area verde. Il percorso si è sviluppato nell'arco di 3 mesi e ha previsto 7 incontri, in presenza e da remoto, che hanno consentito a cittadini, associazioni, tecnici, rappresentanti delle istituzioni, progettisti, di co-progettare lo spazio fisico del parco a partire dai bisogni concreti delle persone che ne usufruiranno. Il parco dovrà inoltre connettersi con gli altri interventi ambientali – parchi, piste ciclabili – in via di realizzazione nel territorio al fine di costituire un vero polmone verde per l'area in oggetto. Questa fase del progetto che ha coinvolto direttamente i cittadini si è conclusa nel giugno 2022 ed è esposta nel dossier finale che analizza l'andamento del percorso e i suoi esiti principali. In particolare, si deve rilevare che a seguito dei diversi incontri, online e in presenza, susseguitisi durante il percorso partecipato, il progetto paesaggistico 'base' è stato condiviso nei suoi aspetti strutturali, legati ai temi idraulico-ambientali, e si è arricchito notevolmente sotto l'aspetto funzionale e fruitivo. Appare utile evidenziare che, così come indicato nel dossier conclusivo, i contributi dei cittadini che hanno partecipato e il dialogo che si è creato nella fase

6. *Il disegno di legge sulla mediazione ambientale.* – Come già espresso, al fine di offrire uno sviluppo concreto e significativo all'istituto della mediazione per la soluzione dei conflitti ambientali si ritiene indispensabile un intervento legislativo che intervenga sulle criticità più significative e disciplini specificamente la partecipazione delle amministrazioni pubbliche.

Di tale necessità sembra farsi carico il disegno di legge n. 1630, comunicato alla presidenza il 26 novembre 2019, che prevede l'introduzione nell'ordinamento della mediazione dei conflitti ambientali e paesaggistici di natura civile e amministrativa. Il fine della proposta normativa è quello di favorire la risoluzione dei conflitti ambientali e paesaggistici anche mediante strumenti innovativi ed alternativi, nell'ottica di agevolare i procedimenti partecipativi in funzione di uno sviluppo sostenibile.

Il conflitto ambientale, come già anticipato, viene definito come «la controversia tra due o più parti, portatrici di diritti soggettivi o interessi legittimi anche diffusi e collettivi, in cui si contrappongono visioni divergenti relative alle decisioni da assumere riguardo all'ambiente, e in particolare alla gestione o all'uso delle risorse e dei beni ambientali, in ragione dei relativi impatti».

Il disegno di legge prevede, inoltre, che all'art. 3^{sexies} Codice dell'ambiente siano apportate alcune modifiche. In particolare, l'aggiunta di un comma 1° *octies* con la possibilità di avviare un procedimento di mediazione, ai sensi del d.lgs. n. 28 del 2010, in caso di conflitto ambientale suscettibile di trovare composizione, anche parziale, attraverso la rimodulazione del provvedimento finale. In caso di avvio del procedimento, diverrebbe obbligatorio per le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, 2° comma, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 partecipare alla mediazione assistite dalla propria avvocatura, ove presente, o da un avvocato incaricato.

finale degli incontri «ha ulteriormente rafforzato l'idea che sia essenziale, in un contesto in continua evoluzione, uno strumento che mantenga la connessione tra i diversi soggetti coinvolti».

Inoltre, con l'aggiunta di un secondo comma, 1 *novies*, si prevede che le amministrazioni pubbliche possano attivare un procedimento di mediazione, al fine di prevenire contenziosi giurisdizionali, «qualora in sede di conferenza di servizi o di audizione dei soggetti interessati e controinteressati emergano aspetti suscettibili di trovare composizione in sede di mediazione».

Ancora, è previsto che al di fuori delle ipotesi di cui ai precedenti commi, nei procedimenti valutativi o decisionali di natura ambientale in cui la partecipazione del pubblico sia suscettibile di far emergere profili di conflitto ambientale, l'amministrazione può sempre richiedere ad un organismo abilitato ai sensi del d.lgs. n. 28 del 2010, la nomina di un mediatore, al fine di facilitare l'adozione di un provvedimento conforme al principio dell'azione ambientale di cui all'art. 3 *ter* Codice dell'ambiente.

In relazione all'individuazione del funzionario pubblico legittimato ad esprimere nell'ambito del procedimento di mediazione, non giudiziale, la volontà dell'Amministrazione rappresentata e ad impegnarla alla sottoscrizione dell'accordo conciliativo, la relazione introduttiva al disegno di legge ritiene si possa applicare l'art. 16, 1° comma, lett. f, d.lgs. n. 165 del 2001, n. 165, secondo cui «la rappresentanza dell'amministrazione davanti all'organismo di mediazione e la sottoscrizione dell'accettazione della proposta di conciliazione sono demandate al dirigente dell'Ufficio dirigenziale generale competente nella materia oggetto della controversia ovvero ad altro dirigente a tal fine delegato».

Un importante aspetto disciplinato dal disegno di legge si lega alla criticità del procedimento per danno erariale in cui potrebbero incorrere i dipendenti pubblici in seguito alla loro decisione di conciliare la controversia. In particolare, viene previsto che l'adesione a una proposta di conciliazione formulata da uno degli organismi di mediazione previsti dal d.lgs. n. 28 del 2010 non dà luogo a responsabilità amministrativa e contabile in capo al soggetto incaricato di rappresentare l'amministrazione pubblica nel procedimento di mediazione quando il suo contenuto rientri nei

limiti del potere decisionale del soggetto incaricato, salvi i casi di dolo o colpa grave.

Inoltre, la relazione introduttiva prevede che, al fine di prevenire un danno erariale, il raggiungimento dell'accordo che compone la lite può essere discrezionalmente sottoposto anche ad un controllo da parte dell'Avvocatura dello Stato, facendo riferimento altresì alle linee guida di cui alla circolare 10 agosto 2012, n. 9 che prevede l'applicabilità della mediazione civile obbligatoria alla p.a.⁽⁷¹⁾, oppure potrebbe essere interessata la Corte dei conti in sede di parere preventivo di legittimità. Restano, tuttavia, le problematiche legate al fatto che l'Avvocatura di Stato interverrebbe in sede di parere pur potendo già rappresentare la stessa p.a. nel procedimento, con evidenti dubbi legati al conflitto di interessi.

Intervenendo su questi fondamentali aspetti, la proposta normativa risolverebbe molte delle criticità evidenziate in ordine alla difficoltà di mediare su interessi complessi, potenzialmente in conflitto tra amministrazione pubblica e privati, colmando, inoltre, l'assenza di una normativa che legittimi l'amministrazione pubblica all'instaurazione di una procedura di mediazione per la soluzione di conflitti ambientali.

Tuttavia, si deve evidenziare che il disegno di legge è stato al momento solo assegnato, in data 20 gennaio 2020, alle commissioni 2^a Giustizia e 13^a Territorio, ambiente, beni ambientali⁽⁷²⁾, senza che sia ancora iniziato il suo esame, probabilmente anche a causa delle successive vicende che di lì a poco hanno costretto l'Italia a far fronte ai problemi legati all'epidemia da Covid-19, relegando in secondo piano altre questioni, pur fondamentali.

Tale stallo è, purtroppo, accompagnato anche dal fatto che, come già emerso, tra le amministrazioni manchi una reale collaborazione e predisposizione al confronto e alla mediazione. Que-

⁽⁷¹⁾ L. MUSSELLI, *Mediazione dei conflitti ambientali e pubblica amministrazione*, in ID. (a cura di), *La gestione dei conflitti ambientali*, cit., 37-50.

⁽⁷²⁾ Sono previsti, inoltre, i pareri delle commissioni 1^a (Aff. costituzionali), 5^a (Bilancio), 7^a (Pubbl. istruzione).

sto anche perché, come evidenziato dalla dottrina, «si riscontra, infine, la scarsità di personale dotato di specifiche competenze tecniche e l'assenza di una 'cultura' amministrativa fondata sulla fiducia reciproca e sulla mediazione» ⁽⁷³⁾.

7. Da scelte impopolari a scelte accettabili: è possibile? – La realizzazione di infrastrutture è sicuramente il primo passo necessario nel processo di ammodernamento di un Paese.

La mobilità, la messa a disposizione di una rete adeguata di servizi su tutto il territorio, la modernizzazione alla luce delle nuove tecnologie in grado di ridurre le esternalità negative delle opere rappresentano elementi necessari per il realizzarsi del nuovo modello di sviluppo sostenibile attraverso l'implementazione dell'economia circolare e della transizione energetica.

Certamente la realizzazione di grandi opere suscita contrasti quanto alla localizzazione e alla progettazione delle stesse, ma anche in relazione alla stessa scelta delle opere da realizzarsi.

Il conflitto ambientale che si lega alla realizzazione di tali infrastrutture, ma che si ritrova anche in relazione ad altri interventi espressione dell'iniziativa economica privata, è inevitabile così come non si può che constatare che qualsiasi soluzione adottata scontenterà alcuni che protesteranno.

⁽⁷³⁾ L. CARBONARA, *La difficoltà di decidere*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 5 ss., spec. 6, nel quale l'a. evidenzia le difficoltà presenti nei procedimenti per la realizzazione di opere pubbliche e impianti produttivi caratterizzati dalla loro lentezza e dall'esito imprevedibile. Le posizioni che l'Italia occupa nelle classifiche internazionali relative allo sviluppo della dotazione infrastrutturale (*World Economic Forum*) portano l'a. a chiedersi se, nel nostro ordinamento, «sia realmente possibile adottare in maniera efficiente decisioni amministrative 'complesse'. In altre parole, se sia davvero possibile, all'esito di un'adeguata istruttoria procedimentale, conciliare l'attività di produzione (sviluppo industriale e ammodernamento infrastrutturale) con le esigenze di tutelare l'ambiente, il paesaggio e la salute».

L'opinabilità delle scelte tecniche di progettazione a tutela degli interessi ambientali rende ancor più frequenti le contrapposizioni e i conflitti.

La necessità che si trovino strade alternative a quella giudiziale per la risoluzione dei conflitti è evidente ove si pensi a come i tempi processuali siano in grado di incidere sul completamento dei lavori e sui ritardi nella realizzazione dell'infrastruttura.

In questo senso è, in prima battuta, lo stesso procedimento amministrativo per l'approvazione e progettazione dell'opera a doversi ispirare alla logica delle ADR in quanto primo strumento di composizione del conflitto.

Pare logico, infatti, che un procedimento improntato al dialogo, anziché allo scontro tra le amministrazioni e i privati interessati, possa migliorare la comunicazione tra le parti in conflitto e permetta di mantenere relazioni bonarie, soprattutto nelle controversie in cui i 'poteri' delle parti non siano simmetrici.

Anche la dottrina, definendo i rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale ha parlato, in proposito, di «*mending justice*», cioè di una giustizia che non decide chi abbia torto o ragione, ma piuttosto 'rammenda' le relazioni e ristabilisce il dialogo tra le parti, anche proponendo e/o raccomandando soluzioni di compromesso»⁽⁷⁴⁾.

Il dibattito pubblico come momento di partecipazione democratica alle scelte decisionali fondamentali per lo sviluppo del Paese certamente consente ancora prima dell'avvio del procedimento un confronto con la collettività che deve essere impostato in forma dialogica e di reciproco scambio così da accrescere la legittimazione del decisore ultimo, che non può che restare lo Stato centrale nell'interlocazione costante con gli enti territoriali interessati.

⁽⁷⁴⁾ M. CAPPELLETTI, *Appunti su conciliatore e conciliazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, 57; per gli sviluppi successivi v. M. RAMAJOLI, *Per una giustizia amministrativa alternativa con particolare (anche se non esclusivo) riguardo alle transazioni pubblicistiche*, in questa *Rivista*, 2021, 123 ss.

Le recenti modifiche sembrano svalutare l'istituto del dibattito, confinandolo a mera previsione normativa incapace di sortire effetti realistici nella dinamica dell'azione amministrativa, ma sta alla capacità delle amministrazioni di valorizzarlo, ammettendo ancora momenti di scambio aperti ai cittadini, che non sono previsti, ma non sono necessariamente vietati dal nuovo testo della norma. Ciò può avvenire certo anche grazie all'ausilio delle nuove tecnologie come accaduto per la diga foranea di Genova, ma senza che manchino momenti di confronto e scambio in presenza, che rappresentano la vera essenza dell'istituto.

La contrazione dei tempi potrebbe rappresentare un ostacolo, ad avviso di alcuni, ma tempi più dilatati non comportano necessariamente un apporto più approfondito o una maggior collaborazione delle amministrazioni coinvolte. Anzi.

La conferenza di servizi è modulo procedimentale che, come si è visto, ben si integra con la mediazione e anche con la previsione di compensazioni ambientali.

La scelta intervenuta dopo il dibattito pubblico di realizzare l'opera certo non esclude che l'infrastruttura sia fonte di esternalità negative, ma semplicemente si basa sul calcolo che i vantaggi per la collettività superino nel medio o lungo periodo tali esternalità.

Di qui l'importanza della conferenza, ma anche la centralità che nella stessa si auspica possa assumere un mediatore, professionista terzo ed imparziale, nell'individuare la soluzione in grado di rendere più sopportabile per le comunità toccate più da vicino dalle esternalità la realizzazione dell'opera. La mediazione permetterebbe ai soggetti interessati di conoscere più da vicino il nuovo progetto di pianificare e di presentare le loro richieste di chiarimenti e proposte di modifica al fine di individuare una soluzione che, anche quando non potrà accogliere le soluzioni proposte dalla cittadinanza, possa essere sentita come condivisa. Il governo del territorio, che ricomprende anche indirettamente la tutela dell'ambiente, è ormai caratterizzato da contesti e situazio-

ni socioeconomiche sempre più complessi. Ciò pone in capo alla pubblica amministrazione la necessità di individuare nuovi meccanismi che siano in grado di comporre i conflitti e bilanciare gli interessi pubblici e privati in gioco nelle realtà territoriali di intervento, anche al fine di poter affrontare la delicata e attuale sfida legata al tema della sostenibilità ambientale. In tale contesto, appare pertanto evidente il ruolo chiave dell'informazione, della partecipazione, intesa quale strumento di inclusione, e del dialogo che nell'ambito dei procedimenti più strutturati e maggiormente complessi – quali i procedimenti in senso lato ambientali – «diviene per tale via una componente fondamentale del processo deliberativo dell'amministrazione».

Le compensazioni ambientali, qualora non se ne faccia abuso, rappresentano strumenti ulteriori a disposizione dell'amministrazione per attenuare il conflitto alla ricerca di soluzioni condivise, così da permettere la realizzazione di quelle infrastrutture volano per lo sviluppo del nostro Paese.

Abstract

Il presente contributo si propone di fornire un quadro degli strumenti esistenti per la composizione dei conflitti ambientali scaturenti dalla realizzazione di grandi opere pubbliche e di infrastrutture, necessarie per lo sviluppo del Paese e al contempo fonti sicure di impatti sull'ambiente circostante.

Poiché il giudizio non si rileva la miglior sede per risolvere le conflittualità in questo ambito, ci si interroga sull'efficacia e sulle criticità degli istituti presenti nell'ordinamento, anche con riferimento alla proposta di introdurre la figura di un mediatore professionista nella conferenza di servizi.

This paper aims to provide an overview of the tools available for resolving environmental conflicts stemming from the construction of large infrastruc-

ture and public works. While crucial for the development of the country, these projects pose a definite impact on the surrounding environment. Recognising that courts may not be the optimal forum for conflict resolution in this domain, this academic contribution will question the effectiveness and challenges of existing mechanisms and discuss a proposal to introduce a professional mediator in the administrative proceeding.

RIFLESSIONI SULLA FATTIBILITÀ
DELLA MEDIAZIONE PENALE
NEI CASI DI VIOLENZA DI GENERE (*)

*Olga Fuentes Soriano (**)*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive: la giustizia riparativa nell'ordinamento spagnolo. – 2. La mediazione come forma di risoluzione delle controversie: possibili vantaggi. – 3. Mediazione e rottura del sistema della giustizia penale. – 4. Meccanismi di integrazione della giustizia riparativa nel processo penale. – 5. Esclusione della mediazione penale con riguardo a determinati reati. In particolare: in caso di violenza di genere. – 6. Riflessioni conclusive.

1. Considerazioni introduttive: la giustizia riparativa nell'ordinamento spagnolo. – I benefici che da vari punti di vista offrono i metodi di risoluzione delle controversie che vanno oggi sotto il nome di giustizia riparativa hanno indotto diversi ordinamenti giuridici a dedicare uno studio approfondito ai modi di loro implementazione.

È accaduto così che il percorso compiuto dalla mediazione nella prima decade del XXI secolo, nell'affermarsi quale strumento non solo adatto, ma in molti casi appropriato alla soluzione del contenzioso civile e commerciale – di regola ad oggetto disponibile – è stato seguito da altri meccanismi di soluzione consensuale delle controversie, al punto da estendersi anche all'ambito dei conflitti c.d.

Giustizia consensuale Fasc. 2/2023, 487-529. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) Traduzione a cura di Silvana Dalla Bontà e Elena Mattevi.

(**) Professoressa Ordinaria di Diritto Processuale nell'*Universidad Miguel Hernández*, Alicante (Spagna). *Vocal permanente de la Sección de Derecho Procesal de la Comisión Nacional de Codificación.*

pubblici, e quindi anche al campo penale; estensione che però, a parere di chi scrive, appare la più problematica.

Ora, l'introduzione della giustizia riparativa nel sistema penale ha trovato copertura legislativa nell'ordinamento spagnolo nel 2015 con l'approvazione dell'*Estatuto de la víctima del delito* (Statuto della vittima di reato) ⁽¹⁾, che ha recepito, come più innanzi si dirà, una direttiva euro-unitaria che richiedeva agli Stati membri di intervenire con un'implementazione di base e unificante ⁽²⁾. È dell'Unione Europea, quindi, la volontà che tra i tratti comuni della giustizia penale degli Stati membri vi sia anche la previsione di meccanismi di giustizia riparativa quali vie per garantire maggiore attenzione alla vittima del reato onde rispondere alle carenze che si dice segnano i processi penali di tipo accusatorio previsti a livello nazionale.

È dato notare come nel 2015 la mediazione avesse già mostrato i suoi benefici vantaggi quale mezzo di risoluzione delle controversie. Non a caso nel 2012 l'ordinamento spagnolo aveva già adottato la c.d. legge sulla mediazione in materia civile e commerciale, con cui lo strumento della mediazione veniva rappresentato quale meccanismo di autotutela delle parti agile e non burocratizzato, attraverso cui costoro possono giungere a porre fine alla loro controversia in modo mutualmente soddisfacente senza incorrere nelle lentezze e rigidità che caratterizzano il processo statale ⁽³⁾.

Un tale paradigma, che trova nella sfera giuridica privata il suo *habitat* naturale – in quanto contesto in cui le parti sono titolari della piena disponibilità dei propri interessi e diritti – diventa problematico nel momento in cui si affacci ad ambiti in cui entrano in gioco interessi pubblici. E nel diritto e processo penale, l'interesse pubblico dello Stato gioca un ruolo fondamentale nella protezione e

⁽¹⁾ L. 27 aprile 2015, n. 4, sullo Statuto delle vittime di reato.

⁽²⁾ Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la Decisione quadro 2001/220/GAI.

⁽³⁾ L. 6 luglio 2012, n. 5, sulla mediazione in materia civile e commerciale.

garanzia dei diritti coinvolti, con la conseguenza che, a parere di chi scrive, assai difficilmente la rappresentazione di tale interesse è destinato a trovare spazio nel procedimento di mediazione.

È ben vero che quando si discorre di giustizia riparativa il riferimento non va esclusivamente alla «mediazione» quanto piuttosto a metodi di risoluzione delle controversie molto diversi tra loro; ciononostante, questi presentano tutti tratti comuni che pongono al centro posizione, volontà ed interesse della vittima quale asse fondamentale nella soluzione del conflitto ⁽⁴⁾. A fronte di questo minimo comune denominatore, essi corrono tutti un rischio altrettanto comune: quello di dimenticare che nei reati la vittima non è l'unica parte offesa – di qui, d'altronde la loro disciplina e tutela quali illeciti di natura pubblicistica – con la conseguenza che, ad avviso di chi scrive, assegnare alla volontà della vittima un ruolo focale mal si concilia con il sistema di convivenza civile che la società si è data.

Non si può peraltro che evidenziare come, al netto dello sviluppo che la giustizia riparativa potrà guadagnare a livello globale, e pur ammettendone la bontà ed appropriata integrazione nel sistema, vi sono casi specifici in cui la mediazione penale appare particolarmente inopportuna. Si tratta di tutte quelle ipotesi in cui la posizione di squilibrio o disuguaglianza tra le parti ne impedisce una libera negoziazione. Questa situazione può verificarsi, a prescindere dal reato commesso, in casi specifici, in cui sarà obbligo del mediatore – inteso qui in senso generico, e cioè come qualsiasi terzo imparziale che eserciti una funzione analoga *inter pares* – dichiarare l'inadeguatezza del metodo risolutivo prescelto; in particolare, tale scenario avrà senza dubbio luogo ove occorra un tipo di reato il cui

⁽⁴⁾ Al di là della mediazione, sui tratti comuni dei metodi di giustizia riparativa con riguardo alla posizione della vittima, in particolare per ciò che concerne gli incontri riparativi, v. E. PASCUAL RODRÍGUEZ, J. RÍOS, *Los encuentros restaurativos en los delitos de terrorismo, una posibilidad para la paz*, in S. BARONA VILLAR (coord.), *Mediación, arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, Madrid, 2016.

tratto essenziale è quello di scaturire da una posizione di dominio di un soggetto su un altro, come accade nel caso di violenza di genere.

A tal ultimo riguardo non può pertanto che apprezzarsi la scelta del legislatore spagnolo che già nel 2004, con la legge organica sulle misure di protezione integrale contro la violenza di genere, con chiara lungimiranza, vietava l'ammissibilità della mediazione penale nei casi di violenza di genere ⁽⁵⁾.

Ciò detto, si deve evidenziare come, sino all'entrata in vigore del citato Statuto della vittima del reato nel 2015, l'ordinamento spagnolo presentasse due soli riferimenti normativi alla mediazione penale – peraltro, uniche emersioni legislative del più ampio concetto di giustizia riparativa: uno per vietarla, in caso di violenza di genere; l'altro per ammetterla e addirittura disciplinarla, nei procedimenti penali minorili ⁽⁶⁾.

Pur a fronte di questi ridotti interventi legislativi nel campo penale, il dibattito sulla necessità di promuovere la risoluzione dei conflitti attraverso meccanismi a-giurisdizionali ha da ultimo assunto nell'ordinamento spagnolo proporzioni financo eccessive. Ciò è accaduto a fronte dell'elaborazione di un progetto di disegno di legge che prevede l'introduzione dei c.d. *Medios Adecuados de Solución de Controversias* (MASC) nell'ambito del processo civile quali condizioni di procedibilità, ossia come requisiti da integrarsi obbligatoriamente prima dell'instaurazione del processo ⁽⁷⁾. Questa scelta solleva numerose questioni: quelle relative alla nozione stessa di ADR, alla loro obbligatorietà, alla necessità – e copertura economica – del patrocinio a spese dello Stato per le parti non abbienti,

⁽⁵⁾ Art. 44.5 l. organica 28 dicembre 2004, n. 1, sulle misure di protezione integrale contro la violenza di genere.

⁽⁶⁾ L. organica 12 gennaio 2000, n. 5, che regola la responsabilità penale dei minori.

⁽⁷⁾ Disegno di legge sulle misure di efficienza procedurale nel servizio pubblico di giustizia del 2022.

ai costi processuali⁽⁸⁾. Non solo. Si pensi all'idea di ricondurre le ADR tra le «misure di efficienza processuale», cogliendone i vantaggi solo nel loro carattere deflattivo di un sistema giudiziario saturo, nonché alla qualificazione della giustizia come servizio pubblico, cui sarebbero applicabili i criteri di valutazione della prestazione della pubblica amministrazione⁽⁹⁾.

Con tale progetto di disegno di legge, quindi, il dibattito su convenienza, praticabilità ed estensione della giustizia riparativa si aggiorna e diventa quanto mai attuale, estendendo la discussione dei meccanismi a-giurisdizionali di soluzione del contenzioso dall'ambito civile a quello penale.

Ebbene, è in questa cornice che si inseriscono le pagine a seguire, indirizzate a sostenere ed argomentare le ragioni che, ad avviso di chi scrive, giustificano, oggi come allora, il divieto del ricorso a strumenti di giustizia riparativa nei casi di violenza di genere. Anzi, quelle ragioni sembrano acuirsi a fronte dei recenti sviluppi legislativi e politiche pubbliche messe in atto nella lotta contro tale violenza.

2. *La mediazione come strumento di risoluzione delle controversie. Possibili vantaggi.* – L'intento di integrare la mediazione nei sistemi di giustizia nazionale emerge in tutti gli ordinamenti giuridici più prossimi a quello spagnolo. È per questo che pare doversi ritenere oramai superato il classico dibattito sulla valenza «alternativa» o «complementare» della mediazione e, più in generale, delle forme di giustizia riparativa⁽¹⁰⁾. In questa direzione si coglie l'intenzione del progetto di disegno di legge spagnolo di evitare la discussione a ri-

⁽⁸⁾ Per un approfondito esame del tema si consenta rinvio al mio *La rebaja de las costas como medida (cuestionable) de eficiencia procesal*, in J.F. HERRERO PEREZAGUA, J. LÓPEZ SÁNCHEZ (coord.), *La Justicia tenía un precio*, Barcelona, 2023.

⁽⁹⁾ A riguardo v. T. ARMENTA, *Derivas de la Justicia*, Madrid, 2021.

⁽¹⁰⁾ Sulla necessità di intendere la mediazione come un meccanismo complementare e mai alternativo al processo v. F. MARTÍN DIZ, *La mediación sistema complementario de administración de justicia*, Madrid, 2009, 364-79.

guardo, assumendo quale denominazione comune di tutti questi strumenti quella di *Medios Adecuados de Resolución de Controversias* (MASC), ossia di mezzi, né alternativi né complementari, bensì «adeguati». Ciò detto, fuori da una logica puramente nominale, non v'è dubbio che l'integrazione di questi strumenti nell'ambito della soluzione del contenzioso civile avvenga nel segno della «complementarità»: ove, infatti, le parti non raggiungano un accordo, esse avranno sempre il diritto di accedere alla tutela giurisdizionale.

Allorché ci si sposti, però, sul piano dell'integrazione nel sistema penale dei meccanismi di giustizia riparativa, dubbi devono sorgere ad avviso di chi scrive sull'idea di una loro «alternatività», non foss'altro che per il dato, non secondario, per cui è lo Stato a detenere il monopolio del legittimo esercizio dello *ius puniendi*. Sul punto si tornerà nel prosieguo, ma preme sin d'ora evidenziare come il dibattito che ha segnato nell'ambito civile la contrapposizione tra «alternatività» e «complementarità» dei metodi a-giurisdizionali di soluzione del contenzioso assuma nel campo penale una portata assai limitata. Né la giustizia riparativa, né la mediazione penale, quale sua concreta manifestazione, possono infatti considerarsi, in senso stretto, meccanismi «alternativi» al processo. Ne emerge la domanda che occuperà le pagine a seguire: cosa si intende per mediazione penale?

Per ora, però, si vuole evidenziare un altro aspetto.

Il favore per l'integrazione nei sistemi di giustizia della mediazione e degli altri meccanismi di soluzione consensuale delle controversie nasce dal tentativo di rispondere alle carenze di un processo descritto come lento, costoso, burocratizzato e vittimizzante⁽¹¹⁾. È l'enfasi su tali aspetti negativi del processo che ha portato a cercare di estendere i benefici della mediazione all'ambito penale, taccia-

⁽¹¹⁾ In questo senso J.F. HERRERO PÉREZAGUA, *La incertidumbre del proceso civil*, in *Revista general de derecho procesal*, maggio 2017, <www.iustel.com>, che riflette su quelle 'etichette' attribuite al processo civile quali la sua «durata incerta», «spese ed esborsi incerti», «disparità di criteri nella risoluzione delle controversie» e «incertezza del processo quale via di soluzione giurisdizionale».

to anch'esso di rispondere ai conflitti in modo formalistico e distante dalla realtà dei fatti. Non v'è dubbio, infatti, che la ricerca della verità materiale stia perdendo peso tra i tradizionali fini del processo penale, per lasciare posto ad un approccio che ambisce ad una gestione più efficiente dei grandi numeri che caratterizzano oramai l'amministrazione della giustizia. Il c.d. accordo premiato (*conformidad premiada*), l'archiviazione delle denunce senza l'autore del reato, la crescente rilevanza della volontà della vittima all'inizio e alla fine del processo (con ciò che questo comporta in termini di privatizzazione dell'azione penale) e così via, sono solo alcune delle manifestazioni di questa tendenza; emersioni concrete della ricerca di una maggiore efficienza processuale sulla base di formule di opportunità regolamentata che tuttavia non devono essere confuse con misure volte a garantire l'efficienza del sistema processuale.

A questo sistema di giustizia, tacciato di gravare i tribunali per la sua lentezza e inefficienza⁽¹²⁾ e a cui però non si indirizzano gli investimenti pubblici che ne costituirebbero rimedio, si contrappone, esaltandola, la mediazione, quale strumento agile ed efficiente di risoluzione delle controversie, che, conducendo ad una loro soluzione concordata, faciliterebbe anche un'esecuzione semplice e rapida.

Innegabili sono quindi i vantaggi della mediazione, almeno nel campo dei diritti disponibili; vantaggi che – come è stato sostenuto – si spiegano su due diversi piani: da un lato, quello dell'amministrazione della giustizia nel suo complesso; dall'altro, quello

(12) Nella sezione I della relazione illustrativa al progetto di disegno di legge sulle misure di efficienza processuale per il servizio pubblico della giustizia, che prevede di introdurre il tentativo di mediazione (o di conciliazione mediante qualsiasi altra ADR) quale condizione di ammissibilità della domanda giudiziale, si legge: «*El sistema de justicia de nuestro País, que da soporte a ejercicio de la potestad jurisdiccional, padece desde hace décadas de insuficiencias estructurales, algunas de las cuales, sin justificación, que han dificultado que ocupe, plenamente, el lugar que merece en una sociedad avanzada. No hay duda de que en alguno puntos del sistema puede haber déficit de recursos que haya que corregir, pero no parece que esta sea la causa principal de nuestros problemas crónicos, derivados, más bien, de la escasa eficiencia de las soluciones que sucesivamente se han ido implantando para reforzar al administración de justicia como Servicio Público*».

delle parti in conflitto. Quanto al primo, la mediazione favorirebbe il decongestionamento dell'apparato giudiziario, non solo riducendo tempi e costi del processo, ma anche assicurando un più alto tasso di soddisfazione qualitativa e quantitativa rispetto a quella generata dall'emanazione ed esecuzione delle pronunce giudiziali⁽¹³⁾. Quanto ai benefici portati alle parti in contesa, la mediazione garantirebbe una loro migliore comunicazione, un loro minor logorio emotivo, una maggiore flessibilità della procedura e quindi una maggiore soddisfazione⁽¹⁴⁾.

In sintesi, la mediazione porterebbe i seguenti vantaggi: rapidità, economicità, riduzione della burocrazia (nelle forme e nel linguaggio), avvicinamento delle posizioni (con la ricerca di un interesse comune tra i contendenti), soddisfazione delle parti⁽¹⁵⁾ e – non meno importante – riservatezza nella gestione della controversia, valore, questo, sempre più apprezzato se raffrontato con il danno reputazionale che spesso deriva dalla pubblicità del processo⁽¹⁶⁾.

Non v'è dubbio che la rapidità costituisca uno dei maggiori vantaggi della mediazione, dal momento che essa consente di raggiungere accordi più velocemente della pronuncia del giudice emessa a seguito di un procedimento che, già lento di per sé, patisce le lungaggini dovute al sovraccarico della macchina giudiziaria. La rituale successione di atti – essenza del processo a garanzia dell'intervento e ascolto di tutte le parti in condizioni di parità – e la necessaria fase istruttoria per l'accertamento dei fatti si diluiscono fino a scompari-

⁽¹³⁾ V. J.C. ORTIZ PRADILLO, *Estudio sistemático de la mediación familiar: propuestas de actualización y mejora*, Toledo, 2016, 42.

⁽¹⁴⁾ Illustrazione e sviluppo di ciascuno di questi vantaggi sono offerti da ID., *op. cit.*, 42-65.

⁽¹⁵⁾ In termini simili N. GONZÁLEZ-CUELLAR, L. PENÍN ALEGRE, *Mediación: una aproximación desde el Derecho y la psicología*, in N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Á. MARÍA SANZ HERMIDA, J.C. ORTIZ PRADILLO (coords.), *Mediación: un método de ¿ conflictos: estudio interdisciplinar*, Madrid, 2010, 10-2.

⁽¹⁶⁾ Su tale profilo v. V. LÓPEZ YAGÜES, *Del cambio en la circunstancias a la transformación de la Justicia civil en España*, in V. PÉREZ DAUDÍ (dir.), *¿Cuarentena de la administración de justicia en España?*, Barcelona, 2021.

re nel procedimento di mediazione. In primo luogo, perché non c'è bisogno di 'convincere' un terzo – il giudice – di ciò che è accaduto: le parti conoscono il conflitto, sanno cosa è successo e saranno loro a trovare una soluzione soddisfacente. In secondo luogo, perché, in conseguenza di ciò, le parti non avranno bisogno di provare i fatti né di regola impugneranno l'accordo volontariamente raggiunto.

Non solo. Per le sue caratteristiche intrinseche il procedimento di mediazione può essere soggetto ad un limite temporale. Da un lato, infatti, si è riscontrato – anche grazie a studi psicologici – che ove la negoziazione si protragga per un certo tempo senza successo, diminuisce drasticamente, sino ad annullarsi, la probabilità per le parti di raggiungere un accordo. Dall'altro, potendo le parti adire il giudice ove non addivengano ad un componimento della lite, si fissa un certo periodo di tempo – che nella pratica varia solitamente dai due ai tre mesi, a seconda delle scelte legislative – decorso il quale il procedimento di mediazione si ritiene esperito, e le parti potranno ricorrere alla via giurisdizionale.

Come detto, un altro dei benefici della mediazione è la sua c.d. economicità rispetto al processo, sia per le parti che per lo Stato. Per le prime, perché in mediazione non occorrono quegli (alti) costi processuali dati dagli onorari degli avvocati, dei procuratori, dai compensi dei periti e dalle indennità per i testimoni, e così via. Per lo Stato, la mediazione si mostra più economica del processo perché evita alla casse pubbliche le spese derivanti dall'amministrazione burocratica della giustizia, dal momento che le parti, raggiunto l'accordo, si rivolgeranno al giudice solo per ottenerne l'omologazione.

Pur non negandosi, quindi, i vantaggi economici che la mediazione procura, pare che essi vadano valutati con prudenza, non potendo, cioè, costituire il *leit motiv* della promozione della mediazione. Diverse sono, infatti, le situazioni conflittuali che possono presentarsi, con la conseguenza, ad esempio, che i benefici economici della soluzione negoziata di una controversia prima dell'instaurazione del processo (c.d. mediazione extraprocessuale) non sa-

ranno identici a quelli di una soluzione che venga raggiunta lite pendente (c.d. mediazione endoprocessuale) allorché il processo è già iniziato e la macchina giudiziaria è stata messa in moto ⁽¹⁷⁾.

Con questo si vuol dire che lo Stato dovrebbe prendere in considerazione l'uso della mediazione – come degli altri mezzi di giustizia negoziata – non tanto per un mero vantaggio economico (che ben venga se si realizza), ma al fine di ‘umanizzare’ la giustizia, obiettivo, questo, difficilmente raggiungibile con il e nel processo. Ne consegue il grave errore che si commetterebbe nel considerare quale elemento decisivo per l'implementazione dei *Medios Adecuados de Resolución de Controversias* solamente il risparmio economico che essi, in termini complessivi, garantirebbero alle casse dello Stato. Errore, questo, che purtroppo è stato già commesso dal legislatore del progetto di disegno di legge spagnolo, quando ha concepito il ricorso a quegli strumenti come condizione di procedibilità della domanda giudiziale, modificando sostanzialmente i criteri per la liquidazione delle spese processuali ⁽¹⁸⁾.

Tale osservazione critica diventa peraltro particolarmente acuta allorché ci si sposti nell'ambito penale, come ben evidenziato in dottrina da Silvia Barona Vilar, la quale denuncia che «ove il ricorso alla mediazione penale sia frutto di una visione economicista, essa potrebbe essere presentata con ottimismo politico in ragione dell'abbreviazione dei processi, il minor impiego di risorse e personale, la riduzione dei costi economici che essa comporta; il che significherebbe, tuttavia, soltanto una banalizzazione delle cose ed un ‘annacquamento’ del processo. È, questa, però, una visione della mediazione penale che deve essere affatto ripudiata» ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁷⁾ I progetti pilota selezionati dal Consiglio generale del potere giudiziario, nonché gli accordi e i protocolli di mediazione si possono consultare al seguente indirizzo <<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/>> (31.12.2023).

⁽¹⁸⁾ Sul tema si permetta rinvio al mio *La rebaja de las costas como medida (cuestionable) de eficiencia procesal*, cit.

⁽¹⁹⁾ Così S. BARONA VILLAR, *El proceso penal desde la historia. Desde su origen hasta la sociedad global del miedo*, Valencia, 2017, 614-5.

Come più sopra accennato, un'altra utilità che la mediazione assicurerebbe rispetto al processo sarebbe la c.d. deburocraticizzazione (di formalità e linguaggio).

La flessibilità formale dello svolgimento della mediazione, in una con il fatto che le parti, scevre da tecnicismi giuridici, possono parlare la loro lingua e risolvere i conflitti nel loro stile e modo, assicura a tale strumento una vicinanza alle parti e al conflitto che di regola manca nel processo, vissuto dai soggetti in contesa come qualcosa di totalmente estraneo ai loro diritti e interessi. Questa 'partecipazione delle parti' alla ricerca di un accordo reciprocamente soddisfacente genera in loro la sensazione di essere partecipi non tanto del conflitto, quanto della sua soluzione. In questo senso, è stato finora sostenuto, dalla prospettiva psicologica applicata alla mediazione penale, che il fatto che la vittima conosca l'aggressore e le circostanze della commissione del reato, le faccia perdere la paura di essere rivittimizzata e riduca al minimo lo stress post-traumatico ⁽²⁰⁾.

D'altra parte, la soddisfazione delle parti per l'accordo raggiunto garantisce l'assenza di ulteriori strascichi giudiziari, e così la vera conclusione del processo.

Non è però soltanto il raggiungimento dell'accordo misura della soddisfazione delle parti per il procedimento di mediazione. Si è infatti sostenuto – invero da un'angolatura più psicologica che processuale – che, dal punto di vista dell'aggressore, le 'dinamiche emotive' che si sviluppano durante gli incontri di mediazione possano contribuire a fargli prendere coscienza della propria responsabilità; e che, dal punto di vista della vittima, la mediazione ne consenta il riscatto e il recupero sociale, permettendole di esprimere liberamente la propria versione dei fatti ⁽²¹⁾.

⁽²⁰⁾ Così N. GONZÁLEZ-CUELLAR, L. PENÍN ALEGRE, *Mediación: una aproximación desde el Derecho y la psicología*, cit., 12.

⁽²¹⁾ A riguardo v. P. ESQUINAS VALVERDE, *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, Valencia, 2008, 48-55, spec. 53, dove si evidenzia come «las técnicas restauradoras destacan porque proclaman como uno de sus primeros

Orbene, è a fronte di tutti i benefici illustrati che la mediazione, quale metodo alternativo – o complementare – al processo, ha conosciuto nell'ordinamento spagnolo un *boom* specialmente nel campo del diritto civile e commerciale, e cioè, se ben si osserva, nell'ambito privatistico, dove la disponibilità dei diritti gioca un ruolo cruciale nel successo della mediazione. Qui, nel 2012 entrò in vigore la l. 6 luglio 2012, n. 5 sulla mediazione in materia civile e commerciale, campo in cui anche molte Comunità Autonome hanno adottato proprie leggi, soprattutto in materia di diritto di famiglia ⁽²²⁾.

Viceversa, l'implementazione della mediazione in ambito penale è stata più difficile, ancorché, come visto, essa ha ricevuto un forte impulso con l'entrata in vigore nel 2015 dell'*Estatuto de la víctima del delito*, la l. 27 aprile 2015, n. 4. Tali difficoltà discendono dalle caratteristiche che segnano struttura e funzionamento della mediazione penale, di cui si darà conto nelle pagine a seguire.

3. *La mediazione e la rottura del sistema di giustizia penale.* – Si è già accennato al fatto che, tra i più significativi vantaggi della mediazione quale strumento incluso nel sistema di giustizia riparativa, si rinvergono la maggiore soddisfazione che le parti trarrebbero dalla soluzione del conflitto, il loro minor logorio emotivo, la loro

elementos de justicia la necesidad de capacitar y dar posibilidad de actuación al perjudicado. Y, en todo caso, esa firme preocupación por su libertad y seguridad en el marco del procedimiento mismo constituye, al parecer, una diferencia del nuevo paradigma respecto de la justicia formal establecida, que ni siquiera intenta prevenir tales desequilibrios (en cierto modo, entiendo, de carácter psicológico) a la hora de producirse la confrontación personal entre las partes».

⁽²²⁾ Così è accaduto in Andalusia, Aragona, Asturia, Isole Canarie, Cantabria, Castilla La Mancha, Castilla y León, Catalogna, Valencia, Galizia, Isole Baleari, Madrid, Paesi Baschi: v. a riguardo il sito <<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Normativa-y-jurisprudencia/Leyes-Autonomicas/>> (31.12.2023).

migliore comunicazione e, si ritiene, una minore vittimizzazione⁽²³⁾.

Ad avviso di chi scrive, però, quando la mediazione viene trasferita nell'ambito penale, i maggiori vantaggi si spostano soprattutto dalla parte dell'aggressore, il quale, tramite la mediazione, avrà la possibilità di modellare la sua sanzione. Indubbiamente, la vittima troverà alcune soddisfazioni – e maggiori benefici rispetto al processo – per quanto riguarda la pronta riparazione del danno ove ella sia persona offesa dal reato; tuttavia, quando non lo è, anche per lei i vantaggi non saranno così evidenti, dal momento che, com'è noto, la vittima del reato e la persona offesa dal reato non necessariamente coincidono. Al di là di tali distinzioni, si sente di condividere la tesi – sostenuta da Fernando Martín Diz – per cui con la mediazione penale possa essere la società a rimetterci⁽²⁴⁾.

Ad ogni modo, a prescindere da chi potrebbe trarre vantaggio dall'introduzione della mediazione penale, ciò che a chi scrive pare chiaro è che essa verrebbe realizzata al costo di una serie di crepe nella struttura del sistema processuale penale spagnolo; crepe, che alla luce dello squilibrio tra vantaggi e svantaggi della mediazione penale, potrebbero forse non essere giustificate.

In termini generali, si può affermare senza ombra di dubbio che salvo alcune concessioni – ovviamente regolamentate – all'opportunità, il sistema processuale penale spagnolo si fonda e struttura sul principio di legalità, che garantisce il perseguimento di tutti i fatti di reato attraverso un procedimento giurisdizionale le cui formalità sono preventivamente stabilite dalla legge⁽²⁵⁾. La necessità

⁽²³⁾ J.C. ORTIZ PRADILLO, *Estudio sistemático de la mediación familiar*, cit., 59-60.

⁽²⁴⁾ V. F. MARTÍN DIZ, *La mediación sistema complementario de administración de justicia*, cit., 315, il quale sostiene che «*se implantase la mediación penal, ganaría la víctima por cuanto dispondría, a su antojo, de la persecución del delito, perdería la sociedad que se queda desprotegida ante determinados fenómenos delictivos, y en una posición relativamente neutra quedarían los delincuentes, cuya rehabilitación no quedaría absolutamente garantizada con este sistema*».

⁽²⁵⁾ Cfr. art. 1 codice penale.

del processo è giustificata – come si riprenderà più innanzi – dalla natura pubblica dei diritti e degli interessi perseguiti, nonché dall'esigenza di convertire il procedimento in un meccanismo di garanzia e autolimitazione dello Stato nell'esercizio del suo *ius puniendi* ⁽²⁶⁾. Si tratta di quella che è stata definita anche come la «garanzia giurisdizionale del diritto processuale» ⁽²⁷⁾, che si basa su tre aspetti specifici: il divieto di autotutela; la titolarità statale dello *ius puniendi* in capo al potere giudiziario; il processo come unico meccanismo per l'esercizio dello *ius puniendi* e, quindi, per l'imposizione di sanzioni. In breve, le ragioni o gli argomenti che giustificano la coerenza del sistema penale spagnolo possono essere riassunti come segue.

Si diceva che le controversie penali debbono essere ritenute controversie di diritto pubblico, in quanto caratterizzate da un chiaro interesse pubblico alla loro soluzione. Ne consegue che, a rigore, non solo lo Stato 'ha un interesse' alla loro soluzione, ma, in virtù del patto sociale alla base della fondazione delle comunità moderne – la società politica – esso ha anche 'l'obbligo' di garantire la pace sociale ⁽²⁸⁾, e per farlo avrà solo due possibilità di intervento: *a priori* o *a posteriori* rispetto alla commissione del reato. I meccanismi di intervento *a priori* comprendono tutte le misure e politiche preventive, educative e di sicurezza. Una volta commesso il reato, però, lo Stato può solo perseguire e punire il colpevole; con un'azione che dovrà necessariamente conformarsi al principio di legalità, a garan-

⁽²⁶⁾ Come giustamente sostiene J.M. ASECIO MELLADO, *Derecho Procesal penal*, VI ed., Valencia, 2012, 32.

⁽²⁷⁾ T. ARMENTA DEU, *Principio de oportunidad y mediación en el proceso penal*, reperibile al seguente indirizzo <http://www.academia.edu/28649699/Principio_de_oportunidad_y_mediacion_en_el_proceso_penal> (31.12.2023).

⁽²⁸⁾ Esercita ancora fascinazione, con tutte le riletture che ha subito, la tesi sulla nascita della società politica e sull'integrazione in essa del singolo cittadino di J. LOCKE, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, trad. spagnola, Madrid, 1990, 103-5. Per una di tali riletture v. G. SABINE, *Historia de la teoría política*, XIX rist., Madrid, 1990, spec., con riguardo al contratto sociale, 392 ss.

zia della salvaguardia e del rispetto dei diritti fondamentali dell'indagato, da un lato, ma, dall'altro, anche del rispetto dell'interesse pubblico – della vittima e di tutti i cittadini.

Altro tratto fondamentale del sistema penale spagnolo, che coerentemente discende da quanto testé ricordato – ché se la coerenza viene meno, viene meno il sistema – è che lo Stato si è riservato il monopolio dell'esercizio dello *ius puniendi*, ovvero lo Stato è l'unico in grado di imporre la sanzione per la commissione di un atto criminale – sanzione stabilita dalla legge (c.d. principio di legalità). La determinazione dei beni giuridici meritevoli di tutela, e quindi la scelta degli atti che devono o non devono essere considerati penali, così come, se del caso, la sanzione che dovrebbe colpirli, sono qualcosa che in ultima analisi dipende dai cittadini mediante la loro rappresentanza nel potere legislativo. Pertanto, una volta che il legislatore abbia deciso cosa è reato e quale sanzione debba corrispondervi, solo lo Stato, attraverso i suoi giudici, potrà imporla. E a questo riguardo non v'è spazio per la negoziazione, né esso dovrebbe esserci, dal momento che la sanzione è quella che i cittadini, attraverso i loro rappresentanti, hanno approvato per mezzo delle leggi. Lo Stato, obbligato dai cittadini, non può né negoziare né sottrarsi al mandato sanzionatorio conferitogli; è questo lo schema che, come già sottolineato da John Locke, fa uscire l'uomo dallo stato di natura per collocarlo, di fatto, in uno Stato⁽²⁹⁾.

Con riguardo alla mediazione penale, quindi, la questione che si pone non è tanto se lo Stato possa negoziare o evitare l'applicazione della legge, ma se possa avallare meccanismi che direttamente o indirettamente comportino una negoziazione o un'elusione del mandato sanzionatorio conferitogli dalla legge. Pur rimandando a più innanzi la risposta a tale quesito, sia detto fin d'ora che, ad avviso di chi scrive, non vi è molta differenza tra il permettere allo Stato di negoziare direttamente sulla sanzione legalmente stabilita o permettergli di avallare la negoziazione a riguardo tra parti private. Il risul-

(29) J. LOCKE, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, cit., 103-5.

tato è, in ogni caso, una violazione del principio di legalità quale pilastro strutturale o basilare del sistema penale, con le conseguenze che ciò può comportare, e su cui si tornerà. Un risultato che potrebbe anche essere accettabile, a fronte di determinate premesse, ma certo non senza una preventiva considerazione degli inevitabili rischi a ciò connessi. Ciò detto, non si vuole qui negare la perfetta compatibilità, e fors'anche auspicabilità, di un principio di legalità temperato da criteri di regolata opportunità, che consenta la flessibilità di alcuni passaggi del processo penale per fare spazio ad interessi particolari che altrimenti verrebbero ignorati.

Di qui, il ritorno al quesito che si formulava all'inizio di questo scritto: ovvero quello in merito non tanto a *se* la mediazione penale sia ammissibile o meno, quanto piuttosto a *cosa* si intenda per mediazione penale.

Se dovessimo applicare il concetto di mediazione impiegato in ambito civile a quello penale, si romperebbe senza dubbio lo schema dell'azione penale tipico di uno Stato di diritto. Diversamente, se per mediazione penale intendiamo l'assunzione di alcuni criteri di opportunità regolamentati, la risposta sarà senz'altro differente. Soprattutto ove si ritenga che l'integrazione di questi criteri non possa applicarsi in modo generalizzato a tutti i tipi di azione penale. La delimitazione dell'ambito di applicazione di tali misure di opportunità (in termini di gravità della pena, di bene giuridico tutelato – ad esempio di natura patrimoniale – di danno arrecato, e così via) diventerà elemento fondamentale per il loro successo e la loro vitalità.

Come detto, altro fattore essenziale della coerenza del sistema penale spagnolo è rappresentato dalla funzione spiegata dal principio di legalità quale meccanismo di garanzia dell'autolimitazione dello Stato nei confronti dei cittadini nell'esercizio dello *ius puniendi*, il che significa che, una volta commesso un reato, verrà comminata la pena stabilita dalle leggi adottate dai rappresentanti dei cittadini. È quindi il processo il meccanismo che garantisce che l'azione dello Stato sia conforme alla legge.

A tal fine, le norme che disciplinano il processo penale sono norme di *ius cogens*, cioè a natura vincolante, non potendo essere derogate dalle parti. In ambito penale, infatti, i conflitti non sono disponibili – con la sola eccezione dei c.d. reati privati – né quindi le loro soluzioni possono ispirarsi al principio dispositivo. Ne discende che istituti applicabili nei processi civili (rinuncia al diritto, rinuncia agli atti, transazione...) non lo sono nei processi penali, in cui, anche ove il denunciante ritiri la propria denuncia o la vittima raggiunga un accordo, tali manifestazioni di volontà della parte saranno irrilevanti per lo Stato, che – in caso di c.d. reati pubblici – deve proseguire le indagini e, ove la commissione del fatto criminoso sia provata, deve applicare la sanzione prevista dalla legge.

In conclusione, le fondamenta del sistema processuale penale spagnolo – pur qui brevemente restituite – escludono che possa trovarvi posto l'istituzionalizzazione della mediazione penale. Ciò nonostante, non solo numerosi organismi ne sollecitano da anni l'implementazione⁽³⁰⁾, ma lo stesso Consiglio generale del potere giudiziario ha avviato progetti pilota che paiono riscuotere forte consenso tra gli operatori del diritto⁽³¹⁾.

⁽³⁰⁾ Sul punto v. S. BARONA VILAR, *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Barcelona, 2011; R. CASTILLEJO MANZANARES, *El fomento del principio de oportunidad*, in O. FUENTES SORIANO (coord.), *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Barcelona, 2017; ID. (dir.), *Violencia de género, Justicia restaurativa y mediación*, Madrid, 2011; V. MAGRO, C. HERNÁNDEZ, J.P. CUÉLLAR, *Mediación penal. Una visión práctica desde dentro hacia fuera*, Alicante, 2011; C. SAEZ RODRIGUEZ (coord.), *La mediación familiar. La mediación penal y penitenciaria. El estatuto del mediador. Un programa para su regulación*, Madrid, 2008; V. GIMENO SENDRA, M. DÍAZ MARTÍNEZ, *Manual de mediación penal*, Madrid, 2018. V. inoltre i contributi raccolti in H. OLETO MUÑOZ, A. CARRASCOSA MIGUEL (coords.), *Justicia restaurativa. Una justicia para las víctimas*, Valencia, 2019.

⁽³¹⁾ Tutte le Comunità Autonome hanno firmato accordi di collaborazione con il Consiglio generale del potere giudiziario al fine di sviluppare programmi di mediazione penale. Questi sono reperibili al seguente indirizzo: <<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Convenios/Mediacion-penal/>> (31.12.2023).

In questa cornice, sembra a chi scrive meritino riflessione non tanto la fattibilità della mediazione penale quanto piuttosto i suoi rischi, onde decidere: a) se si debba optare per l'integrazione della mediazione penale nel sistema spagnolo; e b) ove così sia, in che termini e modi debbano integrarsi forme di soluzione negoziata dei conflitti.

Quale che sia la risposta a tali quesiti, si deve riconoscere che l'integrazione di modelli di giustizia penale negoziata finisce per incidere sui tre summenzionati principi fondamentali del processo penale: legalità, uguaglianza e diritto alla presunzione di innocenza; e che, al contempo, quell'integrazione porta con sé la modificazione di alcuni modi di svolgimento del processo o funzioni attribuite a organi costituzionali fondamentali del processo penale, come la Procura della Repubblica. Si tratta d'altronde di profili che debbono tutti essere presi in considerazione a premessa della scelta per optare o meno, e se sì in che misura, per meccanismi complementari – o alternativi – di risoluzione delle controversie in ambito penale.

Ebbene, con riguardo al principio di legalità, pare evidente a chi scrive che questo venga pregiudicato dall'integrazione della mediazione penale, dal momento che questa ha come scopo proprio quello di non applicare – o di non applicare necessariamente – la sanzione legalmente prevista, onde privilegiare un'altra forma di riparazione comune e volontariamente concordata dalle parti che sia per loro più e meglio soddisfacente. Diverso è il discorso se si pensasse di integrare nell'ambito del processo penale alcune misure di opportunità regolamentate che permettano una certa negoziazione o aprano ad un possibile quadro di disponibilità. In questi casi, però, non si parlerebbe di «mediazione» in quanto tale, bensì di introduzione di misure specifiche – e torna qui nuovamente la domanda che ci si poneva in esordio: di cosa si discorre quando ci si riferisce alla «mediazione penale»?

Ora, l'incrinatura del principio di legalità porta con sé l'effetto collaterale di aprire ad ampie zone di impunità. Mentre nel processo l'enfasi è posta sull'imposizione della pena legalmente prevista, nel-

la mediazione ciò che conta è la soddisfazione della vittima; e la soddisfazione della vittima coprirà un'ampia e variegata gamma di comportamenti, che vanno dalle semplici scuse, accompagnate o meno dal risarcimento dei danni, ad una maggiore o minore compensazione economica del valore del fatto, ove, ad esempio, si tratti di un reato contro il patrimonio. Ne discende che la soddisfazione della vittima può guadagnarsi attraverso un'ampia gamma di misure che variano notevolmente a seconda delle condizioni psicologiche della vittima e di quanto ella si senta 'offesa'. Di conseguenza, ad atti criminosi identici potranno corrispondere risposte giuridiche assai diverse.

L'incrinatura del principio di legalità rappresenta una chiara privatizzazione della giustizia penale ⁽³²⁾ e, a sua volta, questa comporta il pregiudizio del principio di uguaglianza, quale costituzionalmente garantito dall'art. 14 Cost. spagnola.

V'è da notare, inoltre, che l'uguaglianza non costituisce un valore da misurare solo dalla prospettiva esterna, e così al fine di evitare che pur a fronte di fatti simili, si raggiungano soluzioni diverse, ma l'uguaglianza deve rispettarsi anche secondo una prospettiva interna, e cioè dall'angolo visuale delle parti di un determinato, specifico conflitto. In altri termini, l'uguaglianza deve sussistere anche tra le parti del conflitto sottoposto a mediazione ⁽³³⁾.

Ebbene, nel sistema processuale spagnolo, l'uguaglianza è garantita dalla struttura stessa del processo, i cui elementi e snodi fondamentali (allegazioni, mezzi di prova, conclusioni, ecc.) sono disciplinati alla luce dei principi del contraddittorio e della celebrazione dell'udienza ⁽³⁴⁾. Il rispetto del principio di legalità fa il resto, ren-

⁽³²⁾ Così T. ARMENTA DEU, *Principio de oportunidad y mediación en el proceso penal*, cit., 3.

⁽³³⁾ Sull'uguaglianza delle parti in mediazione quale presupposto necessario per il suo svolgimento v., tra gli altri, S. BARONA VILAR, *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, cit., 285.

⁽³⁴⁾ Sui principi del contraddittorio e di uguaglianza quali principi strutturali del processo v. J.M. ASECIO MELLADO, *Introducción al Derecho Procesal*, VI ed., Valencia, 2015, 178-81.

dendo il giudice garante della loro osservanza e consentendo sia agli avvocati che al pubblico ministero di denunciare, nei modi previsti dalla legge, ogni eventuale violazione.

Nel procedimento di mediazione, invece, l'uguaglianza tra le parti deve sussistere *a priori*: o le parti sono su un piano di parità per mediare e negoziare, o non ci può essere un percorso di mediazione o negoziazione valido. L'uguaglianza o c'è o non c'è; e nel procedimento di mediazione/negoziazione non ci sono meccanismi per garantirla – al di là, come si vedrà, dell'espedito della conclusione anticipata della mediazione, che non costituisce però propriamente un modo per assicurare l'uguaglianza – né, ovviamente, l'eventuale mancanza o pregiudizio dell'uguaglianza può essere compensato o denunciato dall'intervento di tecnici o giuristi che si facciano garanti del procedimento di mediazione, quali gli avvocati o il pubblico ministero o la Procura – non va infatti dimenticato che, secondo certi orientamenti, la negoziazione in sede di mediazione penale dovrebbe avvenire esclusivamente tra le parti, in assenza di figure tecniche che potrebbero influenzarle⁽³⁵⁾.

L'attribuzione al mediatore della responsabilità di assicurare – quale unico garante – il rispetto di uno dei presupposti fondamentali del procedimento di mediazione, ovvero la parità tra le parti, è, ad

⁽³⁵⁾ Sebbene, di regola, quando si parla di mediazione, ci riferisca ad una mediazione diretta in cui le vittime stesse partecipano alle sessioni di negoziazione, vero è che esistono anche meccanismi di mediazione indiretta o surrogata. V. a riguardo C. CUADRADO SALINAS, *La mediación: ¿una alternativa real al proceso penal?*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2015, spec. 15. Sulla possibilità che nella mediazione intervengano anche persone diverse dalle vittime, ma legate al conflitto v. I. GONZÁLEZ CANO, *La mediación penal en España*, in S. BARONA VILAR (dir.), *La mediación penal para adultos*, Barcelona, 2009, 35. Su altre modalità di giustizia riparativa che vedono il coinvolgimento di terzi, v. M. LOREDO COLUNGA, *El método colaborativo: nuevos horizontes en el marco de la autocomposición*, in R. CASTILLEJO MANZANARES (dir.), *Violencia de género, Justicia restaurativa y mediación*, cit., 529 ss.; A. VALLS RIUS, *Gestión cooperativa de conflictos: MEDARB y otras figuras posibles*, in N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Á. MARÍA SANZ HERMIDA, J.C. ORTIZ PRADILLO (coord.), *Mediación: un método de ¿conflictos*, cit., 91 ss.; S. BARONA VILAR, *Mediación penal*, cit., 144 e ss.

avviso di chi scrive, quanto meno ardata. D'altronde, questo si mostra come l'unico modo possibile per garantire l'uguaglianza nel procedimento di mediazione, non potendosi una sua violazione correggere mediante alcun meccanismo aggiuntivo né essere assicurata *a posteriori*.

Ne deriva che il controllo circa la sussistenza dell'uguaglianza tra le parti si fonderà esclusivamente sul buon senso del mediatore che, ove rilevi la sua assenza, dovrà decidere di porre fine al procedimento di mediazione, evitando la tentazione di intervenire egli stesso quale *sostituto della mancanza di equilibrio tra le parti*, intervento 'compensativo' vietato dalla neutralità che deve caratterizzare l'esercizio da parte del mediatore delle sue funzioni ⁽³⁶⁾.

L'attribuzione di una responsabilità così importante al 'buon agire' di una persona specifica – senza controlli o meccanismi che ne garantiscano il corretto svolgimento – è peraltro un rischio che aumenta a seconda del sistema di remunerazione del mediatore in concreto adottato. Chiaro è, infatti, che ove la conclusione anticipata del procedimento di mediazione incida sul *quantum* dell'onorario del mediatore, aumenterebbe la sua tentazione di 'compensare' con il proprio operato l'eventuale squilibrio tra le parti; tentazione che si farebbe più acuta allorquando una tale spequazione venga avvertita dal mediatore come marginale. Ebbene, affidare alla soggettività di un individuo, senza ulteriori controlli o riesami, la determinazione di ciò che costituisce o meno uno squilibrio marginale tra le parti, implica un rischio troppo elevato, che, a parere di chi scrive, un sistema di giustizia (negoziata o meno) non può permettersi.

A ciò si aggiunga il fatto che nel procedimento di mediazione penale, di per sé segnato dalla riservatezza, scompare quella forma

⁽³⁶⁾ Lo Statuto di base del mediatore prevede, oltre al resto, che egli «b) agisca secondo i principi di imparzialità, neutralità e obiettività»: v. C. SAEZ RODRIGUEZ (coord.), *La mediación familiar. La mediación penal y penitenciaria. El Estatuto del Mediador. Un programa para su regulación*, Madrid, 2008, 330.

di controllo che nel processo riveste la pubblicità⁽³⁷⁾. Sebbene sia vero che la pubblicità degli atti processuali sancita all'art. 120 Cost. spagnola non è assoluta, in quanto derogata da specifiche norme processuali, è indubbio che la pubblicità – in quanto principio di natura politica – risponde all'esigenza di consentire il controllo della collettività sull'attività giudiziaria e la denuncia sociale di ogni possibile abuso, deviazione o arbitrarietà del potere giudiziario nel processo. Questo controllo sociale sulla condotta del mediatore e sulla corretta gestione della procedura scompare, invece, in gran parte dalle c.d. forme di giustizia riparativa.

Alle violazioni dei principi di legalità ed uguaglianza qui descritte e sostenute si aggiungerebbe poi l'incidenza – con pari intensità e stesse o addirittura maggiori conseguenze – dei sistemi di giustizia riparativa sul diritto fondamentale alla presunzione di innocenza, quale principio fondante del sistema penale (cfr. art. 24 Cost. spagnola).

I meccanismi di giustizia riparativa, a prescindere dalle loro diverse declinazioni, si basano, per la loro stessa essenza, sul presupposto che l'aggressore riconosca di aver commesso i fatti e cerchi di raggiungere un accordo riparativo con la vittima.

Come si evidenziava in apice, però, mediazione penale e processo – ossia sistemi di giustizia riparativa e giurisdizione – non possono essere considerati meccanismi reciprocamente escludenti; se lo fossero, verrebbe violato il diritto fondamentale ad una tutela giurisdizionale effettiva sancito all'art. 24 Cost. spagnola; un diritto che non ammette rivisitazioni. Se legittimo è infatti ammettere che il funzionamento del sistema del processo penale presenta delle ca-

⁽³⁷⁾ T. ARMENTA DEU, *Principio de oportunidad y mediación en el proceso penal*, cit., 3, sottolinea come «el difícil control de un medio que rechaza la publicidad y con ella el control de lo sucedido en el proceso que supone, si bien conviene añadir inmediatamente, en cuanto a este último aspecto, que si se trata de llegar a un acuerdo entre partes, no es precisa dicha publicidad, pero en ese caso el riesgo se asienta en la eventual posición preminente de una de las partes y la eventual indefensión de la otra, fiándolo todo a que el mediador lleve a cabo una actuación pro activa que pudiera contradecir su neutralidad».

renze che devono essere alleviate, non lo è ammettere un cambiamento di quel sistema che appare discutibile. Ne esce confermata, quindi, la necessaria coesistenza dei sistemi di giustizia riparativa con il sistema giurisdizionale; con la conseguenza che, ove tentata l'autocomposizione del conflitto non si raggiunga l'accordo, le parti mantengono la possibilità di ricorrere alle corti.

Ciò detto, si deve però attentamente riflettere sulla possibile lesione del diritto alla presunzione di innocenza di coloro che, proprio a fronte dell'avvio del processo di mediazione penale o riparativo, finiscono per essere ritenuti responsabili dei fatti criminosi compiuti. Non si deve dimenticare, infatti, che la presunzione di non colpevolezza opera essenzialmente nel e per il processo, dal momento che essa spiega i suoi effetti nell'onere di deduzione e assunzione di mezzi di prova che mirino a dimostrare la colpevolezza dell'imputato e quindi la necessità della sua condanna e l'irrogazione della pena⁽³⁸⁾. Di qui, il tema del valore processuale da attribuire – se mai se ne voglia riconoscere alcuno – alla dichiarazione di responsabilità rilasciata dall'imputato in seno al procedimento di negoziazione preventiva. Ove l'imputato abbia riconosciuto di essere stato l'autore dei fatti, la prima questione che si pone, al netto di quelle successive, è infatti se il processo debba prendere le mosse da quel suo riconoscimento o, invece, dalla totale innocenza dell'imputato, non tenendo conto di quanto da costui affermato in sede negoziale ed assicurando così il carattere garantista del sistema processuale.

La questione, quindi, in termini di opzioni, si ridurrebbe sostanzialmente e pericolosamente a quanto segue: a) ritenere che il processo che segua al fallimento del segmento consensuale possa prendere in considerazione i fatti già riconosciuti dall'imputato come

⁽³⁸⁾ Non si ignora l'orientamento abbracciato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo sul diritto alla presunzione di innocenza quale regola di trattamento dell'imputato valida anche fuori dal processo. Tali aspetti esulano però dall'ambito della presente indagine. In argomento v. Corte EDU, 25 aprile 2006, caso Puig Planella c. Spagna; Id., 13 luglio 2010, caso Tendam c. Spagna.

commessi – in tal caso il processo muoverebbe dalla condanna e servirebbe solo a determinare il *quantum* di pena da infliggere o l'eventuale applicazione di circostanze modificative della responsabilità penale; oppure b) ritenere che il processo debba necessariamente muovere dalla presunzione di innocenza dell'imputato e quindi dall'onere dell'accusa di dimostrare la commissione di fatti, con la conseguenza che, nonostante essi siano stati ammessi dall'imputato nel segmento negoziale, sarebbe da pronunciarsi assoluzione ove nel processo non si raggiunga la certezza dell'accadimento del fatto. In altre parole: il riconoscimento dei fatti compiuto in mediazione può avere un valore processuale?

La risposta sembrerebbe ovviamente negativa, ma se così fosse, non sarebbe un non senso proseguire nel processo come se nulla fosse accaduto nella fase negoziale? ⁽³⁹⁾. E, inoltre, può il giudice – o una giuria – ignorare la precedente confessione dell'imputato?

Ebbene, tra tutte le domande, quest'ultima è forse – per la valutazione soggettiva che comporta – quella cui pare più difficile rispondere; e necessariamente da porsi prima di scommettere ciecamente sull'integrazione dei meccanismi di giustizia riparativa nel sistema penale spagnolo. Al netto, peraltro, di domande minori che

⁽³⁹⁾ A questo proposito, C. SAEZ RODRIGUEZ (coord.), *La mediación familiar*, cit., 328, precisa che «*el reconocimiento de hechos que se realice en la mediación no puede tener el valor de una declaración del imputado 'preconstituida' sino que exige ratificación en el juicio oral, fundamentalmente para comprobar que el hecho reconocido coincide con el hecho objeto de la acusación desde el punto de vista estrictamente jurídico-penal*». Tuttavia, poche righe più avanti, lo stesso a. affronta il tema di contenuto e accesso che dovrebbero essere dati al verbale di mediazione sotto il profilo della garanzia della presunzione di innocenza, ammettendo che il riconoscimento dei fatti da parte dell'offensore può essere incluso nel verbale purché nel procedimento di mediazione gli si dia informazione e spiegazione di tale inclusione. Si ricava, pertanto, come il significato delle dichiarazioni dell'aggressore sul riconoscimento dei fatti può variare a seconda delle informazioni fornite al dichiarante; il che comporta dei rischi, dal momento che, in linea di principio, modo e misura in cui quelle informazioni gli vengono date non sono controllati da nessun soggetto, a parte il mediatore stesso, salvo non si voglia immaginare un procedimento di mediazione in cui siano presenti gli avvocati e/o il pubblico ministero.

costringono in ugual misura a riflettere: quale valore possono avere i verbali del procedimento di mediazione e le informazioni in essi contenute? È possibile l'utilizzo delle conoscenze che il mediatore acquisisce sui fatti?

A ciò si aggiungono le ripercussioni che l'integrazione dei sistemi di giustizia riparativa potrebbero avere sulle funzioni attribuite alla Procura della Repubblica quale organo costituzionale preposto all'esercizio dell'azione penale, ancorché non in via esclusiva⁽⁴⁰⁾. Come noto, infatti, a parte alcune concessioni all'opportunità regolamentata in caso di reati minori di natura privata o semipubblica, ove l'esistenza del fatto di reato è nota, il pubblico ministero è tenuto ad esercitare l'azione penale, in presenza dei presupposti previsti per legge. E chiaro è che se l'aggressore riconosce il suo coinvolgimento nei fatti, tali presupposti sussistono.

Si ricordi, peraltro, che al pubblico ministero è attribuita la difesa dell'«interesse pubblico» di garantire la pace sociale nonché quello di assicurare la tutela processuale delle vittime. Parlare di integrazione dei sistemi di giustizia riparativa significa quindi ragionare anche su come essi incidono sul corretto funzionamento dell'intero 'ingranaggio' ordinamentale, ed in particolare, posto che la mediazione penale mira a promuovere la soddisfazione della vittima, si tratta di interrogarsi su come questo obiettivo possa raggiungersi nell'assoluto rispetto dei suoi diritti da affidarsi necessariamente a qualcuno.

3. Meccanismi di integrazione della giustizia riparativa nel processo penale. – Come evidenziato nelle pagine a precedere, il c.d. *Estatuto de la víctima del delito* (di seguito, EV) vede la necessità di integrare i programmi di giustizia riparativa – senza peraltro esplicitare se con essi si intendano la mediazione o qualsiasi altro strumento –

⁽⁴⁰⁾ Su tale aspetto, *si vis*, v. il mio *La investigación por el Fiscal en el proceso penal abreviado y en los juicios rápidos. Perspectivas de futuro*, Barcelona, Valencia, 2005, e *El ministerio fiscal: consideraciones para su reforma*, Madrid, 2003.

quali mezzi per raggiungere un fine: quello di ottenere la «riparazione materiale e morale» della vittima per il danno derivante dal reato. Consapevole, però, dei rischi che i meccanismi finalizzati a questo scopo possono comportare, il legislatore ne subordina l'attuabilità alla previa esistenza di alcune condizioni (cfr. art. 15.1 EV), ossia al fatto che:

- a) l'autore del reato abbia riconosciuto i fatti essenziali da cui deriva la sua responsabilità;
- b) la vittima abbia prestato il suo consenso, dopo aver ricevuto informazioni esaustive ed imparziali sul contenuto dello strumento di giustizia riparativa;
- c) l'autore del reato abbia dato il suo consenso (curiosamente, senza che sia richiesto che anch'egli abbia ricevuto informazioni esaustive e imparziali sul contenuto dello strumento di giustizia riparativa);
- d) la procedura di mediazione non rappresenti un rischio per l'incolumità della vittima, né vi sia pericolo che il suo svolgimento possa causare ulteriori danni materiali o morali alla vittima; e
- e) la procedura di mediazione non sia vietata dalla legge per il reato commesso (questo è il caso specifico della violenza di genere: cfr. art. 44.5 l. n. 1 del 2004 sulle misure di protezione integrale contro la violenza di genere).

La normativa prevede inoltre una serie di precauzioni al fine di garantire la riservatezza del procedimento. Da notarsi è che su questo punto il legislatore dichiara apertamente di avere in mente la mediazione, e non altri meccanismi di giustizia riparativa, dal momento che l'art. 15.2 EV fa espressamente riferimento, da un lato, alla necessità di garantire che le conversazioni tenute «nell'ambito del procedimento di mediazione» siano coperte da riservatezza e non possano essere diffuse senza il consenso di entrambe le parti; dall'altro, al fatto che «i mediatori e gli altri professionisti che partecipano alla procedura di mediazione sono soggetti al segreto professionale con riguardo ai fatti e alle dichiarazioni di cui siano venuti a conoscenza nell'esercizio della loro funzione».

Al di là dei profili procedurali testé richiamati, chiaro è che lo Statuto della vittima di reato si riferisca alla possibilità – o meglio, alla necessità – di istituire la mediazione (o altri procedimenti di giustizia riparativa) al fine di ottenere una riparazione materiale e morale per i danni derivati dal reato. In altre parole, la mediazione è concepita solo come un meccanismo di giustizia riparativa incentrato sugli effetti civili del reato e sulla riparazione morale della vittima.

Se è così – e così si ricava dal dato testuale dello Statuto della vittima di reato – ci si deve chiedere in che misura ciò rappresenti o possa rappresentare un avanzamento sostanziale del sistema di giustizia penale spagnolo.

Si deve infatti ricordare che l'adozione dello Statuto della vittima di reato costituisce recepimento della citata direttiva euro-unitaria del 2012, che ambisce ad uniformare i criteri procedurali di trattamento delle vittime nei diversi Stati membri dell'Unione europea ⁽⁴¹⁾.

Ora, non v'è dubbio che negli ordinamenti giuridici nazionali in cui la vittima si vede riconosciuto – o si vedeva riconosciuto – un ruolo marginale nel processo penale, i meccanismi di giustizia riparativa quali quelli contemplati dalla direttiva (e recepiti dallo Statuto) possono rappresentare un progresso sostanziale. Tuttavia, così non è, per chi scrive, nell'ordinamento spagnolo, dove, a differenza che in altri, il pubblico ministero non detiene il monopolio dell'esercizio dell'azione penale, con la conseguenza che il ruolo della vittima nel processo può essere – e di fatto è – molto ampio.

Ne discende che i vantaggi, o meglio i 'progressi', che le disposizioni dello Statuto apportano al sistema in termini di partecipazione della vittima alla possibile soluzione del conflitto – vittima che nell'ordinamento spagnolo può, se lo desidera, esercitare la c.d. azione penale privata – sono praticamente nulli. Progressi nulli che però sono accompagnati dal serio pregiudizio di ordine sistematico

⁽⁴¹⁾ Si tratta della citata Direttiva 2012/29/UE.

che – a parere di chi scrive – potrebbe comportare al sistema penale l'introduzione poco accorta dei meccanismi di giustizia riparativa.

Con questo non si vogliono revocare in dubbio i vantaggi di tipo psicologico che questi strumenti possono portare alla vittima – che potrà parlare direttamente con l'aggressore, porgli domande, rimproverargli la sua condotta, ecc. – nonché i benefici temporali derivanti dal fatto che essi agevolino una soluzione più rapida del conflitto. Non pare però che essi arrechino vantaggi in termini di economia di mezzi e di costi.

Quanto ai mezzi che lo Stato mette a disposizione della vittima, pare a chi scrive che l'economia processuale sia invero garantita dalla possibilità offerta dall'ordinamento spagnolo di trattare congiuntamente in un unico processo le azioni civili e penali; un'economia processuale che finirebbe per essere ostacolata o distorta però dall'introduzione di meccanismi di giustizia riparativa. Una volta che sia esercitata l'azione penale ed instaurato il processo, infatti, l'inserimento in esso anche dell'azione civile non comporta un grande costo aggiuntivo per la macchina giudiziaria. I mezzi messi a disposizione del cittadino per la soluzione del conflitto e i costi che questo comporta per lo Stato sono quindi concetti interconnessi. Anche allorché la vittima eserciti l'azione penale privata, infatti, essa comporta costi e spese per il procedimento, anche ove il risarcimento dei danni civili e morali derivanti dal reato siano perseguiti fuori dal processo penale.

Per altro verso, è certo vero che negli ultimi anni in Spagna gli incontri riparativi svoltisi tra i parenti delle vittime del gruppo terrorista ETA e gli assassini condannati per gli attentati commessi hanno dato risultati decisamente soddisfacenti. L'esito di quei colloqui o incontri è stato infatti valutato positivamente sia dalle vittime che dai terroristi. Le prime hanno trovato beneficio dalla possibilità in quegli incontri di capire, porre domande, dare una spiegazione all'accaduto e un volto agli assassini; costoro hanno avuto l'opportunità di chiedere perdono alle vittime, spiegare le loro mo-

tivazioni ed esprimere il loro pentimento ⁽⁴²⁾. Si deve tuttavia evidenziare come quegli incontri non avevano come fine il perseguimento penale degli atti compiuti dagli assassini. Per questi i terroristi sono stati giudicati e condannati e i conti saldati con la società.

Ebbene, questa pare essere la chiave di volta per il successo degli incontri riparativi. Dopo aver assicurato la condanna e l'attuazione della pena, allora si apre... il momento di parlare, comprendere, chiedere ed accertare il perdono: in questo caso, infatti, l'obiettivo dell'incontro non è più quello di far rispettare la legge, obiettivo cui, invece, lo Stato non può rinunciare, ancorché esso promuova – e debba promuovere – qualsiasi altra forma di soddisfazione personale della vittima.

Ciò premesso, emergono, ad avviso di chi scrive, molti dubbi sull'integrazione di questi meccanismi riparativi nel sistema della giustizia penale.

Se partiamo ad esempio dalla premessa che queste nuove possibilità di giustizia riparativa sono previste «per ottenere un'adeguata riparazione materiale e morale dei danni derivanti dal reato» (art. 15 EV), non può che ricordarsi come la vittima non sempre coincida necessariamente con il soggetto danneggiato dal reato e meritevole, quindi, di risarcimento o riparazione. Stando così le cose, la prima questione da risolvere ruota intorno a chi in questi casi sarà coinvolto nel procedimento di mediazione per negoziare con l'aggressore: la vittima o la parte lesa? O forse entrambe – la vittima, per la riparazione morale, e la parte lesa, per la riparazione materiale?

Quest'ultima possibilità sembra invero impraticabile perché scardinerebbe i basilari presupposti di equilibrio ed uguaglianza delle parti nella mediazione, permettendo l'esistenza di due soggetti (vittima e parte lesa) che mediano contro uno solo (l'aggressore). Esclusa questa possibilità, altra soluzione possibile sarebbe quella per cui solo la vittima partecipi al procedimento di mediazione. In

⁽⁴²⁾ Sul tema v. E. PASCUAL RODRIGUEZ, *Los ojos del otro: Encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA*, Santader, 2021.

questo caso, ella sarà nelle condizioni ideali per negoziare la riparazione del danno morale che ha subito, ma il problema si pone per la riparazione materiale.

Se la vittima fosse messa in condizione di negoziare il risarcimento materiale che spetta al danneggiato, infatti, oltre a violarsi uno dei fondamenti della mediazione penale – *i.e.* la partecipazione personale delle parti lese, senza possibilità di sostituzione o rappresentanza – sorgerebbe la questione del danneggiato che non condanna l'esito dell'accordo di risarcimento raggiunto tra vittima e aggressore e che sarebbe privo di rimedi processuali, non potendo egli impugnare l'accordo, né esercitare l'azione civile nel processo penale né in quello civile.

Pertanto, se la mediazione penale può indubbiamente portare vantaggi significativi in quegli ordinamenti in cui la vittima è (stata) relegata ad un ruolo marginale nel processo penale, non così è, per chi scrive, nell'ordinamento spagnolo. Qui, la vittima può essere o meno, per sua volontà, parte del processo penale; può esercitare l'azione penale e quella civile, che ella può fare oggetto di rinuncia o riserva di instaurazione in un successivo, autonomo processo civile. Così come è possibile che la vittima si costituisca nel processo penale parte civile unitamente alla parte lesa.

Ne deriva che in un quadro siffatto, pochi paiono i 'progressi' che l'integrazione di strumenti di garanzia riparativa comporta; a meno di non voler o concentrare la propria attenzione sulle conseguenze civili derivanti dal reato – nel qual caso, però, si entrerebbe nel campo della mediazione civile – od optare per strumenti di opportunità regolamentata.

Ebbene, nonostante i rilievi critici sinora mossi, la tendenza oramai inevitabile nell'ordinamento spagnolo è quella di implementare strumenti di giustizia riparativa endoprocessuale. Ne discende che unica vera questione è quella circa il loro campo di applicazione: se per tutti i tipi di reato o solo per alcuni.

Chi scrive è per l'applicabilità soltanto ad alcune tipologie di reati; e questo non solo perché se ne auspicherebbe una fase applicativa

sperimentale, volta a saggiare il successo o meno di questi strumenti, ma anche perché vi sono fatti criminosi che si ritiene non dovrebbero essere in nessun caso sottoposti a meccanismi di mediazione, negoziazione o giustizia riparativa, in ragione della natura pubblica del bene giuridico tutelato nonché dell'intrinseca posizione di disuguaglianza tra le parti.

In particolare, i reati suscettibili di soggiacere a meccanismi di mediazione o di giustizia riparativa potrebbero essere selezionati sulla base di due criteri: uno quantitativo, che guardi alla severità della pena; uno qualitativo, in cui si presti attenzione al tipo di reato e agli specifici beni giuridici protetti e colpiti. È invero sempre possibile la terza via del c.d. sistema misto che coniughi entrambi i suddetti criteri: dopo aver stabilito un determinato limite quantitativo di pena, escluda dall'ambito applicativo degli strumenti di giustizia riparativa specifiche tipologie di reato.

Da preferirsi, per chi scrive, è il secondo dei criteri menzionati: rilevante è infatti il maggiore o minore interesse pubblico al perseguimento di determinati reati, indipendentemente dalla pena con cui essi vengono sanzionati. Ciò detto, si ritiene che tra i reati per cui la mediazione penale dovrebbe escludersi vi debbano essere i c.d. reati di pericolo astratto (qui non c'è nessuno con cui negoziare); quelli commessi da pubblici ufficiali nell'esercizio delle loro funzioni o quelli in cui esiste una disparità istituzionale (si pensi ai reati di aggressione o resistenza)⁽⁴³⁾; e i reati in cui, a causa della chiara disparità tra le parti, la mediazione è destinata a fallire. Rien-

⁽⁴³⁾ Concordo con A. DEL MORAL GARCÍA, in C. SAEZ RODRIGUEZ (coord.), *La mediación familiar*, cit., 392-3, sul fatto che, sebbene tutti questi casi possano essere adatti a procedimenti a contenuto riparatorio o conciliativo, non lo sono però alla mediazione: «*La mediación supone dos polos: una víctima y un victimario. Por eso se habla de bilateralidad. Y la mediación es un medio, no un fin. La mediación no se busca como tal en sí, sino como camino que permite llegar a acuerdos de reparación o conciliación. Si no hay víctima o perjudicados concretos, me parece que es forzar las cosas sin un sentido claro "inventar" el otro polo para fingir una mediación (...). Todas esas infracciones han de quedar excluidas de la mediación, lo que no significa que en ellas no pueda tener repercusión y relevancia la reparación*».

trano in questi casi tutti i reati in cui la vittima è un minore (non solo, quindi, gli abusi sessuali su minori) nonché tutti gli altri in cui la carica emotiva involta impedisca un equilibrio tra le parti. A quest'ultima ipotesi deve ricondursi quella dei reati di violenza di genere.

4. Esclusione della mediazione penale con riguardo a determinati reati. In particolare: in caso di violenza di genere. – Nell'ordinamento spagnolo l'art. 44.5 legge organica sui mezzi di protezione integrale contro la violenza di genere (d'ora innanzi, LOMPIVG) stabilisce il divieto di mediazione per i reati di violenza di genere. Si è molto discusso su questo divieto; un dibattito che, dopo alcuni anni di stasi senza alcuna convergenza dottrinale, ha ripreso forza con l'entrata in vigore dell'art. 15 EV sull'implementazione dei meccanismi di giustizia riparativa.

Ebbene, merita sin da subito evidenziare che pare privo di pregio l'argomento per cui tale divieto invero non sussisterebbe perché, al tempo della sua adozione, avrebbe proibito ciò che ancora non era regolamentato dalla legge, *i.e.* la mediazione penale⁽⁴⁴⁾. A ragionare in tal modo, però, si dimentica che tutto ciò che non è vietato dalla legge, è permesso.

⁽⁴⁴⁾ Su questo argomento, qui ripudiato, v. C. SAEZ RODRIGUEZ (coord.), *La mediación familiar*, cit., 324, secondo cui «*es significativo que se prohíba lo que ni siquiera está previsto en la Ley. Es posible que el legislador estuviera pensando en la mediación civil toda vez que dicha prohibición recae en un artículo referido al proceso civil*». Per M.J. GUARDIOLA LAGO, *La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal*, in *Revista General de Derecho Penal*, 2009, il divieto di cui all'art. 44.5 LOMPIVG si riferirebbe solo alla mediazione penale che si svolga nella fase investigativa, non a quella che abbia luogo nella fase processuale. Chi scrive condivide, invece, l'opinione di A. DEL MORAL GARCÍA, cit., 392, che pur non approvando il divieto di cui all'art. 44.5 LOMPIVG, afferma che esso «*prohíbe de manera indubitada la mediación en esa materia tanto en el ámbito civil como en el penal. La disposición no admite una interpretación correctora*».

Se la mediazione non è vietata – e non lo è – è consentita; e se è consentita, può, previa regolamentazione, essere utilizzata. Ne consegue che se il legislatore considera un rischio per il futuro l'applicazione della mediazione con riguardo ad un determinato reato, ben può essere che egli decida di vietarne l'applicazione in anticipo, e cioè ancor prima che la mediazione sia regolamentata. Ciò detto, vi è da chiedersi quali argomenti giustificino un tale divieto.

Ebbene, essi paiono di due ordini, di c.d. politica legislativa e riconducibili alla struttura stessa del procedimento di mediazione. Tra i primi, due sono di particolare rilievo: uno che vuole evitare la privatizzazione di questi reati; l'altro che potremmo definire di 'coerenza legislativa'. Tra i secondi, il più rilevante risiede senz'altro nella constatazione della mancanza di parità tra le parti allorché si discuta di reati di violenza di genere quale fonte del fallimento del procedimento di negoziazione.

Ora, con riguardo al tema della privatizzazione del reato di violenza di genere che deriverebbe dalla sua 'gestione' attraverso la mediazione penale, la riflessione non può che muovere dalla constatazione, oramai indiscussa in dottrina, per cui la mancata considerazione della violenza di genere è stata storicamente dovuta al fatto di averla in passato ritenuta non un reato ma una questione privata o familiare che nasce in seno alla famiglia e su cui, per questo, lo Stato non può intervenire. Con la conseguenza che sarebbero state le famiglie stesse, ove colpite da tale fenomeno, a dovervi cercare soluzione attraverso il dialogo e il consenso.

Come noto, una tale visione è andata evolvendosi negli ultimi decenni, al punto che oggi la violenza di genere è ed è percepita come una questione di interesse pubblico oltre che di allarme sociale⁽⁴⁵⁾. Una tale visibilità sta costando alle autorità pubbliche uno

⁽⁴⁵⁾ Per un esame dell'evoluzione legislativa della disciplina della violenza di genere a partire dalla legge organica 21 giugno 1989, n. 3 che puniva con la pena dell'arresto per reato grave all'art. 425 c.p. previgente chiunque «abitualmente e con qualunque fine esercita violenza fisica sul coniuge o sulla persona a cui sia uni-

sforzo enorme, in quanto implica una lotta contro barriere storicamente accettate e consolidate. Ne deriva che qualsiasi arretramento dello Stato nel perseguire e punire la violenza di genere, oltre che inaccettabile per le vittime e la società, veicolerebbe un messaggio sbagliato all'opinione pubblica.

Ebbene, posto l'indiscutibile effetto privatizzante che ad avviso di chi scrive la mediazione penale introduce nel sistema di giustizia, visto che implica la cessione da parte dello Stato dell'esercizio di alcune sue funzioni ai privati sì che costoro rinverrebbero consensualmente una risposta soddisfacente al loro conflitto, la mediazione può aversi solo per reati privati o semipubblici di scarso danno sociale, ma non per quelli la cui rilevanza riguarda l'intera società, che generano un enorme allarme sociale e alla cui eradicazione, prevenzione e punizione lo Stato dedica enormi sforzi economici, educativi e intellettuali ⁽⁴⁶⁾. I reati di violenza di genere sono tra questi, e

to da analoga relazione di affettività, così come su figli soggetti alla patria potestà, minore, incapace soggetto alla sua tutela o custodia di fatto», si rinvia al mio *Violenza di genere. La risposta della Ley Orgánica de medidas de protección integral*, in *Revista general de Derecho Procesal*, ottobre 2004, <www.iustel.com>.

⁽⁴⁶⁾ Di particolare importanza, tra i numerosi esempi degli sforzi dello Stato per combattere la violenza di genere, sono i piani nazionali per la prevenzione e l'eliminazione di tale violenza. A riguardo, il Governo pubblica periodicamente una «Strategia nazionale per l'eliminazione della violenza contro le donne» di durata quadriennale. Questi piani (o «Strategia», come viene chiamata) sono uno strumento portante per le azioni delle autorità pubbliche volte a porre fine alla violenza subita dalle donne per il solo fatto di essere donne. Essa costituisce una delle pietre miliari del progetto politico del Governo per affrontare questa piaga sociale e un piano d'azione stabile e duraturo. Come ogni strategia, essa consiste essenzialmente nella messa in campo coordinata di mezzi materiali e umani per raggiungere un fine: in questo caso, l'eliminazione della violenza contro le donne. Al di là delle azioni specifiche intraprese per eliminare questa forma di violenza, tutte le politiche di uguaglianza e lotta contro le discriminazioni basate sul sesso, come previsto dagli artt. 9.2 e 14 Cost. spagnola, dal Trattato e dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea, sono base fondamentale per contribuire al cambiamento del modello culturale, degli atteggiamenti e dei valori, all'eliminazione degli stereotipi, allo sviluppo sociale e al raggiungimento della libertà, dell'uguaglianza, del godimento dei diritti fondamentali da parte delle donne e alla scomparsa di qualsiasi forma di violenza nei loro confronti.

per tale ragione devono essere sottratti all'applicazione di qualsiasi sistema di mediazione penale o meccanismo equivalente di giustizia riparativa.

Si diceva, inoltre, che il divieto di mediazione penale nei casi di reati di violenza di genere si giustifica anche in ragione della necessità di una c.d. coerenza legislativa. Questa si fonda sui progressi fatti nell'ordinamento spagnolo per garantire la sicurezza delle vittime di violenza di genere. Se il passato era segnato infatti dall'invisibilità della violenza di genere, con la conseguenza che se non c'era reato – o se c'era un reato, ma non era perseguito⁽⁴⁷⁾ – non c'era vittima, e quindi non c'era garanzia dello Stato alla sua sicurezza; negli ultimi anni, si sono fatti importanti passi avanti dal punto di vista processuale nella tutela della sicurezza della vittima. Passi avanti che sarebbero vanificati, per chi scrive, dall'ammissibilità della mediazione penale nei casi di violenza di genere.

Si pensi, ad esempio, al c.d. provvedimento restrittivo e alla difficile – se non impossibile – giustificazione che esso avrebbe se, da un lato, lo Stato ritenesse necessario garantire alle vittime una distanza personale e fisica (oltre che comunicativa e anche visiva) dall'aggressore, e, dall'altro, riconoscesse come ammissibile un meccanismo di soluzione del conflitto in cui costui e la vittima siedono privatamente e da soli (alla sola presenza del mediatore) per negoziare l'eventuale risarcimento della vittima. Chiara sarebbe in tal caso l'incoerenza del legislatore.

Di qui, si ritiene di dissentire dall'opinione di chi apre all'abrogazione della norma che dispone la separazione tra vittima ed aggressore (cfr. art. 57 codice penale spagnolo) onde consentire

Formalmente, l'elaborazione della Strategia nazionale si basa su due premesse. Da un lato, la convenienza di unificare in uno stesso documento, in modo coerente e concertato, le diverse misure che consentono di progredire nella lotta contro la violenza contro le donne, in generale, e di genere, in particolare. Dall'altro lato, ai sensi dell'art. 3 l. organica n. 1 del 2004, il Governo deve elaborare un piano nazionale di sensibilizzazione e prevenzione contro tali violenze.

⁽⁴⁷⁾ Questa è la situazione, *de facto*, che esisteva con la criminalizzazione dei maltrattamenti ai sensi dell'art. 425 del vecchio codice penale.

la mediazione penale in casi di reati di violenza di genere, perché questo comporterebbe l'eliminazione di misure poste a tutela della vittima ⁽⁴⁸⁾.

Non solo. L'incoerenza emergerebbe rispetto praticamente a tutte le misure adottate negli ultimi anni per la protezione della vittima di violenza di genere, indipendentemente dal colore e dal segno del governo in carica.

Si pensi, ad esempio, all'introduzione nel 2003 dell'ampia legittimazione a chiedere l'ordine di protezione per le vittime di violenza domestica, estesa anche a terzi non coinvolti nel reato ⁽⁴⁹⁾. La previsione di una siffatta legittimazione allargata cozzerebbe con ogni possibile meccanismo di giustizia riparativa, che vede la soluzione del conflitto fondato sull'accordo tra le parti. Si intende, infatti, come la vittima della violenza di genere viva una situazione di sottomissione che le impedisce di agire in libertà ed indipendenza. E se proprio questa condizione di soggezione costituisce il fondamento della legittimazione giuridica a chiedere un ordine di protezione della vittima di violenza anche in capo a terzi non coinvolti nel reato, sarebbe incoerente ritenere che la vittima abbia invece la capacità di trovare una soluzione al proprio conflitto con l'aggressore in indipendenza e libertà da ogni pressione.

Passando agli argomenti che insistono sull'assenza, nei casi di reati di violenza di genere, di uguaglianza tra le parti, che è invece la condizione indispensabile per lo svolgimento della mediazione penale, basti qui ricordare ciò che è stato ampiamente studiato in dottrina. Ci si riferisce alle peculiari caratteristiche che differenziano la violenza di genere rispetto a qualsiasi altro tipo di violenza interpersonale, e che derivano dalla storica posizione di inferiorità in cui

⁽⁴⁸⁾ AA.V.V., *La mediación penal y penitenciaria. Un programa para su regulación*, in C. SAEZ RODRIGUEZ (coord.), *La mediación familiar*, cit., 324.

⁽⁴⁹⁾ L. 31 luglio 2003, n. 27, che regola l'ordine per la protezione delle vittime di violenza domestica.

le donne sono state ingiustificatamente poste⁽⁵⁰⁾. Ne discende che, nei casi di violenza di genere, l'azione delittuosa consisterà in un'aggressione fondata sul convincimento della subordinazione della donna, che finirà per tradursi in un pregiudizio di quel principio di uguaglianza delle parti che deve presiedere a qualsiasi procedimento di mediazione. Appare pertanto un non senso immaginare che una vittima, aggredita e sminuita per anni dal suo *partner*, incapace di porre fine a queste aggressioni privatamente, e che per questo si risolva a ricorrere al giudice per affrontare il problema vitale di cui soffre, sia improvvisamente in grado di sedersi ad un tavolo e accordarsi, liberamente e in condizioni di parità, con il suo aggressore, che ha ripetutamente ignorato i tentativi di soluzione del problema.

A queste osservazioni vi è chi risponde sottolineando come invero in alcuni casi di aggressione interne alla coppia, la violenza non sia tanto – o necessariamente – esito di una subordinazione implicita della donna, quanto di un'incomprensione tra i coniugi, risolta improvvidamente con la violenza. Di qui, in tali ipotesi, l'apertura al ricorso alla mediazione penale⁽⁵¹⁾.

L'idea sottesa a tale orientamento è quella che cerca di verificare l'adeguatezza o meno della mediazione sulla base del caso concreto, con la conseguenza che vi sarebbero ipotesi in cui l'effettiva situazione di disuguaglianza tra i coniugi impedisce la mediazione, e casi, invece, in cui tale disuguaglianza sarebbe trascurabile⁽⁵²⁾. Ad ab-

⁽⁵⁰⁾ Per una diffusa analisi di questo tema v., *si vis*, il mio *La constitucionalidad de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género*, in *Diario La Ley*, XXVI, n. 6362, 18 novembre 2005.

⁽⁵¹⁾ Si ritiene di non aderire alle conclusioni raggiunte in questo senso da A. GÓMEZ CONESA, *Mediación penal y Violencia de género. Análisis y propuestas a partir de la evidencia empírica*, in *Diario La Ley*, n. 9825, Sezione Tribuna, 8 aprile 2021.

⁽⁵²⁾ In questo senso, M. LLORENTE SÁNCHEZ ARJONA, *Justicia con perspectiva de género. El nuevo paradigma en la lite contra la violencia de género*, Madrid, 2021, 271-3; nonché P. ORTUÑO, P. VÁZQUEZ, *La mediación civil y penal. Alternativa alla soluzione dei conflitti*, in AA.VV., *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*, *Estudios de Derecho Judicial*, n. 111, Madrid, 2008. Similmente R.

bracciare tale tesi, chiaro è, però, che l'unico soggetto chiamato a prendere una decisione sull'opportunità di proseguire o meno la mediazione sarebbe il mediatore. Per questo, si ritiene di non aderire a tale orientamento, tanto più che, anche alla luce delle ragioni sopra esposte, dietro a siffatta ricostruzione pare intravedere una tendenza incline ad una minor punizione di questo tipo di reati, allorché invece in tutti i casi di violenza di genere si assiste invero ad una subordinazione e sottovalutazione (consapevole o inconsapevole) della donna rispetto all'uomo; profilo, quello della paura o del rischio cui la vittima è esposta, che spesso anche le autorità pubbliche – giudici e magistrati, nel nostro caso – non sono in grado di apprezzare⁽⁵³⁾. Si pensi a tutte quelle gravi ipotesi di violenza di genere inizialmente viste come casi minori e che per questo non hanno guadagnato l'attenzione delle autorità pubbliche, e la conseguente adozione di misure cautelari o protettive, concludendosi addirittura talvolta con un'assoluzione per impossibilità di provare i fatti.

È d'altronde assai complesso anche per il giudice distinguere quando si sia in presenza di uno dei casi – impropriamente – definiti «minori» o casi, invece, in cui si è all'inizio di una spirale violenta,

CASTILLEJO MANZANARES, C. TORRADO TARRÍO, C. ALONSO SALGADO, *Mediación en violencia de género*, in *Revista de mediación*, 2011, 42.

Di avviso contrario, e da chi scrive condiviso, perché ritiene che diversamente si rimanga ancorati ad un approccio formalista e superficiale alla violenza di genere che non tiene conto delle relazioni di potere ad essa sottostanti, v. C. DELGADO ÁLVAREZ, A. SÁNCHEZ PRADA, *La inviabilidad de la mediación en violencia de género: claves psicológicas*, in F. MARTÍN DIZ (coord.), *La mediación en materia de familia y derecho penal*, Santiago de Compostela, 2011, 344.

⁽⁵³⁾ Sulla necessità di applicare la prospettiva di genere ai procedimenti penali v., *si vis*, il mio *Perspectiva de género y enjuiciamiento*, in E. CERRATO GURI (dir.), *La prueba de la violencia de género y su problemática judicial*, Madrid, 2022; nonché *La perspectiva de género en el proceso penal*, in L.A. CUCARELLA GALIANA (coord.), *Paz, Justicia e inclusión. Objetivos de desarrollo sostenible en los Derechos Humanos*, Barcelona, 2022.

che, per di più, ha una natura ciclica e porterà ad aggressioni più gravi⁽⁵⁴⁾.

Ebbene, in un contesto siffatto, pare opportuno evitare posizioni massimaliste, volte a rappresentare la mediazione o i meccanismi di giustizia riparativa quali panacea di tutti i mali che affliggono la giurisdizione penale. Un tale atteggiamento sembra supporre, infatti, che il mediatore non possa cadere in errore, come se egli fosse dotato di una capacità superiore; ma se è vero che giudici e forze dell'ordine possono certamente sbagliare nel loro giudizio o nella loro valutazione del rischio⁽⁵⁵⁾, altrettanto può accadere per il mediatore, che se non 'decide' il procedimento, senz'altro ne può influenzare l'esito. Tanto più che, mentre il processo appare segnato da garanzie a prevenzione o riduzione del pregiudizio che le parti potrebbero patire (si pensi alle misure cautelari e di protezione, ai ricorsi contro le decisioni interlocutorie, ecc.), il procedimento di mediazione ne è sprovvisto.

È per tutte le ragioni suesposte che, a parere di chi scrive, il legislatore spagnolo dovrebbe agire con cautela e così limitare la 'sperimentazione' della mediazione penale ai casi in cui a *priori* il possibile 'danno' possa essere meno rilevante.

In caso contrario forte è la sensazione che l'opzione della mediazione a fronte della violenza di genere sia giustificata da posizioni di latente *post-machismo*⁽⁵⁶⁾. Non è un caso, d'altronde, che quando la dottrina propone progetti che favoriscono seriamente l'implemen-

⁽⁵⁴⁾ Il carattere ciclico della violenza e le sue diverse fasi sono stati magistralmente espressi da L.E.A. WALKER, *The Battered Woman Syndrome*, New York, 1984, 91 ss.

⁽⁵⁵⁾ Sulla valutazione del rischio da parte della polizia, v. l'Istruzione 4 del 2019 del Segretario di Stato per la sicurezza, che stabilisce un nuovo protocollo per la valutazione da parte della polizia del livello di rischio di violenza di genere (l. organica n. 1 del 2004), la gestione della sicurezza delle vittime e il monitoraggio dei casi attraverso il sistema di monitoraggio globale dei casi di violenza di genere (c.d. sistema VIOGÉN).

⁽⁵⁶⁾ Ha approfondito in particolare il concetto di *post-machismo* in molti suoi scritti, MIGUEL LORENTE ACOSTA, tra cui particolarmente illustrativo è *Tu haz la comida, que yo cuelgo los cuadros*, Barcelona, 2014.

tazione della mediazione penale, questa viene condizionata alla sussistenza di numerose precauzioni e accorgimenti ⁽⁵⁷⁾.

In particolare, appare necessario bilanciare, da un lato, la posizione della donna rispetto al suo (*ex-*)*partner* – in un c.d. processo di *empowerment* della vittima ⁽⁵⁸⁾; dall'altro, la posizione dell'aggressore rispetto alla vittima, assicurando le garanzie processuali durante il procedimento di mediazione; preservare la sicurezza della vittima attraverso misure attuate prima, durante e dopo gli incontri; e, infine, riconoscere l'implicazione dell'aggressore stesso nella commissione degli atti. A ciò si deve aggiungere la necessità che il mediatore garantisca l'uguaglianza delle parti.

Ne discende che solo le donne che presentano una «certa forza personale» per affrontare l'aggressore possano beneficiare della mediazione ⁽⁵⁹⁾.

Ebbene, alla luce di tutto quanto detto, rimane la domanda su quali siano i vantaggi dell'applicazione della mediazione alla violenza di genere; e a parere di chi scrive, se essi paiono sconosciuti, prevedibili ne sono invece le conseguenze: un maggiore margine di impunità, una maggiore insicurezza per la vittima, una dubbia salvaguardia delle garanzie processuali (sia per la vittima che per

⁽⁵⁷⁾ Interessante è il modello di mediazione per la violenza di genere proposto da P. ESQUINAS VALVERDE, *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, cit., 85 ss. Si tratta di un modello misto che si impegna per la mediazione ma senza rinunciare alle garanzie del giusto processo e che pertanto condiziona la possibilità di utilizzare questo meccanismo di risoluzione delle controversie alla sussistenza di una serie di precauzioni e garanzie che non fanno però che riconoscere l'impossibilità, in questi casi, di rispettare il presupposto fattuale minimo per lo svolgimento della mediazione: l'uguaglianza tra le parti e le garanzie a loro tutela.

⁽⁵⁸⁾ ID., *op. ult. cit.*, 85-90.

⁽⁵⁹⁾ ID., *op. ult. cit.*, 87-8 evidenzia come studi hanno dimostrato che «*en este ámbito de la violencia sobre la mujer, será imprescindible que la víctima muestre de antemano una cierta fortaleza personal, una serie de aptitudes internas y externas al menos, en potencia, para enfrentarse eficazmente al otro (...). Serían mujeres, y, en particular, mujeres fuertes (...)* las que se beneficiarían en mayor medida del recurso a un procedimiento de mediación (...)».

l'aggressore) e una privatizzazione del perseguimento e della punizione dei reati di violenza di genere.

5. *Riflessioni conclusive.* – Volendo al finale sintetizzare le conclusioni che possono trarsi dalle riflessioni svolte, queste possono racchiudersi nei seguenti, brevi punti.

Innanzitutto, non pare che i vantaggi della mediazione nell'ambito privatistico possano essere *tout court* esportati nel campo del diritto pubblico. La mediazione penale implica, infatti, alcune rotture del sistema processuale che incidono fundamentalmente su: a) la privatizzazione dell'azione penale, con conseguente creazione di ampi margini di impunità; b) l'uguaglianza nell'applicazione della legge; c) la presunzione di innocenza.

Nonostante tutto ciò, il Consiglio generale del potere giudiziario ha sostenuto con convinzione l'implementazione della mediazione in ambito penale attraverso la creazione di protocolli e linee guida, messi in atto come progetti pilota in diverse parti della Spagna. Non si tratta, invero, di casi di mediazione penale in senso stretto, quanto piuttosto dell'applicazione di criteri di opportunità poco rigorosi, che sarebbero peraltro meglio attuati se oggettivamente regolamentati.

Ebbene, anche ammettendo la praticabilità della mediazione nel campo penale, essa non pare consigliabile per tutti i reati, e in particolare dovrebbe escludersi per quelli di pericolo astratto, commessi da pubblici ufficiali nell'esercizio delle loro funzioni o segnati da una chiara disuguaglianza tra le parti.

Date queste coordinate, la violenza di genere si mostra fenomeno criminale particolarmente inadatto ad essere affrontato attraverso la mediazione, non solo per la condizione di disuguaglianza delle parti coinvolte, ma anche per ragioni di mera coerenza legislativa: una misura di questo tipo segnerebbe, infatti, un'involuzione, che culminerebbe indirettamente nella privatizzazione del persegui-

mento di questi reati, veicolando un messaggio fuorviante alle vittime e alla società.

Abstract

La legge sui mezzi di protezione integrale contro la violenza di genere, adottata nell'ordinamento spagnolo nel 2004, ha segnato un passo fondamentale nella lotta contro questa piaga sociale. Essa vieta espressamente il ricorso alla mediazione quale strumento di giustizia per far fronte a questo tipo di reati. Sino alla sua adozione l'ordinamento spagnolo presentava due soli riferimenti espliciti alla mediazione penale: uno per proibirla (nei casi di violenza di genere) e un altro per ammetterla e disciplinarla (in tema di giustizia minorile). Tuttavia, pochi anni più tardi, il c.d. Statuto della vittima di reato, adottato nel 2015, conteneva un riferimento espresso all'introduzione di meccanismi di giustizia riparativa in ambito penale, in attuazione della direttiva europea del 2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato. Si è così riaperto il dibattito, ancor'oggi di grande attualità, su vantaggi e svantaggi del ricorso alla mediazione in campo penale, ed in particolare nei reati di violenza di genere. L'asimmetria tra le parti coinvolte e le situazioni di prevaricazione da cui quella violenza nasce inducono l'a. a ritenere sconsigliabile l'uso di strumenti autocompositivi a fronte di questo tipo di reati.

In 2004, Spain enacted the Law on Integral Protection Measures against Gender Violence. This legislation marked a significant advancement in combating this societal issue. It explicitly prohibited using mediation as a means of justice for such crimes, a notable departure from previous Spanish laws. While prior legislation contained limited references to criminal mediation – prohibiting it in gender violence cases and allowing it in juvenile justice – the subsequent implementation of the Victims' Statute in 2015 explicitly mentioned the incorporation of restorative justice mechanisms into the criminal field. This shift, following the 2012 European Directive, reignited a contemporary debate on the advantages and disadvantages of em-

ploying mediation in criminal cases, particularly in cases of gender violence. However, due to the inherent imbalance between the involved parties and the power dynamics characterising these violent situations, utilising consensual dispute resolution methods is deemed inadvisable.

QUALCHE MINIMO *UPDATE*
SULLA COMPOSIZIONE DEL CONFLITTO
TRAMITE CONSULENZA TECNICA PREVENTIVA

Vincenzo Ansanelli (*)

SOMMARIO: 1. Peculiare incidenza della risoluzione della ‘questione tecnica’ sulla possibile composizione del conflitto. – 2. Struttura, natura ibrida e variegate funzioni della consulenza tecnica preventiva *ex art. 696 bis c.p.c.* – 3. Il *punctum dolens*: la fase di ammissione.

1. *Peculiare incidenza della risoluzione della ‘questione tecnica’ sulla possibile composizione del conflitto.* – A partire dal 2006 è stata introdotta la possibilità – per un settore davvero ampio del contenzioso civile – di ricorrere alla consulenza tecnica preventiva per ricercare un’anticipata composizione del conflitto, in grado di scongiurare il ricorso alla tutela giurisdizionale ⁽¹⁾. E ciò, in particolare,

Giustizia consensuale Fasc. 2/2023, 531-556. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) Professore Ordinario di Diritto Processuale civile nell’Università degli Studi di Genova.

⁽¹⁾ Come riferimento di base, che sarà oggetto di reiterati richiami all’interno del presente contributo, sull’istituto della consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite *ex art. 696 bis c.p.c.*, sia consentito il rinvio a V. ANSANELLI, *La consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, in M. TARUFFO (a cura di), *La prova nel processo civile*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni (continuato da P. Schlesinger), Milano, 2012, 1070 ss. La letteratura a riguardo è divenuta nel corso degli anni alquanto corposa (pur a fronte di un ricorso all’istituto statisticamente non significativo nella pratica del processo). Senza alcuna pretesa di completezza si rinvia a C. ASPRELLA, *Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, in N. PICARDI (a cura di), *Codice di procedura civile. Commenti al nuovo rito riformato*.

per quelle controversie caratterizzate dall'essenziale centralità della 'questione tecnica'; ossia per quelle categorie di controversie – quali quelle in materia industriale, di appalti, di filiazione, di responsabilità professionale, e gli esempi potrebbero senz'altro continuare – nelle quali la consulenza tecnica si configura come un vero e proprio «processo nel processo», dal cui esito dipende essenzialmente la risoluzione dell'intero conflitto ⁽²⁾.

Come è stato anche di recente osservato, costituisce una tendenza rinvenibile sia negli ordinamenti di *common law* sia in quelli di *civil law*, quella del potenziamento delle modalità di acquisizione anticipata delle prove rispetto all'introduzione del giudizio di merito. In numerosi modelli di processo appartenenti ad entrambe le

mato, Milano, 2005, 96 ss.; A.A. ROMANO, *Il nuovo art. 696-bis c.p.c., tra mediazione e anticipazione della prova*, in *Corr. giur.*, 2006, 405 ss.; A.M. TEDOLDI, *La consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 805 ss.; A. PANZAROLA, *Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, Padova, 2007, vol. I, 253 ss.; C. BESSO, *Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, in *Recenti riforme del processo civile*, diretto da S. Chiarloni, Bologna, 2007, 1323 ss.; R. BONATTI, *Un moderno dottor Jekyll: la consulenza tecnica conciliativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 247 ss.; M.P. FUIANO, *Vecchi e nuovi problemi in tema di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 455 ss.; G. NARDO, *La consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c. tra conciliazione della lite ed anticipazione della prova*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, vol. III, Torino, 2008, 346 ss.; M. SCALAMOGNA, *Alcune questioni controverse in tema di consulenza tecnica preventiva con funzione conciliativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 957 ss. Da ultimo si vedano diffusamente le considerazioni di M. BOVE, *Acquisizione del sapere tecnico per una soluzione della lite senza sentenza*, in *Giusto proc. civ.*, 2022, 357 ss.

⁽²⁾ Fra i primi rilievi in tal senso v. F. CUOMO ULLOA, *Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, in *Dig. it., disc. priv., sez. civ., Agg.*, vol. III, Torino, 2007, 274 ss.; A.M. TEDOLDI, *La consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c.*, cit., 805 ss.; più di recente v. F. FERRARI, *Conciliazione e consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c.*, in E. SILVESTRI (a cura di), *Forme alternative di risoluzione delle controversie e strumenti di giustizia riparativa*, Torino, 2020, 96 ss. Sulla nozione di consulenza tecnica d'ufficio quale «processo nel processo» sia consentito il rinvio a V. ANSANELLI, *La consulenza tecnica d'ufficio. Problemi e funzionalità*, Milano, 2011, 3 ss.

macro-famiglie ordinamentali, si registra infatti una crescente attenzione per la fase che precede l'instaurazione del processo; è ciò probabilmente proprio sulla scorta della consapevolezza che la possibilità di acquisire in un momento pre-processuale conoscenze o informazioni altamente qualificate sotto il profilo tecnico-scientifico o, comunque, specialistiche in senso lato, può risultare determinante per valutare le *chances* di accoglimento di una futura azione giudiziale, ovvero per ricercare una soluzione transattiva che scongiuri il ricorso alla tutela giurisdizionale o, più semplicemente, per preparare al meglio il processo ⁽³⁾.

Sono espressione di tale tendenza anche la recente previsione di un 'filtro' (*rectius*: condizione di procedibilità) di accesso alla tutela giurisdizionale per le controversie specificamente concernenti le domande risarcitorie derivanti da ipotesi di cosiddetta responsabilità sanitaria (art. 8, 1° e 5° comma, l. 8 marzo 2017, n. 24) ⁽⁴⁾; e l'analoga ipotesi prevista mediante l'introduzione dell'art. 445 *bis* c.p.c. per le controversie in materia previdenziale ⁽⁵⁾. Anche in que-

⁽³⁾ Cfr. B. FICCARELLI, *Anticipazione della 'prova' e consulenze psicologiche ante causam*, in *Fam. dir.*, 2019, 435 ss.; ID., *Sulla reclamabilità dei provvedimenti di diniego di consulenza tecnica preventiva ex art. 696-bis c.p.c.*, in *Dir. aff.*, 2019, 570 ss. Già in precedenza e sul più generale fenomeno di anticipazione del momento di formazione della prova rispetto alla fase di merito della controversia, nella dottrina italiana, v. C. BESSO, *La prova prima del processo*, Torino, 2004, *passim*. In prospettiva comparata si rinvia a V. ANSANELLI, *Prove e strumenti conoscitivi del giudice*, in A. DONDI, V. ANSANELLI, P. COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione. Una prospettiva comparata*, II ed., Milano, 2018, 262 ss.

⁽⁴⁾ Per alcune indicazioni di base si vedano gli scritti contenuti in G. ALPA (a cura di), *La responsabilità sanitaria. Commento alla l. 8 marzo 2017 n. 24*, Milano, 2017, *passim*; M. ADORNO, *Il nuovo 'filtro' dell'art. 696 bis in materia di responsabilità sanitaria*, in F.D. DE SANTIS (a cura di), *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, Roma, 2017, 107 ss.; G. TRISORIO LIUZZI, *La riforma della responsabilità professionale sanitaria. I profili processuali*, in *Giusto proc. civ.*, 2017, 655 ss.; e anche V. ANSANELLI, *Struttura e funzione della consulenza tecnica preventiva in materia medico-sanitaria*, *ivi*, 2018, 165 ss.

⁽⁵⁾ In effetti, in questa medesima prospettiva sembra essersi mosso il legislatore con l'introduzione dell'art. 445 *bis* c.p.c. per le controversie in materia previdenziale. A riguardo v. A. CARRATTA, *Le più recenti riforme del processo civile*, Torino,

sti casi, la scelta di fondo compiuta dal legislatore può farsi consistere nell'intento di favorire, attraverso l'anticipazione dell'intervento del consulente tecnico, il raggiungimento di soluzioni conciliative in conflitti che vedono nella risoluzione della 'questione tecnica' il proprio punto centrale. E ciò evidentemente nell'auspicio che le parti, conoscendo in anticipo l'esito delle indagini dell'esperto, rinuncino all'instaurazione del giudizio di merito, ritenendone pressoché scontati gli esiti. Una politica di intervento, questa, denotante una sorta di voglia di «fuga dal processo» che sembra fondarsi sul «presupposto condiviso che lo Stato da solo non ce la può fare e che, anche nel campo della giustizia occorre fare leva sul principio di sussidiarietà»⁽⁶⁾.

2. *Struttura, natura ibrida e variegate funzioni della consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c.* – Sino al recentissimo intervento della Corte Costituzionale, l'art. 696 *bis* c.p.c. consentiva l'esperibilità in via preventiva – ed anche in assenza dei requisiti cautelari di urgenza fissati dall'art. 696 c.p.c. per il ricorso all'accertamento tecnico preventivo – di una consulenza tecnica avente a oggetto l'accertamento e la determinazione di crediti inerenti a rapporti obbligatori di origine contrattuale o nascenti da fatto illecito. A seguito della sentenza della Consulta n. 222 del 21 dicembre 2023 l'ambito applicativo della consulenza tecnica preventiva *ex art. 696 bis* c.p.c. deve, invece, ritenersi esteso anche all'accertamento e alla determinazione dei crediti derivanti «da ogni altro atto o fatto idoneo a produrli in conformità all'ordinamento giuridico». Il giudice delle leggi ha, infatti, ritenuto che l'art. 696 *bis*

2017, 98; F. COSSIGNANI, *L'accertamento tecnico preventivo obbligatorio ex art. 445 bis c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 629.

⁽⁶⁾ Cfr. G. VERDE, *Senza risorse eque e un'impostazione realistica la riforma della giustizia civile rischia l'ennesimo flop*, in *Guida al diritto*, 2014, 7. Del resto, analoghe considerazioni si rinvencono anche in C. CONSOLO, *Un d.l. processuale in bianco e nerofumo sullo equivoco della 'degiurisdizionalizzazione'*, in *Corr. giur.*, 2014, 1073 ss.

c.p.c., ammettendo il ricorso alla consulenza tecnica preventiva per i soli crediti derivanti dalla mancata o inesatta esecuzione di obbligazioni di fonte contrattuale o nascenti da fatto illecito «e non anche per tutti i diritti di credito derivanti da ogni altro atto o fatto idoneo a produrli in conformità dell'ordinamento giuridico, secondo l'indicazione fornita dall'art. 1173 cod. civ., dà luogo ad una differenziazione priva di una ragionevole giustificazione e alla violazione, in danno dei titolari dei crediti esclusi, della garanzia ex art. 24 Cost.»⁽⁷⁾.

Pertanto, superando precedenti incertezze emerse in sede giurisprudenziale – e recependo, per converso, alcune perplessità sollevate in dottrina in ordine all'arbitrarietà della circoscrizione dell'ambito applicativo dell'istituto previsto dall'art. 696 *bis* c.p.c. – in seguito all'intervento della Consulta non potranno sussistere incertezze sull'assenza di limiti al ricorso alla consulenza tecnica preventiva collegati alla *fonte* del credito di cui si chieda l'accertamento o la determinazione⁽⁸⁾. Ed è forse di un qualche interesse rilevare come la Corte Costituzionale nel proprio *iter* argomentativo valorizzi, per un verso, l'intrinseca duplicità funzionale – conciliativa e di preventiva formazione della prova – caratterizzante l'istituto in questione (operazione, questa, condotta anche attraverso richiami comparatistici già in precedenza utilizzati dalla nostra dottrina); e, per altro verso, riconosca senza incertezze che il ricorso all'istanza

⁽⁷⁾ I virgolettati nel testo sono tratti da Corte cost. n. 222 del 2023 cit., pubblicata in G.U. il 27 dicembre 2023, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 696 *bis*, 1° comma, primo periodo, c.p.c., per contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost., nella parte in cui, dopo le parole «da fatto illecito», esso non prevede «o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrli in conformità dell'ordinamento giuridico». Per ulteriori riflessioni a riguardo si rinvia a quanto contenuto nel paragrafo successivo del presente lavoro. Sulle questioni sottese all'ambito di applicazione dell'art. 696 *bis* c.p.c. prima dell'ultimo intervento della Consulta v. A. MASTANTUONO, *L'ambito di applicazione della consulenza tecnica preventiva a fini conciliativi*, in *Corr. giur.*, 2018, 103 ss.

⁽⁸⁾ Sia consentito nuovamente il rinvio a V. ANSANELLI, *La consulenza tecnica preventivai*, cit., 1075 ss.

ex art. 696 bis c.p.c. costituisce diretta espressione del diritto di agire in giudizio garantito dall'art. 24 Cost. ⁽⁹⁾.

L'attribuzione all'esperto di queste attività risulta finalizzata a consentirgli di raggiungere una soluzione transattiva della controversia. In effetti, ove il ricorso *ex art. 696 bis c.p.c.* venga accolto, prima di procedere al deposito della relazione peritale all'esperto spetta il compito (secondo il dettato della norma sembrerebbe, invero, la facoltà e non l'obbligo) di tentare la conciliazione fra le parti. Ove raggiunta, la soluzione transattiva è destinata a confluire in un processo verbale di conciliazione, redatto dal consulente tecnico. Tale verbale verrà, poi, dotato di efficacia esecutiva mediante un decreto di omologazione emesso dal giudice che ha disposto la consulenza preventiva divenendo, così, titolo valido per ogni forma di esecuzione forzata (sia di espropriazione sia di esecuzione in forma specifica), nonché per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Al fine di stimolare il raggiungimento di soluzioni transattive, viene previsto che il processo verbale di conciliazione goda di un incentivo fiscale e, segnatamente, dell'esenzione dall'imposta di registro. Tuttavia, qualora non si giunga all'auspicata definizione *de plano* del conflitto, la relazione peritale depositata dal consulente tecnico potrà essere acquisita, su istanza della parte interessata, al successivo (ed eventuale) giudizio di merito.

Come era stato osservato già dai primi commentatori al tempo della sua introduzione, si tratta di uno strumento processuale certamente innovativo per il nostro ordinamento, oltre che strutturato in maniera alquanto articolata in ragione dell'attribuzione all'esperto di funzioni che, almeno apparentemente, potrebbero sem-

⁽⁹⁾ Per quanto qui rilevi, la decisione della Corte Costituzionale è occasionata dall'intento di comprendere nell'ambito di applicazione della consulenza tecnica preventiva a fini conciliativi anche le c.d. obbligazioni naturali. Nella sentenza della Corte Costituzionale n. 222 del 2023 cit. sembrano agevolmente rinvenibili i riferimenti alle considerazioni già svolte in precedenza da C. BESSO, *La prova prima del processo*, cit., *passim*; A.A. ROMANO, *Il nuovo art. 696-bis c.p.c., tra mediation ed anticipazione della prova*, cit., 405 ss.; V. ANSANELLI, *La consulenza tecnica preventiva*, cit., 1045 ss.

brare fra loro non strettamente coordinate. Ed appare probabilmente da ricondurre anche a tale ‘anomalia’ o sostanziale estraneità dalla tradizione processualcivilistica italiana la circostanza che l’istituto sia risultato di scarsa utilizzazione nella pratica del processo. Offrendo, quindi, più spunti di riflessione per le implicazioni ideologico-dogmatiche rispetto ai risultati che si sarebbero auspicati in chiave deflattiva del contenzioso ordinario ⁽¹⁰⁾.

Ciò che in sostanza l’istituto consente è che l’esperto provveda – in luogo di giudice e parti – a compiere un’attività di preventiva istruzione della controversia, i cui risultati confluiranno in una relazione peritale. Una relazione che, come si è detto, in caso di mancato raggiungimento di una soluzione transattiva, su istanza di una

⁽¹⁰⁾ Secondo C. BESSO, *La prova prima del processo*, cit., 10 ss., l’articolo in questione troverebbe la sua genesi nell’art. 49 del progetto di legge elaborato dalla Commissione per la riforma del codice di procedura civile presieduta da Romano Vaccarella (c.d. bozza Vaccarella), presentata nel corso della XIV legislatura. In questo articolo si indicava, infatti, la necessità di prevedere la possibilità di generalizzare il ricorso alla consulenza tecnica *ante causam*, nonché «di utilizzare i procedimenti di istruzione preventiva anche in assenza di *periculum in mora*»; ciò essenzialmente sulla scorta della considerazione dell’ambito eccessivamente ristretto degli accertamenti tecnici preventivi, che «non sono idonei a definire la *quaestio facti*». Di qui la proposta «di eliminare tali limiti, e di consentire l’espletamento *ante causam* di una consulenza tecnica che abbia le stesse caratteristiche di quella disposta in corso di causa». Una proposta analoga a quella contenuta nella ‘bozza Vaccarella’ era, del resto, stata presentata già nella precedente legislatura con il disegno di legge n. 6052. In questo articolato di riforma si prevedeva, infatti, l’introduzione di una nuova norma, l’art. 696 *bis* c.p.c., nell’ambito dei procedimenti di istruzione preventiva. Tale disposizione, già rubricata «Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite», prevedeva al primo comma la possibilità di richiedere la nomina giudiziale di un esperto al fine di affidargli il compito «dell’accertamento e della relativa determinazione dei crediti derivanti dalla mancata o inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali o da fatto illecito»; e ciò «anche al di fuori delle condizioni di cui al primo comma dell’art. 696». Al secondo comma della disposizione in questione si affidava al consulente la possibilità di tentare, ove possibile, la conciliazione della lite; finalità che era rafforzata mediante la previsione di un meccanismo del tutto analogo a quello introdotto con l’art. 45 comma 10 della l. n. 69 del 2009 (che ha modificato il primo comma dell’art. 91 c.p.c.).

delle parti potrà conservare tutta la sua efficacia, venendo acquisita al successivo giudizio di merito. Conducendo, così, a «un risultato probatorio pienamente coincidente con quello cui avrebbe potuto condurre il mezzo di cui all'art. 696, in assenza tuttavia dei presupposti che sarebbero richiesti per quest'ultimo» ⁽¹¹⁾.

L'evidenziazione di questa intensa potenzialità istruttoria dei risultati acquisiti dagli esperti in sede di consulenza tecnica preventiva appare di grande rilievo per comprendere quella che pare essere la vera, per quanto composita, *ratio* alla base dell'introduzione dell'istituto in questione. L'intento appare essere stato, in effetti, duplice. Per un verso, offrire alle parti la possibilità di ottenere, prima dell'instaurazione del processo di merito, una valutazione tecnica in ordine ai principali elementi fattuali costitutivi della fattispecie che si intende azionare in giudizio, ossia: l'esistenza del fatto allegato, la qualifica del comportamento (colposo o inadempiente, a seconda della tipologia di azione esercitata) dell'agente, l'entità del danno. Ciò, come pure già si è detto, nell'auspicio che proprio sulla scorta di tale valutazione, nella (del tutto relativa, se non solamente auspicata) semplicità delle questioni giuridiche coinvolte, le parti possano trovare un accordo che renda superfluo il ricorso alla tutela giurisdizionale ordinaria ⁽¹²⁾.

Per altro verso, l'art. 696 *bis* c.p.c. attribuisce alla consulenza tecnica preventiva un'inedita funzione conciliativa *ex lege*, facendola evolvere da semplice mezzo di tutela della prova a congegno di immediata protezione dei diritti soggettivi. Ed in effetti, l'anticipata formazione della prova non si rivela fisiologicamente strumentale al successivo promovimento dell'azione di merito, ma diviene momento essenziale di un procedimento conciliativo che intende scongiurare la fase contenziosa. Del resto, l'irrilevanza del requisito del

⁽¹¹⁾ Cfr. G. BALENA, *Elementi di diritto processuale civile*, III ed., Bari, 2007, 269.

⁽¹²⁾ In questo senso F. CUOMO ULLOA, *Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, cit., 277 ss.; R. BONATTI, *Un modello dottor Jekyll: la consulenza tecnica conciliativa*, cit., 247 ss.

periculum in mora per il ricorso alla consulenza tecnica preventiva espunge di per sè la stessa dal *genus* dei procedimenti cautelari. In effetti, non dovrebbero ravvisarsi nel provvedimento *ex art. 696 bis c.p.c.* i caratteri della provvisorietà e della strumentalità rispetto al giudizio di merito; caratteri, per converso, tipici della categoria dei provvedimenti cautelari. Anche se, a tale riguardo, bisogna ricordare che in una delle prime pronunce concernenti l'istituto in questione, la Suprema Corte nella sua composizione a sezioni unite ha invece ritenuto che i suddetti caratteri della strumentalità e della provvisorietà siano presenti e ricavabili dalla sua collocazione sistematica (ossia fra i procedimenti di istruzione preventiva), con conseguente applicabilità alla consulenza tecnica preventiva dell'art. 698 c.p.c. (norma secondo la quale, come è noto, l'assunzione preventiva dei mezzi di prova non pregiudica le questioni relative alla loro ammissibilità e rilevanza, né impedisce la loro rinnovazione nel giudizio di merito) ⁽¹³⁾.

Nell'istituto in questione dovrebbe dunque ravvisarsi uno strumento alternativo di risoluzione delle controversie, per quanto collocato nell'ambito di un procedimento giurisdizionale, da ricondurre alla categoria della «conciliazione delegata» ⁽¹⁴⁾. Permane, tuttavia, la tradizionale funzione probatoria, giacché ove la conciliazione fallisca gli eventi descritti nella relazione peritale — lo stato dei luoghi, la qualità e le condizioni delle cose — su iniziativa di una delle parti troveranno ingresso nel successivo giudizio, potendo così essere considerati dal giudice del merito come fonte di prova delle loro cause, nonostante l'anticipazione istruttoria non fosse stata a suo tempo sorretta da alcun *periculum* incombente ⁽¹⁵⁾.

⁽¹³⁾ V. Cass., sez. un., 20 giugno 2007, n. 14301, in *DeJure*.

⁽¹⁴⁾ Sia nuovamente consentito il rinvio, per più ampie considerazioni a riguardo, a V. ANSANELLI, *Esperti e risoluzione anticipata delle controversie civili*, cit., 1245 ss.

⁽¹⁵⁾ Cfr. E. MARINUCCI, *Commento sub art. 696 bis c.p.c.*, in L.P. COMOGLIO, R. VACCARELLA (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, Torino, 2020, 2920 ss.

3. *Il punctum dolens: la fase di ammissione.* – Le considerazioni appena svolte in ordine alla natura e alle funzioni dell’istituto della consulenza tecnica preventiva dovrebbero costituire una sorta di faro orientatore nel guidare l’interprete nelle scelte concernenti la fase di ammissione dell’istanza *de quo*. I requisiti di ammissibilità del procedimento *ex art. 696 bis c.p.c.* hanno, infatti, da sempre rappresentato il problema centrale dalla cui soluzione dipende e si snoda tutta la relativa disciplina⁽¹⁶⁾. Ed in effetti, nonostante il decorso di un considerevole lasso di tempo dalla sua introduzione nel nostro ordinamento, la precisa circoscrizione dei suoi presupposti di ammissibilità risulta tuttora controversa, specie in sede giurisprudenziale.

Per quanto riguarda l’ambito oggettivo di applicazione dell’istituto, si è già detto che la recentissima sentenza della Corte Costituzionale n. 222 del 21 dicembre 2023 ha dichiarato l’incostituzionalità del primo comma, primo periodo, dell’art. 696 *bis* c.p.c., nella parte in cui esclude la ricorribilità all’istituto in questione anche per l’accertamento e la determinazione dei crediti aventi fonte diversa da quella contrattuale o da fatto illecito. Tale circoscrizione non appare al giudice delle leggi sorretta dal requisito della ragionevolezza (come noto agevolmente desumibile dall’art. 3 Cost.), provocando altresì un’arbitraria limitazione (e, con ciò, una conseguente

⁽¹⁶⁾ Per quanto concerne la fase di ammissione della consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite si vedano, come riferimenti di base, V. ANSANELLI, *La consulenza tecnica preventiva*, cit., 1075 ss.; M. SCALAMOGNA, *Alcune questioni controverse in tema di consulenza tecnica preventiva con funzione conciliativa*, cit., 957 ss.; V. SCIBETTA, *Il nuovo art. 696-bis c.p.c.: la consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, in *Giur. mer.*, 2006, 267 ss.; M. VACCARI, *L’accertamento tecnico preventivo. Probatorio, conciliativo, previdenziale, sanitario*, Milano, 2018, 83 ss.; R. CONTE, *Sui limiti di ammissibilità della consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2007, 2268; M.P. FUIANO, *Vecchi e nuovi problemi in tema di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, cit., 455 ss.; P. SORRENTINO, *Sulle condizioni di ammissibilità del ricorso ex art. 696 bis c.p.c.*, in *Gazz. for.*, 2018, 241 ss.; G. SANDRINO, *Consulenza tecnica preventiva – La contestazione estesa all’an della pretesa e l’art. 696 bis c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2017, 375 ss.

violazione) del diritto di agire e difendersi in giudizio tutelato dall'art. 24 Cost.

Come si è in parte già anticipato, nella sua versione originaria la norma consentiva di richiedere la nomina di un consulente tecnico affinché venisse attribuito allo stesso il compito di accertare la mancata o inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali e di determinare l'ammontare dei danni derivanti dall'eventuale inadempimento contrattuale; ovvero di accertare e quantificare i danni (*crediti*, nell'espressione della legge) derivanti da fatto illecito. Si trattava di un ambito applicativo certamente molto esteso, in quanto sostanzialmente riguardante le principali (anche se non uniche) fonti di obbligazioni del nostro ordinamento⁽¹⁷⁾. La dizione della norma portava tuttavia a escludere dall'ambito di operatività del procedimento in questione alcune categorie di controversie, come quelle concernenti i crediti derivanti da diritti personali o *status* (quali le obbligazioni alimentari o di mantenimento), da obbligazioni naturali nonché i crediti derivanti da specifiche obbligazioni, quali la *negotiorum gestio*, la *indebiti solutio* o l'arricchimento senza causa.

Al riguardo, si era già avuto modo di rilevare come queste limitazioni *ex lege* per così dire *ratione materiae* apparissero sostanzialmente arbitrarie e irragionevoli; argomentandosi al contempo che sarebbe apparso, per converso, più opportuno rimettere al giudice ampi poteri discrezionali in tal senso, in modo da consentirgli di operare un bilanciamento fra gli interessi coinvolti⁽¹⁸⁾. Sembra inoltre possibile aggiungere che, per orientare la scelta discrezionale del giudice, il legislatore avrebbe potuto riferirsi a indici – a partire dalla qualità delle parti, al valore della controversia, al tasso di complessità della stessa – suscettibili di consigliare (o, per converso, rendere prevedibilmente infruttuoso e, quindi, escludere) il ricorso al tentativo di conciliazione pre-giudiziale a opera dell'esperto. E ciò anche al fine di fissare dei criteri di accesso alla consulenza tecnica preventiva tali da evitare l'utilizzazione di questo procedimen-

⁽¹⁷⁾ Cfr. C. BESSO, *La prova prima del processo*, cit., 14.

⁽¹⁸⁾ Cfr. C. BESSO, *La prova prima del processo*, cit., 163.

to in presenza di una *quaestio iuris* controversa, ovvero di contestazioni specifiche (desumibili dall'allegazione di specifici fatti estintivi, modificativi o impeditivi dello stesso) inerenti all'*an* del diritto di credito⁽¹⁹⁾. Sul primo versante, la Corte Costituzionale ha mostrato di condividere simili rilievi, annullando ogni differenza in ordine all'ammissibilità della consulenza tecnica preventiva riconducibile alla *fonte* del credito di cui si chiedi l'accertamento e la determinazione. Sul secondo versante, invece, nel corso del tempo si è accumulato uno *stream* di decisioni giurisprudenziali alquanto variegato.

Con riguardo ai presupposti di ammissibilità si è detto che l'art. 696 *bis* c.p.c. prevede espressamente che l'espletamento della consulenza tecnica preventiva ai fini della conciliazione della lite possa essere richiesto «anche al di fuori delle condizioni di cui al comma 1 dell'art. 696»; precisazione che, secondo unanime dottrina e giurisprudenza, deve essere interpretata nel senso che l'azionabilità dell'istituto *de quo* prescinde dal requisito cautelare dell'urgenza.

È, invece, controverso se costituisca condizione di ammissibilità del ricorso *ex art. 696 bis* c.p.c. anche la sussistenza del requisito del *fumus boni iuris*. E, in caso affermativo, quale sia la precisa accezio-

⁽¹⁹⁾ Sia consentito il rinvio a V. ANSANELLI, *Esperti e risoluzione anticipata delle controversie civili nei nuovi artt. 696 e 696 bis c.p.c.*, cit., 1253-4. Anche *de iure condito* permane in una parte della dottrina la convinzione che il giudice debba rigettare l'istanza di consulenza tecnica preventiva ove, sulla base delle opposizioni allegiate dal resistente, ritenga improbabile il raggiungimento di una soluzione transattiva; cfr. G. BALENA, M. BOVE, *Le riforme più recenti del processo civile*, cit., 374. È stato evidenziato come le possibilità di raggiungere accordi transattivi siano destinate a diminuire enormemente «qualora la contrapposizione fra le parti sia in punto di diritto»; cfr. E. MARINUCCI, *Commento sub art. 696 bis c.p.c.*, in L.P. COMOGLIO, R. VACCARELLA (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, cit., 2921. Come si è già detto, la stessa relazione al progetto Vaccarella (il cui art. 49 costituisce l'antecedente dell'odierno art. 696 *bis* c.p.c.), esplicitava la convinzione che le possibilità di raggiungimento di una soluzione transattiva fossero subordinate all'esistenza di una controversia avente quale punto di contrasto esclusivamente una *quaestio facti*. A riguardo, si rinvia nuovamente a C. BESSO, *La prova prima del processo*, cit., 10-2.

ne o declinazione che assuma tale requisito cautelare qualora il ricorso sia inteso a ottenere l'ammissione della consulenza tecnica preventiva.

Secondo la ricostruzione offerta da una parte della dottrina – avallata anche dalle prime pronunce della giurisprudenza di merito – per un verso, la prevalente funzione conciliativa dell'istituto (che, per funzionare al meglio, dovrebbe presupporre una posizione paritaria delle parti, non sbilanciata da valutazioni anticipatorie del giudice) e, per altro verso, il suo affrancamento dal *genus* del procedimento cautelare, dovrebbero far propendere per la non necessità del requisito del *fumus boni iuris* (e, pertanto, il giudice non dovrebbe effettuare alcuna prognosi in concreto in ordine alla sussistenza del diritto che dovrebbe essere vantato nel successivo giudizio di merito). Secondo tale tesi ricostruttiva, ogni questione concernente la sua ammissibilità sarebbe, dunque, da rimettere al giudice dell'eventuale e successivo giudizio di merito ⁽²⁰⁾.

A supporto di tale conclusione si è anche argomentato che la formazione anticipata della relazione peritale non dovrebbe essere considerata un'attività strumentale all'eventuale giudizio di merito, ma esclusivamente il punto di partenza per il raggiungimento di accordi transattivi. Finalità che *expressis verbis* la norma porrebbe – sin dalla sua rubricazione – quale finalità del tutto principale e preponderante dell'istituto ⁽²¹⁾. E, portando alle estreme conseguenze

⁽²⁰⁾ In dottrina in questo senso V. SCIBETTA, *Il nuovo art. 696-bis c.p.c.*, cit., 267; G. NARDO, *La consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c. tra conciliazione della lite ed anticipazione della prova*, cit., 348 ss.; N. GIALLONGO, *Accertamento tecnico preventivo e tutela cautelare nell'arbitrato irrituale dopo la legge n. 80 del 2005*, in *Giur. it.*, 2006, 214 ss.; M. SCALAMOGNA, *Alcune questioni controverse in tema di consulenza tecnica preventiva con funzione conciliativa*, cit., 958. In giurisprudenza, Trib. Catania, 8 febbraio 2010, in *DeJure*; Trib. Milano, 24 aprile 2012, in <www.ilcaso.it>; Trib. Cosenza, 22 maggio 2015, in <www.ilprocessocivile.it>.

⁽²¹⁾ In questo senso N. GIALLONGO, *Accertamento tecnico preventivo e tutela cautelare nell'arbitrato irrituale dopo la legge n. 80 del 2005*, in *Giur. it.*, 2006, 214 ss.; M. SCALAMOGNA, *Alcune questioni controverse in tema di consulenza tecnica preventiva con funzione conciliativa*, cit., 958. In giurisprudenza v. Trib. Torino,

questo percorso interpretativo, si è anche ritenuto che il giudice dovrebbe rigettare il ricorso presentato *ex art. 696 bis c.p.c.* qualora, sulla base delle difese della parte resistente, ritenga che il nominando esperto non avrebbe sufficienti *chances* di raggiungere un accordo transattivo⁽²²⁾. Anche nella giurisprudenza di merito tale ricostruzione ha trovato ingresso. A riguardo sono stati, infatti, elaborati i seguenti principi di diritto: i) la consulenza tecnica preventiva di cui all'*art. 696 bis c.p.c.* è uno strumento introdotto dal legislatore con finalità principalmente deflattiva, in quanto finalizzata al raggiungimento di una soluzione del conflitto alternativa all'introduzione del giudizio di merito; ii) pertanto, la finalità eminentemente deflattiva dell'istituto impone che il conflitto fra le parti abbia quale unico punto di dissenso ciò che, in sede di merito, sarebbe oggetto di consulenza tecnica d'ufficio, acquisita la quale dovrebbe essere ragionevole ritenere, in base a una valutazione *ex ante*, che le parti si concilieranno, senza che residuino altre questioni controverse⁽²³⁾; iii) il giudice, dunque, nello svolgimento del preliminare vaglio di ammissibilità, deve verificare che il contrasto tra le parti possa essere effettivamente composto in forza del solo accertamento tecnico, escludendolo quando vi siano tra le parti altri motivi di contrasto involgenti questioni giuridiche o accertamenti di fatto⁽²⁴⁾.

Tale conclusione si fonda anche sul condivisibile rilievo che la *ratio* principale della consulenza tecnica preventiva non sia quella di acquisire un mezzo di prova prima dell'inizio del processo di merito (o della relativa fase istruttoria), per ovviare al rischio della sua dispersione. L'acquisizione di elementi probatori non appare, invero, strumentale al successivo esercizio dell'azione di merito (ossia, a

31 marzo 2008, e Trib. Mantova, 3 luglio 2008, entrambe in <www.ilcaso.it>; Trib. Milano 17 aprile 2007, in *Giur. it.*, 2007, 2268.

⁽²²⁾ V. G. BALENA, M. BOVE, *Le riforme più recenti della giustizia civile*, cit., 374.

⁽²³⁾ Trib. Cagliari, 22 settembre 2020, in *DeJure*; Trib. Pisa, 2 giugno 2017, *ivi*.

⁽²⁴⁾ Trib. Milano, 14 febbraio 2019, in *DeJure*.

garantire l'effettività della tutela giurisdizionale mediante il processo) ⁽²⁵⁾. Piuttosto, come è stato rilevato, essa sembra rappresentare «uno strumento-base dal quale poter partire per giungere ad una soluzione conciliativa della controversia tra le parti, proprio evitando il successivo giudizio di merito» ⁽²⁶⁾. In quanto finalizzato al raggiungimento di una conciliazione in sede giudiziale, l'istituto appare dunque rientrare nel *genus* della giurisdizione civile contenziosa. E, proprio sulla base di tali premesse, si è tentato di inquadrare la consulenza tecnica preventiva nel vasto ed eterogeneo fenomeno delle *informal justice*, riconducibile alle procedure autonome di *alternative dispute resolution* ⁽²⁷⁾.

⁽²⁵⁾ Per quanto concerne il rapporto di strumentalità fra i procedimenti di istruzione preventiva e il giudizio di merito, va comunque segnalato che la dottrina pressochè unanime ne segnala il carattere attenuato rispetto agli altri procedimenti cautelari, parlando a riguardo di «remoto grado di strumentalità» (cfr. G. BALENA, voce *Istruzione. Il procedimento di istruzione preventiva*, in *Enc. giur.*, vol. XVIII, Roma, 1990, 1 ss.); di «estremo attenuarsi del vincolo di strumentalità» (cfr. L. SALVANESCHI, *I procedimenti di istruzione preventiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 801); e di «strumentalità ipotetica» (cfr. G. NICOTINA, voce *Istruzione preventiva*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano 1973, 156).

⁽²⁶⁾ Cfr. L. GUAGLIONE, *Commento sub artt. 696 e 696 bis c.p.c.*, in F. CIPRIANI, G. MONTELEONE (a cura di), *La riforma del processo civile*, Padova, 2007, 525 ss.; G. NARDO, *La nuova funzione conciliativa dell'accertamento tecnico preventivo alla luce della recente legge n. 80/2005*, cit., 3. Come è già stato rilevato, si tratta di un obiettivo che sembra realizzabile con maggiore frequenza in controversie dal carattere non eccessivamente complesso o, comunque, in quelle il cui nucleo essenziale sia costituito da questioni di natura tecnico-scientifica, il cui accertamento sia rimesso, anche in sede ordinaria, ricorrentemente agli esperti. Talchè, una volta ricostruita la *quaestio facti* e la quantificazione del *an debeatur* mediante l'espletamento della consulenza tecnica preventiva, possa sostanzialmente considerarsi esaurita la materia del contendere; tanto da rendere del tutto superfluo o comunque scoraggiare il ricorso al giudizio di merito, prestandosi il conflitto a divenire oggetto di accordo fra le parti.

⁽²⁷⁾ In particolare, alcune analogie sono state riscontrate con il percorso di *alternative dispute resolution* denominato *neutral expert fact finding*, nel cui ambito all'esperto viene affidato il compito di compiere accertamenti sulla *dispute technical issue*; allo stesso esperto verranno poi affidate funzioni di mediatore; cfr. A.A. ROMANO, *Il nuovo art. 696 bis c.p.c., tra mediation ed anticipazione della prova*, cit., 419. Per un'ampia e articolata trattazione di questo fenomeno, nonché per gli

Al riguardo, sembra possibile affermare che fra il procedimento delineato dall'art. 696 *bis* c.p.c. e i procedimenti anglosassoni di *mediation*, appaiano maggiori le differenze che le somiglianze. In linea di estrema sintesi, non sembra anzitutto da trascurare che l'accesso alle forme di *alternative dispute resolution* avviene o, comunque, risulta nella stragrande maggioranza dei casi fondato sull'accordo di tutte le parti⁽²⁸⁾. Per contro, a introdurre il procedimento di cui all'art. 696 *bis* c.p.c., risulta sufficiente l'iniziativa di una parte; talché le altre parti si troveranno coinvolte nel procedimento loro malgrado (una circostanza che, come si può facilmente intendere, non appare esattamente funzionale al raggiungimento di una soluzione conciliativa della lite). Per altro verso, i procedimenti di *mediation* appaiono caratterizzati da un elevato tasso di *privatizzazione*, non contemplando interventi significativi dell'organo giudicante; mentre l'art. 696 *bis* c.p.c. subordina l'instaurazione del relativo procedimento a valutazioni di natura giuridica, quali la stessa ammissibilità dell'istanza, ovvero (secondo alcuni orientamenti giurisprudenziali) a una prognosi circa la probabile fondatezza stessa della domanda di merito⁽²⁹⁾. Valutazioni che, come è noto, nella consulenza tecnica preventiva a fini conciliativi sono invece rimesse all'organo giudicante.

Un'ulteriore e decisiva circostanza va considerata per esprimere valutazioni circa la diversità – funzionale, prima che strutturale – fra i modelli di *mediation* di matrice anglosassone (e in particolare statunitense) e la consulenza tecnica preventiva ai fini della compo-

opportuni riferimenti bibliografici, si rinvia a F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008, 49 ss.; con specifico riferimento, invece, alle somiglianze fra l'istituto in questione e analoghi strumenti presenti nell'ordinamento tedesco, si rinvia per una diffusa trattazione nonché per gli opportuni riferimenti bibliografici a M. SCALAMOGNA, *Alcune questioni controverse in tema di consulenza tecnica preventiva con funzione conciliativa*, cit., 957 ss.

⁽²⁸⁾ Cfr. L.P. COMOGLIO, *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 354 ss.

⁽²⁹⁾ A.A. ROMANO, *Il nuovo art. 696 bis c.p.c., tra mediation ed anticipazione della prova*, cit., 419.

sizione della lite. Quel che sembra mancare al procedimento italiano, è «qualunque promessa di *confidentiality*», dal momento che, anzi, l'acquisizione al processo di merito del materiale conoscitivo acquisito dall'esperto è considerata circostanza del tutto naturale e fisiologica, in netto contrasto con le esperienze conciliative statunitensi, ove appunto la non utilizzabilità di quanto emerso nel contesto della *mediation* rappresenta una delle maggiori attrattive degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie ⁽³⁰⁾.

Per quanto nel complesso condivisibili le opinioni espresse dalla nostra dottrina in ordine al primato teleologico della composizione della lite, la collocazione dell'istituto e, soprattutto, la possibilità che la relazione peritale formata in via preventiva possa essere acquisita al successivo (ed eventuale) giudizio di merito, sembrano invero rivestire un ruolo fondamentale nell'inquadramento sistematico della consulenza tecnica preventiva ⁽³¹⁾. Appaiono in questo senso fondati i rilievi effettuati da quella parte della nostra dottrina che – sin dall'emanazione della norma – ha evidenziato «la doppia anima» ⁽³²⁾, il carattere «bifronte», di «moderno Dott. Jekyll» di tale istituto ⁽³³⁾. Questo inquadramento appare condivisibile, nel senso del riconoscimento di una sostanziale ambivalenza all'istituto della consulenza tecnica preventiva ⁽³⁴⁾. Ed è appena il caso di ricordare

⁽³⁰⁾ Cfr. A.A. ROMANO, *Il nuovo art. 696 bis c.p.c., tra mediation ed anticipazione della prova*, cit., 421; F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, cit., *passim*; L. PASSANANTE, *Modelli di tutela dei diritti. L'esperienza inglese e italiana*, cit., *passim*. Viene evidenziato dalla dottrina appena richiamata come la combinazione di funzioni istruttorie e funzioni conciliative avvicini l'istituto della consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite ad altri istituti già esistenti in altri ordinamenti. I principali riferimenti comparativi vengono individuati nel *selbständiges Beweisverfahren* disciplinato dal secondo capoverso del § 485 ZPO tedesca, e allo strumento del *référé probatoire* previsto dall'art. 145 NCPC francese.

⁽³¹⁾ Cfr. G. BALENA, *Elementi di diritto processuale civile*, cit., 268.

⁽³²⁾ G. NARDO, *La nuova funzione conciliativa dell'accertamento tecnico preventivo alla luce della recente legge n. 80/2005*, cit., 3.

⁽³³⁾ C. ASPRELLA, *Consulenza tecnica preventiva*, cit., 96 ss.

⁽³⁴⁾ Cfr. R. BONATTI, *Un moderno dottor Jekyll*, cit., 247 ss.

come in proposito sia stato anche prospettato che la «duplice finalità dell'istituto, a tratti quasi ambigua, insieme ad una collocazione all'interno del codice di rito palesemente non congrua», abbia contribuito «ad ingenerare dubbi e difficoltà allorché si pretenda di ricondurre *in toto* l'art. 696 *bis* c.p.c. a categorie dogmatiche già note»⁽³⁵⁾.

Su questa linea, al fine di valorizzare la funzione di anticipazione della prova dell'art. 696 *bis* c.p.c., si è anche sostenuto che la configurazione di una particolare figura di accertamento tecnico preventivo sganciato dal requisito del *periculum* abbia rappresentato il vero intento originario del legislatore a questo riguardo, restando soltanto sullo sfondo l'ulteriore finalità conciliativa⁽³⁶⁾.

Anche in forza di tali considerazioni, nella dottrina maggioritaria appare sedimentata la consapevolezza dell'imprescindibilità, anche per il ricorso alla consulenza tecnica preventiva, così come accade per gli altri strumenti di istruzione preventiva, della verifica della sussistenza del requisito del *fumus boni iuris*.

A riguardo, la maggioranza della dottrina risulta sostanzialmente concorde nel ritenere che il giudice debba accertare la sussistenza di questo requisito con una valutazione che dovrebbe essere formulata in relazione all'oggetto del futuro giudizio di merito. In questa prospettiva risulta senz'altro condivisibile il rilievo che, ove fosse assente qualsiasi valutazione giudiziale in ordine all'ammissibilità dell'istanza di consulenza tecnica preventiva in rapporto all'oggetto della possibile controversia di merito, aumenterebbero in maniera esponenziale i rischi di un'utilizzazione abusiva del relativo procedimento, ossia di un'utilizzazione finalizzata a compiere indagini

⁽³⁵⁾ A.A. ROMANO, *Il nuovo art. 696 bis c.p.c., tra mediation ed anticipazione della prova*, cit., 421.

⁽³⁶⁾ Cfr. A.A. ROMANO, *op. cit.*, 412, il quale ivi rileva come «vi è dunque una ulteriore e meno evidente finalità della consulenza tecnica preventiva, quella di pura anticipazione di una porzione dell'istruttoria ordinaria che – sebbene palesemente alternativa e secondaria rispetto alla conciliazione – deve essere tenuta in debito conto nella sistemazione dell'istituto e nella interpretazione delle norme che lo regolano».

meramente esplorative, non sorrette dal bisogno (effettivo o potenziale) di tutela giurisdizionale di posizioni soggettive ⁽³⁷⁾.

In dottrina si riscontrano, tuttavia, significative divergenze in ordine al contenuto effettivo di questa prognosi, spaziando da tesi più estensive a impostazioni più rigorose e intransigenti. Sul primo versante, la tendenza è a ritenere che ai fini dell'ammissibilità del procedimento disciplinato dall'art. 696 *bis* c.p.c. sia sufficiente l'allegazione da parte del ricorrente dell'esistenza di un credito ⁽³⁸⁾. Adottando una prospettiva analoga, altra parte della dottrina ha ritenuto che – nell'intento di favorire il ricorso a tale strumento deflattivo (e la conseguente *composizione* della lite) – il legislatore abbia inteso sganciare il procedimento anche dal secondo dei requisiti classici dell'istruzione preventiva, rappresentato appunto dalla verosimiglianza del diritto vantato ⁽³⁹⁾.

Su opposto versante, in maniera più restrittiva dell'ambito applicativo dell'istituto, si pone come già detto una tesi che appare più aderente alle finalità principali dell'istituto. In questo senso, si ritiene infatti che il giudice dovrebbe provvedere al rigetto del ricorso presentato *ex art.* 696 *bis* c.p.c. ove, sulla base delle allegazioni della parte resistente, ritenga che il nominando esperto non avrebbe sufficienti *chances* di raggiungere un accordo transattivo ⁽⁴⁰⁾. Sempre

⁽³⁷⁾ Cfr. F. CUOMO ULLOA, *Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, cit., 274; analogamente R. BONATTI, *Un moderno dott. Jekyll: la consulenza tecnica conciliativa*, cit., 247.

⁽³⁸⁾ Cfr. A. SALETTI, *Il nuovo regime delle misure cautelari e possessorie*, Milano, 2006, 52, il quale argomenta nel senso dell'assenza di ulteriori requisiti normativi a riguardo.

⁽³⁹⁾ Cfr. G. NARDO, *La nuova funzione conciliativa dell'accertamento tecnico preventivo alla luce della recente legge n. 80/2005*, cit., 3; analogamente L. GUALIGLIONE, *Commento agli articoli 696 e 696 bis c.p.c.*, cit., 1234.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. G. BALENA, M. BOVE, *Le riforme più recenti della giustizia civile*, cit., 374. A riguardo si è affermato che l'orientamento non pare condivisibile innanzitutto alla stregua del dato letterale, che sembra affidare al consulente ogni più ampia valutazione in ordine alla possibilità di perseguire soluzioni conciliative. Appare presumibile che posizioni inizialmente intransigenti delle parti possano essere

su questo versante, si è anche prospettata un'interpretazione rigorosa del requisito del *fumus boni iuris*, intendendosi subordinare l'ammissione della consulenza tecnica preventiva alla valutazione del giudice circa la probabile fondatezza *in iure* della domanda di merito prospettata⁽⁴¹⁾.

Sono maggiori i consensi che sembra incontrare in giurisprudenza una tesi intermedia, all'apparenza meno rigorosa sotto un profilo sistematico ma probabilmente più rispettosa del tenore letterale della norma. Secondo questa ricostruzione il giudice, a fronte di un ricorso *ex art. 696 bis c.p.c.*, sarebbe chiamato a realizzare una valutazione analoga a quella richiestagli a fronte dell'istanza di acquisizione di una qualsiasi altra prova preventiva. In altri termini, al giudice dovrebbe essere affidato il compito di valutare l'ammissibilità e la rilevanza della consulenza tecnica preventiva in vista della futura causa di merito, con una valutazione probabilistica riguardo alla sua utilità *de futuro* per l'accertamento dei fatti controversi (che ne rendano probabile l'assunzione nel successivo giudizio di merito)⁽⁴²⁾.

A sostegno di tale conclusione si è anche rilevato che la subordinazione dell'ammissione della prova preventiva al requisito del *fumus boni iuris* non sarebbe sancita dal primo comma dell'art. 696 c.p.c. (unica disposizione a cui l'art. 696 *bis* espressamente deroga), bensì da altre disposizioni alle quali la norma in questione non sembra aver derogato⁽⁴³⁾.

superate proprio a seguito delle valutazioni del consulente che, se correttamente argomentate, potranno ottenere una sufficiente efficacia persuasiva.

⁽⁴¹⁾ Cfr. A. SALETTI, *Il nuovo regime delle misure cautelari e possessorie*, cit., 52.

⁽⁴²⁾ Si veda in questo senso F. CUOMO ULLOA, *Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, cit., 277.

⁽⁴³⁾ Cfr. A.A. ROMANO, *Il nuovo art. 696 bis c.p.c., tra mediation ed anticipazione della prova*, cit., 426. In dottrina è stato altresì rilevato che tanto l'accertamento tecnico che la consulenza preventiva sono provvisori e strumentali al giudizio di merito, dovendo quindi soggiacere alla medesima valutazione giudiziale in ordine alla loro ammissibilità; cfr. R. MASONI, *La consulenza tecnica d'ufficio e l'accertamento tecnico preventivo dopo le riforme*, in *Giur. it.*, 2007, 11. A riguardo si è evidenziato come l'improprio riferimento del legislatore

Sembra possibile, in definitiva, ritenere che la necessità di valutare, per l'ammissione della consulenza tecnica preventiva, la sussistenza del requisito del *fumus boni iuris* risulti sostanzialmente condivisibile. Ciò con la precisazione che, anche in ragione del richiamo alla disciplina della consulenza tecnica d'ufficio (contenuto nell'art. 696 *bis*, 6° comma, c.p.c.), la sussistenza del requisito si sostanzia in quello della rilevanza dell'indagine tecnica in termini probatori nel successivo giudizio di merito. Una circostanza da accertare valutando anche la *necessarietà* di ricorrere, per l'accertamento dei fatti dedotti dalle parti, a conoscenze specialistiche che trascendano il sapere dell'uomo medio ⁽⁴⁴⁾.

Sempre in tema di ammissibilità, parte della dottrina ritiene che la relativa istanza debba essere rigettata qualora si palesi *ictu oculi* l'insussistenza dei requisiti processuali della domanda di merito (interesse e legittimazione ad agire). Ciò, verosimilmente, al fine di realizzare risultati di economia processuale scongiurando, per converso, l'utilizzazione di tale istituto per conflitti meramente potenziali ⁽⁴⁵⁾.

Anche nella giurisprudenza di merito si riscontrano posizioni differenziate in ordine ai requisiti di ammissibilità della consulenza tecnica preventiva. Secondo un primo orientamento, l'espletamento del procedimento disciplinato dall'art. 696 *bis* c.p.c. dovrebbe prescindere dalla verifica della sussistenza tanto del *periculum in mora*

all'«accertamento» e alla «determinazione» dei crediti, consenta di ritenere ammissibile la consulenza tecnica preventiva quando essa si manifesti rilevante sia per l'accertamento dei fatti costitutivi del diritto soggettivo sia per la determinazione del *quantum* del medesimo.

⁽⁴⁴⁾ In questo senso si veda, ad esempio, A.A. ROMANO, *Il nuovo art. 696 bis c.p.c., tra mediation ed anticipazione della prova*, cit., 427, il quale sembra riconoscere che la consulenza tecnica preventiva non debba essere ammessa qualora «i fatti tecnici risultino già dimostrati ovvero negati *per tabulas*, (...) ovvero laddove la valutazione critica dell'accaduto sia tanto semplice da poter essere comunque compiuta sulla base di massime d'esperienza generalmente note».

⁽⁴⁵⁾ Cfr. A.A. ROMANO, *Il nuovo art. 696 bis c.p.c., tra mediation ed anticipazione della prova*, cit., 427.

che del *fumus boni iuris* ⁽⁴⁶⁾. Su altro versante si colloca, come pure si è già anticipato, un diverso e interessante orientamento giurisprudenziale che sembra valorizzare sia la finalità conciliativa dell'istituto, sia la necessaria specificità delle indagini assegnate al consulente. Si è, infatti, affermato che la richiesta di consulenza tecnica preventiva debba considerarsi ammissibile solo ove potenzialmente finalizzata alla composizione della lite; ossia, quando la controversia fra le parti abbia «quale unico punto di dissenso ciò che in sede di processo di cognizione può costituire oggetto di consulenza tecnica, acquisita la quale secondo le preventivamente dichiarate intenzioni delle parti, appare assai probabile che esse si concilieranno, non residuando – con valutazione da rendersi in concreto ed *ex ante* – altre questioni controverse». Proseguendo in questo percorso interpretativo, la giurisprudenza di merito perviene a ritenere che la richiesta di consulenza preventiva debba essere respinta «laddove le parti non controvertano soltanto sulla misura dell'obbligazione, bensì anche sulla effettiva sussistenza della stessa ⁽⁴⁷⁾. Ovvero che la stessa istanza sia da dichiararsi inammissibile «ove le parti non abbiano nemmeno genericamente manifestato l'intento conciliativo» ⁽⁴⁸⁾.

Sempre nella prospettiva della valorizzazione della finalità conciliativa dell'istituto, si pone quel diverso orientamento giurisprudenziale inteso a ritenere inammissibile il ricorso *ex art. 696 bis c.p.c.* quando la consulenza tecnica preventiva richiesta da una delle parti non esaurisca tutti gli aspetti del conflitto. E ciò ritenendo che «la procedura *ex art. 696 bis c.p.c.* integra uno strumento alternativo di risoluzione delle controversie che ha il fine, attraverso il mezzo della consulenza tecnica, di chiudere la controversia insorta tra le parti senza ricorrere al giudizio a cognizione piena. È pertanto

⁽⁴⁶⁾ V. Trib. Torino, 31 marzo 2008, in *One Legale Wolters Kluwer*; Trib. Mantova, 3 luglio 2008, in *Giur. it.*, 2009, 4; App. Catania, 12 agosto 2008, in *One Legale Wolters Kluwer*.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. Trib. Milano, 17 aprile 2007, in *Giur. it.*, 2007, 2268 ss.

⁽⁴⁸⁾ Trib. Caltagirone, 2 ottobre 2020, in *DeJure*.

inammissibile il ricorso *ex art. 696 bis* c.p.c. qualora la consulenza tecnica preventiva richiesta non abbia la potenzialità di esaurire tutti gli aspetti della controversia ai fini della conciliazione della causa»⁽⁴⁹⁾.

Per quanto riguarda il regime di reclamabilità dell'ordinanza di rigetto dell'istanza di nomina del consulente tecnico *ex art. 696 bis* c.p.c., come noto, la Corte Costituzionale, investita della questione, superando precedenti incertezze interpretative ha di recente dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme contenute negli artt. 669 *quaterdecies* e 695 c.p.c., nella parte in cui non consentono di utilizzare lo strumento del reclamo, previsto dall'art. 669 *terdecies* c.p.c., avverso il provvedimento che rigetta il ricorso inteso alla nomina del consulente tecnico⁽⁵⁰⁾. E, sembra possibile aggiungere, il particolare rilievo di tale pronuncia risiede anche nella circostanza che la Corte Costituzionale abbia inteso specificare che il rimedio del reclamo deve considerarsi utilizzabile anche qualora le ragioni del diniego si sostanzino in cause di inammissibilità legate proprio ai presupposti applicativi (e, per così dire, *ratione materiae*) dell'art. 696 *bis* c.p.c. In questa prospettiva, pare potersi anche ritenere che tale pronuncia abbia in qualche misura aperto le porte alla successiva sentenza n. 222 del 2023 che, come detto, ha frantumato ogni limite all'ammissibilità dell'istituto in questione in ragione della fonte del credito di cui si chieda l'accertamento o la contestazione. Motivando la propria decisione, la Corte Costituzionale ha infatti chiarito che «la previsione della possibilità di proporre una domanda di fronte a un giudice senza poter contestare dinanzi a un giudice diverso le ragioni che hanno condotto a un provvedimento di diniego si pone in contrasto con il diritto di agire e difendersi in giudizio e con il canone di ragionevolezza». Inoltre – in questo senso rimarcando ulteriormente le fondamentali finalità deflattive del medesimo istituto – il giudice delle leggi ha voluto rimarcare che «l'esclusione della reclamabilità priva definitivamente e irragione-

⁽⁴⁹⁾ Trib. Pisa, 2 giugno 2017, in *DeJure*.

⁽⁵⁰⁾ Si tratta di Corte cost., 10 novembre 2023, n. 202.

volmente la parte di una importante facoltà processuale diretta alla possibile composizione della lite, in ingiustificata distonia con la reclamabilità del rigetto delle istanze di istruzione preventiva».

In questo panorama non mancano, tuttavia, alcune pronunce che legano l'ammissibilità dell'istanza *ex art. 696 bis c.p.c.* a una prognosi di vera e propria probabile fondatezza della successiva domanda di merito ⁽⁵¹⁾.

Queste brevi considerazioni sembrano confermare l'impressione che la reale efficacia conciliativa dell'istituto in questione sia strettamente collegata a un'interpretazione funzionale e non strettamente letterale dell'articolo 696 *bis c.p.c.* E, sembra anche possibile aggiungere, il potenziamento della *expertise* conciliativa dei consulenti tecnici, realizzata anche dalla recente riforma Cartabia del processo civile, sembra poter costituire un ulteriore intrinseco fattore di potenziamento della capacità deflattiva dell'istituto in questione. Come è noto, infatti, al fine di migliorare gli *standards* qualitativi delle conoscenze esperte utilizzate all'interno del processo, con il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 il legislatore ha scelto di puntare essenzialmente sull'innalzamento della qualificazione professionale soggettiva del consulente tecnico. Un risultato che viene perseguito mediante la valorizzazione del requisito della «speciale competenza tecnica» (art. 15 disp. att. c.p.c.) richiesta al professionista per l'iscrizione nell'albo dei consulenti tecnici d'ufficio. Sono state poi modificate le disposizioni di attuazione al codice di rito dedicate alle modalità di formazione e di tenuta degli albi dei consulenti tecnici, nonché quelle relative alla distribuzione degli incarichi (artt. 13, 15, 16, 18, 22, 23, 24 *bis* disp. att. c.p.c.). Per altro verso – e in coordinamento con gli interventi appena richiamati – è stato istituito l'albo nazionale dei consulenti tecnici d'ufficio. In questo contesto, il terzo comma dell'art. 14 disp. att. c.p.c. (aggiunto dall'art. 4, 2° comma, lett. a, d.lgs. n. 149 del 2022) aveva affidato ad un decreto del Ministero della giustizia, da adottarsi in concerto con i Ministri

⁽⁵¹⁾ Trib. Macerata, 12 novembre 2015, in *DeJure* <www.dejure.it>.

dell'economia e delle finanze e dello sviluppo economico, il compito: i) di aggiornare «le ulteriori categorie dell'albo e i settori di specializzazione di ciascuna categoria», in modo da renderlo più conforme alla diversificazione e alla progressiva specializzazione dei saperi della società contemporanea; ii) di «indicare i requisiti per l'iscrizione all'albo nonché i contenuti e le modalità della comunicazione ai fini della formazione, della tenuta e dell'aggiornamento dell'elenco nazionale di cui all'articolo 24-bis». Nell'esercitare la delega affidatagli, il ministro della giustizia, con decreto n. 109 del 4 agosto 2023 ha provveduto a fissare i requisiti che l'aspirante consulente tecnico deve possedere per ottenere l'iscrizione all'albo (e il contenuto della relativa domanda di iscrizione) (art. 4), nonché a individuare gli obblighi di formazione continua e gli altri obblighi che gravano sui consulenti già iscritti all'albo al fine di mantenere tale posizione ⁽⁵²⁾.

Quel che si intende rimarcare in questa sede è l'assoluto rilievo dell'inserimento, fra i requisiti che l'aspirante consulente tecnico deve possedere per ottenere l'iscrizione nel relativo albo, del «possessione di adeguate e comprovate competenze nell'ambito della conciliazione, acquisite anche mediante specifici percorsi formativi».

Infine – e come mera suggestione a riguardo – sembra possibile ritenere che alcune innovazioni disciplinari potrebbero contribuire

⁽⁵²⁾ Si tratta del decreto del Ministro della Giustizia n. 109 del 2023 cit., contenente il «Regolamento concernente l'individuazione di ulteriori categorie dell'albo dei consulenti tecnici di ufficio e dei settori di specializzazione di ciascuna categoria, l'individuazione dei requisiti per l'iscrizione all'albo, nonché la formazione, la tenuta e l'aggiornamento dell'elenco nazionale, ai sensi dell'articolo 13, quarto comma, delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile e disposizioni transitorie, aggiunto, unitamente all'articolo 24-bis, rispettivamente dall'articolo 4, comma 2, lettere a) e g), del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149, e richiamato dagli articoli 15 e 16 delle stesse disposizioni per l'attuazione, come novellati, dallo stesso articolo 4, comma 2, lettera b) nn. 1 e 3, lettera c), nn. 1 e 2», pubblicato in G.U. n. 187 dell'11 agosto 2023 e in vigore dal 29 agosto 2023.

Per prime considerazioni a tale riguardo sia consentito il rinvio a V. ANSANELLI, *Novità in tema di consulenza tecnica (e qualità delle conoscenze esperte) nella riforma Cartabia*, in *Giusto proc. civ.*, 2023, 1049 ss.

a un ulteriore rafforzamento delle finalità compositiva della consulenza tecnica preventiva. Si pensi, ad esempio, alla possibilità di imporre alle parti di indicare le condizioni alle quali sarebbero disposte a comporre il conflitto e alla possibilità di combinare l'art. 696 *bis* c.p.c. con lo strumento della proposta conciliativa di cui al primo comma, secondo periodo, dell'art. 91 c.p.c.

Abstract

Nel 2005 è stato introdotto nell'ordinamento italiano l'istituto della «Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite», disciplinato dall'art. 696 *bis* c.p.c.

Muovendo dal rilievo dell'incidenza della risoluzione della «questione tecnica» al fine del raggiungimento di una composizione bonaria del conflitto, il saggio restituisce le più recenti novità dottrinali e giurisprudenziali che hanno interessato lo strumento di cui all'art. 696 *bis* c.p.c. In specie, con riguardo alla fase di ammissione dell'istituto, si sofferma sulle due recenti pronunce della Corte Costituzionale (n. 222 del 21 dicembre 2023 e n. 202 del 10 novembre 2023) che ne hanno parzialmente ridisegnato l'ambito applicativo.

The 'Preliminary Expert Consultation for the Settlement of Disputes' (Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite) was introduced into the Italian legal system in 2005. Regulated by art. 696 bis of the Italian Civil Procedure Code, this instrument is based on the assumption that the resolution of the decisive technical issue of the case would facilitate an amicable settlement.

The paper offers an in-depth analysis of the most recent literature and case-law on this instrument. In particular, it focuses on its admission phase and examines two recent judgements of the Italian Constitutional Court – No. 222 of December 21, 2023, and No. 202 of November 10, 2023 – that partially redefine its scope of application.

MECCANISMI DI GIUSTIZIA CONSENSUALE
NEL DIRITTO PROCESSUALE BRASILIANO.

UN'INTRODUZIONE IN CHIAVE COMPARATA (*)

*Cassio Scarpinella Bueno (**)*

SOMMARIO: 1. Il campo di indagine – 2. Un necessario ampliamento dell'oggetto del diritto processuale civile? – 2.1. Cenni sui mezzi non giurisdizionali di risoluzione delle controversie nel Codice di Procedura Civile brasiliano del 2015. – 3. La conciliazione. – 4. La mediazione. – 5. L'arbitrato. – 6. I giudizi speciali civili. – 7. Gli accordi processuali. – 7.1. Il calendario del processo. – 8. Riflessioni conclusive.

1. Il campo di indagine. – Oggetto del presente contributo è un'indagine di ampio respiro su diritto processuale civile brasiliano dalla prospettiva dei meccanismi di giustizia consensuale al fine di aprire alla comparazione con le soluzioni a riguardo adottate da altri ordinamenti giuridici. Non si intende con questo sfuggire ad un'approfondita analisi delle questioni che il tema della giustizia consensuale pone nel sistema brasiliano, bensì mantenere quel 'distacco' che consenta di offrire una visione d'insieme di ciò che può apparire più significativo a giuristi di altri ordinamenti sì da consen-

Giustizia consensuale Fasc. 2/2023, 557-587. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) Traduzione a cura di Silvana Dalla Bontà.

(**) Libero Docente di Diritto Processuale civile nella *Pontificia Universidade Católica de São Paulo*. Presidente dell'Istituto Brasileiro di Diritto Processuale (2022-2024), Vice-Presidente della Regione Brasile dell'Istituto Ibero-americano di Diritto Processuale (triennio 2023-2025).

tire con questi una riflessione comparata. Questo costituisce, d'altronde, uno degli obiettivi della Rivista che questo contributo ospita: quello di esaminare le diverse sfaccettature che il tema della giustizia consensuale pone e impone.

Fine ultimo e dichiarato delle riflessioni raccolte nelle pagine a seguire è pertanto quello di fornire al lettore 'materiale' sufficiente sul modo in cui la giustizia consensuale si presenta nell'ordinamento brasiliano, quale base per un confronto e dialogo con altri sistemi giuridici ⁽¹⁾.

2. Un necessario ampliamento dell'oggetto del diritto processuale civile? – Da un angolo visuale tradizionale, si può dire che sia corretto affermare – e in certo qual modo 'accontentarsi' di – una definizione di «diritto processuale civile» quale disciplina dedicata allo studio delle norme che reggono l'attività giurisdizionale svolta dal potere giudiziario e diretta alla soluzione delle controversie intersoggettive. Un diritto che, per questo, si inquadra quale ramificazione del diritto pubblico. Esso studia, infatti, le modalità di attuazione di uno dei «poteri» dello Stato – quello giudiziario – quando questo è sollecitato a decidere conflitti di interesse o minacce di controversie tra più di un soggetto di diritto, o un gruppo di soggetti, e tra questi e lo Stato. Il fatto che il conflitto coinvolga solo due soggetti, un piccolo gruppo di soggetti, un ente che aggrega diversi individui o, nel caso del diritto brasiliano, lo Stato, risulta indifferente nel definire l'oggetto di studio del diritto processuale civile.

È comune, nella dottrina brasiliana, l'associazione di tale definizione del diritto processuale civile con il punto XXXV dell'articolo V della Costituzione brasiliana, secondo il quale: «la legge non

⁽¹⁾ Nella dottrina brasiliana, la più recente monografia su oggetto, obiettivi e metodi della comparazione giuridica con particolare riguardo al diritto processuale civile, è di V. PASQUALOTTO, *Processo civil comparado: do direito comparado à comparação no processo civil*, São Paulo, 2022.

escluderà alcuna lesione o minaccia del diritto dall'esame del potere giudiziario». Si tratta, come comunemente si afferma nella letteratura brasiliana, di constatare come la Costituzione assicuri il diritto e la garanzia di accesso alla giustizia – non necessariamente giurisdizionale e nemmeno necessariamente etero-compositiva – e al giusto processo ⁽²⁾.

Un conflitto che non coinvolga, nel suo insieme, almeno due soggetti, che non sia, cioè, *intersoggettivo*, risulta estraneo al diritto processuale civile, e viepiù al diritto. I dubbi, le ansie, le inquietudini di un individuo che si agitano nel profondo della sua intimità e soggettività, sono estranei all'ambito del diritto. Quelle 'sensazioni' diventano rilevanti soltanto allorché vengano esteriorizzate. Solo in questo caso può succedere che un atteggiamento o un'omissione di un soggetto incidano su altri soggetti e diventino di interesse per il diritto, compreso il diritto processuale civile. In caso contrario, ciò è escluso.

Fatte queste considerazioni, è importante fare un passo in avanti. È fondamentale individuare ciò che è oggetto di studio del diritto processuale civile e ciò che non lo è o, almeno, a quali condizioni determinati temi che talvolta appaiono connessi al diritto processuale civile sono oggetto del suo studio e quali sono i temi che interessano il diritto processuale civile o dialogano con esso, ma che, a rigore, non sono indispensabili allo studio del diritto processuale civile.

⁽²⁾ Così A. PELLEGRINI GRINOVER, *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*, Brasília, 2016; R. DE CAMARGO MANCUSO, *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*, III ed., Salvador, 2020; ID., *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*, II ed., São Paulo, 2015; F. TARTUCE, *Mediação nos conflitos civis*, VI ed., São Paulo, 2020. Dalla prospettiva italiana v. A. SIMONCINI, E. CREMONA, *Mediazione e Costituzione*, in questa *Rivista*, 2022, 3 ss., che analizzano i fondamenti costituzionali della mediazione per evidenziare come questa non può essere pensata solamente quale soluzione alle inefficienze della giustizia (giurisdizionale), e pertanto in termini *quantitativi*, ma anche – e soprattutto – in prospettiva *qualitativa*.

Se il diritto processuale civile si rivolge all'indagine delle norme che disciplinano l'attività giurisdizionale volta alla risoluzione dei conflitti intersoggettivi o, quanto meno, all'attività giurisdizionale destinata alla attuazione di determinati diritti anche se non in sede contenziosa, fondamentale è distinguere le norme del diritto processuale civile e, in modo specifico, il «diritto processuale civile», da altre norme giuridiche e, più precisamente, da altre forme di risoluzione delle controversie che non dipendano o non passino, perlomeno necessariamente, attraverso il vaglio dell'attività giurisdizionale – ossia per il vaglio del potere giudiziario – con la stessa predisposizione e per le stesse finalità che caratterizzano tradizionalmente l'oggetto del diritto processuale civile.

Ciò detto, è sin qui sufficiente giungere a questa prima, intermedia conclusione: lo studio del diritto processuale civile si indirizza alla risoluzione dei conflitti allorché l'autorità incaricata della loro soluzione è un magistrato che, come rappresentante dello Stato-giudice, si manifesta – e deve manifestarsi – mediante l'adozione di tecniche adeguate, e cioè mediante il *processo*, senza il quale non si può prestare tutela giurisdizionale.

2.1. Cenni sui mezzi non giurisdizionali di risoluzione delle controversie nel Codice di Procedura Civile brasiliano del 2015. – Pur a fronte di quanto più sopra evidenziato, deve tuttavia riconoscersi la crescente emersione e diffusione di un movimento – che ha interessato anche la dottrina brasiliana – teso a sottolineare la *necessità* di immaginare e promuovere strumenti a-giurisdizionali di soluzione delle controversie, intendendosi per tali meccanismi che non coinvolgono o che addirittura escludano, in maggior o minor grado, dalla soluzione del conflitto il coinvolgimento del potere giudiziario, e così l'esercizio della funzione giurisdizionale. In alcuni di questi meccanismi, mancano tutte o talune delle caratteristiche della *giurisdizione*.

Ebbene, questi meccanismi non possono collocarsi a margine dell'interesse dello studioso di diritto processuale civile. Se è vero, infatti, che essi non si avvalgono, o possono non avvalersi, dell'attività di attuazione del diritto posta in essere dallo Stato-giudice, non è però meno vero che tali mezzi, da una prospettiva più ampia, rispondono ad una delle finalità più care allo stesso Stato enunciata dalla Costituzione brasiliana: la pacificazione sociale. Tanto basta a quegli strumenti, quindi, per venir indicati e attenzionati nell'alveo del diritto processuale civile e nell'ambito dell'indagine che qui si offre.

Quanto testé evidenziato assume particolare rilievo alla luce del Codice di Procedura Civile brasiliano del 2015 (d'ora in avanti, CPCb del 2015) – in sostanziale differenza rispetto al suo predecessore, il Codice di Procedura Civile brasiliano del 1973 (di qui innanzi, CPCb del 1973) – dal momento che il codice vigente è costellato di previsioni tese a favorire il raggiungimento di una soluzione della controversia senza la pronuncia di una decisione *impositiva* da parte del giudice, *i.e.* del potere giudiziario.

Basta a dimostrare la bontà di quanto affermato il riferimento all'atto introduttivo del processo secondo il rito ordinario ai sensi dell'art. 334 CPCb del 2015, il quale non richiede che il convenuto risponda, contestandola, alla pretesa dell'attore – come invece prevedeva il CPCb del 1973 – ma piuttosto che egli compaia ad un'udienza di conciliazione o mediazione e in essa tenti, con l'(auspicabile) ausilio di un conciliatore o di un mediatore, una soluzione consensuale, magari negoziata, del conflitto. Ove così sia, non risulterà necessaria la pronuncia da parte del giudice di una sentenza che si *sostituisca*, nell'esercizio della funzione giurisdizionale, alla volontà dei contendenti tramite una soluzione *imposta* dal potere giudiziario. Ove l'accordo tra le parti venga raggiunto, il processo si estinguerà dietro omologazione dell'accordo mediante sentenza del giudice, come stabiliscono in modo chiaro l'art. 334, § 11, e l'art. 487, III, *b*, CPCb del 2015.

In linea con questo detto, il § 2 dell'art. 3 CPCb del 2015 prevede che «[l]o Stato promuove, quando possibile, la soluzione con-

sensuale dei conflitti», dando il successivo § 3 risalto a «la conciliazione, la mediazione e altri metodi di soluzione consensuale delle controversie», i quali devono «(...) essere incoraggiati da giudici, avvocati, difensori pubblici e membri del Pubblico Ministero, anche nel corso del processo», mentre il § 1 di detto articolo fa espresso riferimento all'arbitrato.

È, questa, non lo si può negare, emersione invero di una tendenza universale ⁽³⁾, scientemente abbracciata dal più recente legislatore brasiliano; una tendenza volta a ridimensionare la c.d. cultura della sentenza – efficace espressione coniata da Kazuo Watanabe ⁽⁴⁾ – a favore di altri meccanismi, anche non giurisdizionali e persino non statuali, che permettano una soluzione anche *autocompositiva* dei conflitti ⁽⁵⁾.

Per tale motivo, più che di mezzi di soluzione dei conflitti *alternativi* – aggettivazione comunemente impiegata in ragione dell'implicita premessa che la risoluzione *giurisdizionale* costituisca obbligatorio parametro di riferimento – si (di)mostra più calzante parlare di vie *adeguate* di soluzione delle controversie. *Adeguate perché ciascuna di esse* può rivelarsi maggiormente appropriata di altre, alla luce della natura della controversia, dei soggetti interessati, delle peculiarità del caso concreto, incluso il diritto sostanziale ad

⁽³⁾ Tale percezione si allinea ad uno degli obiettivi della giustizia consensuale, come illustra S. DALLA BONTÀ nello scritto di apertura di questa *Rivista*, 2021, 1 ss. Sul tema dalla prospettiva del diritto portoghese, cfr. P. COSTA SILVA, *A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*, Coimbra, 2009.

⁽⁴⁾ Così K. WATANABE, *Cultura da sentença e cultura da pacificação*, in F.L. YARHSELL, M.Z. DE MORAES (coord.), *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*, São Paulo, 2018, nonché ID., *Política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses: utilização dos meios alternativos de resolução de controvérsias*, in C. ZUFELATO, F.L. YARHSELL (coord.), *40 anos da Teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*, São Paulo, 2013.

⁽⁵⁾ Il punto è ben sviluppato da P. LUCARELLI, *Mediazione dei conflitti: una spinta generosa verso il cambiamento*, in questa *Rivista*, 2021, 15 ss., prec. 24-7, che evidenzia la nuova veste che dovrà essere assunta dai giuristi, in consonanza con quanto esposto in questa sede in merito al cambiamento del modo di intendere l'oggetto del diritto processuale civile.

esso applicabile, della durata o periodicità della relazione da cui il conflitto è sorto, dei valori coinvolti e da qualsiasi altra circostanza, che, ove ben esplorata e compresa, può risultare importante fonte di informazione nell'individuazione della forma migliore per superare la mancata comprensione tra due o più soggetti.

La distinzione tra mediazione e conciliazione, che si ricava dai §§ 2 e 3 dell'art. 165 CPCb del 2015, costituisce ricaduta nel dato positivo di questa concezione della soluzione del conflitto, traducendo in legge ciò che già dalla risoluzione n. 125 del 2010 del Consiglio Nazionale di Giustizia, sin dalla sua versione originale⁽⁶⁾, avrebbe dovuto riconoscersi quale fondamento normativo della politica pubblica sui mezzi adeguati di soluzione dei conflitti⁽⁷⁾.

Il noto e pluricitato «sistema multi-porte» (*Multi-door Courthouse*), sviluppato a partire dalle riflessioni di Frank Sander⁽⁸⁾, è, a

⁽⁶⁾ Eloquente a proposito è la parte di tale risoluzione dedicata alle disposizioni sulla politica giudiziaria nazionale di trattamento adeguato dei conflitti di interesse nell'ambito del potere giudiziario e altre disposizioni. Tale risoluzione è stata modificata dagli emendamenti n. 1 del 2013 e n. 2 del 2016 e anche dalle delibere n. 70 del 2009, n. 290 del 2019, n. 326 del 2020 e n. 390 del 2021.

⁽⁷⁾ La competenza costituzionale del Consiglio Nazionale di Giustizia nella definizione di tali linee guida è discutibile. Il tema, tuttavia, ha suscitato un grande interesse nella dottrina brasiliana, pur essendo pochi gli autori che ad esso si dedicano specificatamente: si consenta pertanto rinvio al mio *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. I, XIII ed., São Paulo, 2023, 141-9, e alla monografia di F. DIDIER JR., L. FERNANDEZ, *Conselho Nacional de Justiça e o direito processual: administração judiciária, boas práticas e competência normativa*, II ed., Salvador, 2023. Sulle delibere citate nella nota precedente v. T. ARRUDA ALVIM, M. BELLOCCHI, *Mediazione. Il frutto di un buon esercizio del diritto*, in questa *Rivista*, 2021, 143 ss., prec. 151-2, e A. MARIGHETTO, L. DAL PUBEL, *Consumer Protection and Online Dispute Resolution in Brasil*, *ivi*, 447 ss., prec. 457-61.

⁽⁸⁾ A riguardo v., per tutti, M.L. MOFFIT, *Before the Big Bang: the making of an ADR pioneer*, in *Negotiation Journal*, 2006, 6 October, 437-438: «Frank Sander's 1976 speech at the Pound Conference on 'The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice' (Sander 1976) is widely seen, particularly within the legal academy, as the 'big bang' moment in the history of alternative dispute resolution (ADR). At the Pound Conference, Frank articulated his observation that traditional litigation systems process only certain kinds of disputes effectively. He suggested that the remaining types of disputes might better be addressed

sua volta, efficacemente illustrativo della tensione verso la ricerca di vie più *adeguate* di soluzione delle controversie in relazione a natura, complessità ed ulteriori caratteristiche della contesa tra le parti.

Ebbene, l'importanza e il significativo sviluppo che stanno segnando i mezzi adeguati di soluzione delle controversie nell'ordinamento brasiliano invitano a reinterpretare o ridefinire la convinzione per cui il diritto processuale civile (nella sua accezione più ampia, testé ricordata) ambisca, in definitiva, alla «pacificazione sociale». Se è vero che lo Stato nel suo complesso afferma e riafferma la sua autorità attraverso l'esercizio della funzione giurisdizionale esercitata dal giudice, non è meno vero però che dubbi vi sono sul fatto che la parte in causa, il cui diritto non sia stato riconosciuto dallo Stato-giudice, si senta pacificata. La sua sottomissione a quanto deciso dallo Stato-giudice è indipendente da qualsiasi sua adesione alla sentenza. D'altronde, non è un caso che questa costituisca una delle caratteristiche della giurisdizione. Nel contesto dei mezzi adeguati di soluzione delle controversie, invece, concezione ed obiettivo della pacificazione sociale acquistano più senso, soprattutto nei casi in cui vi sia consenso tra le parti sul modo migliore di risolvere la loro controversia, recuperando tra loro una relazione 'adeguata'.

Ciò detto, si intende ora volgere attenzione a conciliazione, mediazione e arbitrato nell'ordinamento brasiliano, onde offrire, in linea con gli scopi dell'indagine in esordio denunciati, i tratti più significativi del sistema brasiliano in tema di giustizia consensuale quali basi per un'auspicabile comparazione con altri ordinamenti.

through other mechanisms. Frank wondered aloud whether the courts of the future (in particular, courts around the year 2000) might help to screen incoming complaints, sorting them according to criteria aimed at matching the case with the most appropriate form of resolution. Within Frank's vision, some disputes would go to trial. Others would go to arbitration, to mediation, to fact-finding, or to some other mechanism well tailored for the particulars of the dispute in question. The cover of a magazine reporting on Frank's speech at the Pound Conference showed a courthouse with a series of separately labeled doors, and thus the term 'multidoor courthouse' was born».

3. *La conciliazione.* – Nell'ordinamento brasiliano la conciliazione è intesa quale mezzo di soluzione delle controversie che costituisce espressione della volontà delle parti per la soluzione della loro contesa. L'art. 840 Codice Civile brasiliano è esplicito a riguardo. Esso stabilisce, infatti, che «è consentito alle parti prevenire o risolvere la controversia mediante reciproche concessioni».

L'art. 166, § 3, CPCb del 2015 definisce il ruolo del conciliatore nei casi in cui la controversia coinvolga parti tra le quali non vi fosse un precedente legame: esso consente al conciliatore di suggerire loro soluzioni della controversia, vietando però l'uso di qualsiasi tipo di coercizione o intimidazione per ottenerne la conciliazione. La conciliazione può essere effettuata in via stragiudiziale, cioè al di fuori del processo e quindi senza la partecipazione del giudice. In quest'ipotesi, l'accordo può essere omologato giudizialmente, acquisendo, con tale omologazione, la qualifica di titolo esecutivo giudiziale. Esso viene, cioè, equiparato, ai fini esecutivi, ad una sentenza emessa dallo Stato-giudice. Questo è quanto previsto all'art. 515, III, CPCb del 2015. Per ottenere tale risultato le parti interessate devono seguire la procedura stabilita dagli artt. 720-724 CPCb del 2015, come previsto dall'art. 725, VIII, CPCb del 2015.

Tuttavia, anche in assenza di tale omologazione, il CPCb del 2015 riconosce che, ove soddisfatti determinati requisiti, l'accordo stragiudiziale possa essere equiparato ad una decisione giurisdizionale. Si tratta dei casi di titoli esecutivi stragiudiziali menzionati all'art. 784 CPCb del 2015, in particolare, per ciò che ivi interessa, di quelli di cui al punto IV di detta disposizione, che si riferisce allo «strumento della transazione sottoscritta dal Pubblico Ministero, dalla Difesa Pubblica, dall'Avvocatura dello Stato, dagli avvocati delle parti o da un mediatore o conciliatore accreditato dal tribunale».

La conciliazione può anche essere giudiziale quando viene raggiunta in seno al processo incardinato e pendente avanti al giudice, compresa quella cui le parti addivengano nella citata udienza di conciliazione prevista nel processo secondo il rito ordinario, che si

celebra prima della scadenza del termine per la presentazione da parte del convenuto della propria comparsa di risposta.

Merita peraltro in questa sede rammentare anche la disposizione a portata generale dell'art. 139, V, CPCb del 2015, secondo cui il giudice può in qualsiasi momento promuovere la conciliazione tra le parti. Anche al di fuori ed indipendentemente dalla suddetta udienza di conciliazione o mediazione, quindi, si riconosce spazio al giudice per incoraggiare le parti a conciliare. In tutti questi casi, una volta omologato, l'accordo avrà, ai fini esecutivi, lo stesso valore di una sentenza (cfr. art. 15, III, CPCb del 2015).

4. *La mediazione.* – La mediazione è un metodo di soluzione delle controversie in cui il mediatore, quale terzo imparziale, incoraggia le parti a porre fine alla contesa tra loro esistente o potenziale. Si tratta di un meccanismo di soluzione della lite che ben si adatta ai casi in cui sussista una relazione pregressa e/o continuativa tra le parti della controversia. Con riguardo al ruolo del mediatore, il § 4 dell'art. 166 CPCb del 2015 prevede, con incedere quasi didascalico, che costui «(...) opera preferibilmente nei casi in cui esiste un precedente rapporto tra le parti e le aiuta a comprendere le questioni e gli interessi in conflitto in modo che esse possano, attraverso il ripristino della loro comunicazione, individuare autonomamente soluzioni concordate con vantaggio reciproco». La mediazione può essere giudiziale o stragiudiziale.

La mediazione giudiziale è disciplinata espressamente nel CPCb del 2015 e deve essere tentata e promossa in qualsiasi momento dal giudice (cfr. art. 139, V), al netto della convocazione, che è norma nel processo secondo il rito ordinario, della c.d. udienza di mediazione prevista dall'art. 334 CPCb del 2015.

La mediazione stragiudiziale è disciplinata dalla l. n. 13.140 del 2015, emanata durante la *vacatio legis* del CPCb del 2015: essa delinea una vera e propria procedura di mediazione agli articoli da 14 a 23, stabilendo importanti punti di contatto con il processo giurisdizionale.

zionale, soprattutto quando l'intervento dello Stato-giudice sia necessario per garantire che la mediazione, prevista da una clausola contrattuale, si svolga ⁽⁹⁾. Tale legge stabilisce anche disposizioni a regolamentazione della mediazione che coinvolga enti di diritto pubblico negli articoli da 32 a 34, stabilendo regole più dettagliate quando la mediazione coinvolge persone ed enti federali negli articoli da 35 a 40.

5. *L'arbitrato*. – Nell'ordinamento brasiliano l'arbitrato costituisce una forma di soluzione delle controversie ampiamente diffusa e, come nel processo avanti al giudice pubblico, presuppone un terzo imparziale, l'arbitro (o gli arbitri), che emetterà una decisione dopo un procedimento che deve rispettare le stesse garanzie del processo giurisdizionale.

L'arbitrato è oggetto di disciplina *ad hoc* nella l. n. 9.307 del 1996, che ha subito un'importante riforma con la l. n. 13.129 del 2015, nell'intento di favorire un'interazione più stretta tra processo arbitrale e processo avanti al giudice pubblico.

L'arbitrato è metodo di risoluzione delle controversie in cui le parti in conflitto scelgono, in mutuo accordo, uno o più arbitri che, agendo come il giudice pubblico, individueranno il diritto applicabile al caso concreto. Secondo l'art. 1 l. n. 9.307 del 1996, «[l]e persone che hanno capacità a contrarre possono avvalersi dell'arbitrato per risolvere controversie relative a diritti patrimoniali disponibili». Tale previsione è stata ampliata dalla già menzionata l. n. 13.129 del

⁽⁹⁾ Così sancisce l'art. 23 CPCb del 2015: «Se, in base a una clausola di mediazione prevista nel contratto, le parti si impegnano a non avviare un procedimento arbitrale o un processo per un determinato periodo di tempo o sino al verificarsi di una specifica condizione, l'arbitro o il giudice sospende il corso dell'arbitrato o del processo per il periodo previamente concordato tra le parti o fino al verificarsi di tale condizione.

Paragrafo unico. Quanto stabilito nel capoverso precedente non si applica alle misure d'urgenza per le quali l'accesso al potere giudiziario è necessario per evitare la perdita del diritto».

2015 onde ammettere l'estensione del ricorso all'arbitrato da parte dell'amministrazione pubblica diretta e indiretta «per risolvere controversie relative a diritti patrimoniali disponibili» (§ 1). In questo caso, come richiede il § 3 dell'art. 2 l. n. 9.307 del 1996, anch'esso introdotto dalla l. n. 13.129 del 2015, l'arbitrato deve essere di diritto – vietato è quello di equità – e deve rispettare il principio della pubblicità.

Il c.d. procedimento arbitrale inizia con l'accettazione dell'incarico da parte dell'arbitro o degli arbitri (art. 19, § 1, l. n. 9.307 del 1996) e si conclude con la pronuncia della «sentenza arbitrale» (artt. 29 e 31 l. n. 9.307 del 1996 e art. 515, VII, CPCb del 2015), che può essere corretta o chiarita se sussistono le condizioni previste nei punti I e II dell'art. 30 l. n. 9.307 del 1996.

Il CPCb del 2015 e la l. n. 9.307 del 1996 cercano senza dubbio di attribuire alla procedura arbitrale natura giurisdizionale; in tal senso si muove anche la dottrina brasiliana ampiamente maggioritaria⁽¹⁰⁾. Tuttavia, anche a voler negare la natura giurisdizionale dell'arbitrato, si deve rimarcare con decisione come l'origine contrattuale dello strumento non riduca affatto l'importanza dell'arbitrato e il suo necessario e imprescindibile 'dialogo' con la funzione giurisdizionale pubblica, in quanto anch'esso forma eterocompositiva di risoluzione delle controversie, come chiarisce il citato § 1 dell'art. 3 CPCb del 2015.

Per tale ragione, lo studio dell'arbitrato in seno al diritto processuale civile è fondamentale, essendo numerose le intersezioni tra le due discipline. A riguardo si possono elencare le seguenti ipotesi: il verificarsi di situazioni di pericolo bisognose di tutela prima dell'instaurazione dell'arbitrato, ipotesi, queste, ben conosciute da dottrina e giurisprudenza, e che sono state espressamente regolate dagli art. 22-A e 22-B l. n. 9.307 del 1996, introdotti dalla l. n. 13.129 del 2015; la produzione di prove o la raccolta di informa-

⁽¹⁰⁾ Sul punto v. le opere fondamentali di F.J. CAHALI, *Curso de arbitragem*, VII ed., São Paulo, 2018, 133-9, e C.A. CARMONA, *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*, III ed., São Paulo, 2009, 26-7.

zioni di comune accordo tra le parti, oggetto della c.d. carta arbitrale, la cui disciplina è stata introdotta nell'art. 22-C l. n. 9.307 del 1996 dalla stessa l. n. 13.129 del 2015; o ancora la necessità che la sentenza arbitrale debba essere eseguita per via giudiziale in quanto non spontaneamente o volontariamente adempiuta dal debitore. In questo caso, poiché la sentenza arbitrale è considerata titolo esecutivo giudiziale (cfr. art. 515, VII, CPCb del 2015), il creditore può dare inizio ad un processo esecutivo ai sensi degli articoli da 513 a 538 CPCb del 2015, a seconda dell'obbligazione violata dal debitore.

Pertanto, alla luce di quanto in premessa sostenuto nonché delle numerose intersezioni tra le disposizioni della l. n. 9.307 del 1996 e il «diritto processuale civile», lo studio dell'arbitrato e della sua legge regolamentare è di rilievo non solo nella cornice dell'indagine sulla giustizia consensuale – e così sui metodi adeguati di risoluzione delle controversie – ma anche per quanto strettamente attiene all'esercizio della funzione giurisdizionale e alla portata del punto XXXV dell'art. 5 della Costituzione Federale.

6. *I giudizi speciali civili.* – I c.d. giudizi speciali civili (*Juizados Especiais Cíveis*), regolamentati dalle l. n. 9.099 del 1995, 10.259 del 2001 e 12.153 del 2009, nell'ambito della giustizia statale e federale, sono generalmente considerati un altro mezzo adeguato alla risoluzione delle controversie, il che giustifica la loro menzione in questa sede. Questa affermazione merita, tuttavia, una precisazione.

Ciò che nei giudizi speciali civili si mostra 'adeguato' – nel senso di diverso o alternativo nella soluzione della controversia – non toglie loro una caratteristica distintiva della funzione giurisdizionale: l'agire del potere giudiziario per la soluzione della lite e, a meno che non si addivenga ad una sua autocomposizione tra le parti, la conseguente imposizione della tutela giurisdizionale in funzione sostitutiva della volontà di tutte le parti coinvolte.

Quello che avviene nei giudizi speciali civili, riservati a cause di minor valore e ridotta complessità, è piuttosto la realizzazione di una procedura più semplificata rispetto a quelle previste dal CPCb del 2015 e dalle leggi processuali civili speciali. Tale procedura semplificata è caratterizzata da ciò che l'art. 2 l. n. 9.099 del 1995 chiama «oralità, semplicità, informalità, economia processuale e celerità, cercando, quando possibile, la conciliazione o la transazione». Essa applicabile ai «giudizi speciali federali» ai sensi dell'art. 1 l. n. 10.259 del 2001 e anche ai c.d. giudizi speciali della pubblica amministrazione (cfr. art. 27 l. n. 12.153 del 2009). Si tratta di una procedura semplificata non solo per quanto concerne il giudizio di cognizione (cfr. articoli da 14 a 50 l. n. 9.099 del 1995 sull'attività giurisdizionale cognitoria), ma anche per quanto riguarda la funzione esecutiva (cfr. artt. 52 e 53 l. n. 9.099 del 1995 sull'esecuzione della tutela esecutiva).

In questo senso, non c'è motivo di dubitare che i giudizi speciali civili, almeno nella forma in cui sono disciplinati nel diritto brasiliano, rientrino nel perimetro e nelle caratteristiche 'tradizionali' del diritto processuale civile. Per questo motivo, ritengo che lo studio dei giudizi speciali debba avvenire congiuntamente a e nel contesto dei procedimenti differenziati esistenti nel diritto processuale civile brasiliano – i c.d. procedimenti speciali – disciplinati non solo dagli articoli da 539 a 770 CPCb del 2015, ma anche da una vasta legislazione speciale.

7. *Gli accordi processuali.* – Senza voler ridurre l'importanza di promuovere la ricerca di mezzi a-giurisdizionali nella soluzione del contenzioso civile, pare indispensabile dare il giusto rilievo – anche quale premessa di un dialogo fruttuoso con altri ordinamenti giuridici – a quell'istituto che nell'ordinamento brasiliano viene deno-

minato «convenzione» o «negozi» processuale, introdotto espressamente, seppur in modo generico, dall'art. 190 CPCb del 2015 ⁽¹¹⁾.

L'esame di tale istituto, in linea con campo ed obiettivi d'indagine delineati in esordio, diventa essenziale a dimostrare come il CPCb del 2015 abbia aperto le porte all'iniziativa delle parti stesse, prima o durante il processo, nella disposizione consensuale della loro attività processuale ⁽¹²⁾. Si stabilisce, infatti, che ove le parti non trovino spazio per giungere ad un amichevole componimento della loro controversia e prevenire così il ricorso alla tutela giurisdizionale, esse possano almeno addivenire a convenzioni o negozi tesi ad incidere sullo svolgimento del processo volto a decidere la loro lite.

Precisamente, l'art. 190 CPCb del 2015, collocato in seno alla disciplina degli «atti [processuali] in generale», ammette che le parti possano stipulare veri e propri accordi processuali per ottimizzare e razionalizzare l'attività giurisdizionale nei seguenti termini: «[s]e il processo attiene a diritti che ammettono l'autocomposizione, le parti completamente capaci possono stabilire modifiche alla procedura per adattarla alle specificità della causa e accordarsi sui loro

⁽¹¹⁾ Il tema è stato ampiamente studiato dalla dottrina brasiliana. Tra le numerose tesi, spiccano quelle di A. DO PASSO CABRAL, *Convenções processuais: teoria geral dos negócios processuais*, IV ed., Salvador, 2023; P.H. NOGUEIRA, *Negócios jurídicos processuais*, V ed., Salvador, 2016; A. DO PASSO CABRAL, P.H. NOGUEIRA (coords.), *Negócios processuais*, vol. I e II, Salvador, 2019 e 2020; F. DIDIER JR., *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*, III ed., Salvador, 2023; G.H. LAGE FARIAS, *Negócios processuais no modelo constitucional de processo*, II ed., Salvador, 2019; I. RAATZ, *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*, II ed., Salvador, 2019; J.G. MÜLLER, *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*, São Paulo, 2017; R. GODINHO, *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*, São Paulo, 2015; L. DOURADO MAPURUNGA PEREIRA, *Negócios jurídicos processuais sobre presunções*, Salvador, 2020.

⁽¹²⁾ V. sul tema dalla prospettiva del diritto inglese, N. ANDREWS, *Procedure, Party Agreement and Contract*, in questa *Rivista*, 2021, 67 ss., prec. 79-90.

oneri, poteri, facoltà e doveri processuali, prima o durante il processo». Questo è ciò che viene chiamato accordo processuale.

La norma autorizza le parti capaci – escludendo quindi i soggetti affetti da qualsiasi forma di incapacità, sempre intesa in senso sostanziale, visto il carattere speciale della norma – ad accordarsi su modifiche alla procedura onde adattarla alle specificità del caso concreto, nonché sui loro oneri, poteri, facoltà e doveri processuali.

L'*incipit* dell'art. 190 cit. ammette che gli accordi processuali possano essere stipulati prima del processo – ad esempio, in una clausola contrattuale, come è sempre stato nel caso di patto di deroga o proroga del foro: esempio classico di accordo processuale tipico – o durante il suo svolgimento – il che rende evidente come il *favor* per l'autocomposizione enunciato dal citato art. 3, §§ 2 e 3 CPCb del 2015 deve applicarsi anche al piano dello svolgimento del processo, e non solo a quello sostanziale della controversia da risolvere. Si tratta quindi della possibilità per le parti di stipulare accordi processuali atipici, che si aggiungono a quelli tipici già previsti dal CPCb del 2015 e dalla legislazione processuale civile speciale. Condizione per l'ammissibilità di tali accordi è che il processo (futuro o presente) riguardi «diritti che ammettono l'autocomposizione», concetto, questo, più ampio (e più preciso) di quello tradizionalmente ricondotto all'alveo dei diritti patrimoniali disponibili⁽¹³⁾.

Da questa prospettiva, si intende come si tratti di una disciplina inequivocabilmente rivolta alle parti, che per questo dovrebbe esse-

⁽¹³⁾ L'art. 3, § 1, l. n. 13.140 del 2015 prevede che «[p]uò essere oggetto di mediazione la controversia che riguarda diritti disponibili o diritti indisponibili che consentono la transazione». In quest'ultimo caso, il successivo § 2 impone l'omologazione dell'autocomposizione da parte del giudice, sentito il pubblico ministero nella sua qualità di tutore dell'ordine giuridico. Inoltre, il § 1 dell'art. 1 l. n. 9.307 del 1996, introdotto dalla l. n. 13.120 del 2015, ammette che l'amministrazione pubblica, diretta e indiretta, si sottoponga all'arbitrato «per risolvere controversie relative a diritti patrimoniali disponibili». Coerentemente, l'art. 25 l. n. 9.307 del 1996, che prevedeva la sospensione dell'arbitrato quando in esso sorgesse «controversia su diritti indisponibili» per attribuirne la soluzione allo Stato-giudice, è stato espressamente abrogato dalla l. n. 13.129 del 2015.

re collocata accanto alla disciplina degli altri atti delle parti, superando quindi le disposizioni contenute negli art. 200-202 CPCb del 2015.

È importante sottolineare che sono le parti che possono stipulare accordi processuali. Questo è sufficiente ad escludere una loro efficacia verso i terzi, a meno che costoro non partecipino personalmente alla stipula dell'accordo, ancorché, pure in questo caso, essi manterranno il loro *status* di terzi rispetto al processo. Quindi, una cosa è che le parti si accordino per non portare la controversia davanti al giudice; altra cosa è che le parti vogliano impedire l'intervento di un assistente o di un *amicus curiae* nel processo in cui esse agiscono. Qualsiasi accordo tra le parti – come in qualsiasi contratto – non ha efficacia nei confronti dei terzi.

Spetta al giudice, d'ufficio o su istanza di parte, controllare la validità di tali accordi processuali, dovendo egli negarne l'applicazione solo nei casi di nullità, di loro inserzione abusiva in un contratto per adesione o nei casi in cui una parte si trovi in una situazione di manifesta vulnerabilità (cfr. art. 190, paragrafo unico, CPCb del 2015). Questo è sufficiente a ritenere da respingersi l'idea che le parti abbiano l'ultima parola su ciò che può essere oggetto dell'accordo processuale; sottolineatura, questa, che non va però confusa con l'idea che qualsiasi accordo processuale, per produrre i suoi effetti, debba essere omologato dal giudice ⁽¹⁴⁾.

D'altronde, la previsione per cui spetta al giudice, d'ufficio o su istanza di parte, controllare la validità degli accordi processuali non stupisce: qualsiasi negozio giuridico, di natura sostanziale o processuale, non è immune dal controllo giudiziario circa la sua esistenza, validità ed efficacia; sono poi ragioni di diritto sostanziale che comportano la previsione di un controllo giudiziale *ex officio*. È innega-

⁽¹⁴⁾ Corretta, in questo senso, è la dichiarazione n. 115 della II Giornata di Diritto Processuale civile del Consiglio della Giustizia Federale, secondo cui «[i]l negozio giuridico processuale sarà sottoposto all'omologazione solo quando espressamente richiesto da una norma giuridica, ammettendo in ogni caso il controllo di validità dell'accordo».

bile che la negoziazione conclusa in base all'art. 190 cit. comporti l'applicazione di tutto il sistema di nullità e annullabilità dei negozi giuridici in generale, senza alcuna peculiarità⁽¹⁵⁾.

Il fatto che le parti completamente capaci dal punto di vista sostanziale possano concludere accordi processuali delle più diverse forme, allorché si versi in ipotesi di processo su diritto che ammette l'autocomposizione, non deve essere messo in dubbio. Non incrina tale regola il fatto che nel processo sia previsto l'eventuale intervento del pubblico ministero⁽¹⁶⁾ o che la parte che stipula l'accordo processuale sia ente privo di personalità giuridica⁽¹⁷⁾.

Se per quanto riguarda i soggetti legittimati alla stipulazione degli accordi processuali l'art. 190 cit. è chiaro – solo le parti possono concluderli⁽¹⁸⁾ – la novità che esso introduce attiene al potenziale oggetto di tali negozi giuridici: con questi le parti possono introdurre modifiche alla procedura, adattandola alle specificità della causa, e incidere su *loro* oneri, poteri, facoltà e doveri processuali⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁵⁾ Da condividersi è l'orientamento espresso dalla dichiarazione n. 38 della Scuola Nazionale di Formazione e Perfezionamento dei Magistrati secondo cui «[s]olo le parti assolutamente capaci possono stipulare una convenzione pre-processuale atipica».

⁽¹⁶⁾ Si è espressa in questo senso la dichiarazione n. 112 della II Giornata di Diritto Processuale civile del Consiglio della Giustizia Federale, secondo cui «[l]'intervento del Pubblico Ministero quale tutore dell'ordine giuridico non rende impossibile la conclusione di convenzioni processuali».

⁽¹⁷⁾ È l'interpretazione abbracciata dalla dichiarazione n. 114 della II Giornata di Diritto Processuale civile del Consiglio della Giustizia Federale, secondo cui «[l]e entità senza personalità giuridica possono stipulare convenzioni processuali».

⁽¹⁸⁾ Non v'è nulla che escluda a priori la possibilità che il potere pubblico stipuli convenzioni processuali. È quanto stabilito dalla dichiarazione n. 17 della I Giornata di Diritto Processuale civile del Consiglio della Giustizia Federale, secondo cui «[l]a Pubblica Amministrazione può stipulare convenzioni processuali ai sensi dell'articolo 190 del CPC».

⁽¹⁹⁾ Il pronome «loro», in corsivo nel testo, ripreso dall'art. 190 cit., è sufficiente ad escludere che gli accordi processuali abbiano effetti sui terzi; il che non preclude la possibilità per le parti di concordare tra loro l'esercizio o meno dei loro diritti nei confronti di costoro.

La difficoltà risiede più che nell'elencare esempi di negoziazione processuale – c.d. negoziazioni atipiche – nella definizione dei limiti di questi accordi processuali.

A tal fine, è necessario avere a mente quanto previsto dal paragrafo unico dell'art. 190, sopra citato, che consente al giudice, chiamato a verificarne la validità, di negare l'applicazione degli accordi processuali in tre diverse e indipendenti ipotesi: quando li ritenga invalidi; quando essi siano inseriti in modo abusivo in un contratto per adesione; oppure quando una delle parti si trovi in una situazione di manifesta vulnerabilità.

La prima situazione, la nullità, attiene al profilo che può essere definito di ordine pubblico processuale o, per chi preferisce, delle norme imperative (cogenti).

Ebbene, tutto ciò che esula dalla portata negoziale delle parti per quanto riguarda il piano del processo non può essere oggetto di negoziazione processuale. Una cosa è affermare la piena capacità negoziale delle parti in relazione ad un diritto (sostanziale) che consente l'autocomposizione; cosa molto diversa è cercare di estendere questa libertà al piano che inerisce al modo in cui opera lo Stato giudicante, ossia al piano del processo, e così anche alla prospettiva dell'organizzazione dei suoi stessi atti, e cioè della procedura. Le norme di ordine pubblico o imperative sono tali da non poter essere trascurate, disattese, dimenticate, anche se lo si desidera. Questa è la loro caratteristica.

Anche nel campo del diritto civile nessuno può mettere in dubbio un simile ostacolo alla stipulazione di qualsiasi negozio giuridico. Infatti, l'art. 104 Codice Civile brasiliano stabilisce che la validità del negozio giuridico richiede, oltre all'agente capace e alla forma prescritta o non vietata dalla legge, un «oggetto lecito, possibile, determinato o determinabile». Questa «liceità» dell'«oggetto» riguarda esattamente quanto si sta trattando in questa sede.

Non c'è motivo di interpretare l'art. 190 cit. in modo ampio e generalizzato. Le scelte fatte dal legislatore nei vari campi del diritto processuale civile non possono essere cambiate dalle parti a loro

esclusiva discrezione. La loro libertà per quanto riguarda la procedura, i loro oneri, poteri, facoltà e doveri processuali è limitata ai soli casi in cui l'atto processuale non è disciplinato da norma imperativa. Non si tratta di richiedere o meno una forma specifica. Di questo si occupa sufficientemente l'art. 188 CPCb del 2015. Si tratta piuttosto di negare validità ed efficacia agli accordi processuali che intendano alterare ciò che non è passibile di modifica nei precisi termini indicati dalla prima parte del paragrafo unico dell'art.190. L'ostacolo alla validità dell'accordo processuale riguarda l'oggetto del negozio giuridico, che, se contrario a norme imperative, ne preclude la validità.

Per quanto intenso possa – e dovrebbe – essere il dialogo tra il piano del diritto sostanziale e quello del processo, anche in vista della creazione delle condizioni ottimali per la soluzione della controversia per via giurisdizionale, la libertà data alle parti di «adattare la procedura alle specificità della causa» menzionata nell'art. 190 cit. trova dei limiti nel modello di attuazione del diritto ad opera dello Stato ⁽²⁰⁾. E questo spiega perché che la gran parte degli accordi che viene portata ad esempio di negozi processuali atipici consiste in verità in accordi di rinuncia o non esecuzione di un diritto, che si fondano invero sul diritto sostanziale. Chiaro è, però, che quando ci si muove sul piano sostanziale, si riscontra la tendenza ad avere più opzioni legittime per la disposizione dei diritti in capo alle parti rispetto a quanto accade ove ci si muova nel campo processuale.

⁽²⁰⁾ Sull'accordo stipulato tra eredi in una successione ereditaria, rifiutando che si tratti di un accordo processuale atipico ai sensi dell'art. 190 CPCb del 2015, v. l'interessante sentenza della Sezione III del *Superior Tribunal de Justiça* – che corrisponde nel sistema brasiliano, alla Corte di Cassazione italiana – nel *Resp* (Ricorso speciale) 1.738.656/RJ, rel. Min. Nancy Andrichi, pronunciato il 3 dicembre 2019, pubblicato nel Diario elettronico della Giustizia il 5 dicembre 2019. Con riguardo alla procedura di concordato preventivo e fallimento, è importante evidenziare il nuovo § 2 dell'art. 189 l. n. 11.101 del 2005, introdotto dalla l. n. 14.112 del 2020, che ammette la stipulazione di accordi processuali in tali procedimenti a condizione che la manifestazione di volontà del debitore sia espressa e che quella dei creditori sia raggiunta a maggioranza, nel rispetto dell'art. 42 l. cit.

Con queste osservazioni, non significa far prevalere il «processo» a discapito del «diritto» (materiale), ma avere consapevolezza dei limiti che esistono nell'esercizio della funzione giurisdizionale, che deve sempre e invariabilmente muoversi nel quadro costituzionale, nonché alla luce del fatto che il processo, la procedura e, in generale, l'azione delle parti non possono essere soggetti a negoziazioni che interferiscano con il loro nucleo duro, ben rappresentato dalle norme di ordine pubblico o imperative.

È per questo motivo che non dovrebbero essere considerati validi accordi processuali che abbiano ad oggetto: (i) doveri-poteri del giudice ⁽²¹⁾ o doveri inerenti all'azione delle parti e dei loro rappresentanti legali; (ii) il significato giuridico dei presupposti per la costituzione e il valido svolgimento del processo e/o dell'esercizio del diritto d'azione; (iii) l'efficacia probatoria dei mezzi di prova; (iv) le ipotesi e la disciplina procedurale della tutela provvisoria e cautelare; (v) le forme e le tecniche di attuazione, anche provvisoria, delle decisioni giudiziarie; (vi) la cosa giudicata; (vii) i ricorsi ammissibili o i mezzi di impugnazione e il loro rispettivo regime giuridico; e (viii) le ipotesi di annullabilità.

Quanto indicato al numero (ii) non comporta, tuttavia, che le parti non possano stabilire volontariamente ipotesi di legittimazione straordinaria (cfr. art. 18 CPCb del 2015) e litisconsorzio necessario (cfr. art. 14 del CPCb del 2015). Ciò che esce dalla disponibilità delle parti sono il significato e le conseguenze giuridiche di accordi che prevedano la legittimazione straordinaria o ipotesi di litisconsorzio necessario, nonché le conseguenti limitazioni soggettive della cosa giudicata, della litispendenza e delle spese legali. Inoltre, la validità di tali accordi non è immune dal controllo giudiziario (cfr. art. 190, paragrafo unico, CPCb del 2015), ed essi rappresentano invero terreno fertile per la dichiarazione di loro invalidità ogni volta che, secondo il giudice, l'accordo necessita di adeguata moti-

⁽²¹⁾ Esplicito a riguardo è l'orientamento della Sezione IV del *Superior Tribunal de Justiça* nel *Resp* 1.810.444/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, pronunciato il 23 febbraio 2021, pubblicato nel Diario elettronico della Giustizia il 28 aprile 2021.

vazione, possa compromettere l'accesso alla giustizia o l'esercizio della piena difesa.

Per quanto riguarda gli accordi sull'efficacia probatoria dei mezzi di prova, è importante notare come la loro invalidità, qui sostenuta, non significhi negare la possibilità per le parti di addivenire ad una vasta gamma di accordi sulla raccolta di prove fuori dal processo, cosa che può anche portare ad un'adeguata soluzione stragiudiziale della controversia. Al contrario, invalido, per violazione dei limiti oggettivi posti dall'art. 190 CPCb del 2015, è l'accordo che impone al giudice la sufficienza o meno per il suo giudizio di un parere tecnico di un terzo neutrale. Alla validità di tale patto si oppone, infatti, l'art. 370 CPCb del 2015.

Per quanto riguarda gli strumenti per ottenere l'esecuzione coattiva del credito e i mezzi di impugnazione, si deve tenere a mente la distinzione tra ciò che può essere validamente compiuto sul piano sostanziale e ciò che, invece, non può considerarsi valido su quello processuale. Ad esempio, non ha senso che creditore e debitore stipulino un accordo per modificare le ipotesi legali di impignorabilità nella speranza che il giudice lo rispetti e, eventualmente, che lo Stato-giudice si trovi di fronte ad un'esecuzione infruttuosa o ad una sentenza di condanna frutto dell'accordo tra le parti. Ciò che creditore e debitore possono validamente fare è stipulare accordi di pagamento che tengano ferme le ipotesi legali di impignorabilità. Con riguardo ai mezzi di impugnazione, è importante non confondere un'eventuale rinuncia all'impugnazione, una rinuncia ai termini di impugnazione o semplicemente l'acquiescenza della parte soccombente alla decisione sfavorevole, con la creazione di un sistema di impugnazioni che non ha fondamento costituzionale o nel sistema delle impugnazioni fissato dal diritto processuale civile ⁽²²⁾.

⁽²²⁾ Non è possibile condividere quindi la dichiarazione n. 10 del Tribunale di Giustizia del Minas Gerais secondo cui «[n]el negozio giuridico processuale le parti possono concordare un processo ad istanza unica». Ciò che le parti possono fare – ma è ipotesi che non ha alcuna relazione con l'art. 190 di cui nel testo – è non appellare la sentenza da pronunciarsi. È quindi inutile ammettere, come fa la dichia-

Per altro verso, però, non c'è motivo di negare che le parti possano perfezionare, secondo le esigenze del caso concreto, le diverse (ed ampie) ipotesi tipiche di negozi processuali previsti dallo stesso codice di procedura civile. Oltre alla classica elezione del foro (art. 63 CPCb del 2015), si possono menzionare le seguenti ipotesi: (i) la scelta del conciliatore, del mediatore o dell'ente privato di conciliazione o mediazione (art. 168 CPCb del 2015); (ii) la sospensione del processo (art. 313, II, CPCb del 2015)⁽²³⁾; (iii) la delimitazione consensuale delle questioni di fatto e di diritto lite pendente (art. 357, § 2, CPCb del 2015)⁽²⁴⁾; (iv) la ripartizione convenzionale dell'onere della prova (art. 373, §§ 3 e 4, CPCb del 2015); (v) la scelta del consulente tecnico (art. 471 CPCb del 2015); (vi) la scelta dell'amministratore-custode nel caso di pignoramento di frutti e redditi di un bene mobile o immobile (art. 869 CPCb del 2015).

Per quanto riguarda i termini processuali, non vi sono ostacoli nel ridurli in base alle esigenze del caso concreto. Il § 1 dell'art. 222 CPCb del 2015 ammette che i termini (ancora) denominati perentori possono essere ridotti dietro mutuo accordo delle parti. L'allungamento dei termini, invece, è un dovere-potere del giudice (arti. 139, VI, CPCb del 2015), il che è sufficiente a rendere evidente come questa facoltà sia esclusa dall'ambito dell'autocomposizione delle parti. Non è possibile ritenere che la richiesta di una o entrambe le parti di prorogare un termine possa essere assimilata ad

razione n. 11 dello stesso Tribunale, che sarebbe possibile una revocatoria anche quando le parti abbiano concordato un processo ad istanza unica. La revocatoria (*ação rescisória*), per il diritto brasiliano, non ha alcuna relazione con la presunta disponibilità del doppio grado di giudizio, avendo la sua fonte normativa esclusiva e sufficiente nell'art. 966 del CPCb.

⁽²³⁾ Si tratta di un'eventualità che merita di essere presa in considerazione – unitamente a quanto prevede l'art. 16 l. n. 13.140 del 2015 (c.d. legge sulla mediazione) – in quanto l'accordo processuale che incida sulla sospensione del processo ha l'effetto di prevalere sul limite temporale di sei mesi previsto per la sospensione consensuale del processo di cui § 4 dell'art. 313 CPCb del 2015.

⁽²⁴⁾ Tale ipotesi di accordo processuale è di grande interesse perché capace di avere un considerevole impatto non solo sull'attività conoscitiva del giudice ma anche sulla sua attività decisionale.

un accordo legale ai sensi dell'art. 190 CPCb del 2015, e cioè che il giudice sia tenuto ad accettare tale loro decisione anche se non si diano le condizioni di validità di cui al paragrafo unico di tale articolo. Ciò che può accadere, invece, è la fissazione concordata di un vero e proprio «calendario processuale», che presuppone, tuttavia, un previo accordo tra il giudice e le parti (in linea con l'idea di un processo collaborativo di cui discorre l'art. 6 CPCb del 2015), e su cui si dirà nelle pagine a seguire. L'ipotesi del calendario processuale, infatti, è fattispecie diversa da quella contemplata dall'art. 190 cit.

Ancora, non si deve inoltre escludere la possibilità che gli avvocati concordino di non celebrare un'udienza orale in seno al giudizio di impugnazione (cfr. art. 937 CPCb del 2015). Questa, infatti, è una misura che, lungi dal violare qualsiasi norma deontologica, rappresenta una scelta consapevole – che necessariamente dipende dal caso concreto – di disporre di un diritto in vista di una maggiore efficienza processuale.

Inoltre, nell'ambito della liquidazione degli onorari legali degli avvocati in caso di soccombenza, eventuali modifiche alla destinazione degli onorari o addirittura una loro riduzione rispetto agli standard legali appaiono perfettamente valide dal momento che si pongono sul piano di atti dispositivi del diritto sul piano sostanziale. Ai fini dell'efficacia dell'accordo è indispensabile che gli avvocati delle parti, in quanto titolari del diritto di credito che ne è oggetto, abbiano partecipato alla sua stipula ⁽²⁵⁾.

Ora, chiaro è come le ipotesi sin qui delineate di accordi processuali, rispettivamente, validi e invalidi abbiano mero carattere esemplificativo e mirino ad illustrare limiti e possibilità delle convenzioni processuali di cui all'art 190 CPCb del 2015 ⁽²⁶⁾.

⁽²⁵⁾ Non v'è motivo di dubitare della possibilità che l'avvocato (terzo rispetto al processo) partecipi all'accordo processuale ai sensi del capoverso dell'art. 190 CPCb del 2015, secondo cui ciascuno può disporre dei propri diritti, non di quelli altrui.

⁽²⁶⁾ Altre ipotesi di accordi processuali da ritenersi – correttamente, ad avviso di chi scrive – inammissibili sono quelli indicati come tali ai temi 36, 37 e 41 della Scuola Nazionale di Formazione e Perfezionamento dei Magistrati: «[l]a regola

Ci sono infine le ultime due ipotesi contemplate dall'art. 190, paragrafo unico, CPCb del 2015, che non sollevano grandi questioni in merito al profilo della validità degli accordi processuali. Ci si riferisce ai casi in cui, pur rientrando il suo oggetto nei limiti di validità suddetti, il patto processuale sia *tout court* invalido per il fatto di essere inserito in contratti per adesione – fonti di per sé di continue questioni interpretative, tanto più in un'economia di massa quale quella attuale – o per il fatto di creare una situazione di squilibrio significativo tra le parti contraenti. In entrambi i casi è il principio di uguaglianza (artt. 7 e 139, I, CPCb del 2015) che consentirà al giudice di dichiarare – anche d'ufficio, previo contraddittorio tra le parti – non solo l'invalidità della clausola, ma anche la sua inefficacia. Ne deriverà che la clausola processuale è come se non fosse mai stata stipulata.

Pur a fronte delle limitazioni applicative degli accordi processuali sin qui illustrate – e riconducibili più al paragrafo unico dell'art. 190 cit. che non al suo primo capoverso – non si può che esprimere apprezzamento per l'esplicito riconoscimento della facoltà delle parti di adeguare lo svolgimento del processo alle proprie esigenze e ai propri interessi. Gli accordi processuali, infatti, consentiranno anche al giudice di beneficiare di una riduzione del proprio carico

dell'articolo 190 del CPC/2015 non autorizza le parti a stipulare negozi giuridici processuali atipici che influiscano sui poteri e doveri del giudice, come ad esempio quelli che: a) limitano i suoi poteri di istruzione o sanzione per lite temeraria; b) sottraggono allo Stato-giudice il controllo della legittimazione delle parti o dell'ammissibilità del coinvolgimento nel processo dell'*amicus curiae*; c) introducano nuove ipotesi di ricorso, rescissione o difesa orale non previste dalla legge; d) stabiliscano la decisione della controversia sulla base di una legge diversa da quella nazionale vigente; e) stabiliscano una priorità di giudizio non prevista dalla legge»; ancora: «[s]ono nulle, per illiceità dell'oggetto, le convenzioni processuali che violino le garanzie costituzionali del processo, come quelle che: a) autorizzino l'uso di prove illecite; b) limitino la pubblicità del processo oltre le ipotesi espressamente previste dalla legge; c) modifichino il regime di competenza assoluta; e d) dispensino dal dovere di motivazione»; ancora «in quanto parte dell'essenza del processo, l'estensione del termine per la difesa orale non può essere oggetto di negoziazioni giuridiche tra le parti».

giudiziario, con conseguente possibilità di dedicare più tempo ed energie ad altri casi in cui accordi di tal tipo non siano ammessi.

7.1. Il calendario del processo. – L'*incipit* dell'art. 191 CPCb del 2015 autorizza le parti e il giudice a stabilire, di comune accordo, un vero e proprio calendario del compimento degli atti processuali, quando ciò sia necessario. Si tratta di uno strumento utile alla riduzione (cfr. art. 222, § 1, CPCb del 2015) od ampliamento dei termini processuali, anticipando e generalizzando quanto previsto dal punto VI dell'art. 139 del CPCb del 2015. L'art. 357, § 8, CPCb del 2015, incoraggia, in occasione della pronuncia dell'ordinanza di rinvio ed organizzazione del processo che deve precedere l'inizio della fase istruttoria, la stipulazione di un calendario processuale in merito alla produzione di prove peritali, al fine di garantire l'efficienza del processo.

Implicando un accordo tra le parti coinvolte, il calendario le vincola, con la conseguenza che i termini in esso stabiliti saranno modificabili solo in casi eccezionali, dietro giusto motivo. La regola, stabilita dal § 1 dell'art. 191, è corollario dell'art. 5 CPCb del 2015 e della buona fede oggettiva che esso prevede.

Da notarsi è che alla luce del vincolo del giudice al calendario, questo, in particolare in ragione dell'art. 5 CPCb del 2015, vincolerà tutto il potere giudiziario e non solo il singolo giudice-persona fisica che abbia acconsentito al calendario. Ne consegue che una volta fissato un calendario del processo tra parti e giudice di primo grado – necessariamente rappresentato da una determinata persona fisica – ove dovessero subentrare in luogo di quelle originarie altre parti o un altro giudice-persona fisica, il calendario non potrà essere messo in discussione.

Con la fissazione del calendario diventa superflua la previa notifica del compimento dell'atto processuale o della data delle udienze ivi previste (art. 191, § 2, CPCb del 2015), dal momento che queste

sono già conosciute da tutte le parti: si tratta di un chiaro caso di applicazione dell'efficienza del processo (art. 4 CPCb del 2015).

Questione che si pone è se il calendario possa essere controllato dal giudice e rifiutato per qualche motivo. La risposta deve essere senza dubbio positiva, dal momento che anche in questo caso siamo nell'ambito del diritto pubblico. Non vi è differenza, quindi, rispetto a quanto può accadere con gli accordi processuali di cui all'art. 190 CPCb del 2015, che possono essere dichiarati invalidi dal giudice nei casi e nei modi previsti dal paragrafo unico di detto articolo.

8. Riflessioni conclusive. – Come evidenziato in esordio, obiettivo dell'indagine qui offerta è quello di offrire una panoramica sugli approcci che stanno emergendo nell'ordinamento brasiliano, e in particolare alla luce del CPCb del 2015, rispetto alla soluzione non giurisdizionale delle controversie nonché agli accordi processuali che consentono alle parti, anche nell'alveo della via giurisdizionale, di modificare le regole del procedimento per adattare il processo alle specificità della controversia.

Con l'art. 3 CPCb del 2015 il legislatore brasiliano invita ad abbracciare una nozione più ampia del «principio di accesso alla giustizia» o della c.d. non eliminabilità della giurisdizione, aprendo ad una giustizia che vada oltre quella 'statale' o 'giurisdizionale', promuovendo la ricerca di mezzi che consentano una soluzione consensuale delle controversie.

Il riferimento dell'art. 3 cit. a conciliazione, mediazione ed arbitrato è pienamente compatibile con tale principio: per questo si tratta di strumenti che devono – e fortunatamente sono – incoraggiati da atti legislativi⁽²⁷⁾, atti normativi⁽²⁸⁾ e, con incisività, anche

⁽²⁷⁾ A titolo puramente illustrativo vale la pena ricordare la l. n. 13.988 del 2020, che «stabilisce i requisiti e le condizioni affinché l'Unione Federale, le sue autarchie e fondazioni, e i debitori o le parti avverse possano concludere una transazione risolutiva di una controversia relativa al recupero di crediti della Pubblica Amministrazione, sia di natura tributaria che non tributaria», e la l. n. 14.057 del 2020

dal CPCb del 2015 ⁽²⁹⁾. Ne è sicura evidenza l'obbligatoria celebrazione di un'udienza di conciliazione o mediazione nel processo secondo il rito ordinario, ancor prima che il convenuto presenti la sua risposta (cfr. art. 334, *incipit* e § 4, I, CPCb del 2015) ⁽³⁰⁾.

che, regolamentando quanto previsto nel § 20 dell'art. 100 Costituzione federale, «disciplina l'accordo con i creditori per il pagamento di crediti di prelatori federali con sconto e l'accordo risolutivo di una controversia contro la Pubblica Amministrazione (...)». Inoltre, la l. n. 14.112 del 2020, modificando la l. n. 11.101 del 2005, promuove l'uso di mezzi alternativi nell'ambito della procedura di amministrazione straordinaria, anche in forma anticipata, come si può vedere dagli articoli da 20-A a 20-D. La nuova lett. j del punto I dell'art. 22 impone all'amministratore giudiziario il dovere di: «j) promuovere, ove possibile, la conciliazione, la mediazione ed altri metodi alternativi di risoluzione delle controversie legate alla procedura di amministrazione straordinaria e alla liquidazione, nel rispetto dei diritti dei terzi, in conformità a quanto prevede il § 3 dell'articolo 3 della l. n. 13.105 del 16 marzo 2015 (Codice di Procedura Civile)».

⁽²⁸⁾ V., ad esempio, il decreto n. 10.197 del 2020 del Presidente della Repubblica brasiliana, che «istituisce il *Consumidor.gov.br* come piattaforma ufficiale della Pubblica Amministrazione Federale diretta, autonoma e fondazionale per l'autocomposizione nelle controversie nelle relazioni di consumo». Sul punto v. A. MARIGHETTO, L. DAL PUBEL, *Consumer Protection and Online Dispute Resolution in Brasil*, cit., 461-8.

⁽²⁹⁾ Di rilievo a riguardo è l'art. 26 legge di introduzione alle norme del diritto brasiliano, introdotto dalla l. n. 13.655 del 2018, il cui *incipit* stabilisce che «[p]er eliminare irregolarità, incertezza giuridica o situazioni contenziose nell'applicazione del diritto pubblico, incluso il rilascio di licenze, l'autorità amministrativa può, previa audizione dell'organo legale e, quando opportuno, previa consultazione pubblica, e in presenza di ragioni di rilevante interesse generale, concludere un accordo con gli interessati, nel rispetto della legislazione applicabile, che produrrà effetti solo a partire dalla sua pubblicazione ufficiale».

⁽³⁰⁾ Questo non significa che la legge possa prevedere in modo generalizzato il ricorso ai mezzi alternativi quale condizione per l'accesso al giudice statale. Così si è espresso il *Supremo Tribunal Federal* – la Corte Costituzionale federale brasiliana – nella sentenza sulle azioni dirette di incostituzionalità n. 2.139 e n. 2.160, rel. Min. Cármen Lúcia, pronunciata il 1° agosto 2018, pubblicata nel Diario elettronico della Giustizia il 19 febbraio 2019, in merito all'incostituzionalità delle previsioni introdotte dal c.d. testo unico delle leggi del lavoro, le cui decisioni sono state così riassunte «(...) 1. Il *Supremo Tribunal Federal* ha riconosciuto, in conformità al punto XXXV dell'articolo 5 della Costituzione della Repubblica, la non necessità della previa integrazione di condizioni sproporzionate o che rendano impossibili l'accesso alla tutela giurisdizionale. 2. Contraria alla Costituzione è

Questa promozione degli strumenti a-giurisdizionali di risoluzione delle controversie non può né deve tuttavia intendersi come un tentativo di declassare la tutela giurisdizionale offerta dal potere giudiziario a 'giustizia antiquata', espressione di forme e riti del passato. L'idea, invece, è quella di favorire un ricorso alla via giurisdizionale che sia residuale, che segua, cioè, ad un incoraggiamento delle parti in contesa a trovare una soluzione consensuale della loro lite.

Chiaro è come tale rinnovato orizzonte presupponga e imponga un cambiamento di mentalità; un mutamento di sguardo, che dovrebbe toccare anche il modo di intendere ciò che è incluso (o meno) nell'ambito del «diritto processuale civile». Ne discende che, alla luce del citato art. 3 CPCb del 2015 e più in generale delle disposizioni del codice che di questo sono attuazione, deve essere diversa rispetto al passato l'attitudine di chi studia e pratica il diritto processuale civile oggi. Il processo stesso, infatti, si apre agli effetti degli accordi tra le parti come all'interazione e integrazione con strumenti ad esso alternativi di soluzione delle controversie.

Ne sono esempio le numerose leggi speciali che nell'ordinamento brasiliano disciplinano tali strumenti non giurisdizionali di risoluzione delle controversie. Si pensi alla l. n. 13.140 del 2015, che introduce importanti novità per quanto concerne la mediazione,

l'interpretazione di quanto previsto dall'articolo 625-D e dai suoi paragrafi nel testo unico delle leggi del lavoro, che prevederebbe il previo ricorso alla Commissione di Conciliazione Preliminare quale condizione per l'accesso alla tutela giurisdizionale. Interpretazione conforme alla Costituzione: 3. L'articolo 625-D e i suoi paragrafi nel testo unico delle leggi del lavoro: la legittimità del ricorso alla Commissione di Conciliazione Preliminare si basa sulla consensualità; esso costituisce uno strumento importante per l'accesso ad una giustizia equa, ma non è condizione essenziale per l'accesso alla tutela giurisdizionale. 4. L'azione diretta di incostituzionalità è stata parzialmente accolta per dare un'interpretazione conforme alla Costituzione ai paragrafi 1-4 dell'articolo 625-D del testo unico delle leggi del lavoro, stabilendo che la Commissione di Conciliazione Preliminare costituisce un mezzo legittimo, ma non obbligatorio, per la risoluzione delle controversie, garantendo l'accesso alla giustizia per tutti coloro che desiderano presentare una richiesta direttamente all'organo giurisdizionale competente».

compresa quella stragiudiziale (v. artt. 21-23), nonché la mediazione che coinvolga persone giuridiche di diritto pubblico (v. artt. 32-40). È, questa, un vero e proprio segno distintivo della legislazione in tema di strumenti alternativi al processo di soluzione delle controversie, che ben si armonizza con il citato art. 3 CPCb del 2015, e che deve essere interpretato e applicato sì da consentirne la massima compatibilità con il codice di procedura civile e il coinvolgimento di tutti i livelli della pubblica amministrazione⁽³¹⁾.

Anche l'arbitrato, specificamente disciplinato dalla l. n. 9307 del 1996, è stato di recente rafforzato dalla l. n. 13.129 del 2015, che ne ha ampliato il campo di applicazione estendendolo ai conflitti che coinvolgono l'amministrazione pubblica diretta e indiretta⁽³²⁾.

Infine, ma non meno importante, si mostra il corretto modo di intendere ed applicare gli accordi processuali, ammessi anche ove atipici dall'art. 190 CPCb del 2015. Il ricorso a tali accordi, infatti, favorisce la diffusione di una nuova attitudine delle parti alla controversia: anche ove costoro non riescano a giungere ad un componimento nel merito della loro contesa, possono infatti accordarsi, ove adiscano la via giurisdizionale, per un adattamento delle modalità di svolgimento del processo alle peculiarità del caso concreto.

Ne risulta esaltato il ruolo delle parti nella gestione dei loro conflitti, in vista di un migliore perseguimento dei loro interessi e della tutela dei loro diritti, anche indipendentemente dall'intervento dell'autorità giudiziaria, o comunque senza ritenerla una protagonista indispensabile ed obbligata nella soluzione del proprio contenzioso.

⁽³¹⁾ L'osservazione di cui nel testo è tanto più rilevante se si pensa che il controllo giurisdizionale degli atti della pubblica amministrazione avviene da parte dell'autorità giudiziaria mediante applicazione del codice di procedura civile. Nell'ordinamento brasiliano, infatti, non esiste una «giustizia amministrativa» come accade negli altri ordinamenti dell'America Latina o euro-continentali.

⁽³²⁾ A questo proposito va ricordato il decreto n. 10.025 del 2019, che disciplina l'arbitrato per risolvere le controversie che coinvolgono l'amministrazione pubblica federale nei settori portuale e dei trasporti su strada, ferroviario, marittimo ed aeroportuale.

Abstract

Il saggio mira ad evidenziare come lo studio dei mezzi consensuali di risoluzione delle controversie non possa che influenzare la tradizionale concezione del diritto processuale civile e, al contempo, induca a favorire uno studio *ad hoc* delle tecniche in essi impiegate.

Con questo intento, il contributo vuole offrire una panoramica sugli strumenti stragiudiziali di soluzione delle controversie nel diritto brasiliano a partire dalla loro previsione nel Codice di Procedura Civile del 2015, sì da porre le basi per un indispensabile dialogo con altri ordinamenti giuridici.

Da questa angolatura, l'indagine si concentra su conciliazione, mediazione, arbitrato e accordi processuali, sottolineando il loro ruolo nella promozione di una maggiore consapevolezza delle parti circa la possibilità di addivenire ad una soluzione volontaria delle controversie o, ove adiscano il giudice, al consensuale adattamento delle regole processuali sì da rendere il processo più aderente alle peculiarità del caso concreto.

The paper argues that the analysis of consensual conflict resolution methods has the power to influence the traditional understanding of civil procedural law itself and to promote an ad hoc study of conflict resolution techniques without court intervention.

To this end, the paper seeks to provide a portrait of non-judicial methods of conflict resolution in the Brazilian legal system based on their provision in the Brazilian Code of Civil Procedure of 2015, with the aim of promoting a fruitful comparison with other legal systems.

In this perspective, the article deals mainly with conciliation, mediation, arbitration and procedural agreements, highlighting their importance for a greater awareness of the parties themselves in voluntarily resolving their conflicts or establishing different procedural rules to allow for a more adequate resolution of disputes through judicial proceedings.

STRUTTURE E FIGURE PROFESSIONALI
NELLA DISCIPLINA ORGANICA
DELLA GIUSTIZIA RIPARATIVA

IL RUOLO DELLA FORMAZIONE
DEL MEDIATORE ESPERTO

Elena Mattevi (*)

SOMMARIO: 1. La disciplina organica della giustizia riparativa e le strutture di riferimento. – 2. Il mediatore esperto in programmi di giustizia riparativa e il suo ruolo nel sistema. – 3. Le peculiarità della formazione alla giustizia riparativa. – 4. Il percorso formativo disegnato dalla riforma e dal suo decreto attuativo. – 5. Inserimento nell'elenco dei mediatori esperti e disciplina transitoria.

1. La disciplina organica della giustizia riparativa e le strutture di riferimento – Tra i pregi principali della Riforma Cartabia in tema di giustizia riparativa rientrano senza dubbio quelli della sua ampiezza e completezza, che sono ben testimoniate anche dalla disciplina che per la prima volta è stata offerta in merito alle figure professionali e alle strutture che sono chiamate a gestire i programmi di giustizia riparativa. Come previsto dall'art. 1, 19° comma, l. 27 settembre 2021, n. 134, del resto, tra i principi e criteri direttivi indicati dal legislatore per l'esercizio della delega in materia rientravano sia quello di disciplinare la formazione dei mediatori esperti in programmi di giustizia riparativa – preveden-

Giustizia consensuale Fasc. 2/2023, 589-614. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) Ricercatrice di Diritto Penale nell'Università di Trento.

do i requisiti e i criteri per l'esercizio dell'attività professionale di mediatore e le sue modalità di accreditamento presso il Ministero della giustizia – sia quello di individuare i livelli essenziali e uniformi delle prestazioni dei servizi per la giustizia riparativa, che devono essere erogati da strutture pubbliche facenti capo agli enti locali, convenzionate con il Ministero della giustizia e presenti in ciascun distretto di corte d'appello.

La giustizia riparativa, fin dalle sue prime sperimentazioni nel microsistema della giustizia minorile e in quello della giurisdizione di pace, è stata gestita da professionisti provenienti da settori differenziati (assistenti sociali, educatori, avvocati), muniti di competenze acquisite solo grazie all'esperienza o a corsi formativi organizzati da enti o istituzioni non necessariamente universitarie, senza alcun coordinamento centralizzato. La diffusione effettiva di queste pratiche, poi – anche nei casi, più recenti, in cui esse hanno iniziato a ricevere un più chiaro riconoscimento normativo, come nell'istituto della messa alla prova (art. 464 *bis* c.p.p.) – è stata concretamente ostacolata dalla mancanza, in molte realtà territoriali, di centri pubblici chiamati a gestirle ⁽¹⁾. Sono in alcune province i centri di mediazione penale di tipo istituzionale o facenti capo al privato sociale hanno cominciato ad operare, spesso attraverso la stipula di intese e protocolli con la magistratura locale ⁽²⁾.

Non avrebbe avuto senso, quindi, immaginare una riforma organica della giustizia riparativa, priva delle risorse organizzative e umane necessarie per renderla davvero operativa in modo uniforme, a livello nazionale.

⁽¹⁾ Per un'analisi della situazione italiana cfr. L. PICOTTI, R. FLOR, E. MATTEVI, I. SALVADORI, *Italy*, in F. DÜNKEL, J. GRZYWA-HOLTEN, P. HORSFIELD (a cura di), *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters*, vol. I, Mönchengladbach, 2015, 46 ss.

⁽²⁾ R. RIBON, *I servizi per la giustizia riparativa. Verso un assetto organizzativo integrato della Giustizia*, in G. SPANGHER (a cura di), *La riforma Cartabia*, Pisa, 2022, 777.

In base alla nuova disciplina, i programmi di giustizia riparativa devono essere organizzati, gestiti, erogati e svolti dai Centri per la giustizia riparativa (art. 42, 1° comma, lett. g, d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150) ⁽³⁾, strutture pubbliche create presso gli enti locali, che si devono avvalere di mediatori esperti iscritti in un apposito elenco istituito presso il Ministero della giustizia.

In un quadro più ampio, presso ciascun distretto di corte d'appello deve insediarsi una Conferenza locale, alla quale partecipano, con propri rappresentanti, il Ministero della Giustizia, le Regioni o le Province autonome, nonché le Province o le Città metropolitane sul territorio delle quali si estende il distretto della corte d'appello, i Comuni, sedi di uffici giudiziari, e ogni altro Comune presso il quale sono in atto esperienze di giustizia riparativa, purché compresi nel distretto di corte d'appello (art. 63, 2° comma). La Conferenza locale, che si svolge mediante videoconferenza, è convocata dal ministro della giustizia o da un suo delegato, con cadenza almeno annuale, ed è da lui coordinata.

Il compito principale di questa Conferenza è quello di individuare, previa ricognizione delle diverse esperienze di giustizia riparativa in corso e per il tramite di un protocollo d'intesa, uno o più enti locali ai quali affidare l'istituzione e la gestione dei Centri, in base al fabbisogno di servizi sul territorio e alla necessità che l'insieme dei Centri assicuri l'offerta dell'intera gamma dei programmi di giustizia riparativa nonché in base alla necessità che i Centri assicurino i livelli essenziali delle prestazioni e il rispetto di principi e garanzie fissati dalla Riforma (art. 63, 5° comma).

La scelta di valorizzare gli enti locali si giustifica con la necessità di salvaguardare le esperienze e le competenze già maturate in que-

⁽³⁾ Quando, d'ora in poi, si farà riferimento ad un articolo senza indicazione del relativo atto normativo, si intenderà implicitamente riferito al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 su «Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari».

sto campo nelle diverse realtà territoriali ⁽⁴⁾; esperienze e competenze che possono essere testimoniate anche dagli interlocutori istituzionali (Presidente della Corte d'appello, Procuratore generale, Presidente del Consiglio dell'ordine degli avvocati), che devono essere sentiti dalla Conferenza locale nel corso della procedura che è stata disegnata per l'individuazione degli enti locali di riferimento.

Il coordinamento nazionale dei servizi di giustizia riparativa è affidato al Ministero della Giustizia, che si avvale di una specifica Conferenza nazionale, alla quale partecipano anche un rappresentante e un sindaco per ogni Regione o Provincia autonoma, un rappresentante della Cassa delle ammende e sei esperti (art. 61, 2° comma), che vengono nominati con decreto del ministro della Giustizia, di concerto con il ministro dell'università ⁽⁵⁾. La Conferenza si riunisce annualmente e redige con la stessa frequenza una relazione sullo stato della giustizia riparativa in Italia.

Grazie a questa complessa ed ambiziosa macchina organizzativa i Centri dovranno iniziare ad operare su tutto il territorio nazionale. Per poter alimentarla, però, è necessario un significativo investimento in termini di risorse pubbliche. La Raccomandazione CM/Rec No. (2018)8 del 3 ottobre 2018 sulla giustizia riparativa in materia penale del Consiglio d'Europa, non a caso, ricorda che «la giustizia riparativa, al fine di essere efficacemente realizzata, richiede risorse umane e finanziarie adeguate» (§ 54 CM/Rec (2018)8).

A tale riguardo, la dottrina si è espressa sull'opportunità che i Centri di giustizia riparativa agiscano in un contesto pubblicistico e offrano prestazioni gratuite. Questo profilo è fondamentale alla lu-

⁽⁴⁾ R. RIBON, *I servizi per la giustizia riparativa. Verso un assetto organizzativo integrato della Giustizia*, cit., 779.

⁽⁵⁾ Con d.m. 27 luglio 2023, pubblicato sul sito del Ministero della giustizia, sono stati nominati i primi sei esperti della Conferenza nazionale per la giustizia riparativa, nella persona dei Professori Alessio Lanzi, Giovanni Lodigiani, Vittorio Manes, Nicola Mazzacuva, Claudia Mazzucato e della Dottoressa Anna Sanchez.

ce della natura pubblica del diritto penale; è necessario evitare che la materia sia dominata da logiche di mercato ⁽⁶⁾.

L'ulteriore merito della Riforma Cartabia è quello di essersi posta per la prima volta, in modo serio, questo problema, e di aver approntato una risposta, almeno temporanea. I Centri potranno esistere proprio perché è stato previsto un modo per finanziarli, attraverso uno specifico Fondo, con la dotazione di 4.438.524 euro annui – a decorrere dall'anno 2022 – alimentato dal Fondo per l'attuazione della delega per l'efficienza del processo penale di cui all'art. 1, 19° comma, l. 27 settembre 2021, n. 134. La Regione, le Province, le Città metropolitane, i Comuni e la Cassa delle Ammende, poi, nel quadro delle rispettive politiche e competenze, possono concorrere al finanziamento dei programmi e alcuni enti sono invero anche sollecitati a farlo, visto che la quota di fondi assegnata dal Ministero della giustizia agli enti locali, ai quali è affidata l'istituzione dei Centri, tiene conto – sulla base dei criteri di proporzionalità – dell'ammontare delle risorse proprie annualmente impiegate per il finanziamento dei programmi (art. 67).

Per troppo tempo alla mancanza di risorse si è imputata la responsabilità per il livello inadeguato di servizi di *restorative justice* liberamente accessibili sul territorio nazionale. La situazione dovrebbe finalmente cambiare, ma non mancano preoccupazioni per la sostenibilità economica dell'iniziativa.

Si è evidenziato, infatti, come l'entità del finanziamento ministeriale possa garantire la predisposizione dell'assetto organizzativo di base ⁽⁷⁾, ma alla lunga il fabbisogno economico dipenderà soprattutto dalla strategia operativa e organizzativa che verrà privilegiata dai singoli Centri e non potrà che essere soddisfatto anche dagli enti locali.

⁽⁶⁾ A. CERETTI, C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa tra Consiglio d'Europa e O.N.U.*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, 773.

⁽⁷⁾ R. RIBON, *I servizi per la giustizia riparativa. Verso un assetto organizzativo integrato della Giustizia*, cit., 787.

2. *Il mediatore esperto in programmi di giustizia riparativa e il suo ruolo nel sistema.* – Il complesso sistema organizzativo delineato dalla Riforma pone al centro la figura del mediatore, al quale compete «il prezioso ruolo della gestione dei conflitti all'interno dei singoli programmi in una dimensione di equiprossimità»⁽⁸⁾.

Per poter svolgere i programmi i Centri devono avvalersi di personale che possieda la qualifica di mediatore esperto e che sia inserito in un apposito elenco istituito presso il Ministero della giustizia. Il mediatore esperto, insomma, è l'unica figura professionale che può gestire i programmi.

La qualifica di mediatore esperto in programmi di giustizia riparativa si acquisisce a seguito di un corso di formazione organizzato dai Centri e dalle Università, che operano in collaborazione, e al superamento di una prova finale teorico-pratica (art. 59), meglio disciplinati, come vedremo, da un decreto del ministro della giustizia, adottato di concerto con il ministro del lavoro e delle politiche sociali e con il ministro dell'università e della ricerca.

L'elenco – anch'esso istituito e disciplinato, con riferimento ai requisiti per l'iscrizione e la cancellazione, alle modalità di revisione e alle incompatibilità, mediante decreto ministeriale – contiene i nomi dei mediatori esperti, con l'indicazione dell'eventuale ulteriore qualifica di formatori (art. 60).

Fin dalla definizione di giustizia riparativa, offerta dall'art. 42, il mediatore – «terzo imparziale, adeguatamente formato» – assume un ruolo decisivo. È tenuto ad 'aiutare' la vittima del reato, la persona indicata come autore dell'offesa e gli altri soggetti appartenenti alla comunità a partecipare liberamente alla risoluzione delle questioni derivanti dal reato.

⁽⁸⁾ P. MAGGIO, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. Parte II. 'Disciplina organica' e aspetti di diritto processuale*, in *Sistema penale*, 27 febbraio 2023, 9.

La delicatezza del compito al quale il mediatore è chiamato è intrinsecamente legata alle peculiarità delle situazioni, spesso violente, in cui maturano i reati o che comunque si vengono a creare in conseguenza di un reato. Il mediatore si inserisce nel conflitto connesso all'illecito penale, per promuovere un dialogo utile a far emergere una verità soggettiva, spesso complessa, che è ancora in corso e i cui termini si definiscono progressivamente. Intorno al tavolo, oltre alla possibile presenza dei rappresentanti della comunità, egli si trova quindi, da un lato, a gestire gli atteggiamenti e le conseguenze delle scelte anche strumentali che possono guidare il presunto autore del reato o il soggetto che è stato condannato; dall'altro, a gestire le paure e le aspirazioni delle vittime di reati anche gravi, con tutto il carico di sofferenza che portano sulle loro spalle.

La Riforma Cartabia ha accentuato la complessità di questo ruolo, prevedendo un intervento ad ampio spettro della giustizia riparativa, alla quale si può accedere senza preclusioni in relazione alla fattispecie di reato o alla sua gravità (art. 44)⁽⁹⁾.

È pur vero che il giudice (e, allo stesso modo, il pubblico ministero), al momento dell'invio del caso al Centro, è chiamato ad un primo vaglio di utilità in merito allo svolgimento del programma e deve verificare che quest'ultimo non comporti un pericolo per gli interessati e per l'accertamento dei fatti (art. 129 *bis* c.p.p.), ma è poi il mediatore esperto che deve prendere la decisione finale in merito alla fattibilità del programma (art. 54), anche tenuto conto dei rischi per i soggetti coinvolti, degli squilibri di potere e delle persone che hanno effettivamente espresso il loro consenso a partecipare.

Il mediatore, infatti, deve contattare i potenziali partecipanti ed incontrarli singolarmente, fornendo tutte le informazioni necessarie

⁽⁹⁾ Il termine 'mediatore', che la Riforma Cartabia fa proprio, fa pensare che la recente normativa si esprima con una sorta di sineddoche, per intendere un insieme vario di operatori o facilitatori della giustizia riparativa e non solo, quindi, coloro che sono chiamati a gestire programmi di mediazione: L. PARLATO, *La giustizia riparativa: i nuovi e molteplici incroci con il rito penale*, in D. CASTRONUOVO, M. DONINI, E.M. MANCUSO, G. VARRASO (a cura di), *Riforma Cartabia, La nuova giustizia penale*, Milano, 2023, 279.

sui programmi disponibili, sulle modalità di accesso e di svolgimento, sugli esiti, sugli eventuali accordi, sulle garanzie e sui doveri contenuti nella disciplina organica (art. 47). Solo dopo un'approfondita fase preliminare, egli raccoglie il consenso, che deve essere espresso per iscritto, oltre ad essere personale, libero, consapevole ed informato (art. 48).

Il mediatore deve essere capace di valutare, negli incontri preliminari, se gli interessati sono in grado di esprimere un consenso libero e consapevole, anche al di fuori dei casi particolari, che sono espressamente disciplinati, di coinvolgimento di minori, interdetti e di coloro che sono sottoposti ad amministrazione di sostegno. Se ci si riferisce soltanto alla tipologia di reato commesso, molti dubbi sulla sussistenza di questi presupposti si possono porre in tema di violenza di genere – soprattutto tenuto conto della scelta che è stata operata in altri ordinamenti come la Spagna (*Ley Orgánica 1/2004, de 28 de Diciembre*)⁽¹⁰⁾, vietando il ricorso alla mediazione, e delle discusse previsioni della Convenzione di Istanbul⁽¹¹⁾ – e di reati commessi in ambienti mafiosi, avvezzi a forme di mediazione sociale dei conflitti, dove la mediazione penale potrebbe essere dominata da preesistenti, disuguali, rapporti di forza, oppure fraintesa e vissu-

⁽¹⁰⁾ M.E. TORRES FERNÁNDEZ, *La mediazione è ammissibile in caso di violenza nella coppia? Limiti giuridici e possibilità concrete in un confronto fra diritto spagnolo e italiano*, in E. URSO (a cura di), *Le ragioni degli altri. Mediazione e famiglia tra conflitto e dialogo*, Firenze, 2013, 305, si sofferma sulla definizione di violenza di genere offerta dall'art. 1 della legge spagnola: «l'esercizio della violenza contro le donne da parte di coloro che sono o sono stati i loro coniugi o di chi sia stato legato a loro da simili relazioni affettive». In Spagna si discute peraltro dell'effettiva portata applicativa di questa disposizione: J.C. RÍOS MARTÍN, E. PASCUAL RODRÍGUEZ, A. BIBIANO GUILLÉN, J.L. SEGOVIA BERNABÉ, *La mediación penal y penitenciaria*, 2ª ed., Madrid, 2008, 107.

⁽¹¹⁾ L'art. 48 Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (Convenzione di Istanbul del 2011), infatti, non vieta la *restorative justice*, ma esclude soltanto il ricorso obbligatorio a procedimenti di risoluzione alternativa delle controversie in materia.

ta in modo da svilire la percezione sociale del rispetto delle norme giuridiche ⁽¹²⁾.

In queste situazioni e comunque sempre, soprattutto in presenza di vittime con esigenze specifiche di protezione, i mediatori, adeguatamente formati, sono chiamati a verificare con speciale rigore se ci sono rischi per i partecipanti e se è stato espresso un consenso informato e libero alla partecipazione, adottando ogni cautela opportuna per evitare rischi di vittimizzazione secondaria.

Non meno delicato è il ruolo del mediatore quando deve valutare quali persone possano partecipare al programma, a titolo – per esempio – di soggetti appartenenti alla comunità o di meri soggetti che vantino un interesse (art. 45), o quali vittime aspecifiche, nonché, nel corso dell'intero programma, quando deve assicurare un «trattamento rispettoso, non discriminatorio ed equiprossimo dei partecipanti, garantendo tempi adeguati alle necessità del caso» (art. 55).

Decisiva è infine la fase di redazione della relazione, che contiene la descrizione delle attività svolte e dell'esito riparativo raggiunto, che si sostanzia in un accordo (art. 42, 1° comma, lett. e) e che può avere un contenuto simbolico (dichiarazioni o scuse formali, impegni comportamentali...) o materiale.

Se l'esito riparativo non viene raggiunto, le comunicazioni all'autorità giudiziaria devono essere sintetiche, dando atto della mancata effettuazione del programma, della sua interruzione o del mancato raggiungimento dell'accordo, a seconda dei casi (art. 57).

⁽¹²⁾ Cfr. G. MANNOZZI, *Il difficile cammino della mediazione penale nelle aree geografiche ad elevata criminalità organizzata: analogie e differenze tra la mediazione penale moderna e gli schemi arcaici di mediazione mafiosa*, in A. CASTALDO, V. DE FRANCESCO, M. DEL TUFO, S. MANACORDA, L. MONACO (a cura di), *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2013, 239 ss., la quale giunge ad affermare che nei contesti in cui è maggiormente presente la sottocultura mafiosa, della mediazione andrebbe rafforzato, almeno in una fase iniziale, proprio il legame con la magistratura e ciò in controtendenza con le indicazioni generali per una separazione tra giudice e mediatore.

Il momento di ‘restituzione’ alla giustizia tradizionale dell’esito negativo della parentesi riparativa è cruciale. Il mediatore, da un lato, se il procedimento penale è ancora in corso, deve evitare di fornire all’autorità giudiziaria informazioni che non siano necessarie e che possano solo nuocere ai partecipanti (come, per esempio, il nome di chi abbia fatto fallire il programma) ⁽¹³⁾, condizionando inevitabilmente la decisione del giudice; dall’altro lato, invece, se il percorso si inserisce nella fase esecutiva della pena o è parte di un programma di messa alla prova, il mediatore deve, almeno a parere di chi scrive, fornire alcune informazioni, perché l’autorità giudiziaria possa tener conto – così come previsto dalla Riforma Cartabia – dello sforzo compiuto dalla persona indicata come autore dell’offesa, partecipando al programma (anche se si è concluso senza esito riparativo).

Se l’esito è raggiunto, invece, è vero che i difensori hanno la facoltà di assistere i partecipanti nella definizione degli accordi relativi all’esito materiale, mentre è assicurata l’assistenza dei mediatori per l’esecuzione degli accordi relativi all’esito simbolico, ma è fondamentale ricordare che alcuni effetti (come la remissione tacita della querela o la nuova attenuante generica) presuppongono che gli impegni comportamentali assunti siano stati rispettati e quindi che gli accordi siano stati eseguiti. Di conseguenza, questi ultimi devono essere formulati così da essere eseguibili e soprattutto in modo che l’esecuzione sia eventualmente accertabile in sede giudiziale. I mediatori, con il supporto finale dei legali, assumono un ruolo che non è solo quello – che peraltro rimane decisivo – di facilitatori del

⁽¹³⁾ È vero, infatti, che l’art. 58 esclude che la mancata effettuazione del programma, l’interruzione dello stesso o il mancato raggiungimento di un esito riparativo producano effetti sfavorevoli nei confronti della persona indicata come autore dell’offesa, ma gli effetti negativi si possono comunque produrre per tutte le parti, in modo subdolo, con il condizionamento psicologico – magari inconsapevole – che subisce l’autorità giudiziaria, quando conosce il nome del responsabile del fallimento del programma.

dialogo, ma anche, in qualche misura, di ‘garanti dell’accordo’, almeno sotto il profilo della sua ragionevolezza e proporzionalità⁽¹⁴⁾.

Anche da questa prospettiva, il loro compito è assai complesso.

3. *Le peculiarità della formazione alla giustizia riparativa.* – La didattica della giustizia riparativa è inevitabilmente una didattica multidisciplinare, visto che la *restorative justice* instaura un fitto dialogo con diversi settori del sapere, non solo giuridici⁽¹⁵⁾.

Si possono individuare diverse, e non sempre conciliabili, correnti di pensiero, istanze ed esigenze che hanno variamente contribuito allo sviluppo della riflessione sulla giustizia riparativa nella cultura occidentale, a partire dagli anni Settanta del secolo scorso. Un apporto significativo è stato offerto dall’antropologia giuridica, grazie alla quale – in base a studi incentrati sui microcosmi delle comunità africane o centroamericane – si è ipotizzato un ritorno a forme privatistiche di composizione del conflitto o comunque a paradigmi alternativi alla risposta penale tradizionale, «in una recuperata filosofia di riappropriazione di valori comunitari e di politiche di prossimità»⁽¹⁶⁾.

Vi è poi assoluta convergenza nel cogliere, nelle riflessioni sulla *restorative justice*, un’influenza di matrice abolizionistica⁽¹⁷⁾, nonché, naturalmente, il contributo decisivo dell’indagine vittimologica⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁴⁾ Cfr. sul punto F. BRUNELLI, *Programmi di giustizia riparativa*, in G. SPANGHER (a cura di), *La riforma Cartabia*, cit., 768 s.

⁽¹⁵⁾ G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, 331 ss. Per un approfondimento sia consentito rinviare altresì a E. MATTEVI, *Una giustizia più riparativa*, Napoli, 2017, 9 ss.

⁽¹⁶⁾ M. DEL TUFO, *La vittima di fronte al reato nell’orizzonte europeo*, in G. FIANDACA, C. VISCONTI (a cura di), *Punire mediare riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all’elaborazione dei conflitti individuali*, Torino, 2009, 109.

⁽¹⁷⁾ Cfr. F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, Milano, 2010, 54 ss.; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, Milano, 2003, 33 ss.

⁽¹⁸⁾ Così si esprime L. WALGRAVE, *Restorative Justice: An Alternative for Responding to Crime?*, in S.G. SHOHAM, O. BECK, M. KETT (eds.), *International*

Per dar miglior conto della complessità dell'approccio, si può tuttavia ricordare altresì che in alcuni studi ci si sofferma anche sull'influenza delle istanze di matrice cristiana per una visione maggiormente relazionale della giustizia, dell'etica femminista, che avrebbe valorizzato un modello più incline a pensare «in termini di cura e di relazioni»⁽¹⁹⁾ e della sociologia del diritto, che ritiene la pena funzionale a mantenere intatta la coesione e a rafforzare il consenso, nel quadro di una solidarietà sociale che nasce dalla condivisione di credenze e valori⁽²⁰⁾.

Una seria formazione alla giustizia riparativa, quindi, non dovrebbe prescindere da almeno alcune di queste contaminazioni, senza le quali lo sguardo dei professionisti chiamati a gestirla finirebbe per essere troppo limitato.

Un certo spazio dovrebbe essere riservato ai contributi delle scienze criminologiche per approfondire gli strumenti di intervento sugli atteggiamenti dell'autore del reato, laddove per esempio essi si esprimano nell'utilizzo di tecniche di neutralizzazione, e i meccanismi di controllo dei fattori criminogenetici, nonché per analizzare,

Handbook of Penology and Criminal Justice, Boca Raton-London-New York, 2008, 618.

⁽¹⁹⁾ F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit., 64 ss. Sulle influenze religiose, con attenzione al tema del pentimento e del perdono, ad «odiare il peccato e non il peccatore», a «non fare agli altri ciò che non vorresti che gli altri facciano a te», ed a principi come la riconciliazione, la riparazione, la generosità cfr. E. MCLAUGHLIN, R. FERGUSON, G. HUGHES, L. WESTMARLAND, *Introduction: Jus Introduction: Justice in the Round – Contextualizing Restorative Justice*, in ID. (ed.), *Restorative Justice. Critical Issues*, London-Thousand Oaks-New Delhi, 2003, 3. Quanto all'etica femminista cfr. il contributo di M.K. HARRIS, *Moving into the New Millennium: Toward a Feminist Vision of Justice (1991)*, in E. MCLAUGHLIN, R. FERGUSON, G. HUGHES, L. WESTMARLAND (eds.), *Restorative Justice. Critical Issues*, cit., 31 ss.

⁽²⁰⁾ S. VEZZADINI, *Percorsi di riconoscimento: le vittime*, in M.A. FODDAI (a cura di), *La scelta della mediazione: itinerari ed esperienze a confronto*, Milano, 2009, 98.

dal lato della vittima, il ruolo di quest'ultima nella genesi del crimine⁽²¹⁾.

Non dovrebbero mancare poi gli apporti dell'antropologia giuridica, utili per comprendere le potenzialità di alcuni programmi di giustizia riparativa più spiccatamente comunitari, della filosofia – almeno per quanto riguarda i concetti filosofici di 'persona' e 'relazione'⁽²²⁾, che sono al centro delle riflessioni sulla giustizia riparativa – e naturalmente, della psicologia, che si occupa dell'eziologia del comportamento-reato, del trattamento dell'autore e del supporto alla vittima e che può essere di supporto, con i suoi strumenti, nell'ascolto dei percorsi emotivi dei partecipanti e nella gestione delle dinamiche di un dialogo complesso⁽²³⁾.

Se si tiene conto del modello 'integrato' delineato dalla Riforma Cartabia⁽²⁴⁾, però, il mediatore esperto deve anche essere pienamente consapevole delle innumerevoli questioni penali, sostanziali e processuali, che il suo operato viene ad incrociare. Anche se il suo mandato è senza dubbio quello di andare oltre l'idea del reato come mera violazione delle norme, egli deve saper comprendere le contestazioni formulate nei confronti della persona indicata come autore dell'offesa e, per poter accompagnare le parti nella definizione dei contenuti della riparazione, deve saper cogliere la natura delle possibili condotte antagonistiche rispetto all'offesa. Deve conoscere nel dettaglio quali possono essere gli effetti di un programma con esito riparativo, per i reati procedibili d'ufficio e per quelli procedibili a

⁽²¹⁾ G. MANNOZZI, G. A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, cit., 334.

⁽²²⁾ Citando il filosofo M. BUBER, *Il principio dialogico e altri saggi*, trad. it. a cura di A. Poma, Milano, 1993, 103, «chi è nella relazione è parte di una realtà, cioè di un essere che non è semplicemente in lui, né semplicemente fuori di lui».

⁽²³⁾ Sul ruolo della psicologia cfr. V. TRAMONTE, *Giustizia riparativa. Pratiche, effetti, potenzialità*, Trento, 85 ss.

⁽²⁴⁾ La Riforma Cartabia dà sostanzialmente per scontato che la *restorative justice* possa e debba entrare in relazione stretta con il sistema penale, arricchendolo con lo sguardo della vittima e della comunità e facendolo evolvere in una direzione più umanizzante.

querela, arricchendo le sue riflessioni con i preziosi contributi che possono arrivare dalle teorie della pena. Deve essere pienamente consapevole delle fasi e dei gradi del procedimento penale, per capire dove si inserisce il suo intervento, e saper confrontarsi con il tema delle garanzie, per evitare in concreto che il programma finisca per produrre degli effetti pregiudizievoli ai partecipanti.

Prima di entrare nel merito della disciplina della formazione, così come delineata dalla Riforma Cartabia, è utile ricordare che anche le fonti sovranazionali – la Raccomandazione CM/Rec No. (2018)8 del 3 ottobre 2018 sulla giustizia riparativa in materia penale del Consiglio d'Europa e la Risoluzione 2002/12 delle Nazioni Unite sui «Principi base nell'uso dei programmi di giustizia riparativa in materia penale» – si sono soffermate su alcune caratteristiche della formazione necessaria allo svolgimento dell'attività di mediatore esperto.

In base alle indicazioni ivi contenute, i mediatori dovrebbero essere selezionati sulla base della loro «capacità di giudizio», del loro «buonsenso e delle capacità relazionali».

Prima di intraprendere in concreto l'attività di mediatore, dovrebbe tuttavia essere loro offerta una formazione iniziale di base, che favorisca l'acquisizione di un elevato livello di competenza, comprensivo delle abilità nella risoluzione del conflitto e degli ulteriori requisiti necessari per lavorare con le vittime, con gli autori degli illeciti e con le persone vulnerabili, nonché delle conoscenze di base del sistema penale. Una formazione quindi, ancora una volta, interdisciplinare, che dovrebbe assumere poi carattere continuativo (§§ 41 e 42 CM/Rec (2018)8; § 19 Ris. 2002/12) e, addirittura, avanzato per le ipotesi in cui il mediatore si trovi a gestire casi delicati, complessi o gravi (§ 43 CM/Rec (2018)8).

4. Il percorso formativo disegnato dalla riforma e dai suoi decreti attuativi. – Proprio per venire incontro alla necessità che la figura professionale incaricata dello svolgimento dei programmi di giustizia

riparativa sia in possesso di una formazione specialistica⁽²⁵⁾, la Riforma Cartabia (art. 59) ha delineato fin da subito le caratteristiche fondamentali del percorso formativo necessario per poter svolgere la professione di mediatore esperto in programmi di giustizia riparativa, insistendo per una formazione ad un tempo teorica e pratica – lunga, articolata e continua⁽²⁶⁾ – sia nell’accesso che nell’aggiornamento continuo⁽²⁷⁾. Essa è funzionale ad assicurare «l’acquisizione delle conoscenze, competenze, abilità e dei principi deontologici necessari a svolgere, con imparzialità, indipendenza, sensibilità ed equiprossimità, i programmi di giustizia riparativa» (art. 59, 1° comma). Come è stato ben evidenziato, la formazione è posta a presidio della corretta implementazione dei programmi e «a tutela di chi vi partecipa, anche in veste di mediatore»⁽²⁸⁾.

Per poter accedere ad un corso di formazione ‘abilitante’ è necessario aver conseguito un titolo di studio non inferiore alla laurea e aver superato una prova culturale e attitudinale. Come precisato dalla relazione illustrativa al decreto, la previsione di questo titolo di accesso «intende garantire la proficuità del percorso formativo, favorito dal livello culturale dei partecipanti, quanto più possibile omogeneo, ed altresì arricchito dalla varietà delle provenienze universitarie dei medesimi»⁽²⁹⁾. È previsto poi il necessario superamento di una prova finale, sempre teorico-pratica.

⁽²⁵⁾ Sulla centralità di un’adeguata formazione dei mediatori, quali soggetti che preparano e guidano il progressivo snodarsi della vicenda conciliativa cfr. G. DE FRANCESCO, *Della pena e del punire*, in *Legislazione penale*, 17 ottobre 2022, 18.

⁽²⁶⁾ F. BRUNELLI, *Formazione dei mediatori esperti in programmi di giustizia riparativa e requisiti per l’esercizio dell’attività*, in G. SPANGHER (a cura di), *La riforma Cartabia*, cit., 773.

⁽²⁷⁾ C. PERINI, *Prime note sulla disciplina organica della giustizia riparativa: ‘infrastrutture’ e raccordi di sistema*, in *Dir. pen. e proc.*, 2023, 100 ss.

⁽²⁸⁾ G. MANNOZZI, *Nuovi scenari per la giustizia riparativa. Riflessioni a partire dalla legge delega 134/2021*, in *Archivio penale*, 31 maggio 2022, 15.

⁽²⁹⁾ Relazione Illustrativa del decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134 recante delega al governo per l’efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione

In base al decreto delegato – che ha voluto essere molto dettagliato sul punto – la formazione iniziale ha una durata minima di 240 ore, mentre quella continua consiste in non meno di trenta ore annuali dedicate all’aggiornamento teorico e pratico e al confronto sulle prassi, non solo nazionali.

La formazione teorica – che copre un terzo dell’intero percorso teorico-pratico – è aperta alle materie correlate ma si incentra prioritariamente sulla giustizia riparativa come materia autonoma e sul diritto penale, processuale penale, penitenziario e minorile, oltre alla criminologia e alla vittimologia (art. 59, 5° comma). La formazione pratica, invece, punta a sviluppare il ‘saper agire’ e, in particolare, le capacità di ascolto e le competenze relazionali, con attenzione specifica alle vittime e alle persone vulnerabili (art. 59, 6° comma).

I soggetti istituzionali chiamati a fornire la formazione necessaria sono i Centri per la giustizia riparativa e le Università, che operano in stretta collaborazione tra loro, secondo le rispettive competenze, al fine di evitare di marginalizzare queste ultime, appiattendolo i corsi sulla sola dimensione pratica⁽³⁰⁾, o di escludere i Centri, riducendo i percorsi a luoghi deputati all’espressione di riflessioni troppo astratte, per quanto raffinate.

All’Università, naturalmente, spetta la formazione teorica, mentre ai Centri per la giustizia riparativa è affidata la formazione pratica, che deve essere tenuta da mediatori esperti, iscritti nell’apposito elenco e in possesso di comprovate competenze come formatori.

Il decreto interministeriale attuativo – al quale spettava di definire nel dettaglio le forme e i tempi della formazione pratica e teorica nonché le modalità delle prove di accesso al corso di formazione e delle prove finali (art. 50, 10° comma) – ha perfeziona-

dei procedimenti giudiziari (d’ora in poi solo Relazione Illustrativa), in *Sistema penale*, 20 ottobre 2022, 390.

⁽³⁰⁾ G. MANNOZZI, *Nuovi scenari per la giustizia riparativa. Riflessioni a partire dalla legge delega 134/2021*, cit., 16.

to questo modello già molto articolato, andando addirittura a richiedere una formazione ancora più ampia di quella ‘minima’ delineata dal d.lgs. n. 150 del 2022; una formazione, tra l’altro, rigorosamente erogata dalle istituzioni del territorio.

Il decreto 9 giugno 2023 del Ministero della giustizia (che chiameremo ‘decreto formazione’), concertato con il ministro del lavoro e delle politiche sociali e con il ministro dell’università e della ricerca, ha disciplinato il percorso formativo e le modalità di svolgimento e valutazione delle prove previste, affidando alle Università – aventi sede nel singolo distretto di corte d’appello – la gestione amministrativa e finanziaria dei corsi e il rilascio dell’attestato finale.

La formazione teorica iniziale, assicurata dalle Università, non può durare meno di 160 ore effettive (art. 4 decreto formazione), a frequenza obbligatoria (salva una quota di assenze giustificate non superiore al 10%), ed è volta ad insegnare le materie obbligatorie, sopra ricordate, insieme ad alcune materie correlate, tra le quali rientrano (art. 5 decreto formazione): elementi di diritto pubblico, con particolare riferimento al diritto antidiscriminatorio, studi di genere, psicologia (giuridica, del conflitto e di comunità), antropologia giuridica e culturale, sociologia dei processi culturali e della devianza, teorie sociologiche sul conflitto, sociolinguistica⁽³¹⁾. L’insegnamento della giustizia riparativa deve comprendere il paradigma della *restorative justice* in una visione europea e internazionale, i suoi protagonisti, programmi, principi, *standard* e metodi, secondo il modello disegnato dalla Riforma Cartabia, nonché i suoi peculiari ambiti applicativi, tra i quali rientrano anche quelli relativi ai reati più gravi. Alla deontologia del mediatore esperto deve essere dedicato uno specifico spazio.

⁽³¹⁾ Per un interessante contributo alla formazione del giurista che potrebbe dare l’arte cfr. R. BARTOLI, *La pena: giustizia o vendetta? Il ruolo dell’arte nella formazione del giurista al tempo del costituzionalismo moderno*, in *Sistema penale*, 28 giugno 2021, 1 ss.

La formazione pratica, assicurata dai Centri, ha una durata non inferiore alle 320 ore effettive, da svolgersi in presenza, per apprendere – con strumenti formativi interattivi – soprattutto le diverse tecniche da utilizzare nei programmi riparativi, con le specificità che discendono dai diversi ambiti applicativi della *restorative justice*, e le competenze necessarie per operare nell'ambito di un servizio pubblico e per interagire con gli operatori del diritto (art. 6 decreto formazione).

La formazione si conclude con un tirocinio di 200 ore, presso i Centri che hanno curato la formazione pratica, che si sostanzia nell'affiancamento del tirocinante ai mediatori esperti nello svolgimento delle attività quotidiane e nella conduzione di almeno dieci programmi (art. 7 decreto formazione).

Non ci si può accontentare, quindi, di una formazione teorica: è necessario iniziare subito a mettere in pratica le nozioni acquisite, consentendo ai partecipanti «all'esito dell'illustrazione del modello teorico, l'esperienza personale e immediata della dinamica, anche relazionale, tipica del modello stesso» (art. 4, 7° comma, lett. b, decreto formazione). A tale riguardo, però, come è stato correttamente evidenziato, il rischio non remoto è quello di una duplicazione della formazione 'pratica': forse prima più astratta e poi, nel tirocinio, più concreta, ma comunque ispirata in entrambe le ipotesi al modello del *learning by doing* ⁽³²⁾.

I partecipanti a ciascun ciclo formativo funzionale al rilascio del titolo di mediatore esperto non possono superare il numero di venticinque. La prova di ammissione e quella finale sono organizzate dalle Università e dai Centri, nel primo caso per accertare il livello di cultura generale e le attitudini del candidato, nel secondo caso per verificare l'acquisita conoscenza dei contenuti teorici del corso e la piena padronanza delle competenze teorico-pratiche, con rilascio dell'attestazione di idoneità (artt. 8 e 9 decreto formazione).

⁽³²⁾ C. PERINI, *Prime note sulla disciplina organica della giustizia riparativa: 'infrastrutture' e raccordi di sistema*, cit., 100 s.

I mediatori esperti che abbiano acquisito un'esperienza quinquennale possono poi accedere al corso per formatori, di durata non inferiore a 180 ore effettive, che mira a fornire loro le diverse competenze formative necessarie per preparare altri mediatori esperti, anche attraverso l'insegnamento delle nozioni basilari di modelli didattici per la formazione degli adulti. Il corso si conclude con una simulazione dell'attività di insegnamento, sotto la supervisione dei docenti, e il rilascio dell'attestazione finale di idoneità o di non idoneità (art. 12 decreto mediatori).

Le ragioni di una scelta così rigorosa nell'elaborazione del piano formativo, sia per i mediatori esperti che per i formatori, si comprendono alla luce di quanto abbiamo sostenuto in merito al ruolo del mediatore. Nel decreto attuativo, infatti, vengono descritti i numerosi ambiti in cui egli deve essere – correttamente – competente per poter gestire efficacemente un percorso di giustizia riparativa (art. 3 decreto formazione). Il mediatore deve essere capace di scegliere il programma più idoneo, valutando soprattutto la sua fattibilità e l'assenza di pericolo concreto per i partecipanti, nonché di informare le persone coinvolte, con linguaggio chiaro e appropriato. Egli deve saper favorire la comunicazione, collocandosi in posizione di 'equiprossimità' ⁽³³⁾, saper gestire le emozioni dei partecipanti, i tempi, le relazioni interpersonali, essere capace di farsi carico degli effetti negativi del conflitto e di costruire l'accordo riparativo.

Il mediatore, infine, deve saper interloquire con l'autorità giudiziaria, con i difensori, con gli interpreti e con i traduttori, con i servizi della giustizia e con l'autorità di pubblica sicurezza e deve avere la capacità di gestire gli effetti che le vicende proces-

⁽³³⁾ Come ricorda R. BARTOLI, *Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell'ambito della giustizia punitiva*, in questa *Rivista*, 2022, 391, il mediatore «non si erge al di sopra delle parti, ma si colloca nel mezzo in posizione paritaria al fine di agevolare l'emersione dell'accaduto, il vissuto, favorendo un percorso che ha come mezzo il dialogo e come obiettivo un punto di incontro che dovrebbe determinare nella sostanza un reciproco riconoscimento».

suali producono sui partecipanti, anche attraverso la padronanza del sistema normativo di riferimento. Il tutto «senza fornire consulenza legale in alcuna forma».

La centralità e la delicatezza del ruolo del mediatore esperto, insomma, hanno portato il legislatore a prendere molto sul serio la formazione, che deve essere assicurata a questi professionisti prima che essi possano iniziare a svolgere l'attività; una formazione, peraltro, che non può venire meno neppure negli anni successivi all'iscrizione nel registro, assumendo un carattere continuativo. Il corso annuale di formazione permanente non può avere una durata inferiore a 60 ore effettive (30 ore per i mediatori esperti formatori), è assicurato dalle Università e dai Centri in collaborazione paritetica tra loro, ed ha come oggetto principale la revisione dei contenuti della formazione teorica e pratica, la supervisione delle modalità di conduzione dei programmi e la condivisione di nuove prassi, non solo nazionali (art. 10 decreto mediatori).

L'impressione che si trae da questa complessa trama che la Riforma Cartabia ha tessuto e che il decreto interministeriale ha sviluppato è quella per la quale le Università saranno chiamate ad un compito impegnativo, e per certi versi inedito, se si considera la necessità di collaborare coi Centri fin dall'elaborazione dei percorsi formativi e di pensare anche al coinvolgimento di docenti diversi da quelli che normalmente sono incardinati nei Dipartimenti di giurisprudenza. Un investimento accademico serio sulla ricerca e sulla didattica, anche curricolare, in materia di *restorative justice* costituirà la condizione imprescindibile per munire i docenti delle competenze e degli strumenti necessari ad affrontare questa nuova sfida.

5. Inserimento nell'elenco dei mediatori esperti e disciplina transitoria. – La disciplina organica della giustizia riparativa si inserisce in una realtà preesistente caratterizzata, come abbiamo visto, da

esperienze di mediazione semplice o, più raramente, allargata, già in atto.

Da un lato, quindi, con il d.lgs. n. 150 del 2022 e con un decreto interministeriale *ad hoc* del 9 giugno 2023 (che chiameremo ‘decreto mediatori’) – diverso da quello che ha disciplinato il percorso formativo – sono stati stabiliti i requisiti per l’iscrizione nell’elenco dei mediatori esperti, istituito presso il Ministero della giustizia, delle persone che verranno formate secondo i nuovi criteri; dall’altro, si è cercato di salvaguardare con la disciplina transitoria il patrimonio esistente di servizi già operativi sul territorio nazionale e conformi agli standard internazionali e di figure professionali già adeguatamente formate⁽³⁴⁾.

D’ora in poi, una volta completato il percorso di formazione, il mediatore dovrà essere inserito in un apposito elenco: l’inserimento «ha natura costitutiva e perciò abilitante all’esercizio dell’attività»⁽³⁵⁾.

Il decreto del 9 giugno 2023 (‘decreto mediatori’), infatti, descrive il procedimento e i requisiti per l’inserimento nell’elenco – pubblicato sul sito istituzionale del Ministero – con eventuale annotazione della qualifica di formatore e i criteri di cancellazione, le modalità di revisione dell’elenco, i requisiti soggettivi e di onorabilità, nonché le incompatibilità.

Tra i requisiti soggettivi, nella versione originaria del decreto era stato previsto che i mediatori esperti non potessero essere iscritti all’albo dei mediatori civili, commerciali o familiari (art. 9, 1° comma, lett. a decreto mediatori). Il legislatore ha dato ascolto alle molte critiche sollevate da questa scelta con il decreto correttivo 15 dicembre 2023⁽³⁶⁾, che ha soppresso questa limitazione.

⁽³⁴⁾ Cfr. R. RIBON, *I servizi per la giustizia riparativa. Verso un assetto organizzativo integrato della Giustizia*, cit., 788.

⁽³⁵⁾ F. BRUNELLI, *Formazione dei mediatori esperti in programmi di giustizia riparativa e requisiti per l’esercizio dell’attività*, cit., 775.

⁽³⁶⁾ Trattasi del decreto 15 dicembre 2023, pubblicato in *Gazz. uff.* n. 11 del 15 gennaio 2024, intitolato «Modifica dei requisiti soggettivi di inserimento nell’elenco nonché delle cause di incompatibilità con l’esercizio dell’attività di me-

Le varie competenze professionali che questi ultimi acquisiscono, infatti – magari dopo anni di attività – possono essere di grande rilievo nella gestione dei programmi di giustizia riparativa, che peraltro si concludono proprio con un accordo; un accordo che può comprendere anche prestazioni materiali e non solo simboliche. L'ampia formazione interdisciplinare richiesta per acquisire la qualifica di mediatore esperto nei programmi di giustizia riparativa, del resto, può garantire ai mediatori civili o familiari di perfezionare le loro competenze e di apprendere quelle ancora mancanti.

In prospettiva futura e concreta, infine, è preferibile immaginare che i mediatori esperti possano integrare il loro reddito andando ad occuparsi anche delle 'sorelle' della giustizia riparativa, la mediazione civile o quella familiare, piuttosto che rischiare di trovarsi in condizioni economiche poco dignitose. Come abbiamo già evidenziato, molti sono i dubbi in merito alla sostenibilità economica, a medio e lungo termine, della complessa architettura disegnata dalla Riforma Cartabia in materia penale.

La disciplina transitoria affida alle Conferenze locali la ricognizione dei servizi esistenti erogati da soggetti pubblici o privati convenzionati con il Ministero della giustizia o che operano grazie a protocolli di intesa con gli uffici giudiziari o con altri soggetti pubblici (art. 92). I Centri già operativi potranno quindi essere accreditati tenuto conto della coerenza rispetto alla riforma dell'esperienza maturata nell'ultimo quinquennio e dei *curricula*

diatore esperto in giustizia riparativa, ed altresì del termine di presentazione della domanda di iscrizione all'elenco, di cui al decreto 9 giugno 2023, recante: 'Istituzione presso il Ministero della giustizia dell'elenco dei mediatori esperti in giustizia riparativa. Disciplina dei requisiti per l'iscrizione e la cancellazione dall'elenco, del contributo per l'iscrizione allo stesso, delle cause di incompatibilità, dell'attribuzione della qualificazione di formatore, delle modalità di revisione e vigilanza sull'elenco, ed infine della data a decorrere dalla quale la partecipazione all'attività di formazione costituisce requisito obbligatorio per l'esercizio dell'attività'».

degli operatori in servizio ⁽³⁷⁾, ma le scelte delle Conferenze saranno caratterizzate da una certa discrezionalità ⁽³⁸⁾.

All'esito di questa attività ricognitiva sarà, forse, possibile ricondurre ad unità le diverse sperimentazioni che sono state svolte fino ad oggi ⁽³⁹⁾.

Per quanto riguarda i mediatori esperti, invece, la disciplina transitoria prevede l'iscrizione di diritto – o più precisamente, senza integrazioni formative – di alcune categorie di mediatori (art. 93).

Possono iscriversi coloro che siano già operativi presso i Centri di giustizia riparativa esistenti sul territorio e che – avendo completato un percorso di formazione alla *restorative justice* – abbiano qui maturato un'esperienza almeno quinquennale nel decennio antecedente la data di entrata in vigore del d.lgs. 150 del 2022, nonché coloro che abbiano concluso un percorso formativo equivalente o superiore a quello definito dalla Riforma, ma, per questi ultimi, solo qualora abbiano anche superato una prova pratica valutativa (della durata complessiva non inferiore a sei ore), istituita *ex novo* dalle Università e dai Centri (art. 8 decreto mediatori). Per questa seconda categoria di soggetti, quindi, non è sufficiente una mera iscrizione: è necessario che la prova venga prima concretamente attivata e poi sostenuta con esito positivo.

⁽³⁷⁾ È bene ricordare che quest'attività ricognitiva avrebbe dovuto svolgersi nel primo semestre dall'entrata in vigore del d.lgs. 150 del 2022, ma alla fine del 2023 non risulta ancora iniziata.

⁽³⁸⁾ C. PERINI, *Prime note sulla disciplina organica della giustizia riparativa: 'infrastrutture' e raccordi di sistema*, cit., 105.

⁽³⁹⁾ Sull'attività svolta, innanzitutto, dalla Commissione di studio sulla mediazione e sulla giustizia riparativa, istituita dal Capo dipartimento dell'amministrazione penitenziaria con decreto del 26 febbraio 2002, anche per il censimento degli uffici già esistenti, che ha permesso di descrivere un panorama caratterizzato fin da allora da differenze rilevanti, anche sul piano metodologico, cfr. A. LORENZETTI, *Giustizia riparativa e dinamiche costituzionali*, Milano, 2018, 33 ss.; R. RIBON, *I servizi per la giustizia riparativa. Verso un assetto organizzativo integrato della Giustizia*, cit., 789.

Infine, possono iscriversi coloro che abbiano prestato servizio presso i servizi minorili della giustizia o presso gli uffici di esecuzione penale esterna e che siano in possesso di una formazione adeguata alla giustizia riparativa e di un'esperienza almeno quinquennale acquisita in materia nel decennio precedente. Quest'ultimo requisito esperienziale appare ben poco determinato nel decreto delegato, anche se il decreto interministeriale (art. 7 decreto mediatori) ha cercato di renderlo più circoscritto, con il riferimento ai programmi di giustizia riparativa effettivamente svolti, che l'istante deve certificare nel dettaglio.

Quanti programmi di giustizia riparativa è necessario aver gestito nel quinquennio, però, per essere muniti di un'esperienza sufficiente all'iscrizione di diritto, non è precisato. Il Ministero sarà chiamato a compiere delle valutazioni discrezionali.

Per ottenere l'inserimento nell'elenco, tutti i requisiti devono essere attestati da certificazioni dettagliate, rilasciate da enti formativi e da soggetti specializzati che erogano – o più precisamente erogavano, alla data del 30 dicembre 2022 – servizi di giustizia riparativa in forza di convenzioni con il Ministero della giustizia o di protocolli d'intesa con gli uffici giudiziari o con altri enti pubblici. Solo l'attività svolta presso i servizi minorili dell'amministrazione della giustizia o presso gli uffici di esecuzione penale esterna può essere autocertificata (artt. 5-7 decreto mediatori).

Per i mediatori formatori, invece, ai fini del primo popolamento dell'elenco, ci si accontenta di una previa esperienza quinquennale nella conduzione di programmi di giustizia riparativa e nell'attività di formazione, nell'ambito di corsi per futuri mediatori, di corsi universitari, di seminari o convegni scientifici (art. 10).

Questa fase transitoria ci appare decisiva e dall'esito non scontato, visto che non abbiamo ancora potuto assistere ad una dettagliata mappatura delle esperienze in atto, estesa fino a quantificare il numero preciso delle risorse umane in campo. Ritenia-

mo invece davvero importante l'inserimento nell'elenco ministeriale di una quantità adeguata – anche se non eccessiva, per non precludere ai futuri mediatori di essere coinvolti dai Centri – di mediatori esperti e di mediatori formatori, al fine di permettere che la complessa struttura organizzativa che la Riforma Cartabia ha delineato possa iniziare a funzionare.

I primi, più precisamente, sono necessari per garantire l'operatività dei Centri fin dal loro accreditamento, in attesa del completamento dei corsi, che le Università potranno organizzare solo dopo che i nuovi Centri saranno riconosciuti, grazie all'intervento delle Conferenze locali, e quindi in tempi non facili da preventivare⁽⁴⁰⁾. I secondi, prima ancora, sono indispensabili addirittura per poter attivare i corsi, visto che i percorsi formativi devono includere anche una formazione pratica, che solo i mediatori formatori possono assicurare.

Abstract

La Riforma Cartabia ha disciplinato per la prima volta in Italia la figura professionale del mediatore in materia penale e la struttura organizzativa chiamata a gestire i programmi di giustizia riparativa. Il mediatore ha un ruolo decisivo nel sistema e, proprio per questa ragione, il d.lgs. n. 150 del 2022 e i suoi decreti attuativi hanno previsto un percorso formativo molto articolato, dal taglio interdisciplinare, per acquisire la qualifica necessaria a svolgere l'attività.

L'analisi proposta si concentra su questi aspetti e sulla complessità del ruolo del mediatore, che giustifica la richiesta di una formazione molto seria. Le Università – chiamate a collaborare coi Centri di giustizia riparativa nell'organizzazione dei corsi – avranno un ruolo da protagonista, e quindi l'occasione per aprirsi a nuove prospettive nella formazione *post lauream*,

⁽⁴⁰⁾ Cfr. C. PERINI, *Prime note sulla disciplina organica della giustizia riparativa: 'infrastrutture' e raccordi di sistema*, cit., 102.

ma anche per investire nella ricerca e nella formazione curriculare sulla *restorative justice*.

The Cartabia Reform (Law 27 September 2021 No 134 reforming criminal procedure in Italy) regulated for the first time in Italy the professional figure of the mediator in criminal matters and the organizational structure called to manage restorative justice programs. The mediator plays a decisive role in the system and, precisely for this reason, Legislative Decree No 150 of 2022 and its implementing decrees provided for a highly articulated training course with an interdisciplinary slant, to acquire the necessary qualification to carry out the activity. The analysis conducted in this article focuses on these aspects and the complexity of the mediator's role, which justifies the demand for very serious training. Universities - called to collaborate with the Restorative Justice Centres in the organization of the courses - will have a leading role, and thus the opportunity to open new perspectives in post-graduate training, but also to invest in research and curricular training on restorative justice.

ARBITRATING A MULTI-JURISDICTIONAL
CHILDREN'S DISPUTE

Michael S. Coffee () and Melissa A. Kucinski (**)*

TABLE OF CONTENTS: Introduction. – I. Enforceability of the Prenuptial Agreement, including the Agreement to Arbitrate. – I(a). Assuming that the prenuptial agreement will be enforced, will the agreement to arbitrate also be enforced? – I(b). If Jane does not want to arbitrate, where may John enforce the arbitration agreement? – I(c). Would a court enforce a decision of a foreign court requiring the parties to arbitrate? – II. Issues Specific to the Conduct of the Arbitration. – II(a). Would any arbitration-specific law apply? – II(b). What procedural rules apply to the arbitration process? – II(c). What substantive law would the arbitrator consider? – III. Confirmation/Enforcement. – IV. Conclusion.

Introduction

John and Jane are parents to a five-year-old daughter. The family resides in France, where John runs a concierge medical practice. Jane is an economics professor at a French public university. She is offered an eighteen-month employment contract with the World Bank in Washington, D.C. ⁽¹⁾ John and Jane agree to live in the

Giustizia consensuale Fasc. 2/2023, 615-636. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) Professorial Lecturer in Law at the George Washington University Law School in Washington, D.C.

(**) International family law expert based in Washington, D.C.

⁽¹⁾ The facts are loosely based on the case of *Abou-Haidar v. Sanin Vazquez*, 945 F.3d 1208 (D.C. Cir. 2019).

United States at least until Jane's contract with the Bank expires. John and Jane also agree that if Jane is offered a renewal of her contract, they will consider agreeing to that renewal. Jane requests that her French university allow her to return to her position after eighteen months, which is granted. John maintains his job in France, with the plan to travel to France for ten to twelve days each month to treat his patients, while another doctor helps for the remainder of each month while John is in Washington, D.C. The couple rents their Paris apartment and stores their larger furnishings and appliances. John stays in a smaller rental apartment in Paris when he travels back each month. Jane obtains a G-4 (diplomatic) visa for her family to live in Washington, D.C., and adds John and their daughter as dependents. The visa is valid for five years. John and Jane had signed a prenuptial agreement prior to marrying that included an arbitration clause that stated, '[a]ny dispute arising out of the parties' marital or family relations shall be settled by arbitration by a mutually agreed arbitrator.'

After six months in Washington, D.C., John's and Jane's marriage frayed. Jane alerted John that she was offered an extension to her World Bank contract and that she wanted to remain in Washington, D.C. with their daughter indefinitely. Furthermore, she changed the locks on their rental house in D.C. and emailed John while he was in Paris attending to patients informing him that she did not want him to return to their D.C. home. John wants their daughter to return immediately to France and informs Jane of his objection to her keeping their daughter in Washington, D.C. any longer. He advises Jane that he will pursue a lawsuit using the *Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction* (Abduction Convention) if he must, but seeks to apply the parties' arbitration clause, arguing that they must attend arbitration with a mutually agreed arbitrator to resolve this issue. Neither parent, at present, has filed any lawsuit (not a suit to return the daughter pursuant to the Abduction Convention, not a custody suit in any court in any country, and not a divorce lawsuit).

This paper will examine the complex issues of arbitrating a dispute in an international children's case. It will discuss the parties' original agreement to arbitrate, and the enforceability of that agreement. It will explore the arbitration process, including the applicable law and the *situs* of the arbitration. It will touch upon the choice of law complications when a family's situation involves multiple jurisdictions. Finally, it will examine the enforceability of any final arbitral award that may arise from the arbitration process. While arbitration is not a new dispute resolution process,⁽²⁾ its use in family law cases is still relatively new, and its use in multi-jurisdictional and treaty-based 'family law' disputes rarely, if ever, happens. Therefore, the authors do not profess to know the answers to the various questions they present but will seek to use fundamental arbitration principles, both domestic and international, to examine John's and Jane's increasingly common situation.

*I. Enforceability of the Prenuptial Agreement,
including the Agreement to Arbitrate*

John's and Jane's agreement, which presumptively mandates their participation in an arbitration process, was entered into as part of a civil (as opposed to religious) prenuptial agreement. In considering whether the agreement will be enforceable, it may be necessary to consider the law of the place where the agreement was entered into as well as the law of the place where the agreement is to be enforced. The legal analysis in this article starts with the law in the District of Columbia, which is where the parties are arguably both residing at the time that John seeks to rely on this arbitration clause

⁽²⁾https://www.americanbar.org/groups/tort_trial_insurance_practice/publications/the_brief/2018-19/summer/a-brief-history-arbitration/ (last accessed December 31, 2023).

and where the parties are most likely to seek to enforce the agreement to arbitrate. ⁽³⁾

Prenuptial agreements, sometimes referred to as premarital agreements, are a commonly entered contract impending marriage. The District of Columbia, where John and Jane are presently residing, has enacted the Uniform Premarital Agreement Act (UPAA), which does not distinguish between agreements entered into in the District of Columbia or elsewhere. ⁽⁴⁾ The District of Columbia's enactment of the UPAA allows parties to agree by contract with respect to the disposition of property upon death or divorce, as well as to transfer or otherwise deal in property during their marriage. ⁽⁵⁾ It also permits parties to agree by contract regarding post-marriage spousal support. ⁽⁶⁾ The basic requirement for a prenuptial agreement is that it must be in writing and signed by both spouses-to-be. ⁽⁷⁾ To be enforceable, the prenuptial agreement must be executed by the parties voluntarily. ⁽⁸⁾ However, a prenuptial agreement may be declared unenforceable by a court if it was unconscionable when it was executed and, before its execution, the party (who is not seeking its enforcement) was not provided fair and reasonable disclosure of the other party's finances; did not expressly

⁽³⁾ '[T]he federal courts have long held that diversity jurisdiction does not include the power to grant divorces, determine alimony or support obligations, or determine child custody rights.' *Wasserman v. Wasserman*, 671 F.2d 832, 834 (4th Cir. 1982). As a result, U.S. state law would apply. In this context, the District of Columbia would be considered to be a state.

⁽⁴⁾ See, e.g., D.C. Code § 46-501(3), which defines 'Premarital agreement' without geographic focus, as 'an agreement between prospective spouses or prospective domestic partners made in contemplation of marriage or domestic partnership and to be effective upon marriage or domestic partnership.' Moreover, this lack of focus on the place where the agreement was entered into is supported by the UPAA's goal of uniformity in § 46-510 ('This chapter shall be applied and construed to effectuate its general purpose to make uniform the law with respect to the subject of this chapter among states enacting it.').

⁽⁵⁾ D.C. Code § 46-503.

⁽⁶⁾ *Id.*

⁽⁷⁾ D.C. Code § 46-502.

⁽⁸⁾ See, D.C. Code § 46-506(a)(1).

waive in writing any right to disclosure beyond the disclosure provided; and did not have, or reasonably could not have had, adequate knowledge of the other party's finances. ⁽⁹⁾ In the District of Columbia, the list of matters that may be included in prenuptial agreements does not include custody arrangements. ⁽¹⁰⁾ In other words, if the parties' prenuptial agreement specifically delineates which parent would serve as a child's custodian, those terms are not *per se* enforceable and would be subject to a court's examination of the child's best interests at a later time, presumably at the time that the parties seek resolution through arbitration by invoking their agreement. ⁽¹¹⁾ Contracts, entered into by soon-to-be spouses may

⁽⁹⁾ D.C. Code § 46-506(a)(2).

⁽¹⁰⁾ D.C. Code § 46-503.

⁽¹¹⁾ See Restatement Second of Contracts § 191 (1981). According to the American Law Institute, the organization that drafts Restatements, 'Restatements are primarily addressed to courts and aim at clear formulations of common law and its statutory elements and reflect the law as it presently stands or might appropriately be stated by a court.' <<https://www.ali.org/about-ali/how-institute-works/>> (last accessed August 13, 2023). See also Md. Code Ann., Fam. Law § 8-103(a) (a court in Maryland may modify the provisions of a marital agreement relating to custody of minor children). For the relevance of Maryland law in matters considered by courts in the District of Columbia, see, e.g. *Brown v. Green*, 767 F. Supp. 273 (D.D.C. 1991) ('As a general rule of thumb, the decisions of nearby jurisdictions are the most persuasive indication of how a particular state will decide a common law issue, and, at least with respect to Maryland law, that rule of thumb has been elevated into a formal principle. The District of Columbia by statute incorporates Maryland's common law as it stood on February 27, 1801. See D.C. Code § 49-301 (1990). Consequently, the D.C. Court of Appeals has found Maryland law to be 'especially persuasive authority.' *Napoleon v. Heard*, 455 A.2d 901, 903 (D.C.1983); accord *Watkins v. Rives*, 125 F.2d 33, 35 (D.C.Cir.1941) (noting that the D.C. Circuit, when it sat as the court of final instance in the District of Columbia, 'customarily, looked to later decisions of the Court of Appeals of Maryland for assistance'). Indeed, the D.C. Court of Appeals may have a statutory obligation to 'look to the laws of Maryland for guidance when a question novel to our law is before us.' *White v. Parnell*, 397 F.2d 709, 710 n. 1 (D.C. Cir.1968). Whatever the precise authority of Maryland law, in the absence of any evidence of the D.C. Court of Appeals' opinion, it is the best indicator of how the D.C. Court of Appeals will rule upon a particular question. See, e.g., *Nat'l R.R. Passenger Corp. v. Consol. Rail Corp.*, 670 F. Supp. 424, 433 (D.C. Cir. 1987).')

include provisions addressing the use of certain dispute resolution processes to resolve future disputes, regardless of what those disputes are; however, court review of the result might be required if, for example, the resolution relates to the parties' children. ⁽¹²⁾

The facts presented above do not indicate where the prenuptial agreement was entered into, where John or Jane were married, the countries of which John and Jane are nationals, etc. It is possible that the prenuptial agreement might be enforceable in France or another country, even if not enforceable in the District of Columbia. ⁽¹³⁾

I(a). Assuming that the prenuptial agreement will be enforced, will the agreement to arbitrate also be enforced?

Parties may agree to use arbitration as a dispute resolution process, either in advance of a dispute (*e.g.*, in a prenuptial agreement) or after a dispute has arisen. The arbitration agreement in John's and Jane's prenuptial agreement would have been entered into well in advance of any dispute. In 2016, after concluding that an increasing number of families were exploring arbitration as a potential path to resolve their family law disputes, the U.S. Uniform Law Commission (ULC) approved and recommended for enactment of a Family Law Arbitration Act (FLAA). ⁽¹⁴⁾ While only enacted in five U.S. states and the District of Columbia, the FLAA still provides a template for the use of arbitration in family law in the United States, including in the initial drafting of an agreement to arbitrate. The FLAA mandates an arbitration agreement be signed by the parties; identifies the arbitrator or the arbitration organization, or a method

⁽¹²⁾ *Id.*

⁽¹³⁾ This article does not analyze the law of any other country, either in terms of its bases for jurisdiction or the substantive rules included in that law.

⁽¹⁴⁾ See Uniform Law Commission: <<https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=ddf1c9b6-65c0-4d55-bfd7-15c2d1e6d4ed>> (last accessed December 31, 2023).

of selecting the arbitrator; and identifies the family law disputes that the parties intend to arbitrate. ⁽¹⁵⁾

John's and Jane's prenuptial agreement arbitration clause states, '[a]ny dispute arising out of the parties' marital or family relations shall be settled by arbitration by a mutually agreed arbitrator.' In general, John's and Jane's arbitration agreement seems to constitute an agreement to arbitrate, although with a healthy dose of vagueness. The District of Columbia, where at least Jane is residing and intends to remain after renewing her contract with her employer, included in its 2022 enactment of the FLAA an additional provision related to the parties' agreement to arbitrate when the dispute relates to their child. ⁽¹⁶⁾ Specifically, '[a]n agreement to arbitrate a child-related dispute that arises between the parties after the agreement [to arbitrate] is made is unenforceable unless: (1) the parties affirm the agreement [to arbitrate] in a record after the dispute arises, or (2) the agreement [to arbitrate] was entered during a family law proceeding and the court approved or incorporated the agreement in an order issued in the proceeding.' ⁽¹⁷⁾ As the dispute (Jane's refusal to return to France with the child) arose after the arbitration agreement was entered into, the arbitration agreement would not be enforceable in the District of Columbia unless either the parties affirm the agreement to arbitrate in a record after the dispute arose or the agreement to arbitrate had been approved by a court or incorporated into a court order. Had John and Jane entered into an arbitration agreement as part of a separation or divorce, for example, by including an agreement to arbitrate in a marital settlement agreement incorporated into their final judgment of divorce, then presumably they would have met this requirement because the court would have approved of the arbitration agreement. But, in their current circumstances – with their agreement to arbitrate in their prenuptial agreement – they will need to take ad-

⁽¹⁵⁾ *Id.* at Sec. 5(a).

⁽¹⁶⁾ *Id.* at Sec. 5(c), D.C. Code § 16-5605(c).

⁽¹⁷⁾ *Id.*

ditional steps to enforce the agreement as it relates to arbitrating their child's custody in the District of Columbia.

Once again, the facts presented above do not indicate where the prenuptial agreement was entered into, where John or Jane were married, or, the countries of which John and Jane are nationals, etc. Thus, it is possible that the agreement to arbitrate might be enforceable in France or another country, even if not enforceable in the District of Columbia.

I(b). If Jane does not want to arbitrate, where may John enforce the arbitration agreement?

Pursuant to the FLAA, as enacted in the District of Columbia, if Jane refuses to arbitrate, John may seek to enforce the agreement to arbitrate by initiating a family law court proceeding and requesting that the court approve or incorporate the arbitration agreement into an order during that proceeding.⁽¹⁸⁾ However, the court would seem to be limited by § 16-5605(c) of the D.C. Code as the agreement to arbitrate was entered into prior to the child-related dispute. The application of the FLAA may depend on the type of action John files and the court in which he files it. If John wants to initiate a judicial proceeding to seek the return of his child to France under the *Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction* (the Abduction Convention),⁽¹⁹⁾ then the FLAA might not apply, depending on the court in which John would file the action. According to the International Child Abduction Remedies Act (ICARA),⁽²⁰⁾ John may seek the return of his daughter by filing a lawsuit in either the state (D.C. Superior Court) or federal (U.S. District Court for the District of Columbia) court where the ab-

⁽¹⁸⁾ *Id.* at Sec. 5(d), D.C. Code § 16-5605(d)

⁽¹⁹⁾ *The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*, Oct. 25, 1980, T.I.A.S. No. 11,670, 1343 U.N.T.S. 89 (hereinafter the Abduction Convention).

⁽²⁰⁾ 22 U.S.C. § 9001, et seq.

ducted child is located post-abduction (the District of Columbia).⁽²¹⁾ Filing a complaint pursuant to the Abduction Convention might prevent John from seeking to arbitrate the return of the child. Article 12 of the Abduction Convention provides in part, '[w]here a child has been wrongfully removed or retained in terms of Article 3 and, at the date of the commencement of the proceedings before the judicial or administrative authority of the Contracting State where the child is, a period of less than one year has elapsed from the date of the wrongful removal or retention, the authority concerned shall order the return of the child forthwith.'⁽²²⁾ In implementing this obligation, the United States granted authority only to courts.⁽²³⁾ ICARA is silent as to whether a court may order the parties to arbitrate a matter in lieu of appearing before a court.⁽²⁴⁾ As the obligations contained in the Abduction Convention are undertaken by its Contracting States, it would seem questionable whether a State may authorize an arbitral tribunal or an arbitrator to fulfill these obligations.

⁽²¹⁾ See *Id.* at § 9003(a)-(b).

⁽²²⁾ Abduction Convention, Art. 12. (For a proceeding initiated beyond the one-year mark, Article 12 provides that '[t]he judicial or administrative authority, even where the proceedings have been commenced after the expiration of the period of one year referred to in the preceding paragraph, shall also order the return of the child, unless it is demonstrated that the child is now settled in its new environment.')

⁽²³⁾ Pursuant to 22 U.S.C. § 9003(a), '[t]he courts of the States and the United States district courts shall have concurrent original jurisdiction of actions arising under the Convention.' Pursuant to 22 § 9003(b), '[a]ny person seeking to initiate judicial proceedings under the Convention for the return of a child or for arrangements for organizing or securing the effective exercise of rights of access to a child may do so by commencing a civil action by filing a petition for the relief sought in any court which has jurisdiction of such action and which is authorized to exercise its jurisdiction in the place where the child is located at the time the petition is filed.'

⁽²⁴⁾ While 22 U.S.C. 9003(h) provides 'The remedies established by the Convention and this chapter shall be in addition to remedies available under other laws or international agreements,' this provision focuses on the remedies that might be available to the parties. It does not address procedures.

Should John initiate a proceeding with either the D.C. Superior Court or the U.S. District Court for the District of Columbia pursuant to ICARA and should he proceed to request that the court enforce the arbitration agreement, the court would need to consider the Abduction Convention would prohibit enforcement of the arbitration agreement. As discussed below, the Abduction Convention might limit the discretion of a court relating to custody determinations. If either court decides that the Abduction Convention does not prohibit the enforcement of the arbitration agreement, it should next consider applicable law to determine whether it addresses the enforcement of the agreement. In the United States, there is federal law that addresses arbitration generally and, as discussed above, there is state law that addresses family law arbitration generally. The FLAA is enacted in the District of Columbia in a state-level statute.⁽²⁵⁾ Should John file a claim pursuant to ICARA in the U.S. District Court for the District of Columbia (the federal court), and should he request that the court enforce the agreement to arbitrate, the court would need to decide whether to apply the federal arbitration law (*e.g.*, Title 9 of the U.S. Code), the FLAA, or any other body of law. The federal court might be expected to apply federal law as the matter before it involves the application and interpretation of a treaty. Should John file the claim in the D.C. Superior Court (the state court), the D.C. court would likely apply state law rules, here the FLAA.⁽²⁶⁾ If John files a petition for the return of the child pursuant to the Abduction Convention, Jane would be presented with similar issues should she seek to have the agreement to arbitrate enforced.

⁽²⁵⁾ See <<https://www.uniformlaws.org/aboutulc/overview>> (last accessed December 31, 2023) indicating that the Uniform Law Commission drafts legislation for states, and aims to ‘bring (...) clarity and stability to critical areas of state statutory law.’

⁽²⁶⁾ It remains possible that a federal court might look to state law (because, for instance, family law is governed by state law) or a state court might look to federal law (as the Abduction Convention and ICARA are considered as federal law in the United States).

Should a court presented with a claim pursuant to the Abduction Convention be requested to enforce an arbitration agreement, if the court does not deny the request, it would need to determine the scope of any required arbitration. Where John has claimed that the child has been wrongfully retained⁽²⁷⁾ in the United States, the Abduction Convention specifically prohibits the courts in the District of Columbia (or elsewhere in the United States) from deciding 'on the merits of rights of custody until it has been determined that the child is not to be returned under' the Abduction Convention.⁽²⁸⁾ Therefore, it can be questioned whether the same court may require parties to arbitrate matters of custody if there is an Abduction Convention petition pending. The court might be able to order the parties to arbitrate the abduction matter. However, as mentioned above, this would present a question as to whether a court may (or should) allow an arbitrator to perform functions required to be performed by States pursuant to the Abduction Convention.

Federal courts do not have jurisdiction over 'marital or family relations,' despite having concurrent jurisdiction over matters brought pursuant to the Abduction Convention.⁽²⁹⁾ As a result, were John to file other family law actions (*e.g.*, divorce, child support, etc., if jurisdiction exists) in the District of Columbia, he would be expected to do so in the D.C. Superior Court.

If John seeks judicial intervention to address custody of his daughter, he will need to consider which court in which countries will have jurisdiction.

But, if John ultimately wants an arbitrated custody resolution, with some type of outcome over where his daughter primarily resides, and the schedule on which she spends time with both parents, then he potentially has multiple options for where he can file a law-

⁽²⁷⁾ Article 3 of the Abduction Convention provides criteria for the determination of whether 'removal or the retention of a child is to be considered wrongful.'

⁽²⁸⁾ Abduction Convention, Art. 16.

⁽²⁹⁾ See fn. 4, *supra*.

suit for custody, particularly in foreign countries that apply jurisdiction rules that differ from those applicable to U.S. state courts.⁽³⁰⁾ He may then request that a court with jurisdiction over the custody matter enforce the agreement to arbitrate. In the United States, custody jurisdiction is dictated by the Uniform Child-Custody Jurisdiction and Enforcement Act (UCCJEA), yet another uniform law that is enacted in every single U.S. state, other than Massachusetts.⁽³¹⁾ This statute, as enacted in the District of Columbia, establishes that the proper place to file a custody action related to a child is the child's 'home state.'⁽³²⁾ A child's 'home state' is where the child has lived with a parent for at least six consecutive months immediately before the lawsuit is filed.⁽³³⁾ This timeframe excludes temporary absences.⁽³⁴⁾ Under the UCCJEA, a foreign country can be a child's home state, and if it is, then the U.S. state may not assume jurisdiction.⁽³⁵⁾ The lawsuit must be filed in that home state, which then, if it so chooses, may decline to exercise its own jurisdiction. If the District of Columbia is not the home state of the child, a court in the District of Columbia may be permitted to assume jurisdiction on some other basis only if the child has no home state.⁽³⁶⁾

John's and Jane's daughter relocated from France to the United States with her parents just over six months before John and Jane began discussing Jane's remaining, permanently, in the District of Columbia. Did the District of Columbia become the daughter's new 'home state'? Or, is the District of Columbia simply the

⁽³⁰⁾ As stated in fn. 14, *supra*, this article does not analyze the law of any other country, either in terms of its bases for jurisdiction or the substantive rules included in that law.

⁽³¹⁾ <<https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=4cc1b0be-d6c5-4bc2-b157-16b0baf2c56d>> (last accessed December 31, 2023).

⁽³²⁾ D.C. Code § 16-4602.01.

⁽³³⁾ D.C. Code § 16-4601.01(8).

⁽³⁴⁾ *Id.*

⁽³⁵⁾ D.C. Code §§ 16-4601.04 and 16-4602.01.

⁽³⁶⁾ *See*, D.C. Code § 16-4602.01.

child's 'temporary absence' from her actual home state of France (or perhaps another country if France does not satisfy the UCCJEA's definition of 'home state')?

I(c). Would a court enforce a decision of a foreign court requiring the parties to arbitrate?

If John is unable to obtain an order from a court of the District of Columbia requiring that Jane participate in arbitration according to the agreement to arbitrate, as discussed above, he might consider seeking such an order from a foreign court. Were he to do so, with Jane residing in the District of Columbia, he would need to consider whether a court of the District of Columbia would enforce that foreign order.

If, in the foreign proceeding, the arbitration agreement 'was entered during a family law proceeding and the [court] approved or incorporated the agreement in an order issued in the proceeding,' a court of the District of Columbia might determine that the agreement to arbitrate must be enforced in accordance with § 16-5605(c)(2) of the D.C. Code.⁽³⁷⁾

A court of the District of Columbia might decide to recognize or enforce the foreign court order even if the D.C. court does not determine that § 16-5605(c)(2) of the D.C. Code has been satisfied. The Uniform Law Commission has adopted two uniform acts relating to foreign judgments: the 1962 Uniform Foreign Money-Judgments Recognition Act and the 2005 Uniform Foreign-Country Money Judgments Recognition Act. The District of Columbia has enacted both uniform acts.⁽³⁸⁾ However, both enact-

⁽³⁷⁾ Note that while the FLAA as adopted by the Uniform Law Commission refers to approval by a 'court,' the District of Columbia enactment makes specific reference to the Superior Court. *See* D.C. Code § 16-5605(c)(2). Thus, it may be questioned whether a court of the District of Columbia would allow a foreign court to make this determination.

⁽³⁸⁾ *See*, D.C. Code §§ 15.361 – 15.371 (Uniform Foreign-Country Money Judgments) and §§ 15-901 – 15.914 (Uniform Foreign-Money Claims).

ments apply to monetary claims only.⁽³⁹⁾ While a District of Columbia court might consider whether to enforce the foreign order as a matter of comity, it might decide not to enforce the order based on the mandatory law or public policy of the District of Columbia. The court might consider the clear FLAA rules (that the arbitration agreement be affirmed by the parties after the dispute arises or that a court approves the agreement to arbitrate) or the *parens patriae* role of the court and decide that it may or must not recognize or enforce the foreign order.

II. Issues Specific to the Conduct of the Arbitration

Assuming the arbitration proceeds, the somewhat ambiguous arbitration clause included in John's and Jane's prenuptial agreement does not delineate the rules of the arbitration, including the place of the arbitration, the procedural rules that apply, and even how to select a 'mutually agreed' arbitrator.

II(a) Would any arbitration-specific law apply?

As addressed above, the District of Columbia has enacted the Family Law Arbitration Act. That Act includes rules that are generally applicable to family law arbitrations. (These statutory rules are not arbitral rules agreed to by the parties, established by an arbitration organization, or developed by an arbitrator.) The parties and the arbitrator, or the arbitration organization, would need to determine whether any arbitration-specific law would apply to the arbitration as well as the content of any such law.

John's and Jane's arbitration agreement did not select the place of their arbitration. Even in the absence of a selected place, the arbitration will occur somewhere. This location might determine the

⁽³⁹⁾ D.C. Code §§ 15-363(a)(1) and 15-913(a). *See*, also, § 15-363(b)(3), which explicitly excludes family law matters from the scope of that chapter.

applicable arbitration-specific law.⁽⁴⁰⁾ Therefore, if the arbitration occurs in the District of Columbia, the FLAA would be expected to apply. Pursuant to the FLAA, the substantive law generally applicable to arbitrations will apply except to the extent that this law is modified for application to family law matters.⁽⁴¹⁾ For example, the D.C. FLAA dictates the qualifications and selection of an arbitrator: (1) an attorney in good standing to practice or on inactive status or a judge on retired status in a state, and (2) someone who has received training in identifying domestic violence and child abuse.⁽⁴²⁾

The selection of a place of arbitration could impact the parties' ability to arbitrate issues related to their child. For instance, if Jane's contract extension has her working from an office near the United Nations in New York, should or could the parties select New York as the seat of arbitration? New York case law prohibits arbitration of custody issues, while the District of Columbia permits it, with, of course, certain powers retained by a judge to accept the arbitration award.⁽⁴³⁾ Were Jane to move to New York and John to remain in France, with no family member in the District of Columbia, could they nonetheless select the District of Columbia

⁽⁴⁰⁾ See, UNCITRAL, *Notes on Organizing Arbitral Proceedings* (2016), <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/arb-notes-2016-e.pdf>> (hereinafter 'UNCITRAL Notes on Arbitral Proceedings'), paras. 27-30. Although the UNCITRAL Notes on Arbitral Proceedings apply to commercial matters, their content is informative.

⁽⁴¹⁾ D.C. Code § 16-5604(a).

⁽⁴²⁾ D.C. Code § 16-5608. Although the statute links the attorney or judge to a state, the state may be any state of the United States. Additionally, while the statute requires training in identifying domestic violence and child abuse, it does not identify additional requirements for that training.

⁽⁴³⁾ *Spencer v. Spencer*, 494 A.2d 1279 (D.C. 1985) says 'provisions concerning custody and child support would continue to be within the court's jurisdiction despite prelitigation or mid-litigation arbitration or agreement.' *Nestel v. Nestel*, 331 NYS2d 241 (1972), *Glauber v. Glauber*, 600 NYS2d 740 (1993), *Cohen v. Cohen*, 600 NYS2d 996 (1993), specifying that New York does not permit arbitration of child custody.

as the place of arbitration? ⁽⁴⁴⁾ The D.C. FLAA does not focus on the location of the arbitration; however, the arbitration must pertain to a contested issue arising under the family law of the District of Columbia. ⁽⁴⁵⁾ As a result, while the arbitration might not need to occur in the District of Columbia, it would need to involve a matter to which the family law of the District of Columbia would apply. Should it be possible to have the place of arbitration be the District of Columbia, even while Jane and their child are in New York, John and Jane could select an arbitrator familiar with New York family law. The D.C. FLAA provides for their ability to select an arbitrator who is or was licensed to practice law in any U.S. state, but not a foreign country. ⁽⁴⁶⁾

II(b). What procedural rules apply to the arbitration process?

One of the benefits of arbitration is its flexibility. This flexibility tends to be reflected in the procedural rules applicable to the arbitration. Many arbitral organizations have established rules of procedure that apply to their arbitrations. In some instances, the parties to an arbitration may select the rules of procedure. If the FLAA applies to the arbitration, it will authorize the arbitrator to apply the rules that the arbitrator believes to be appropriate for a fair and expeditious disposition of the dispute. ⁽⁴⁷⁾ Pursuant to the FLAA, unless the parties agree otherwise, the arbitrator will have the authority to, *inter alia*, select the rules for conducting the arbitration, hold conferences and hearings, require the parties to provide certain

⁽⁴⁴⁾ It is not beyond imagination that an arbitration might involve two parties and an arbitrator each in separate jurisdictions, perhaps in multiple countries. This is likely to become more common with virtual arbitration. For a discussion of matters relevant to cross-border, virtual dispute resolution, see M. COFFEE, *Cross-Border Issues Associated with the Use of Online Dispute Resolution for International Family Law Matters*, 59 Fam. Ct. Rev. 211 (2021).

⁽⁴⁵⁾ D.C. Code §§ 16-5603(a) and 16-5602(5).

⁽⁴⁶⁾ D.C. Code § 16-5602(10).

⁽⁴⁷⁾ D.C. Code § 16-5613(a).

information and disclosures under D.C. law, meet with the child, appoint experts, administer oaths, issue subpoenas, determine admissibility and weight of evidence, permit depositions, prohibit certain information disclosure, appoint a lawyer for the child, impose procedures to protect the child and allocate fees. ⁽⁴⁸⁾

II(c). What substantive law would the arbitrator consider?

Unless applicable arbitration-specific law or an arbitration agreement provides otherwise, the arbitrator would decide which law to apply in resolving a dispute.

If the District of Columbia enactment of the FLAA applies to the arbitration, the arbitrator must apply the law of the District of Columbia, including its choice of law rules. ⁽⁴⁹⁾

III. Confirmation/Enforcement

If John and Jane succeed in arbitrating any of their family disputes, at least one of them might want to have the resulting arbitral award enforced as if it were a judicial decision. As a first step, the parties may seek to have the arbitral award confirmed.

The parties will need to consider which courts may confirm an arbitral award. In some jurisdictions, an arbitral award may be confirmed where the award is made or issued. (See discussion above concerning the location of the arbitration.) Additionally, it might be possible for an arbitral award to be confirmed by a court that would have jurisdiction over the underlying dispute.

The parties may request that the D.C. Superior Court confirm the arbitral award under the FLAA. The court must confirm the order if the parties agree in a record to the confirmation and there is

⁽⁴⁸⁾ D.C. Code § 16-5613(c).

⁽⁴⁹⁾ D.C. Code § 16-5604(b).

no pending request to correct or vacate the award.⁽⁵⁰⁾ For a child-related dispute, the court must confirm the award if it finds, after reviewing the record, that the award states the reasons on which it is based and is in the best interest of the child.⁽⁵¹⁾ Upon confirmation, an arbitral award would be enforceable as a judgment in the District of Columbia, and the D.C. Superior Court shall enter a judgment in conformity with the confirmation order.⁽⁵²⁾

As a result of this confirmation, John or Jane would be able to seek the enforcement of the judgment of the D.C. Superior Court elsewhere in the United States (as a result of full faith and credit) or in another country (based on comity or an obligation to recognize or enforce foreign judgments).

In some countries, the arbitral award might be enforceable even without confirmation. The arbitral award may be recognized and enforced pursuant to the *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (hereinafter the New York Convention).⁽⁵³⁾ The New York Convention ‘appl[ies] to the recognition and enforcement of arbitral awards made in the territory of a State other than the State where the recognition and enforcement of such awards are sought, and arising out of differences between persons, whether physical or legal.’⁽⁵⁴⁾ A country may, when becoming party to the New York Convention, ‘declare that it will apply the Convention only to differences arising out of legal relationships, whether contractual or not, which are considered as commercial under the national law of the State making such decla-

⁽⁵⁰⁾ D.C. Code § 16-5616(b).

⁽⁵¹⁾ D.C. Code § 16-5616(c). ‘Child-related dispute’ is defined in D.C. Code § 16-5602(4) to mean ‘a family law dispute regarding legal custody, physical custody, custodial responsibility, parental responsibility or authority, parenting time, right to access, visitation, or financial support regarding a child.’

⁽⁵²⁾ D.C. Code §§ 16-5616(d) and 16-5621.

⁽⁵³⁾ *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, done at New York*, June 10, 1958, 330 U.N.T.S. 38, 21 U.S.T. 2517, T.I.A.S. No. 6997 (hereinafter the New York Convention).

⁽⁵⁴⁾ *Id.* at Art 1(1).

ration.’⁽⁵⁵⁾ Such a declaration would have the effect of excluding family law matters from the application of the New York Convention.⁽⁵⁶⁾ In those countries that have not made this declaration, it is possible that the New York Convention may be used to recognize and enforce family law arbitral awards.

Conclusion

Clearly, John and Jane have a truly unique situation. Not only are they highly mobile, with John even traveling between two countries on a monthly basis, but they selected arbitration to resolve undefined future family law disputes at a very early stage in their relationship, by including that selection in vague language in a not commonly used legal document (a prenuptial agreement), and then embarked on a time-limited adventure in the United States with their young daughter in a manner that implicates a host of private international law issues, including under international treaties and legal principles relating to jurisdiction and choice of law. But, with mobile families increasing, and families looking for alternatives to litigation, arbitration may become an increasingly popular dispute resolution process.

⁽⁵⁵⁾ *Id.* at Art. 1(3).

⁽⁵⁶⁾ See UNCITRAL, UNCITRAL Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (2016 Edition), <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/2016_guide_on_the_convention.pdf>, § 85. (‘When a State has made a commercial reservation, that State applies the New York Convention only to disputes arising out of ‘legal relationships considered as commercial under the national law of the State making such declaration’. Courts have interpreted the scope of this phrase to be broad. For example, a court in India has construed the phrase as being of the ‘largest import’ encompassing ‘all the business and trade transactions in any of their forms’. A United States court has similarly held that the notion of ‘commercial relationship’ is broad, noting that its purpose is only ‘to exclude matrimonial and other domestic relations awards, political awards, and the like.’’) (Internal citations omitted).

The discussion above serves to outline the truly complicated issues that will arise when a mobile family agrees to arbitrate. This paper should serve as a caution to lawyers who are working with mobile families who may choose to arbitrate. If a French lawyer or *notaire* prepared the original prenuptial agreement for John and Jane, should they have envisioned that John and Jane might be residing in a foreign country and that the document they prepared may need to be enforced in another foreign country (which they might not have been able to identify at the time of the agreement)?

If we merely modify the temporal elements of John's and Jane's situation, we can see that many of the same challenges still exist. Assume that John and Jane resided in France with their daughter, and, while residing in France, they divorced. As part of a negotiated settlement agreement, John and Jane agreed to the same arbitration provision, and that settlement agreement was then incorporated into a French judgment by a court with jurisdiction over the family and child. If Jane then unilaterally relocates their child to the District of Columbia, after receiving an eighteen-month employment contract at the World Bank, John may or may not have an easier time enforcing the arbitration agreement, which is now part of a French court order. In fact, setting aside that he may be able to enforce the French order (and its arbitration clause) in a French court, he may likewise be able to seek that French court order's enforcement in a D.C. state-level or federal court in an Abduction Convention matter or a D.C. state-level court case seeking to enforce the custody provisions of the French court order. It may be easier because the FLAA pre-requisite of having a court approve of the arbitration agreement is arguably met, although in this case, it is a French court and not the D.C. Superior Court (for a state court lawsuit). If Jane unilaterally relocated their daughter to New York, however, where New York does not permit arbitration of custody issues, then there is a question as to whether John or Jane could prevail in a New York court to enforce the arbitration clause. As one can see, there will be challenges created by the mobility of this

family. There are additional challenges based on the court, the applicable law in that court (in the United States, different laws apply in federal versus state courts, as well as between various state courts, and there are clear rules as to what lawsuits may be filed in which court), and the lawsuit being filed (here, whether it is an Abduction Convention suit or a custody lawsuit).

Then, of course, is a potentially common occurrence. John may not need to seek enforcement of the arbitration clause in any court, because Jane agrees that after her relocation to the United States, the parties will, of course, arbitrate the dispute over where their daughter will be located. John and Jane then seek out a mutually agreeable arbitrator, who, whether they should or not, agrees to take on the case, and then renders an award. The award might favor one of the parents over the other, and, as a result, there might be an unhappy John or an unhappy Jane. The parent most satisfied with the arbitration award will seek to have the award made into a judgment and may seek to enforce that arbitration award. (It is possible, of course, that both parents will be sufficiently happy with the award. In that case, the number of remaining issues should be reduced.) This then reverts to the judicial process and necessitates a court to consider whether the arbitration process met any guidelines that may be required by the law of the jurisdiction that is being asked to enforce the award. It also becomes complicated when John and Jane may need to take the award to a court in a jurisdiction that has the legal authority to make the award into a court order, which might have different results in different countries.

These complexities warrant more discussion in the international family law field, so that, at the very least, families and the lawyers who advise them, can select appropriate processes for resolving mobile families' future disputes, and provide the best legal counsel to these families should they move between legal systems.

Abstract

Arbitration remains a relatively new dispute resolution process in family law cases in the United States, and some jurisdictions within the United States differ in terms of process, selection of an arbitrator, and whether certain discrete issues, such as those that relate to parenting and children, can be arbitrated. This may create additional complications for cross-border families who find themselves living in the United States but with connections to another country, and a contractual requirement that they engage in arbitration of their family law dispute. This article will walk readers through a situation of a family who had previously agreed, at the time the spouses married, to arbitrate future family law disputes, and, after moving to the United States from their home country, are now faced with the layer of laws and complications over how to actually proceed.

PROFILI DEONTOLOGICI
DELLA PROFESSIONE DEL MEDIATORE
E DELL'AVVOCATO IN MEDIAZIONE

Annalisa Atti ()*

SOMMARIO: 1. Le previsioni deontologiche in materia di mediazione nel d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 e nel Codice deontologico forense. – 2. I doveri generali del mediatore nel Codice deontologico forense, ed il Codice europeo di condotta per i mediatori. – 3. Formazione dell'avvocato e informazione al cliente. – 4. Il dovere di riservatezza ed i riflessi sul processo. – 5. Le ultime novità: il nuovo 6° comma dell'art. 8 del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 ed il ruolo, e il compito, dell'avvocato che assiste la parte in mediazione.

1. Le previsioni deontologiche in materia di mediazione nel d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 e nel Codice deontologico forense. – Parlando di deontologia dell'avvocato mediatore e dell'avvocato in mediazione, occorre senz'altro prendere le mosse dai doveri deontologici previsti nella normativa in materia di mediazione e, o, nel Codice deontologico. Ma non fermarsi a quelli.

Per l'avvocato mediatore, il d.lgs. 20 marzo 2010, n. 28, all'art. 9 ⁽¹⁾, dispone che chi presta la propria opera nell'organismo di me-

Giustizia consensuale Fasc. 2/2023, 637-659. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) Ricercatrice di Diritto Privato nell'Università di Bologna.

⁽¹⁾ «1. Chiunque presta la propria opera o il proprio servizio nell'organismo, o comunque nell'ambito del procedimento di mediazione è tenuto all'obbligo di riservatezza rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante il procedimento medesimo. 2. Rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite nel corso delle sessioni separate e salvo consenso della parte dichiarante o

diazione o nel procedimento di mediazione è tenuto all'obbligo di riservatezza sulle dichiarazioni rese e sulle informazioni acquisite; per il mediatore, nel caso di sessioni separate, anche nei confronti delle altre parti. L'art. 10, 2° comma, d.lgs. cit. dispone che il mediatore non può essere chiamato a testimoniare su quanto appreso in ragione del suo ufficio, estendendogli così le garanzie di cui agli artt. 200 e 103 c.p.p.

Nella recente riforma della mediazione, di cui al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, non si trovano particolari modifiche di questo quadro, se non l'inserimento, nell'art. 3, 2° comma, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 del requisito dell'indipendenza ⁽²⁾ a fianco di quello dell'imparzialità, e la conseguente modificazione dell'art. 14, 2° comma, d.lgs. cit. ⁽³⁾.

Dunque, per il mediatore la legge prevede obblighi di riservatezza e di *imparzialità*, con un nuovo accenno alla *indipendenza*. Tornerò su entrambi questi concetti.

dalla quale provengono le informazioni, il mediatore è altresì tenuto alla riservatezza nei confronti delle altre parti».

⁽²⁾ «Il regolamento deve in ogni caso garantire la riservatezza del procedimento ai sensi dell'articolo 9, nonché modalità di nomina del mediatore che ne assicurano l'imparzialità, l'indipendenza e l'idoneità al corretto e sollecito espletamento dell'incarico».

⁽³⁾ «Al mediatore è fatto, altresì, obbligo di: a) sottoscrivere, per ciascun affare per il quale è designato, una dichiarazione di indipendenza e di imparzialità secondo le formule previste dal regolamento di procedura applicabile, nonché gli ulteriori impegni eventualmente previsti dal medesimo regolamento; b) comunicare immediatamente al responsabile dell'organismo e alle parti tutte le circostanze, emerse durante la procedura, idonee ad incidere sulla sua indipendenza e imparzialità».

Il recentissimo d.m. 24 ottobre 2023, n. 150, all'art. 22 dettaglia il contenuto necessario del Regolamento di ogni organismo, a proposito di indipendenza e imparzialità del mediatore, prevedendo che esso deve indicare «i) le formule con cui il mediatore rende la dichiarazione di indipendenza e imparzialità prevista dall'articolo 14, comma 2, lettera a), del decreto legislativo; l) gli ulteriori impegni assunti dal mediatore al fine di attestare e garantire la propria indipendenza e imparzialità ai sensi dell'articolo 14, comma 2, lettera a), del decreto legislativo; h) le cause di incompatibilità del mediatore previste dal codice etico e, quando pertinenti, dai codici deontologici di appartenenza del singolo mediatore».

Per l'avvocato in mediazione, l'art. 10, 1° comma, d.lgs. cit. dispone, analogamente a quanto già visto per il mediatore, che le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite in mediazione non possano essere utilizzate nel successivo giudizio ⁽⁴⁾. Ulteriore obbligo, proprio dell'avvocato, è quello previsto nell'art. 4, 3° comma, ossia il dovere di rendere adeguata informazione al cliente e alla parte assistita sulla percorribilità del procedimento di mediazione, i suoi vantaggi e le sue regole ⁽⁵⁾.

Dunque, anche per l'avvocato in mediazione obblighi di riservatezza, e di rendere alla parte assistita una informazione *chiara*. Anche su questi concetti tornerò più avanti.

Il Codice deontologico forense, poi, prevede per l'avvocato mediatore, all'art. 62 ⁽⁶⁾, obblighi di *adeguata competenza* e di evitare

⁽⁴⁾ «Le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale, iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della mediazione, salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni. Sul contenuto delle stesse dichiarazioni e informazioni non è ammessa prova testimoniale e non può essere deferito giuramento decisorio».

⁽⁵⁾ «All'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato è tenuto a informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal presente decreto e delle agevolazioni fiscali di cui agli articoli 17 e 20. L'avvocato informa altresì l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'informazione deve essere fornita chiaramente e per iscritto. In caso di violazione degli obblighi di informazione, il contratto tra l'avvocato e l'assistito è annullabile».

⁽⁶⁾ «1. L'avvocato che svolga la funzione di mediatore deve rispettare gli obblighi dettati dalla normativa in materia e le previsioni del regolamento dell'organismo di mediazione, nei limiti in cui queste ultime previsioni non contrastino con quelle del presente codice. 2. L'avvocato non deve assumere la funzione di mediatore in difetto di adeguata competenza. 3. Non deve assumere la funzione di mediatore l'avvocato: a) che abbia in corso o abbia avuto negli ultimi due anni rapporti professionali con una delle parti; b) se una delle parti sia assistita o sia stata assistita negli ultimi due anni da professionista di lui socio o con lui associato ovvero che eserciti negli stessi locali. In ogni caso costituisce condizione ostativa all'assunzione dell'incarico di mediatore la ricorrenza di una delle ipotesi di ricusazione degli arbitri previste dal codice di rito. 4. L'avvocato che ha svolto l'incarico di mediatore non deve intrattenere rapporti professionali con una delle parti: a) se

conflitti di interessi, che si estendono anche a soci e associati e dividendi lo studio.

Ricordo che l'art. 14 *bis* d.m. 18 ottobre 2010, n. 180 prevedeva, oltre ad analoghi dettami, che «[i]l mediatore non può essere parte ovvero rappresentare o in ogni modo assistere parti in procedure di mediazione dinanzi all'organismo presso cui è iscritto o relativamente al quale è socio o riveste una carica a qualsiasi titolo; il divieto si estende ai professionisti soci, associati ovvero che esercitano la professione negli stessi locali». La norma è stata annullata per eccesso di delega dal T.A.R. (7); molte delle previsioni che erano là contemplate, tuttavia, trovano oggi disciplina nel Codice deontologico, come si è visto.

Il recentissimo d.m. 24 ottobre 2023, n. 150 ha riprodotto quella previsione, con una rilevante differenza sull'incompatibilità del mediatore ad essere parte o difensore, ridotta al caso in cui dell'organismo coinvolto egli sia socio o legale rappresentante o responsabile (8).

Il 'cuore' di queste previsioni è ovviamente la prevenzione del conflitto di interessi, l'evitare un possibile *vulnus* alla imparzialità del mediatore.

non siano decorsi almeno due anni dalla definizione del procedimento; b) se l'oggetto dell'attività non sia diverso da quello del procedimento stesso. Il divieto si estende ai professionisti soci, associati ovvero che esercitino negli stessi locali. 5. L'avvocato non deve consentire che l'organismo di mediazione abbia sede, a qualsiasi titolo, o svolga attività presso il suo studio o che quest'ultimo abbia sede presso l'organismo di mediazione».

(7) T.A.R. Lazio, Roma, 1° aprile 2016, n. 3989, in *Giustizia-amministrativa.it*.

(8) Art. 21, 4° comma «Il mediatore non può essere parte o rappresentare una parte, ai sensi dell'articolo 8, comma 4, del decreto legislativo, in procedure di mediazione che si svolgono davanti all'organismo del quale è socio o del quale è legale rappresentante o responsabile». Nel medesimo articolo, al comma 6°, si prevede che la violazione degli obblighi previsti nell'articolo, se commessa da un mediatore professionista iscritto a un albo o collegio professionale, possa costituire illecito disciplinare e che il responsabile del registro è tenuto a informarne gli organi competenti. Quest'ultima previsione era già contenuta nel d.m. 18 ottobre 2010, n. 180, e ss. mm., all'art. 6, ma in quella sede riguardava semplicemente il possesso dei requisiti per esercitare la funzione di mediatore.

Per l'avvocato in mediazione, invece, il Codice deontologico nulla prevede, se non un accenno al ricorso alla mediazione come una delle informazioni da dare tra le altre al cliente, come da disposto dell'art. 27, 3° comma ⁽⁹⁾; il dovere di informazione va assolto incomprensibilmente in qualsiasi forma per la negoziazione assistita, ma per iscritto per la mediazione. Vi è poi l'estensione, nell'art. 54, al comportamento da adottare con il mediatore ⁽¹⁰⁾ di quello da tenersi con il giudice.

2. I doveri generali del mediatore nel Codice deontologico forense, ed il Codice europeo di condotta per i mediatori. – Ci sono però anche altre previsioni deontologiche che ben si possono prendere in esame, alcune quanto meno analogicamente.

Per il mediatore, ad esempio, occorre considerare anche il Codice europeo di condotta per mediatori (di qui innanzi, CECM) ⁽¹¹⁾, che oltre a prevedere all'art. 4 il dovere di riservatezza, come già detto presente anche nelle nostre disposizioni nazionali, dettaglia meglio:

- il dovere di competenza e di formazione continua (art. 1.1) ⁽¹²⁾, disciplinato in modo ben più preciso e severo, concre-

⁽⁹⁾ «L'avvocato, all'atto del conferimento dell'incarico, deve informare chiaramente la parte assistita della possibilità di avvalersi del procedimento di negoziazione assistita e, per iscritto, della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione; deve altresì informarla dei percorsi alternativi al contenzioso giudiziario, pure previsti dalla legge».

⁽¹⁰⁾ «I divieti e doveri di cui all'art. 53, 1°, 2° e 4° comma [doveri nei confronti dei magistrati] si applicano anche ai rapporti dell'avvocato con arbitri, conciliatori, mediatori, periti, consulenti tecnici d'ufficio e della controparte».

⁽¹¹⁾ Il Codice europeo di condotta per i mediatori è pubblicato in <https://www.mondoadr.it/wp-content/uploads/CEPEJ201824_EN_European-Code-of-Conduct-for-Mediator-Providers.docx.pdf>, in traduzione italiana, <<https://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/39785/codice+europeo+di+condotta+dei+mediatori/d6f38240-e86d-4b3d-b06f-1f5346a68be1>>.

⁽¹²⁾ «I mediatori devono essere competenti e conoscere a fondo il procedimento di mediazione. Elementi rilevanti comprendono una formazione adeguata e un

tandosi sul dovere di conoscere a fondo il procedimento di mediazione, aggiornandosi nella pratica e nella teoria della stessa;

- il dovere di imparzialità, disciplinata qui in uno alla indipendenza (art. 2) ⁽¹³⁾, che spazia dall'agire nei confronti delle parti in modo imparziale, «cercando altresì di apparire tale», al dovere di informare le parti sulla sussistenza di qualsiasi circostanza che «possa, o possa sembrare», intaccare la sua indipendenza.

In quest'ultima previsione emerge un aspetto essenziale della *distanza* del mediatore dalle parti, che è poi il fondamento della fiducia che in lui le stesse ripongono: essere, ma anche apparire imparziale.

Si sarebbe potuto estendere anche al mediatore la previsione di cui all'art. 61 1° comma, e 3° e 4° comma, cod. deon. dettata per l'arbitro ⁽¹⁴⁾, che impone la probità e correttezza, l'imparzialità e

continuo aggiornamento della propria istruzione e pratica nelle capacità di mediazione, avuto riguardo alle norme pertinenti e ai sistemi di accesso alla professione».

⁽¹³⁾ «2.1 Indipendenza - Qualora esistano circostanze che possano (o possano sembrare) intaccare l'indipendenza del mediatore o determinare un conflitto di interessi, il mediatore deve informarne le parti prima di agire o di proseguire la propria opera.

Le suddette circostanze includono:

- qualsiasi relazione di tipo personale o professionale con una delle parti;
- qualsiasi interesse di tipo economico o di altro genere, diretto o indiretto, in relazione all'esito della mediazione;
- il fatto che il mediatore, o un membro della sua organizzazione, abbia agito in qualità diversa da quella di mediatore per una o più parti.

In tali casi il mediatore può accettare l'incarico o proseguire la mediazione solo se sia certo di poter condurre la mediazione con piena indipendenza, assicurando piena imparzialità, e con il consenso espresso delle parti.

Il dovere di informazione costituisce un obbligo che persiste per tutta la durata del procedimento.

2.2 Imparzialità - Il mediatore deve in ogni momento agire nei confronti delle parti in modo imparziale, cercando altresì di apparire come tale, e deve impegnarsi ad assistere equamente tutte le parti nel procedimento di mediazione».

⁽¹⁴⁾ Cfr. 1° comma: «L'avvocato chiamato a svolgere la funzione di arbitro deve improntare il proprio comportamento a probità e correttezza e vigilare che il procedimento si svolga con imparzialità e indipendenza»; 3° comma: «In ogni caso

l'indipendenza, e il dovere di comunicare qualsiasi circostanza possa incidere su quest'ultima. Ma soprattutto, che impone all'avvocato arbitro di comportarsi in modo da preservare la fiducia delle parti e rimanere immune da influenze e condizionamenti di qualunque tipo.

Anche in questa disposizione si trova esplicitata l'esatta funzione della *disclosure* richiesta all'arbitro: mantenersi fuori dalle influenze di ogni tipo, per rendere salde le basi della fiducia che è a lui data delle parti.

A parere di chi scrive, per l'attività di mediatore, più che rimarcare l'*imparzialità* a lui richiesta, sarebbe preferibile porre invece l'accento sulla sua *indipendenza*, quale declinazione del generale omonimo dovere di cui agli artt. 9 e 24 cod. deon. ⁽¹⁵⁾.

Imparzialità, infatti, significa «capacità di mantenersi estraneo a interessi di parte, e di valutare le cose con obiettività», ed è caratterizzata dall'equidistanza dalle parti. È una qualità che si richiede al giudice, e all'arbitro, ossia a chi prima valuta, e poi decide una questione.

Ma il mediatore non valuta, e non decide: perché allora parlare di imparzialità nel suo agire? Non è più appropriato evidenziare invece la sua necessaria indipendenza, da parti e difensori delle parti, e puntare quindi sulla neutralità, come base della fiducia ma anche come presupposto per l'entrare in relazione con le stesse, senza tenerle a distanza pur mantenendosi al di fuori del loro conflitto? La neutralità («la condizione dell'esser neutrale, di chi in una qualsiasi contesa non parteggia né per l'uno né per l'altro dei contendenti»)

l'avvocato deve comunicare per iscritto alle parti ogni ulteriore circostanza di fatto e ogni rapporto con i difensori che possano incidere sulla sua indipendenza, al fine di ottenere il consenso delle parti stesse all'espletamento dell'incarico»; e 4° comma: «L'avvocato che viene designato arbitro deve comportarsi nel corso del procedimento in modo da preservare la fiducia in lui riposta dalle parti e deve rimanere immune da influenze e condizionamenti esterni di qualunque tipo».

⁽¹⁵⁾ «L'avvocato nell'esercizio dell'attività professionale deve conservare la propria indipendenza e difendere la propria libertà da pressioni o condizionamenti di ogni genere, anche correlati a interessi riguardanti la propria sfera personale».

esprime meglio la condizione del mediatore rispetto alle parti, più che l'imparzialità: chi decide, infatti, ad un certo punto con la decisione prende le parti, *parteggia*, per uno dei contendenti, quello cui dà ragione; chi non decide, come il mediatore, non parteggia per nessuno, pur empatizzando con ciascuno; deve essere quindi neutrale (e indipendente da) entrambe le parti.

3. *Formazione dell'avvocato e informazione al cliente.* – Un altro basilare dovere generale del mediatore è quello di possedere un'adeguata preparazione. Si è visto che il mediatore deve avere «una formazione adeguata e un continuo aggiornamento della propria istruzione e pratica nelle capacità di mediazione» (art. 1.1 CECM). Sorvolo sulla criticabilità dell'aver qualificato mediatori *di diritto* tutti gli avvocati, per il solo fatto di esserlo, quando è noto che non sempre all'università, o in vista dell'esame di abilitazione, si prepara alle tecniche e di competenze in mediazione ⁽¹⁶⁾.

Ma per l'avvocato in mediazione? Nulla si prevede, al di là del generale dovere di formazione continua (art. 15 cod. deon.); occorrerebbe, invece, probabilmente prestare attenzione all'art. 14 cod. deon., ossia il divieto di accettare incarichi che non si è in grado di svolgere con l'adeguata competenza.

Il dovere di formazione specifica si intreccia non solo con quello di necessaria competenza, ma anche con la possibilità di dare una informazione esatta al cliente. L'informazione corretta, completa, che offra una consapevolezza effettiva al cliente riveste, oggi più di ieri, cruciale importanza, in particolar modo rispetto alle conseguenze della mancata partecipazione in mediazione.

Senza formazione specifica, non si possiede l'adeguata competenza a valutare possibilità e opportunità del percorso alternativo alla giurisdizione, in quel caso specifico; e non si è in grado di dare

⁽¹⁶⁾ Con lodevoli eccezioni, ed una crescente attenzione alla materia in varie Università, quali ad esempio l'Università di Bologna, Firenze e Trento, e sempre più altre.

una informazione corretta ed esaustiva al cliente, rendendolo pienamente consapevole dei rischi e dei benefici, rispettivamente del processo e della mediazione, dei punti forti e deboli, in entrambe le sedi, delle proprie e delle altrui tesi, rendendolo preparato ad affrontare la mediazione, esaminando la migliore e la peggiore alternativa al negoziato (c.d. MAAN e PAAN), le questioni negoziabili e i limiti degli aspetti non negoziabili, quali atteggiamenti tenere e quali no, e così via.

E non basta, per ottenere questa consapevolezza ed informazione del cliente, sottoporgli un qualsiasi modulo prestampato da sottoscrivere; occorre che il cliente sia *realmente* cosciente e consapevole di tutti i risvolti possibili. Può essere illuminante, per capire come deve essere condotta la preparazione del cliente alla mediazione, la lettura della *Boîte à outils* elaborata congiuntamente dal CEPEJ (*Commission européenne pour l'efficacité de la justice*) e dal CCBE (*Conseil des barreaux européens*), redatta ed approvata nel 2018 ⁽¹⁷⁾; solo con la padronanza di ogni strumento possibile, tra l'altro, si può adempiere al dovere, dettato dal Codice deontologico degli avvocati europei all'art. 3.7 ⁽¹⁸⁾, di trovare la soluzione più opportuna, per costi, tempi e risultati possibili, al problema che viene rappresentato dal cliente.

L'intreccio tra formazione, competenza e informazione è stato toccato anche dalla giurisprudenza.

La Cassazione, in tema di responsabilità per mancata comunicazione (o consapevolezza?) dei limiti della propria competenza, ha avuto modo di sottolineare che il professionista (nella specie un commercialista) deve rendere al proprio cliente non solo le infor-

⁽¹⁷⁾ Consultabile al sito internet <<https://rm.coe.int/boite-a-outils-pour-le-developpement-de-la-mediation-assurer-la-mise-e/16808c3f53>>.

⁽¹⁸⁾ Cfr. art. 3.7 del Codice deontologico degli Avvocati Europei: dovere di «cercare di trovare per la causa del cliente una soluzione proporzionata al costo, e consigliarlo al momento opportuno sulla convenienza di cercare un accordo o di ricorrere a strumenti alternativi di composizione delle controversie». Il documento è consultabile al sito <<https://rm.coe.int/boite-a-outils-pour-le-developpement-de-la-mediation-assurer-la-mise-e/16808c3f53>>.

mazioni che riguardano questioni che rientrano nella sua specifica competenza, ma anche quelle che riguardano le questioni estranee ad essa, specificando in proposito i limiti della propria conoscenza⁽¹⁹⁾. Si tratta dell'applicazione del concetto di ordinaria diligenza nell'adempimento della prestazione, da valutare in base alla media perizia (cioè la competenza e la conoscenza) esigibile.

La giurisprudenza afferma che la perdita di *chance* per negligenza del professionista lo espone a responsabilità quando vi sia la ragionevole possibilità che, con l'uso dell'ordinaria diligenza, il cliente avrebbe ottenuto una diversa e più favorevole soluzione al problema lamentato⁽²⁰⁾; e addirittura afferma che l'avvocato è responsabile anche per scelte processuali che, pur non errate o controproducenti, ritardino la realizzazione dell'interesse del cliente⁽²¹⁾. Ciò dovrebbe valere sia dentro sia fuori dal giudizio: l'aver fatto perdere la *chance* di un processo, o di una sentenza, più favorevole, non do-

⁽¹⁹⁾ «Il dovere di diligenza impone al commercialista di fornire tutte le informazioni utili al cliente, dunque non solo quelle che rientrano nella sua competenza professionale, ma anche, tenuto conto della portata dell'incarico, di individuare le questioni esterne a, di individuare le questioni che esulano da detto ambito; perciò, di informare il cliente dei limiti della propria competenza»: così Cass., sez. III, 23 giugno 2016, n. 13007, in *Boll. Trib.*, 2017, 1139, con nota di B. AIUDI.

⁽²⁰⁾ «La negligenza del professionista che abbia causato al cliente la perdita della *chance* di intraprendere o proseguire una lite in sede giudiziaria è fonte di responsabilità dell'avvocato, ove si accerti la ragionevole probabilità che la situazione lamentata avrebbe avuto, per il cliente, una diversa e più favorevole evoluzione con l'uso dell'ordinaria diligenza professionale». Così testualmente Trib. Roma, sez. XIII, 6 febbraio 2014, n. 36451, ma il principio è tralazioso (ad es., Cass., sez. II, 5 luglio 2012, n. 11304 e Cass., sez. III, 10 dicembre 2012, n. 22376, entrambe in *CED Cassazione*). Un corollario è che «[l']obbligo di svolgere l'incarico professionale con diligenza, ex artt. 1176, 2° comma, e 2236 c.c., impone all'avvocato di assolvere ai doveri di sollecitazione, dissuasione ed informazione del cliente, essendo tenuto a rappresentare a quest'ultimo tutte le questioni di fatto e di diritto ostative al raggiungimento del risultato o comunque produttive del rischio di effetti dannosi» (Cass., sez. VI, 24 luglio 2017, n. 18239, in *OneLegale*).

⁽²¹⁾ «La responsabilità professionale dell'avvocato può scaturire anche da una scelta processuale che, pur di per sé non erronea o controproducente, nondimeno ritardi la realizzazione dell'interesse del cliente»: Cass., sez. VI, ord. 26 luglio 2010, n. 17506, in *OneLegale*.

vrebbe essere diverso dall'aver provocato la perdita di *chance* di un accordo stragiudiziale più favorevole, anche solo perché più rapido e meno costoso.

Non è poi possibile, per liberarsi da responsabilità, affermare che è stato il cliente a non voler mediare: la Corte di Cassazione esclude il facile alibi del «me l'ha chiesto il cliente», affermando che la responsabilità dell'avvocato sussiste anche quando le scelte (pregiudizievoli) compiute sono state sollecitate dal cliente, perché è compito esclusivo del difensore operare le scelte tecniche più adeguate ⁽²²⁾.

Anche questa è indipendenza; intellettuale e di giudizio, anche dal cliente.

4. *Il dovere di riservatezza ed i riflessi sul processo.* – A questo punto, si può porre l'attenzione sulla riservatezza richiesta (al mediatore ed) all'avvocato, in base alla legge ed al Codice deontologico.

Già è stato detto che, per quanto riguarda il difensore, vige, oltre che quanto previsto e sopra ricordato, il dovere generale di riservatezza e riserbo di cui agli artt. 13 e 28 cod. deon., e per quanto riguarda il mediatore, vige il già visto dovere di riservatezza e segretezza, durante e dopo il procedimento di mediazione.

Recentemente, una pronuncia si è occupata proprio della violazione dei doveri di riserbo del difensore appena menzionati. Si tratta del Tribunale di Milano ⁽²³⁾, che ravvisa la violazione dell'art. 13

⁽²²⁾ «La responsabilità professionale dell'avvocato presuppone la violazione del dovere di diligenza media esigibile ai sensi dell'art. 1176, 2° comma, c.c.; tale violazione, ove consista nell'adozione di scelte difensive pregiudizievoli al cliente, non è esclusa né ridotta quando tali modalità siano state sollecitate dal cliente stesso, poiché costituisce compito esclusivo del legale la scelta della linea tecnica da seguire nella prestazione dell'attività professionale»: Cass., sez. III, 28 giugno 2016, n. 13292, in *OneLegale*; analogo principio è affermato, per altre professioni, da Cass., sez. II, 21 marzo 2023, n. 8058, in *OneLegale*.

⁽²³⁾ Trib. Milano, 22 agosto 2023, n. 6826 in Mondo ADR <<https://www.mondoadr.it/wp-content/uploads/Tribunale-Milano-n.-6826-2023.pdf>>, secondo cui «il comportamento processuale (dell'attore) è stato dunque notevolmente lesivo di plurime regole processuali, sia nella fase di proposizione

cod. deon. (e sarebbe da aggiungere, dell'art. 28, comma 1°, cod. deon.) e dell'art. 10, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 da parte dell'avvocato che riferisce, in giudizio, informazioni apprese nel corso del procedimento di mediazione e dichiarazioni rese dalla controparte in quella sede. Per l'effetto, il tribunale condanna per abuso del processo la parte che ha violato questi (ed altri) dettami, ai sensi dell'art. 96 comma 3 c.p.c., al pagamento di una ulteriore somma, a favore della controparte, pari a quanto liquidato per spese di difesa, e dispone la trasmissione degli atti di parte e della sentenza al Consiglio di disciplina competente. La *ratio* della condanna è che «il comportamento processuale (dell'attore ha denotato) una condotta speculativa e finanche emulativa (...) che dimostra, pertanto, ampiamente la responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c. e l'abuso del processo e del diritto di cui all'art. 24 Cost.».

Si intende però analizzare quanto appena menzionato in collegamento al dovere di riservatezza nei rapporti tra colleghi, disciplinato negli artt. 38 e 48 cod. deon. (comportamento in relazione a colloqui riservati, e a corrispondenza riservata); questo perché in un sistema in cui l'atteggiamento tenuto dalle parti, rispetto a possibili ipotesi conciliative, viene valutato ai fini dell'addebito delle spese processuali, ci si può chiedere fin dove arrivi il divieto di riferire di colloqui riservati, o di scambi di corrispondenza riservata, che non siano poi confluiti in un accordo ⁽²⁴⁾.

della domanda, sia nella fase della prosecuzione del processo, denotando una condotta speculativa e finanche emulativa (...) Tale complessiva condotta dimostra, pertanto, ampiamente la responsabilità aggravata (dell'attore) ex art. 96 cpc e l'abuso del processo e del diritto di cui all'art. 24 Cost, sia dal punto di vista dell'esistenza di un abuso oggettivo, sia dal punto di vista dell'esistenza dell'elemento soggettivo del dolo o quanto meno della colpa grave (...) a detrimento del Convenuto e, peggio ancora, ad intralcio della Giustizia e del diritto di tutti gli altri utenti del sistema giudiziario alla ragionevole durata del processo (C. Cost. 23.06.2016 n. 152)».

⁽²⁴⁾ Non sono certo la prima a porsi queste domande; già R. DANOVI, *La riservatezza della corrispondenza: una proposta di modifica dell'art. 48 del codice deontologico*, in *Corr. giur.*, 2016, 648 ss., pone il dubbio che la riservatezza *d'ufficio* (quella legata al contenuto delle missive, e non alla volontà delle parti che sono in

Il CNF ha più volte sanzionato l'avvocato che produca in giudizio una missiva contenente proposte transattive, anche se non qualificata come riservata ⁽²⁵⁾, in quanto l'art. 48 cod. deon. mira a tutelare la riservatezza del mittente e la credibilità del destinatario, nel senso che il primo non deve essere condizionato dal timore che il contenuto del documento possa essere valutato in giudizio contro le ragioni del suo cliente, mentre il secondo deve essere portatore di un indispensabile bagaglio di credibilità e lealtà che rappresenta la base del patrimonio etico di ogni avvocato ⁽²⁶⁾. Il divieto vale anche per la corrispondenza propria ⁽²⁷⁾, e copre anche i documenti allegati alla missiva riservata ⁽²⁸⁾.

Il principio, quindi, nella giurisprudenza disciplinare pare granitico.

Quali sono invece i rapporti tra questi dettami e gli artt. 91, 185, 185 *bis* c.p.c.? In questo caso, la giurisprudenza è molto più rara.

Secondo la Corte di Cassazione, il divieto non è escluso dall'invito del giudice a transigere *ex art. 91 c.p.c.*, perché la propo-

corrispondenza, ossia quella connessa al contenuto di proposta/risposta transattiva), nel mutato quadro delle disposizioni del codice di procedura, debba essere abolita, mantenendo solo quella legata alla espressa e volontaria qualificazione come 'riservata'.

⁽²⁵⁾ Ad esempio, CNF sentenza 26 settembre 2022, n. 147, consultabile al sito internet <<https://www.codicedeontologico-cnf.it/GM/2022-147.pdf>>.

⁽²⁶⁾ Il dettato dell'attuale art. 48 riproduce, senza molte differenze, il principio già contenuto fin dal Codice deontologico del 1997, all'art. 28.

⁽²⁷⁾ CNF, sentenza 23 aprile 2019, n. 17, consultabile al sito internet <<https://www.codicedeontologico-cnf.it/GM/2019-17.pdf>>; e già parere 16 aprile 2008, n. 19, consultabile al sito internet <<https://www.codicedeontologico-cnf.it/il-quesito-del-coa-di-ferrara-verte-sullinterpretazione-della-disposizione-di-cui-allart-28-del-codice-deontologico-forense-ed-in-particolare-sulla-necessita-di-includere-nel-div/>>>.

⁽²⁸⁾ CNF, sentenza 8 novembre 2001, n. 230, consultabile al sito internet <<https://www.codicedeontologico-cnf.it/wp-content/uploads/2012/08/2001-230.pdf>>.

sta formulata in giudizio si riterrà rifiutata *ex se* con la mancata accettazione, senza necessità di produrre alcunché a riprova ⁽²⁹⁾.

Il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Bologna ha redatto un parere, in risposta ad un quesito relativo alla possibile interferenza del disposto deontologico con il dettato dell'art. 185 *bis* c.p.c., nel caso il giudice chieda notizie dell'esistenza di contatti transattivi e della disponibilità a giungere ad un accordo, per poi poter formulare egli stesso una proposta ⁽³⁰⁾.

Nel parere, il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Bologna ha sostanzialmente suggerito di considerare legittimo: 1) il riferimento circa la posizione del proprio cliente (esponendo le proposte proprie ma non quelle della controparte, ovvero riferendo di proposte ricevute); 2) l'esistenza o meno di tentativi di intese; 3) la propria disponibilità ad un accordo. Non mi pare ci siano dubbi sulla correttezza delle ultime due ipotesi di possibile riferimento al giudice (ossia esistenza di tentativi di intese, e disponibilità all'accordo); suscita a mio avviso perplessità la prima (riferire le proposte proprie) ⁽³¹⁾.

⁽²⁹⁾ Cass., sez. un., 12 settembre 2017, n. 21109: «Il divieto assoluto di esibizione in giudizio della corrispondenza riservata tra colleghi non è escluso dall'invito del giudice a transigere *ex art.* 91 c.p.c., giacché la proposta conciliativa cui fa riferimento detta norma deve essere formulata in giudizio dalla parte proponente e l'eventuale rifiuto della controparte (che può rilevare ai fini delle spese processuali) sarà insito nella mancanza di accettazione, quindi senza alcun bisogno di divulgare la corrispondenza tra i difensori». Il concetto non è in contraddizione con il parere dato dal «COA di Milano in data 31 marzo 2016, per cui una proposta transattiva che venga formulata a seguito di una espressa richiesta dell'autorità giudiziaria non può essere considerata soggetta a riservatezza 'per gli effetti processuali che essa comporta'» (ne riferisce R. DANOVI, *La riservatezza della corrispondenza*, cit., 653), ben potendosi applicare, per adempiere al dovere di riservatezza, la medesima modalità di cui parla questa Cass., n. 21109 del 2017.

⁽³⁰⁾ Il parere è stato approvato il 24 gennaio 2018 e divulgato con la circolare n. 44 del 2018.

⁽³¹⁾ R. DANOVI, *La riservatezza della corrispondenza*, cit., invece, non solo concorda con le soluzioni proposte dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Bologna, ma va oltre, ritenendo che si possa riferire sia circa proprie proposte, sia sulle altrui risposte, proprio ai fini delle conseguenze previste nell'art. 91 c.p.c.

È vero che il parere del Consiglio degli Ordini degli Avvocati di Bologna non è in contraddizione con quanto sostenuto dalla Corte di Cassazione nella succitata sentenza n. 21109 del 2017; quella sentenza si riferisce sì ad una proposta formulata in giudizio, con la dinamica e la modalità a questa proprie, e non ad una proposta formulata *fuori e/o prima* (presumibilmente in colloqui riservati), ma è pacifico che il divieto è stato esteso dalla giurisprudenza deontologica anche a procedimenti non giudiziali con rilievo pubblicistico, quali il concordato preventivo ⁽³²⁾, e anche all'assistenza stragiudiziale ⁽³³⁾

Applicando analogicamente il principio, ribadito dalla pronuncia CNF n. 17 del 2019 ⁽³⁴⁾, sulla riservatezza che copre anche la corrispondenza propria, si potrebbe pensare, però, che anche il colloquio riservato tra difensori, e quindi anche le proposte formulate (ad esempio) in mediazione all'altro difensore, dovrebbero essere comunque protette dal dovere di riservatezza, anche per quanto riguarda il riferire le proprie posizioni.

In proposito, pare non doversi condividere l'opinione secondo cui il divieto ferreo stride con quello che invece può essere l'interesse della parte a documentare di aver avuto intenzioni transattive e conciliative, impedendole in ogni caso di farlo, e ancor più quando tale divieto dipende dalla scelta altrui ⁽³⁵⁾. Al riguardo, in-

⁽³²⁾ CNF, sentenza 21 novembre 2017, n. 181, consultabile al sito internet <<https://www.codicedeontologico-cnf.it/GM/2017-181.pdf>>.

⁽³³⁾ Cfr. CNF, parere 20 ottobre 2019, n. 54: «La producibilità e la non producibilità della corrispondenza sono dunque circoscritte alla controversia giudiziale o stragiudiziale che veda contrapposte due parti difese dai colleghi tra i quali, in ragione del ministero difensivo, sia intercorsa la corrispondenza». Il parere è consultabile al sito internet <<https://www.codicedeontologico-cnf.it/il-coa-di-ferrara-formula-quesito-in-merito-allinterpretazione-dellart-48-del-codice-deontologico-in-particolare-il-coa-chiede-di-sapere-se-le-eccezioni-al-divieto-di-produzione-d/>>.

⁽³⁴⁾ V. *supra* nt. 25.

⁽³⁵⁾ Il riferimento è qui a R. DANOVI, *La riservatezza della corrispondenza*, cit., 652, secondo cui «può essere interesse della parte documentare di aver voluto avviare un percorso conciliativo e transattivo, e non è quindi giustificabile, di per sé,

fatti, pare, innanzitutto, che così ragionando si mini il fondamento della previsione di cui agli artt. 38 e 48 cod. deon. ⁽³⁶⁾, ossia la fiducia tra colleghi, e in secondo luogo, che una simile posizione presti il fianco a svariati possibili abusi, quale la formulazione di ipotesi transattive al solo scopo di rappresentarsi come disposti ad un accordo, anche se sostanzialmente non lo si è, per mettere in difficoltà la controparte e obbligarla a ‘scoprire’ la propria posizione ⁽³⁷⁾ (ogni avvocato sa quali proposte siano potenzialmente inaccettabili dalla controparte; e formularne una allo scopo di esibirla in giudizio, e non per cercare davvero un accordo, può costituire violazione del dovere di lealtà e buona fede, anche processuale; un abuso del diritto). Condivido invece la posizione del CNF ⁽³⁸⁾, secondo cui la

che tali proposte debbano essere considerate e rimanere d’ufficio riservate. Ancor più è inaccettabile che siano considerate riservate d’ufficio le risposte, vincolando la parte alla riservatezza, quando la parte stessa avrebbe eventualmente interesse a prospettare le proprie analitiche domande e richieste». L’a. propone, quindi, che la scelta se qualificare riservata o meno una corrispondenza sia lasciata alla sola volontà del mittente, che può, apponendo o no la clausola di riservatezza, impedire o no la produzione/esibizione.

⁽³⁶⁾ Che pure lo stesso R. DANOVI, *op. cit.*, 649, rimarca: «La *ratio* di questo principio è evidente. L’avvocato infatti deve svolgere la propria attività consentendo al collega di svolgere del pari la sua funzione senza ritorcere (l’uno all’altro) le ammissioni che si intendono espressamente mantenere riservate: ciò che si ottiene appunto con la dichiarata riservatezza della corrispondenza. Invero, se tale principio non esistesse, i patroni sarebbero indotti a non fare ricorso agli atti scritti e verrebbe meno ogni possibilità di fissare punti precisi di fatto, con mortificazione anche del principio di collaborazione che è alla base dell’attività legale».

⁽³⁷⁾ Non si tratta solo di tutelare la riservatezza di proposte transattive, ma anche, come correttamente rileva CNF nella sentenza 11 marzo 2015, n. 19 «le comunicazioni scambiate tra avvocati nel corso del giudizio, e quelle anteriori allo stesso, quando le stesse contengano espressioni di fatti, illustrazioni di ragioni e proposte a carattere transattivo, ancorché non dichiarate espressamente ‘riservate’». La sentenza è consultabile al sito <<https://www.codicedeontologico-cnf.it/GM/2015-19.pdf>>.

⁽³⁸⁾ «Riconoscere la possibilità di produzione della corrispondenza relativa a qualsiasi ipotesi di procedura conciliativa si porrebbe quindi non solo in contrasto con il valore della dimensione deontologica, che non deve essere contenuta nell’ambito strettamente professionale, ma pregiudicherebbe l’interesse sostanziale del cliente, limitando la discrezionalità della condotta dell’avvocato che sarebbe

possibilità di produrre la corrispondenza riservata non solo minerebbe i fondamenti della deontologia, ma sarebbe controproducente per lo stesso cliente, in quanto l'avvocato sarebbe costretto a limitare la discrezionalità e libertà della propria condotta per il timore di ripercussioni della piena libertà e schiettezza sulle spese processuali.

Un ulteriore, ed ultimo, aspetto della riservatezza che si potrebbe richiamare è quello dell'utilizzo in un incarico diverso delle informazioni riservate apprese, oltre i limiti temporali fissati dalle norme. Ad esempio, utilizzare informazioni apprese in mediazione sulla società X, controparte, in un contenzioso che si segue contro X per conto della società Y, diversa da quella assistita in mediazione, su una questione diversa da quella allora oggetto di mediazione, ma nella quale quelle informazioni risultano utili (es. assetto societario, interessi economici, ecc.). È lecito, sembra; ma è corretto?

A mio parere si potrebbe ragionare sul dettato dell'art. 24 cod. deon.: «Il conflitto di interessi sussiste anche nel caso in cui il nuovo mandato determini la violazione del segreto sulle informazioni fornite da altra parte assistita o cliente, la conoscenza degli affari di una parte possa favorire ingiustamente un'altra parte assistita o cliente, l'adempimento di un precedente mandato limiti l'indipendenza dell'avvocato nello svolgimento del nuovo incarico».

Certamente il bene protetto dalla norma è l'interesse del cliente o della parte assistita, non quello della controparte; che la controparte abbia interesse a che certe informazioni su di lei non vengano condivise con altri, da parte di un avvocato avversario, non è inte-

costretto ad orientare le proprie difese, da svolgersi invece con prudente riservatezza ed ampia libertà, curando di evitare che il tenore della propria corrispondenza possa avere ripercussioni sulla pronuncia in ordine alle spese: si deve quindi affermare che le modifiche intervenute all'art. 91 c.p.c. non possono comportare una deroga al divieto di produzione della corrispondenza scambiata tra colleghi di cui all'art. 28 c.d.». Così CNF, parere 28 marzo 2012, n. 11, consultabile al sito <<https://www.codicedeontologico-cnf.it/il-consiglio-dellordine-di-verona-chiede-se-sia-deontologicamente-corretta-la-produzione-di-corrispondenza-qualificata-riservata-dallestensore-o-contenente-proposte-transattive-qualora/>>.

resse contemplato dalla norma, e dunque l'astratta liceità sopra ipotizzata è anche concretamente tale ⁽³⁹⁾.

Tuttavia, ci si può chiedere se all'avvocato che ha assistito una parte in mediazione non sia, in questo modo, riconosciuto un vantaggio indebito nei confronti della controparte di allora e di adesso: l'avvocato deve mantenere il massimo riserbo su tutto ciò che egli abbia appreso in costanza di mandato che riguardi il proprio cliente ⁽⁴⁰⁾, ma in questo caso «la conoscenza degli affari di una parte (potrebbe) favorire ingiustamente un'altra parte» ⁽⁴¹⁾.

5. Le ultime novità: il nuovo 6° comma dell'art. 8 del d. lgs. 4 marzo 2010, n. 28 ed il ruolo, e il compito, dell'avvocato che assiste la parte in mediazione. – Tra le novità introdotte dalla riforma Cartabia in materia di primo incontro in mediazione, c'è una nuova previsione contenuta nell'art. 8, 6° comma: (durante il primo incontro in mediazione) «Le parti e gli avvocati che le assistono cooperano in buona fede e lealmente al fine di realizzare un effettivo confronto sulle questioni controverse». Il dettato ricalca l'analogo dovere previsto nell'art. 2 d.l. 12 settembre 2016, n. 134, e successiva conversione in

⁽³⁹⁾ «Il dovere di riservatezza dell'avvocato (art. 28 cod. deon.) è posto esclusivamente a tutela della sfera privata del cliente o parte assistita e non anche di quella della controparte»; così CNF, sentenza 18 gennaio 2020, n. 2, consultabile al sito <<https://www.codicedeontologico-cnf.it/GM/2020-2.pdf>>.

⁽⁴⁰⁾ «Il professionista è tenuto a mantenere il segreto ed il massimo riserbo sull'attività prestata e su tutte le informazioni (...) delle quali sia venuto a conoscenza in dipendenza del mandato», come ribadito dal CNF, sentenza 16 luglio del 2019, n. 60, consultabile al sito <<https://www.codicedeontologico-cnf.it/GM/2019-60.pdf>>.

⁽⁴¹⁾ Sono consapevole che per *parte* dei cui *affari* si sia venuti a conoscenza, nell'art. 24 cod. deon., si intende quella che è cliente o parte assistita del medesimo avvocato, e non la controparte; tuttavia, mi pare che il dubbio possa essere formulato. Come pure potrebbe essere formulato anche per il mediatore, che abbia condotto una mediazione tra due parti, una delle quali egli assista in un successivo giudizio, di diverso oggetto, contro l'altra; egli non ha ricevuto un precedente mandato da nessuna parte coinvolta in mediazione, ma il possibile vantaggio per l'ora cliente si potrebbe concretare.

legge⁽⁴²⁾, in materia di negoziazione assistita, la cui violazione è qualificata dal successivo art. 9, 4° *bis* comma, come illecito disciplinare.

Nulla invece è (ancora) espressamente previsto sul piano deontologico per l'eventuale violazione dell'art. 8, 6° comma, di cui sopra.

È necessario premettere che, in mediazione come in negoziazione, si resta pur sempre in ambito contrattuale; pur procedimentalizzato, e connesso al processo, l'accordo in mediazione (o in negoziazione) resta un contratto, rispetto al quale lo svolgimento della procedura costituisce il percorso di costruzione delle condizioni e previsioni contrattuali finali. Il ruolo di buona fede, correttezza e lealtà nel diritto dei contratti è troppo noto per non darlo per acclarato⁽⁴³⁾; ormai, in presenza di un percorso di formazione del contratto per fasi successive, in qualche modo procedimentalizzate, si parla di responsabilità contrattuale per violazione dell'autonomo dovere di lealtà e correttezza per violazione della obbligazione endoprocedimentale di tentare di raggiungere un accordo contrattuale, poi abortito⁽⁴⁴⁾.

E la mediazione (come la negoziazione) è esattamente questo: un percorso procedimentalizzato, volto a raggiungere un accordo contrattuale definitivo; percorso nel quale la legge specifica e impone

⁽⁴²⁾ Convertito, con modificazioni, in l. 10 novembre 2014, n. 162.

⁽⁴³⁾ Pur datata, resta molto esaustiva la Relazione tematica della Cassazione n. 116 del 2010, consultabile al sito internet <https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione_116_2010.pdf>.

⁽⁴⁴⁾ Così Cass., ord., 2 ottobre 2022, n. 28879: qualora «si sia soltanto costituito un vincolo idoneo a regolare le successive articolazioni del procedimento formativo dello stesso, (...) ove sia configurabile un interesse delle parti meritevole di tutela alla formazione progressiva del contratto fondata sulla differenziazione dei contenuti negoziali delle varie fasi in cui si articola il procedimento formativo, (ciò) non legittima, tuttavia, la parte non inadempiente ad esercitare gli strumenti di tutela finalizzati a realizzare, in forma specifica o per equivalente, l'oggetto finale del progetto negoziale abortito, ma soltanto ad invocare la responsabilità contrattuale della parte inadempiente per il risarcimento *dell'autonomo danno derivante dalla violazione, contraria a buona fede, della specifica obbligazione endoprocedimentale contenuta nell'accordo interlocutorio*» (corsivo aggiunto).

proprio l'obbligazione (endoprocedimentale) di comportamento secondo lealtà e buona fede, alla quale i partecipanti si obbligano sottoscrivendo istanza o adesione alla mediazione ⁽⁴⁵⁾ (o la convenzione di negoziazione assistita).

Orbene, in proposito sarebbe interessante domandarsi *come* il giudice può venire a sapere di una violazione di questo dovere, vista – tra le altre cose – la estrema riservatezza che deve caratterizzare il procedimento di mediazione. Tuttavia, egli *deve* venirlo a sapere, se è vero, come è vero, che al dovere di lealtà e collaborazione la riforma assegna un posto privilegiato (e sanzionato; vedasi riforma della condanna alle spese *ex art.* 96 c.p.c., le sanzioni per chi rifiuta le ispezioni o non rispetta l'ordine di esibizione, lo stesso nuovo art. 12 *bis* d.lgs. n. 28 del 2010 con le sanzioni per la mancata ingiustificata partecipazione). Se nella negoziazione nessuno può attestare, o *certificare*, la violazione del dovere di lealtà e buona fede, in mediazione un soggetto che ne avrebbe possibilità e i poteri c'è: il mediatore.

Ma è possibile per questi, senza violare il dovere di riservatezza, attestare a verbale – nei casi di non prosecuzione, o di fallimento della mediazione – se le parti hanno collaborato in buona fede e lealtà, oppure no?

Senz'altro si possono esemplificare alcuni casi emblematici: l'abbandono repentino del tavolo, durante la mediazione; il rifiuto di sottoscrivere il verbale, o l'accordo, una volta raggiunto. Ma la mancata collaborazione, l'atteggiamento ostile, la palese volontà di non dare luogo ad un effettivo tentativo di mediazione, il rifiuto del confronto, l'irrigidimento su posizioni non negoziabili? Una verbalizzazione in tal senso comprometterebbe, probabilmente, la neutralità del mediatore (contenendo un *giudizio* sul comportamento delle parti, una *valutazione* della conformità del loro agire al dovere di lealtà e buona fede), oltre al dovere di riservatezza che informa di sé l'intero procedimento e l'opera del mediatore. Occorrerebbe for-

⁽⁴⁵⁾ Sarebbe bene che i modelli di istanza e di adesione, in uso presso gli organismi di mediazione, esplicitassero chiaramente questa obbligazione.

se, a tale scopo, una modifica della legge, che, come consente al mediatore di formulare una proposta alle parti anche in mancanza di richiesta, gli consentisse di verbalizzare un riferimento sull'atteggiamento tenuto dalle stesse nel corso del procedimento.

Come si è detto più sopra, nella legge non è poi contenuta nessuna indicazione sulla rilevanza disciplinare della violazione del dovere di lealtà e buona fede da parte dell'avvocato che assiste le parti in mediazione, a differenza di quanto previsto in sede di negoziazione assistita.

Possiamo trovare, a questo fine, qualche appiglio nei doveri già contemplati nel Codice deontologico? In primo luogo, l'art. 19 cod. deon. ⁽⁴⁶⁾, che detta il dovere di comportarsi secondo lealtà e correttezza, e se partiamo dal presupposto che il dovere di comportarsi secondo buona fede e correttezza (o lealtà che dir si voglia) costituisca (anche) elemento essenziale dell'adempimento dell'obbligazione professionale, e dunque faccia parte del generale dovere di diligenza dell'avvocato, vengono in soccorso anche l'art. 12, e l'art. 26, 3° comma ⁽⁴⁷⁾.

In chiusura, pare opportuno richiamare poi una particolare previsione, l'art. 46, 5° comma cod. deon. ⁽⁴⁸⁾, che impone il dovere di collaborazione tra colleghi; che, per come è formulato, mi pare quanto di più simile al dovere di collaborazione leale e costruttiva

⁽⁴⁶⁾ «L'avvocato deve mantenere nei confronti dei colleghi (...) un comportamento ispirato a correttezza e lealtà».

⁽⁴⁷⁾ Cfr. art. 12: «L'avvocato deve svolgere la propria attività con coscienza e diligenza, assicurando la qualità della prestazione professionale»; art. 26, 3° comma: «Costituisce violazione dei doveri professionali il mancato, ritardato o negligente compimento di atti inerenti al mandato o alla nomina, quando derivi da non scusabile e rilevante trascuratezza degli interessi della parte assistita».

⁽⁴⁸⁾ «L'avvocato, nell'interesse della parte assistita e nel rispetto della legge, collabora con i difensori delle altre parti, anche scambiando informazioni, atti e documenti». Curiosamente, si tratta di una previsione per la quale non constano precedenti disciplinari in termini.

imposto in mediazione (e in negoziazione assistita) sia dato rinvenire nel Codice deontologico vigente ⁽⁴⁹⁾.

Abstract

L'articolo si propone di esaminare ruolo, doveri e stili dell'avvocato mediatore e dell'avvocato che assiste le parti in mediazione, alla luce delle previsioni normative e deontologiche, anche sovranazionali, vigenti, e dell'applicazione fattane dalla giurisprudenza civile e disciplinare. Viene quindi tratteggiato l'intreccio tra competenza e formazione professionale, corretta informazione al cliente, comportamento secondo lealtà e correttezza, diligenza nell'adempimento della prestazione professionale, nei diversi ma complementari piani civilistico e deontologico, non solo in vista della migliore soddisfazione del cliente ma anche della migliore soluzione dei conflitti.

The article aims to examine the role, duties and styles of the mediator lawyer and of the lawyer who assists the parties in mediation, in the light of the regulatory and deontological provisions in force, including non-domestic ones, and of the application made of them by civil and disciplinary jurisprudence. The intertwining between competence and professional training, correct information to the client, behaviour according to loyalty and correctness, diligence in the fulfilment of the professional service, in the different but complementary civil and deontological levels is then outlined,

⁽⁴⁹⁾ Di converso, si potrebbe anche menzionare il precedente 3° comma del medesimo art. 46, secondo cui «L'avvocato deve opporsi alle istanze irrituali o ingiustificate che, formulate nel processo dalle controparti, comportino pregiudizio per la parte assistita»: ossia, vi è un preciso dovere per il difensore di non assecondare o avallare comportamenti dilatori, pretestuosi, senza reale motivazione, posti in essere dalle controparti, proprio perché contrari al dovere di lealtà e di collaborazione tra difensori, oltre che naturalmente al dovere di difesa; ne dovrebbe conseguire anche il dovere di contrastare, se non anche segnalare, in mediazione e in negoziazione, quelle condotte procrastinatorie o pregiudizialmente oppositive di cui si è parlato.

not only for the best client satisfaction but also for the best solution of conflicts.

LA GIUSTIZIA CONSENSUALE,
ALLE RADICI DEL DIRITTO

Tommaso Greco (*)

Il seminario tenuto a Pisa il 4 maggio 2023 per presentare la Rivista «Giustizia consensuale» è stata una bella e felice occasione per mettere insieme riflessioni, idee, e anche immagini suggestive, riguardanti il tema – ampio e luminosamente provocatorio – di una giustizia diversa da quella alla quale ci ha abituato la tradizione giuridica. Bisogna essere grati a chi ha dato vita a questo progetto scientifico ed editoriale, e in particolare alle due Direttrici, Silvana Dalla Bontà e Paola Lucarelli, per aver creato un luogo di condivisione e di diffusione per una idea che coinvolge (e si potrebbe dire, tenta di s-convolgere) potenzialmente tutti i rami del diritto (e forse non solo del diritto).

Gli interventi di Pierluigi Consorti, Valentina Bonini e Luciana Breggia che seguono a questa breve nota introduttiva, mettono in luce gli aspetti salienti – sia sul piano teorico, sia su quello pratico – di questo incontro tra giustizia e consenso, evidenziando quali sono i nodi che ne emergono e le grandi potenzialità che esso custodisce. Ed è su alcuni di questi aspetti che vorrei spendere qualche rapidissima parola.

La novità della giustizia consensuale mi pare sia collocabile innanzitutto nella rotazione dello sguardo che essa imprime al nostro ragionare sui temi della giustizia. Non perché dimentichi che la figura del Terzo è essenziale ad ogni configurazione e attuazione del-

la giustizia medesima, ma perché inverte il rapporto tra la sua dimensione verticale e quella orizzontale: due dimensioni che sono compresenti in ogni relazione giuridica, anche se la nostra cultura e la nostra formazione ci hanno abituato a vedere solo la prima. Può sembrare strano, in effetti, proprio perché non siamo abituati a prenderla in considerazione, parlare di orizzontalità del diritto, cioè di una modalità di relazione che vede la giuridicità innanzitutto nella reciprocità delle posizioni tra le parti, piuttosto che nell'intervento autoritativo che dall'alto struttura e dispone la situazione di ciascuno. Eppure, a ben pensarci, se si prendono sul serio le norme giuridiche, è proprio questa dimensione a venire in questione per prima quando si pone mente agli effetti che ogni norma cerca di produrre nel tessuto sociale. Quel che esse chiedono è sempre, innanzitutto, che qualcuno faccia qualcosa a qualcun altro, ed è in base al verificarsi o al non verificarsi di questo fare/non fare che si producono poi le conseguenze giuridiche, comprese quelle che devono essere messe in atto dalle istituzioni. Dimenticare che è questa la prima dimensione dell'efficacia del diritto vuol dire dimenticare che il diritto ha una funzione regolativa e di coordinazione, prima che punitiva e sanzionatoria. Rimanere fermi ad una idea di diritto e di giustizia che si colloca esclusivamente nella capacità dell'ordinamento di rispondere alle violazioni con le sanzioni e nella soluzione autoritativa dei conflitti, significa trascurare tutto ciò che il diritto mette in campo nella sua vocazione orientativa dei comportamenti sociali.

Se è così, possiamo dire che non c'è dimensione o occasione giuridicamente significativa nella quale non sia richiesto a ciascuno di farsi carico delle aspettative altrui, e dunque di essere responsabile nei suoi confronti. Responsabile, voglio dire, ancor prima che per le conseguenze che il proprio comportamento provoca nei confronti dell'altro, perché è da ciascuno che dipende la buona riuscita della relazione giuridica nella quale si è di volta in volta coinvolti. È dunque dal recupero (della consapevolezza) di questa dimensione orizzontale che dipende anche la possibilità di comprendere quanto sia

necessaria, ma anche connaturata alla natura più profonda del diritto, la strada di una giustizia che cerchi di valorizzare al massimo grado possibile la consensualità e l'incontro, piuttosto che l'imposizione e lo scontro.

La 'rivoluzionarietà' della giustizia dialogica sta dunque non nel proporre qualcosa di 'strano' o addirittura di 'contrario' allo spirito del diritto, ma anzi nel richiamare il diritto alla sua radice più profonda, che è quella di far sì che le persone si incontrino e cooperino. Non porta dunque ad un allontanamento dalla natura del diritto, il cammino che la giustizia consensuale invita a percorrere, ma è piuttosto un suo inveramento, un «recupero per il diritto», per dirla con Paolo Grossi, capace di riportare in superficie ciò che per troppo tempo abbiamo evitato di ricordare e di mettere in luce.

Le difficoltà che abbiamo (avuto?) nel pensare e attuare un modello 'altro' di giustizia si spiegano a partire dal fondamento antropologico della nostra visione del diritto: un fondamento tutto 'sfiduciario', centrato cioè esclusivamente sulla nostra concezione dell'altro come di un soggetto da cui guardarsi, verso il quale essere diffidente, nei confronti del quale prepararsi alla difesa e all'attacco. Cose certamente necessarie in tante occasioni, ma che non esprimono, e non possono esprimere, né la totalità né l'essenza della socialità umana, quella socialità che non è l'*altro* del diritto – come se quest'ultimo, appunto, fosse legato esclusivamente al venir meno di un legame e fosse destinato soltanto a perpetuare divisioni e contrapposizioni – ma è parte costitutiva e direi fondamentale di ogni realtà del diritto. Non diciamo, d'altra parte, costantemente, «*ubi societas, ibi ius*» e viceversa? E di quale società parliamo, anche in riferimento al diritto, se pensiamo la socialità giuridica come non-socialità, come assenza di qualunque possibilità di cooperazione e di progetto comune?

Perciò, se la giustizia può essere anche un luogo di incontro; o se addirittura questo modo 'orizzontalistico' di pensare diritto e giustizia può essere considerato come altrettanto 'naturale' rispetto a quello 'verticalistico' e autoritativo, possiamo accogliere come suf-

ficientemente ‘familiare’ anche l’immagine, e soprattutto l’idea, di una giustizia ‘senza benda né spada’. Si tratta di una giustizia che accoglie l’invito a guardare l’altro negli occhi; che si fonda sulla fiducia nel futuro piuttosto che sulla necessità di castigare il passato, e che sa usare abilmente quella che Simone Weil chiamava la «bilancia a bracci disuguali». Non si tratta, infatti, di mettere peso contro peso, e forza contro forza, ma piuttosto di valorizzare al massimo quell’«infinitamente piccolo» rappresentato dai semi di bene, di buona volontà, di attenzione per l’altro, che ciascuno è capace di mettere in atto se si costruisce l’ambiente giusto per suscitarli. Solo una bilancia, nella quale uno dei bracci trova il suo radicamento in quel luogo (apparentemente) lontano che è la nostra volontà di bene, può essere adatta a equilibrare quella forza che sembra dominare ogni aspetto della giustizia, e forse ogni aspetto delle nostre vicende quotidiane. Ed è proprio un invito a non soggiacere alla forza, e a pensare che nel mondo è ben possibile sottrarsi al prestigio della forza, che si radicano saldamente il progetto e la sfida della giustizia consensuale.

Abstract

In occasione dell’evento di presentazione della Rivista *Giustizia consensuale* tenutosi il 4 maggio 2023 nell’Università di Pisa, il tema che unisce «giustizia» e «consenso» è stato oggetto di fecondo confronto da diverse prospettive. L’a. restituisce le osservazioni introduttive all’iniziativa e avanza l’idea che la giustizia consensuale vada alle radici del diritto, valorizzandone la dimensione orizzontale e cooperativa.

During a presentation of journal Giustizia consensuale, held on 4 May 2023 at the University of Pisa, the theme linking ‘justice’ and ‘consensus’ was the subject of fruitful discussions from different standpoints. The author retraces the introductory remarks he delivered on that occasion and

puts forward the idea that consensual justice goes to the roots of the law, enhancing its horizontal and cooperative dimension.

OLTRE LA MITEZZA, LA GENTILEZZA DEL DIRITTO

Pierluigi Consorti (*)

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Tra mitezza, gentilezza e durezza del diritto. – 3. Mitezza del diritto o del metodo giuridico? – 4. Dal diritto mite al diritto gentile, passando per il *soft law*. – 5. La gentilezza nel diritto canonico. – 6. Conclusione.

1. Introduzione. – In occasione della presentazione a Pisa della Rivista *Giustizia consensuale* ho pensato di offrire qualche spunto collegato agli studi, un po' frammentari e frammentati, che ho svolto in tema di mediazione ⁽¹⁾.

Le mie parole odierne non hanno nessuna pretesa di esaustività. Vanno considerate come un modesto contributo alla riflessione scientifica che anima anche codesta Rivista e che posso compendiare in una semplice – ancorché enorme – domanda di ricerca: c'è spazio per la gentilezza nel diritto?

Giustizia consensuale Fasc. 2/2023, 667-680. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) Professore Ordinario di Diritto Ecclesiastico e Canonico nell'Università di Pisa; *affiliate Professor* Istituto Dirpolis, Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa.

⁽¹⁾ Le riflessioni qui riproposte riprendono quelle dedicate all'omaggio della Collega trentina Erminia Camassa, che nel 2023 ha cessato il suo servizio nei ruoli universitari: v. P. CONSORTI, *Il volto gentile del diritto*, in F. OLIOSI (a cura di), *Diritto, religione, coscienza: il valore dell'equilibrio*. Liber amicorum per *Erminia Camassa*, Modena, 2023, 221-32.

2. *Tra mitezza, gentilezza e durezza del diritto.* – Secondo una concezione tradizionale, ancora ritenuta fondativa e percepita come tale specialmente da chi non lavora nell'ambito giuridico, il diritto si sostiene perché, e in quanto, è fondato sulla sua capacità coercitiva. Il diritto deve essere forte, poiché si nutre di potere e funziona solo se è capace di farsi valere. Secondo questa logica 'virile', la sanzione costituisce l'essenza della legge: soprattutto la sanzione intesa come punizione. Le richieste demagogiche e popolari che reclamano la «certezza della pena» sono sovente accompagnate dall'invito prepotente a condannare i delinquenti a reclusioni «a vita» – «buttando la chiave!», come si sente dire. Questa immagine, prevalentemente maschile – anche se non necessariamente solo maschile – mostra il volto intransigente, cinico e persino arcigno del diritto.

Basti pensare alla fortuna che ha incontrato il motto *dura lex sed lex*, che la sapienza popolare fa risalire niente di meno che ad Ulpiano – che invece è stato il maestro del *ius* quale *ars boni et aequi* – per giustificare l'assertività della ruvidezza della legge, che deve essere applicata nonostante tutto, solo perché è legge⁽²⁾. Come ho anticipato, non voglio entrare in dotte disquisizioni di carattere storico o esegetico, e tanto meno entrare nella distinzione tra *ius* e *lex*. Mi limito ad esprimere qualche suggestione simbolica in grado di rendere questa immagine dura e cinica del diritto e della legge. Pensiamo all'icona della dea Dike, che il Pantheon classico associa alla giustizia bendata. Una dea femminile che esercita la sua funzione a occhi chiusi, senza guardare in faccia a nessuno. La giustizia peraltro non è disarmata: nelle mani porta due strumenti, una bilancia volta a tenere in equilibrio i diritti reclamati e i doveri adempiuti e una spada. Quest'ultima è impugnata nella mano destra, pronta all'uso più immediato. La forza è pronta, l'utilità della spada appare evidente; quella della bilancia dipende invece da un esercizio mancino – e quindi 'maldestro' – adatto per decisioni bensì equilibrate,

(2) Cfr. A. I. FERREIRÓS, *Dura lex sed servanda*, in *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1983, 537-52.

ma non sempre possibili e comunque più difficili e non sempre necessarie.

Il pensiero medievale classico ripropone la medesima immagine bendata e ruvida della giustizia umana, contrapposta a quella divina, *dulcore misericordiae temperata*. Questa giustizia equa e mite appartiene a Dio e si colloca *natura sua* in una dimensione celeste, inadatta alle cose terrene⁽³⁾. Insomma, benché donna, la Giustizia umana deve essere priva di sentimenti e incapace di umanità. Forse la benda ha proprio lo scopo di impedire l'incontro degli sguardi e la nascita di una relazione reciproca.

Questa immagine tradizionale ha attraversato i secoli e ci ha condotti alla visione machiavelliana del diritto che Tommaso Greco, in un suo fortunatissimo recente libro, ha definito erede del «modello sfiduciario»⁽⁴⁾, che a suo parere impedisce di esprimere il senso di responsabilità, solidarietà e riconoscimento che invece fonda i legami sociali e – di conseguenza, e non per principio – il dovere di obbedire. La riflessione di Tommaso Greco si sviluppa su un piano filosofico radicato nell'esame della vita sociale che abbiamo sperimentato durante le restrizioni dettate dalla necessità di sconfiggere il virus influenzale che fra il 2020 e il 2022 ha costretto l'umanità a fare i conti con la sua fragilità. Le regole della pandemia si sono in larga parte fondate sul senso di responsabilità e il dovere di cura degli uni verso gli altri. Il loro successo – e anche l'insuccesso – è stato in gran parte determinato dall'esercizio di equilibrio e responsabilità che ogni persona ha svolto per tenere in equilibrio i propri interessi vitali con quelli delle altre persone.

In quegli anni il gruppo di ricerca DiReSoM (Diritto e religione nelle società multiculturali) ha studiato il ruolo giocato dalle religioni nella definizione di regole adatte a fronteggiare l'emergenza, sia all'interno dei gruppi confessionali sia in relazione alla forma-

⁽³⁾ Cfr. G. MOLTENI, *Il potere e il suo esercizio nella Chiesa di S. Tommaso*, in *Tra celeste e terrestre. Il diritto canonico nella personale coniugazione di Gabriele Molteni Mastai Ferretti*, Soveria Mannelli, 2002, 17-103 (originale 1983).

⁽⁴⁾ T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma-Bari, 2021.

zione delle regole statali ⁽⁵⁾. Mi interessa qui mettere in evidenza come in questi casi siano emerse domande sullo spazio accordabile ai sentimenti. In altri termini, si è posto il problema della posizione di regole in grado di tenere insieme diverse esigenze di cura, tali da prevenire il contagio e la morte delle persone e, al tempo stesso, salvaguardare la cura relazionale, specialmente durante la malattia, nella prossimità della morte e nel successivo esercizio di pietà verso i defunti.

La relazione fra diritto, legge e sentimenti meriterebbe un approfondimento che non posso svolgere adesso ⁽⁶⁾. Ora vorrei provare a circoscrivere l'attenzione a una questione più limitata del rapporto fra mitezza e gentilezza del diritto.

Ovviamente, il pensiero corre per primo alla proposta di un «diritto mite» avanzata da Gustavo Zagrebelsky poco più di trent'anni fa ⁽⁷⁾. In quell'occasione l'autore cercava di conciliare i principi di libertà e giustizia consacrati dalle Costituzioni e dai Codici con i 'casi della vita', specialmente quelli che più da vicino coinvolgono le grandi domande dell'esistenza umana e cercano risposte che la legge non è sempre in grado di dare. Zagrebelsky invitava a diffidare delle «bocche delle leggi», perché per cogliere il senso del diritto («l'idea del diritto», per usare la sua espressione), era necessario uscire dagli schemi proposti dal disegno che emerge dai testi normativi (ossia, i principi) per affrontarne il substrato che costituisce quelle medesime fonti. In altre parole, per guardare oltre quello che si vede. Vorrei dire che in questo caso non basta togliere la benda, ma bisogna anche indossare buoni occhiali. Così facendo si può vedere la mitezza del diritto, che è poi la sua capacità di mediare i conflitti. Per riconoscere la mitezza del diritto – incontrare, cioè, la sua funzione

⁽⁵⁾ V. P. CONSORTI (a cura di), *Law, Religion and Covid-19 Emergency*, DiReSoM, 2020; F. BALSAMO, D. TARANTINO, *Law, Religion and the Spread of Covid-19 Pandemic*, DiReSoM, 2020, in E.C. DEL RE, P. NASO (a cura di), *Religioni e pandemia in Italia. Dottrina, comunità e cura*, Soveria Mannelli, 2022.

⁽⁶⁾ Sia però consentito rinviare a P. CONSORTI, *Diritto e religione, Basi e prospettive*, Roma-Bari, 2023.

⁽⁷⁾ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992.

relazionale – occorre passare oltre i testi – *attraversarli, oltrepassarli* – tenendo fermo lo sguardo verso la ricerca della soluzione del caso concreto. Il giurista mite conosce la vita concreta, incontra le persone; se manca di farlo resta uno di quei «giuristi puri (...) orgogliosi e inutili»⁽⁸⁾, vorrei dire collaborazionisti del volto oscuro del diritto.

3. *Mitezza del diritto o del metodo giuridico?* – Norberto Bobbio osservò che prima di Zagrebelsky nessuno aveva accostato la mitezza al diritto, piuttosto consacrato all'immagine della durezza che ho richiamato poco fa. In realtà, ad avviso di Bobbio, Zagrebelsky non propone tanto un'idea mite del diritto, quanto un metodo mite della sua applicazione o, meglio, della sua interpretazione⁽⁹⁾. A me piace pensare che il richiamo alla contestualizzazione interpretativa delle norme attraverso i principi (che Zagrebelsky trova nella superiorità della Costituzione alle leggi) si presenta come una modernizzazione della *prudentia iuris* classicamente intesa, che viene qui attualizzata in relazione alla gerarchia delle fonti, e in particolare alla prevalenza della Costituzione, com'è stata impostata dagli Stati costituzionali contemporanei. Da questo punto di vista, la mitezza costituisce una virtù democratica che stempera la potenza del giuspositivismo non tanto in senso costituzionale, quanto nell'esercizio di una dinamica interpretativa orientata alla relazione intersoggettiva. La mitezza, o la moderazione (come Bobbio definisce la mitezza zagrebelskyana), non sono caratteri del diritto, ma «virtù dell'interprete, giurista o giudice che sia»⁽¹⁰⁾.

La critica bobbiana, mentre sposta la mitezza dal diritto al metodo, ne esalta l'importanza. Bobbio ne rimane affascinato: la mitezza è «una delle virtù che prediligo, (...) collocata tra le virtù deboli, come la modestia, la moderazione, la temperanza, contrappo-

⁽⁸⁾ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 182.

⁽⁹⁾ N. BOBBIO, *Della mitezza e delle leggi*, in *L'indice*, 1993, 5.

⁽¹⁰⁾ *Id.*

ste alle virtù forti, come il coraggio, l'ardimento, la prodezza. Tutte qualità che si addicono, per un verso o per l'altro, ai detentori di un qualche potere»⁽¹¹⁾. Il filosofo torinese insegna che l'associazione del diritto al potere rischia facilmente di trasformarlo in prepotenza⁽¹²⁾. La tentazione di sguainare la spada invece di usare la stadèra caratterizza l'indole di coloro che desiderano prevalere sulle altre persone con la forza, e approfittando del potere non considerano la dignità di ogni persona umana ed escludono dal proprio orizzonte il valore della relazione personale.

4. *Dal diritto mite al diritto gentile, passando per il soft law.* – L'espressione 'diritto mite', come spesso accade, è stata successivamente utilizzata in maniera evocativa e a-tecnica, finendo per passare nel linguaggio comune come sinonimo di 'fonti normative leggere': una sorta di resa in lingua italiana della formula anglosassone *soft law*. Mi ha colpito vedere che la Treccani la definisca come «ideale che fa riferimento a un'applicazione umana delle norme giuridiche»⁽¹³⁾ e che nella letteratura scientifica sia spesso confusa con le fonti normative di rango secondario, appunto quelle che rivestono una scarsa forza coercitiva⁽¹⁴⁾. L'indeterminatezza dei contenuti sottostanti alla formula del 'diritto mite' ha di fatto impedito a questa categoria concettuale di espandere la sua forza creativa e, in buona sostanza, l'ha lasciata confinata nel recinto della teoria del

⁽¹¹⁾ *Id.*

⁽¹²⁾ Cfr. S. GHERRO, «Diritto mite» e persona prepotente (a proposito del recente «Codice dell'assistenza spirituale»), in *Ius Ecclesiae*, 1994, 673-85.

⁽¹³⁾ *Enciclopedia italiana dei neologismi*, 2018, <www.treccani.it/enciclopedia/neologismi/diritto-mite> (31.12.2023).

⁽¹⁴⁾ Cfr., ad esempio, M.E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law*, Torino, 2018; sul punto, anche M. RAMAJOLI, *Soft law e ordinamento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 2017, 147-62.

diritto, da cui – come abbiamo visto – il suo iniziatore desiderava invece prendere le distanze ⁽¹⁵⁾.

La mitezza del diritto si è quindi manifestata principalmente come un'aspirazione tendenziale dell'esercizio della giustizia in termini di prossimità umana, con evidenti accenti di carattere spirituale, anche evangelicamente connotati. Zagrebelsky, ad esempio, citava l'invito a «porgere l'altra guancia» ⁽¹⁶⁾ e Bobbio nel 2010 riportava la virtù della mitezza all'esercizio della giustizia non intesa come «indulgenza, ma intransigente difesa della dignità altrui e propria» ⁽¹⁷⁾. Sono state queste le basi di partenza che hanno dato vita al *Manifesto per una giustizia minorile mite* ⁽¹⁸⁾, improntato a realizzare una giurisprudenza «al servizio di due padroni: la legge e la realtà» ⁽¹⁹⁾. In questo quadro, la mitezza della giustizia minorile si fonda sul principio dell'ascolto del minore – non limitato all'espletamento di un mero adempimento formale, bensì deve assumere i caratteri del c.d. ascolto attivo ⁽²⁰⁾ – e svilupparsi in forme di accompagnamento capaci di incontrare il consenso delle parti interessate ricorrendo alla mediazione. Com'è stato scritto, in questo campo o la giustizia è mite, o è ingiustizia ⁽²¹⁾!

Questo esito prelude a qualche eccessiva semplificazione sul piano applicativo, in quanto talvolta si rischia di confondere le pratiche

⁽¹⁵⁾ Cfr. D. EVANGELISTA, *La formulazione del diritto mite: l'esempio dell'Accordo di Parigi sul clima*, in *LeGes*, 2019, 2-14.

⁽¹⁶⁾ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, 141.

⁽¹⁷⁾ N. BOBBIO, *Elogio della mitezza*, Milano, 2010.

⁽¹⁸⁾ F. OCCHIOGROSSO, *Manifesto per una giustizia minorile mite*, Milano, 2009.

⁽¹⁹⁾ ID., *Il decennale della l. 149/2001 e la giurisdizione minorile mite*, in C. MURGO (a cura di), *Il diritto del minore ad una famiglia. Tavola rotonda a 10 anni dalla l. 28 marzo 2011 n. 149*, Pisa, 2011, 70.

⁽²⁰⁾ Cfr. M. SCLAVI, *Ascolto attivo e seconda modernità: sulla gestione creativa dei conflitti*, in P. CONSORTI, A. VALDAMBRINI (a cura di), *Gestire i conflitti interculturali ed interreligiosi. Approcci a confronto*, Pisa, 2013.

⁽²¹⁾ G. TURRI, *Giustizia mite o ingiustizia: come devono essere gli ascolti nel penale per risultare miti*, in *Minori giustizia: rivista interdisciplinare di studi giuridici, psicologici, pedagogici e sociali sulla relazione fra minorenni e giustizia*, 2015, 74-82.

di mediazione con lo stesso ‘diritto mite’, inteso quale fondamento della «distinzione tra *scientia [sic] iuris e iuris prudentia*. Laddove la prima rappresenta la logica formale, la razionalità dell’*aut-aut*, l’altra, invece, del *win-win*, la prudenza del diritto, la ragionevolezza, la potenza del diritto nelle sue varie sfumature che si apre a più alternative possibili della vita reale»⁽²²⁾. Le cose non stanno esattamente così, come cercherò di spiegare più avanti.

Vorrei adesso tornare sull’espressione ‘gentilezza del diritto’, che è stata richiamata per indicare lo spirito che il diritto dovrebbe dimostrare in relazione alle regole che disciplinano la fine della vita. La formula ‘diritto gentile’ è stata proposta da un gruppo di bioeticisti, medici, giuristi, costituitosi nella primavera del 2012 attorno a una proposta di principi condivisi «Per un diritto della dignità del morire», che si è esteso a tutte le questioni che riguardano il corpo, la salute e la relazione di cura, nella prospettiva di un diritto gentile, cioè «capace di comprendere la realtà e le esigenze di questi primari rapporti tra persone e di orientarli attraverso prescrizioni adeguate nel linguaggio e nelle soluzioni»⁽²³⁾. Nella visione impostata dai proponenti, il diritto gentile si sviluppa sulla base di una logica relazionale incentrata sull’alleanza terapeutica che mette in secondo piano il corpo del malato come oggetto di cura per esaltare la relazione tra le persone del medico e del paziente quali soggetti di diritti e doveri raccolti intorno all’*habeas corpus* della dignità umana e dei diritti fondamentali di integrità, identità morale, personalità, autodeterminazione – dalla parte del paziente – e della responsabilità personale, competenza e integrità professionale – dalla parte del medico.

Questa concezione riguarda valori che, all’epoca, non erano ancora stati tradotti nelle norme adesso disposte dalla l. n. 219 del 2017, che può essere considerata «un manifesto giuridico che esprime i fondamenti attuali della relazione di cura», innestati sui

⁽²²⁾ Così in *Mac Servizi Legali*, <<https://www.macservizilegali.it/blog/negoziazione-familiare-diritto-mite/>> (31.12.2023).

⁽²³⁾ *Un Diritto Gentile*, <<https://undirittogentile.wordpress.com/>> (31.12.2023).

principi costituzionali e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: «il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona»⁽²⁴⁾. L'esito normativo non ha certo esaurito i contorni che la logica della gentilezza propone per una diversa sistemazione delle relazioni giuridiche. Lo stesso gruppo di lavoro è, ad esempio, tornato a riflettere su questo punto in occasione dell'emergenza pandemica e più precisamente osservando il dibattito agitato nell'opinione pubblica in relazione all'obbligo vaccinale. In quell'occasione i toni si sono presentati molto accesi e perfino partigiani, per cui correttamente è stato fatto appello a una «discussione gentile», che muovesse da alcuni punti fermi di carattere giuridico.

La gentilezza era evocata innanzitutto con riferimento al metodo del dibattito, che non sempre muoveva dai principi etico-politici e giuridici che dovrebbero accumunare le parti in causa: vale a dire l'esplicito riferimento di ciascuna opzione ai valori costituzionali della dignità e libertà della persona, dell'uguaglianza formale e sostanziale, della tutela della salute individuale e pubblica e della solidarietà. Questi fondamenti della gentilezza sono stati messi in discussione dalla preminenza della «necessità», richiamata quale fondamento impreteribile, evocata in termini assoluti e non sempre adeguatamente definita. Tale postura autoritativa impedisce di fare buon uso del criterio della giusta proporzione fra costi e benefici e valutare la proporzionalità del 'rimedio' rispetto al 'male'. In linea generale, pare evidente che in tempo di pandemia la salute assuma un plusvalore e vada tutelata nella duplice dimensione di «fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività» (art. 32 Cost.), ma il terreno della discussione presenta una delicatezza tale da mal sopportare affermazioni apodittiche di un valore a sacrificio dell'altro, senza un'adeguata informazione sui dati di contesto.

La gentilezza diventava infine un obiettivo sostanziale anche in termini di giustificazione giuridica dell'imposizione dell'obbligo

⁽²⁴⁾ P. CONSORTI, *Diritto e religione. Basi e prospettive*, cit., 385.

vaccinale, se e in quanto prospettato come misura proporzionata in ragione della gravità dei rischi derivanti dall'andamento della pandemia nel contesto globale. Va da sé che la salvaguardia della salute individuale del singolo costituisce anche un limite all'obbligo, per cui dev'essere esonerato chi si trovi nelle condizioni previste per una controindicazione e, in base al principio di precauzione, anche chi potrebbe correre rischi legati alla somministrazione del vaccino.

Sotto questo profilo, il volto gentile del diritto mostra una faccia dialogica e relazionale, interessata a soddisfare i bisogni personali e collettivi senza prevaricare né discriminare.

5. *La gentilezza nel diritto canonico.* – Vorrei toccare un ultimo aspetto del volto gentile del diritto in relazione all'ordinamento canonico. Credo sia opportuno partire dal fondamento evangelico che, com'è noto, propone una gestione fraterna dei conflitti, basata sull'istituto della *denunciatio* proposta in Mt. 18, 15-17: «Se il tuo fratello commette una colpa, va e ammoniscilo fra te e lui solo; se ti ascolta, hai guadagnato il tuo fratello; se non ti ascolta, prendi con te una persona o due, affinché la questione sia decisa sulla parola di due o tre testimoni; se ricusa di ascoltarli, dillo all'assemblea; e se poi non ascolta neanche l'assemblea, sia per te come un pagano e un pubblicano». La declinazione evangelica dell'istituto della correzione fraterna, e riservata, come primo passo per la soluzione di un conflitto destinato a diventare pubblico – beninteso, nei limiti della comunità ecclesiale – solo quando assume una dimensione pertinace, esprime il senso di regole dettate per obbligare primariamente in foro interno⁽²⁵⁾, forzando la coscienza cristiana ad orientarsi verso una soluzione amichevole delle controversie.

Ilaria Zuanazzi ha giustamente osservato che le fonti disciplinari delle prime comunità cristiane indirizzano l'azione dei fedeli verso la conciliazione delle liti, fornendo strategie e metodi per attuar-

⁽²⁵⁾ Cfr. P. BELLINI, «*Denunciatio evangelica*» e «*denunciatio judicialis privata*». *Un capitolo di storia disciplinare della Chiesa*, Milano, 1986.

la⁽²⁶⁾ e che, con alterne vicende nel corso dei secoli, si sono adesso sedimentate nel can. 1733 c. dir. can., che esorta le parti interessate a trovare una soluzione equa che prevenga o dirimi alcune controversie di natura amministrativa. Non interessa adesso entrare nel merito della questione: è sufficiente ricordare l'annoso, e non ancora concluso, dibattito sull'utilità del diritto penale nell'ordinamento della Chiesa, che svolge una funzione essenzialmente spirituale, per cui «la sanzione non avrebbe la funzione sua specifica di ristabilire l'equilibrio nell'ambito dell'esperienza giuridica»⁽²⁷⁾. Peraltro, nell'ordinamento canonico si avverte una sorta di «istintivo rifiuto del processo», considerato la ritualizzazione del conflitto, e come tale incompatibile con l'insegnamento di Cristo⁽²⁸⁾ (beninteso: l'incompatibilità toccherebbe la formalizzazione del processo in termini giurisdizionali, non il conflitto).

In questa tensione dialettica si può vedere l'esistenza della medesima dinamica fra volto gentile e volto arcigno del diritto che ho più volte richiamato, e che nell'ordinamento ecclesiale si presenta con una sua particolarità apparentemente contraddittoria, in quanto il diritto assume primariamente una postura burbera, che induce all'elusione della regola se non addirittura alla copertura dei conflitti. È stato segnalato che «osservando la prassi della gestione dei conflitti di natura giuridica degli Enti ecclesiastici *ab intra* e *ad extra* si può facilmente constatare – e le Conferenze Episcopali o i singoli Vescovi e Cancellieri diocesani possono confermare il dato – come pressoché in ogni realtà comunitaria compaia un duplice ordine di problemi: il primo è la difficoltà di risolvere giuridicamente i conflitti in 'autonomia'; il secondo – premessa del primo ma ben

⁽²⁶⁾ I. ZUANAZZI, *La conciliazione nelle controversie amministrative*, in J. MIÑAMBRES, B.N. EJEH, F. PUIG (a cura di), *Studi sul diritto del governo e dell'organizzazione della Chiesa in onore di Mons. Juan Ignacio Arrieta*, Venezia, 2022, 133.

⁽²⁷⁾ P. PELLEGRINO, *...e a che cosa servirebbe il processo nel diritto della chiesa?*, in *Ius canonicum*, 1973, 407.

⁽²⁸⁾ J. LLOBEL, *La tutela giudiziale dei diritti nella Chiesa. Il processo può essere cristiano?*, <<https://bibliotecanonica.net/docsae/btcaex.htm>> (31.12.2023).

più radicato e per certi aspetti allarmante – è la tendenza a non riconoscere quasi l'esistenza del conflitto stesso, o – il che è più grave ancora – a rimuovere la dimensione della litigiosità»⁽²⁹⁾.

La scarsità dello spazio assegnato alle prassi di mediazione e conciliazione nell'odierna vita ecclesiale assume il valore di una vera e propria «assenza ingiustificata», specialmente se si considera il precetto evangelico e la presenza storica di prassi coerenti con tale spirito. Da questo punto di vista concordo con chi ha cercato di dimostrare che la funzione di conciliazione e mediazione caratterizza la dimensione caritativa ed equitativa della giustizia della Chiesa come suo *proprium*: andrebbe perciò utilmente recuperata, specialmente per gestire i conflitti relazionali che maturano in ambito matrimoniale⁽³⁰⁾, ma non solo.

6. *Conclusione.* – Gli esempi schematizzati nelle pagine precedenti tendono a dimostrare che il volto gentile del diritto si inverte specialmente nelle situazioni in cui si gestiscono conflitti relazionali che la legge non riesce a curare, vuoi perché ricorre l'uso della violenza personale, vuoi perché vengono coinvolti sentimenti che non meritano di essere esclusi dall'esame della fattispecie.

In questa prospettiva mi piace richiamare l'importanza della nonviolenza, intesa non solo in termini di principio, ma specialmente in chiave applicativa⁽³¹⁾. Sotto questo profilo, molto possiamo apprendere dalle tradizioni giuridiche religiose. Ad esempio, Patrick Glenn spiega l'utilità di quella confuciana, che presenta la

⁽²⁹⁾ V. GIGLIOTTI, *Conciliazione e mediazione nel diritto della Chiesa: riviviscenza di una prassi storica*, in *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 2018, 245.

⁽³⁰⁾ C.H. DE MENDOZA DOMÍNGUEZ, *La mediación y la reconciliación ante la violencia de pareja en la separación canónica y la exclusión de las víctimas de control coercitivo del proceso brevior*, in *Revista española de derecho canonico*, 2022, 587-640.

⁽³¹⁾ Sia consentito il rinvio a P. CONSORTI, *La eficacia de la noviolencia*, in F. JIMÉNEZ BAUTI, T. TELLESCHI (a cura di), *Pensando para la paz*, Madrid, 2023, 89-96.

dinamica fra composizione amichevole delle liti e durezza delle punizioni con «una combinazione di bastone e carota, dove il bastone era sempre disponibile, ma la carota godeva di un vantaggio teorico»⁽³²⁾.

In sintesi, la giustizia consensuale proposta da questa Rivista dimostra quale importanza abbia la gentilezza anche nel diritto. Tale gentilezza si esprime nella cura delle relazioni, insistendo sulla ricerca delle ragioni e dei torti fintanto che sia necessario, senza però renderla affatto preponderante⁽³³⁾. La giurista e il giurista gentile cercano di «toccare l'animo dei litiganti», incontrandone lo sguardo ed evitando che il conflitto ne snaturi il volto. Il diritto gentile si esprime con franchezza e propone un dialogo facilitante; fa prevalere la dimensione dell'ascolto a quella dell'assertività⁽³⁴⁾; assume l'orizzonte del futuro, senza enfatizzare la ricostruzione del passato⁽³⁵⁾; insiste sugli elementi unitivi a discapito di quelli divisivi; non si appoggia sull'esercizio del potere, ma sulla ricerca del consenso.

Com'è stato osservato, «la figura più adeguata a rappresentare (...) la sostanza del diritto gentile è quella della donna»⁽³⁶⁾, che usa la gentilezza in quanto «tende a convincere, più che a costringere»⁽³⁷⁾. Mi sembra che questo sia il volto più bello del diritto, quello per il quale vale la pena metterci la faccia.

⁽³²⁾ H.P. GLENN, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, Bologna, 2011, 509.

⁽³³⁾ Cr. P. CONSORTI, *Hanno ragione tutti! Profili di gestione dei conflitti interculturali ed interreligiosi*, in *Gestire i conflitti interculturali ed interreligiosi*, cit., 1-22.

⁽³⁴⁾ Cfr. G. MANNOZZI, G. A. LODIGIANI, *La Giustizia riparativa: Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, 111 ss.

⁽³⁵⁾ Cfr. J. BUTLER, *Precarious Life. The Powers of Mourning and Violence*, London, 2004.

⁽³⁶⁾ *Id.*, 468.

⁽³⁷⁾ M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, 2006, 1 ss.

Abstract

Lo scritto discute la possibilità di considerare un ruolo sentimentale del diritto. Quest'ultimo si concepisce prevalentemente come un'istituzione autoreferenziale che fonda la sua capacità di incidere sull'esercizio del potere. Questa idea potente del diritto non lo aiuta sempre a svolgere efficacemente la sua funzione sociale. L'idea sviluppata in questo saggio prende in considerazione le tesi sul 'diritto mite' e avanza la proposta di un 'diritto gentile', che si prende cura delle relazioni personali e fa prevalere la dimensione dell'ascolto rispetto a quella dell'assertività, insiste sugli elementi unitivi a discapito di quelli divisivi; non si appoggia sull'esercizio del potere, ma sulla ricerca del consenso.

This essay discusses the possibility of considering a soulful role of the law. In principle, law is mainly conceived as a self-referential institution that bases its ability upon the exercise of power. This power-based notion of the law does not always assist it in performing its social function effectively. In this essay the author takes into consideration the theses on 'mild law' and advances the proposal of a 'kind law', which takes care of personal relationships and tries to make the dimension of listening prevail over that of assertiveness, as well as to make unitive elements prevail over divisive ones; a 'kind law' does not rely on the exercise of power but, rather, on the search for consensus.

CONSENSO E GIUSTIZIA PENALE:
DAL MERCATO GLOBALE
ALLA BOTTEGA SARTORIALE

Valentina Bonini (*)

SOMMARIO: 1. Consensualità e negozialità nel processo penale: una convivenza difficile. – 2. Dalla negozialità economicistica alla varietà della risposta di giustizia fondata sul consenso. – 2. Oltre il mercato della giustizia penale: la bottega sartoriale della *restorative justice* come luogo di costruzione di una risposta di giustizia su misura delle persone.

1. Consensualità e negozialità nel processo penale: una convivenza difficile. – La riflessione processualpenalistica ha sicuramente molto da guadagnare nel cimentarsi sul terreno arato e reso fertile dalla Rivista *Giustizia consensuale*, grazie all'approccio trasversale qui coltivato sui temi della consensualità e negozialità, ampiamente praticati, ma ancora non abbastanza sistematizzati nell'ambito della procedura penale.

Da una parte, la dimensione pubblicistica della giustizia penale entra in attrito con ogni meccanismo processuale che ponga il consenso delle parti a fondamento di deviazioni dalle regole e dagli schemi ordinari del rito penale; dall'altra parte, la negozialità processuale penale ha fatto prorompente (e per certi versi, prepotente) ingresso nelle trame codicistiche oramai 35 anni fa, con il codice di

Giustizia consensuale Fasc. 2/2023, 681-690. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994

(*) Professoressa Associata di Diritto Processuale penale nell'Università di Pisa.

procedura penale del 1988. L'abbraccio tra processo penale e consenso è, dunque, più che consolidato, anche se una rassicurante a sistemazione dei meccanismi fondati sulla volontà delle parti nell'architettura costituzionale e codicistica del rito penale è ancora lontana dall'essere raggiunta.

Apparentemente sopito il fervore del dibattito dottrinale e giurisprudenziale che ha animato gli anni Novanta del secolo scorso sul significato e sull'oggetto del consenso che innesca i riti negoziali ⁽¹⁾, a ben vedere, molti nodi problematici sono tutt'altro che sciolti: il diradarsi delle pronunce delle supreme corti e delle riflessioni dottrinali sul tema non è la conseguenza di una 'quadratura del cerchio', ma piuttosto è il precipitato di una rinuncia a perseverare in un'operazione che risulta di difficile (e per alcuni versi, forse, impossibile) riuscita. Agevolmente coniugata la negozialità premiale con il principio del contraddittorio – grazie alla dimensione intrinsecamente conflittuale di un principio che perde la propria forza euristica quando le parti convergono verso la medesima ricostruzione fattuale – sono, invece, ben più funambolici i tentativi interpretativi di liberare istituti quali il c.d. patteggiamento dal patente conflitto con la presunzione di non colpevolezza *ex art. 27, 2° comma, Cost.* Delle due l'una: o il patteggiamento riposa su un accertamento pieno dei fatti e delle responsabilità, smarrendo in gran misura le potenzialità deflative che il legislatore ha consegnato al negozio sulla pena ⁽²⁾, oppure si tratta di un rito semplificato che conduce ad applicare, pur consensualmente, una pena (fino a cinque anni di reclusione) ad un soggetto la cui colpevolezza non è stata provata, in evidente contrasto con l'impianto di cui all'art. 27 Cost. Non è un

⁽¹⁾ I termini del dibattito sono ben ripercorsi da S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata. L'accertamento di responsabilità nell'applicazione della pena su richiesta delle parti tra ricerca di efficienza ed esigenze di garanzia*, Milano, 2005, 173; M. GIALUZ, voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Enc. Dir., Annali*, vol. II, Milano, 2008, 13.

⁽²⁾ Questa la posizione strenuamente sostenuta da G. LOZZI, *Il patteggiamento e l'accertamento di responsabilità: un equivoco che persiste*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1998, 1396 ss.; ID., *Lezioni di procedura penale*, XV ed., Torino, 2023, 559 ss.

caso che anche le menti più virtuosamente ‘tetragone’ nella difesa dell’impianto costituzionale delle garanzie processuali penali abbiano finito per osservare che – a voler assicurare un risultato deflativo attraverso un ampio ricorso alla negozialità alternativa al dibattimento – la tenuta costituzionale del c.d. patteggiamento esige di teorizzare in qualche misura la disponibilità della presunzione di non colpevolezza⁽³⁾. Insomma, cambiare il volto costituzionale delle garanzie, trasformandole in diritti disponibili delle parti, sembra proporsi come un passaggio interpretativo necessario per scongiurare il contrasto della negozialità sulla pena con le architetture sovraordinate: un rovesciamento della gerarchia delle fonti che, nel segno dell’adeguamento evolutivo, rilegge il significato delle garanzie fondamentali per assecondare gli obiettivi efficientistici del processo.

L’esigenza di sistemazione ha ceduto di fronte all’irrinunciabilità del ricorso a schemi semplificati, con la conseguenza che il ‘male necessario’⁽⁴⁾ della giustizia penale negoziata a un certo punto è stato silenziosamente accettato, ibernando i termini più spinosi del problema e, in particolare, abdicando dalla pretesa di coniugare il negozio processuale con le finalità cognitive del processo penale e con la presunzione di non colpevolezza.

2. *Dalla negozialità economicistica alla varietà della risposta di giustizia fondata sul consenso.* – Nonostante gli attriti costituzionali e sistematici, la tendenza legislativa di progressivo amplia-

⁽³⁾ Cfr. P. FERRUA, *Il giusto processo*, II ed., Bologna, 2007, 149, il quale osserva che la tenuta costituzionale del c.d. patteggiamento è condizionata al «considerare l’accertamento della responsabilità come una regola moderatamente disponibile, tale da ammettere che, con l’accordo delle parti sulla pena, il giudice possa limitarsi ad una verifica essenzialmente negativa sull’assenza di cause di non punibilità».

⁽⁴⁾ L’espressione è recuperata dal noto scritto di N. McDONOUGH, *Plea Bargaining – A Necessary Evil?*, in 2 *University of Arkansas at Little Rock Law Journal* (1979), 381-401; in prospettiva abolizionista v., invece, R.A. FINE, *Plea Bargaining: An Unnecessary Evil*, in 4 *Marquette Law Review* (1987), 615-32.

mento dell'ambito operativo e dell'appetibilità dei 'tradizionali' riti negoziali ha caratterizzato – ora da protagonista, ora da comprimaria – le principali novelle degli anni Duemila. In tempi più recenti, però, il legislatore si è mosso anche verso soluzioni diverse, che valorizzano la volontà dell'imputato non solo in chiave di rinuncia alle garanzie tipiche del dibattimento, ma anche e soprattutto in direzione propositiva, contribuendo alla costruzione di una nuova risposta di giustizia. Seppure battendo sentieri non facili e disseminati di 'pietre d'inciampo' ⁽⁵⁾, il portfolio del processo penale si è arricchito di architetture che riposano sulla volontà dell'imputato non tanto in vista di una semplificazione del rito, quanto nella prospettiva di contribuire fattivamente ad una risposta penale diversa da quella sanzionatoria.

Un primo significativo passo verso la costruzione di una consensualità dal volto nuovo nuovo si ha con l'introduzione nel 2014 della sospensione del procedimento con messa alla prova, allorché l'ecosistema penale della giustizia consensuale viene innervato di un nuovo significato ⁽⁶⁾.

⁽⁵⁾ Il riferimento è al ruolo della vittima che, fisiologicamente ridotta a comprimario all'interno del procedimento penale, acquista un'inedita centralità nei paradigmi riparativi di più recente conio: anche all'interno della disciplina organica della giustizia riparativa introdotta con il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, però, si annidano alcune criticità relative al ruolo della vittima. In proposito v. M. BOUCHARD, *Commento al Titolo IV del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150 sulla disciplina organica della giustizia riparativa*, <www.questionegiustizia.it> (10.10.2022), 8 ss.

⁽⁶⁾ Costruito come istituto ibrido dalla l. 28 aprile 2014, n. 67, che ne ha collocato la disciplina in parte nel codice penale (artt. 168 *bis* ss. c.p.) e in parte nel codice di rito (artt. 464 *bis* ss. c.p.p.), il procedimento di sospensione del processo con messa alla prova, dopo i primi commenti che ne minimizzavano l'impatto, ha incontrato il successo applicativo, ha visto pronunce della Corte Costituzionale che ne hanno sostanzialmente confermato la tenuta, ha rappresentato oggetto di numerose ricostruzioni dottrinali. Impossibile dare conto qui dell'ampia letteratura sul tema, si rinvia a L. BARTOLI, *La sospensione del processo con messa alla prova*, Padova, 2020; M. MIRAGLIA, *La messa alla prova dell'imputato adulto*, Torino, 2020; N. TRIGGIANI, *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Torino, 2014.

La messa alla prova si atteggia nei termini di una ‘moderna or-dalia’, che ‘scommette’ sulla capacità dell’imputato di dare prova concreta e fattiva dell’inutilità dell’intervento penale: all’accer-tamento della responsabilità e alla reazione sanzionatoria si sostituisce un programma concordato tra l’accusato e l’ufficio dell’esecuzione penale esterna, avallato dal giudice, che, in caso di esecuzione positiva, produce l’effetto di rinunciare all’obiettivo cognitivo del processo, chiuso con una sentenza di proscioglimento per estinzione del reato.

Pur disciplinata nel Libro VI del codice di rito insieme ai riti speciali, la messa alla prova assegna un ruolo inedito alla volontà della parte: non si tratta più di negoziare sul *quomodo* e sul *quantum* dell’accertamento e/o dell’irrogazione/applicazione di una pena più mite, ma di costruire in modo volontario e concertato con l’ufficio dell’esecuzione penale esterna un programma di prescrizioni, la cui attuazione rende superfluo e privo di interesse per l’ordinamento il consueto accertamento della responsabilità.

Senza entrare qui nel merito della natura giuridica del programma di prova, sulla quale la stessa Corte Costituzionale ha proposto ricostruzioni contrastanti (7), si coglie immediatamente la diversità del ruolo, del significato e degli effetti collegati alla manifestazione di volontà espressa dall’imputato che ‘si mette alla prova’: anziché muoversi lungo le coordinate tradizionali del processo penale, limitandosi a semplificarne l’incedere grazie alla rinuncia a garanzie e diritti difensivi, nel *probation* si spezza la sequenza processuale, perché l’ordinamento abdica alle funzioni

(7) Così, Corte cost., 27 aprile 2018, n. 91, esclude la natura sanzionatoria del programma di messa alla prova in forza della matrice volontaria che lo connota non solo in fase di innesco, ma anche durante tutta l’esecuzione dello stesso, osservando che, laddove la prova sia interrotta per il venir meno della volontà adesiva, non seguono reazioni sanzionatorie, semplicemente riprendendosi il processo penale lì dove era stato sospeso. L’anno seguente diversamente conclude su questo profilo Corte cost., 29 marzo 2019, n. 68, che, nel tracciare la differenza tra *probation* minorile e *probation* per adulti, ha identificato il programma in seno a quest’ultimo con un «trattamento sanzionatorio».

li perseguite, in quanto soddisfatto degli esiti del programma volontariamente introdotto e condotto dall'imputato. Se il c.d. patteggiamento – al pari del giudizio abbreviato e del procedimento per decreto – introduce una mera semplificazione del rito, la messa alla prova introduce anche una deviazione funzionale.

Non è un caso, del resto, che gli artt. 168 *bis*, 2° e 3° comma, c.p., e 464 *bis*, 4° comma, c.p.p., nel declinare i contenuti del programma di prova, prevedano – accanto a *performance* che richiamano istituti da tempo noti al sistema penale tradizionale⁽⁸⁾ – tratti di novità che valorizzano il paradigma della giustizia riparativa⁽⁹⁾, che, per l'appunto, coltiva funzioni e obiettivi diversi da quelli della giustizia penale cognitiva e sanzionatoria.

3. *Oltre il mercato della giustizia penale: la bottega sartoriale della restorative justice come luogo di costruzione di una risposta di giustizia su misura delle persone.* – Nell'evoluzione della consensualità che interseca i binari del processo penale un passaggio di grande significato sul piano delle scelte di politica criminale è rappresentato proprio dalla valorizzazione della giustizia riparativa, che ha trovato ampio spazio nella c.d. riforma Cartabia: il d.lgs. n. 150 del 2022 interpola numerose disposizioni del codice penale e del codice di procedura penale coniando istituti-ospite⁽¹⁰⁾ e istituti-

⁽⁸⁾ Prescrizioni comportamentali, lavoro di pubblica utilità e condotte riparatorie rientrano trovano omologhi istituti di matrice sanzionatoria, para-sanzionatoria o comunque tipici della giustizia penale autoritativa: l'analogia contenutistica si fa rarefatta nella misura in cui all'interno della messa alla prova tali *performance* riposano sulla volontà dell'imputato.

⁽⁹⁾ L'art. 464 *bis*, 4° comma, lett. c, c.p.p. prevede fin dalla sua introduzione che nel programma di prova siano inserite «le condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa» ed è stato ampliato dall'art. 29 d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, con il riferimento allo «svolgimento di programmi di giustizia riparativa».

⁽¹⁰⁾ La partecipazione al programma riparativo e l'esito riparativo possono essere valorizzati all'interno di disposizioni che presidiano la costruzione della rispo-

vettore ⁽¹¹⁾ della *restorative justice*, alla quale è soprattutto dedicata una corposa «Disciplina organica» agli artt. 42-67 d.lgs. n. 150 del 2022.

L'esigenza di declinare i principi generali, di offrire un apposito compendio definitorio e di disciplinare le garanzie e l'incedere dell'esperienza riparativa è collegata alla specificità e all'autonomia del paradigma riparativo. Infatti, la *restorative justice* condivide con la 'tradizionale' giustizia penale negoziata il presupposto del consenso, ma non si muove all'interno dei consueti binari del procedimento penale, dal quale si differenzia e si autonomizza per i soggetti partecipanti ⁽¹²⁾, per l'oggetto di cui tratta ⁽¹³⁾, per il metodo che adotta ⁽¹⁴⁾ e per gli obiettivi che persegue ⁽¹⁵⁾.

sta sanzionatoria (artt. 62, 133, 163 c.p.), ovvero nell'ambito di istituti che conducono all'estinzione del reato (artt. 131 *bis*, 152 c.p. e art. 464 *bis* c.p.p.).

⁽¹¹⁾ In questa prospettiva vengono in gioco, oltre alle numerose disposizioni del codice di rito penale che prevedono diritti informativi dell'accusato e della vittima circa la facoltà di accesso ai programmi riparativi, l'art. 129 *bis* c.p.p. e l'art. 15 *bis* ord. pen., che assegnano all'autorità giudiziaria il potere di inviare gli interessanti davanti ai servizi riparativi.

⁽¹²⁾ Individuati dall'art. 45 d.lgs. n. 150 del 2022 nella «vittima del reato», «la persona indicata come autore dell'offesa», e «altri soggetti appartenenti alla comunità», le peculiarità dei partecipanti al processo riparativo sono tali da aver suggerito anche uno sforzo definitorio compendiato nell'art. 42 d.lgs. n. 150 del 2022. Inoltre, a rendere ancora più evidente la separatezza tra la giustizia penale tradizionale e quella riparativa, v'è la figura del mediatore che, a differenza del giudice, è 'equiprossimo' e privo di qualsiasi potere decisorio e autoritativo.

⁽¹³⁾ L'oggetto della giustizia riparativa non è il reato di cui al capo di imputazione, bensì l'offesa collegata ad una ipotesi di reato, identificata normativamente con il riferimento alla «risoluzione delle questioni derivanti dal reato» (art. 42, lett. a, d.lgs. n. 150 del 2022), nel senso di «gestione degli effetti pregiudizievoli causati dall'offesa» (art. 43, lett. a, d.lgs. n. 150 del 2022).

⁽¹⁴⁾ Al metodo dialettico che il processo penale impiega per raggiungere il miglior accertamento possibile, la giustizia riparativa preferisce il metodo dialogico, volto alla ricomposizione del conflitto attraverso un percorso di ascolto e riconoscimento dell'altro. Pur non espressamente collocato tra i principi generali, la centralità del metodo dialogico è facile da desumere dalla disciplina dei programmi riparativi, declinati dall'art. 53 d.lgs. n. 150 del 2022 nella mediazione, nel dialogo riparativo e in «ogni altro programma dialogico guidato da mediatori, svolto

Le specificità sono così numerose e marcate da consegnarci un autentico paradigma di giustizia⁽¹⁶⁾ che risponde a bisogni di giustizia diversi e non ospitabili negli spazi giudiziari tradizionali: narrazione del proprio vissuto, ascolto empatico, riconoscimento reciproco, riparazione dell'offesa sono bisogni – tanto della vittima, quanto dell'autore dell'offesa – collegati all'esperienza della ingiustizia agita o subita che non trovano spazio nel processo penale, doverosamente imperniato sui diritti dell'accusato da una parte e sulla potestà punitiva dello Stato dall'altra.

Risulta chiaro, allora, che nella *restorative justice* il consenso non ha il solo significato di innescare una variante interna allo schema processuale ordinario (il rito speciale), ma apre l'ingresso verso un binario del tutto nuovo, ponendo mete diverse e sideralmente lontane da quelle dell'accertamento dei fatti e delle responsabilità e della risposta sanzionatoria.

Non è solo questione di architetture normative, insomma, ma di 'destinazione abitativa' degli spazi di giustizia, che nel paradigma riparativo mettono al centro i bisogni delle persone 'in carne ed ossa' coinvolte nella vicenda di reato, lasciando al sistema penale tradizionale la gestione pubblicistica, autoritativa, divisiva e punitiva della reazione all'illecito. Questa caratura fortemente personologica della *restorative justice* affiora a più riprese nella disciplina positiva, che valorizza un consenso informato, consapevole, personale, libero e sempre revocabile; che affida ai mediatori il compito di seleziona-

nell'interesse della vittima del reato e della persona indicata come autore dell'offesa».

(15) È l'art. 43, 2° comma, d.lgs. n. 150 del 2022 a dare contenuto agli obiettivi riparativi costruendoli sui tre possibili partecipanti ai programmi, che devono tendere a promuovere «il riconoscimento della vittima del reato, la responsabilizzazione della persona indicata come autore dell'offesa e la ricostituzione dei legami con la comunità».

(16) Sull'autonomia del paradigma riparativo v., *ex plurimis*, R. BARTOLI, *Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell'ambito della giustizia punitiva*, in questa *Rivista*, 2022, 389; A. LORENZETTI, *Giustizia riparativa e dinamiche costituzionali*, Milano, 2018, 20; G. MANNOZZI, voce *Giustizia riparativa*, in *Enc. Dir., Annali*, vol. X, Milano, 2017, 465.

re e costruire in concreto il programma più adatto ai bisogni dei partecipanti; che non costringe l'incedere riparativo entro termini temporali predeterminati, ma li modula sui tempi necessari allo svolgimento di ciascun programma.

Ecco che il consenso non è parte di un sinallagma efficientistico che baratta diritti e garanzie con l'economia processuale in un mercato globale della giustizia penale, ma è pilastro dell'incontro dialogico con l'altro, al quale schiude nella misura in cui vi trovino risposta i bisogni di giustizia di vittima e persona indicata come autore dell'offesa: la costruzione del percorso riparativo è un'opera sartoriale misurata, ritagliata e cucita per adattarsi ai bisogni, anche emotivi, delle persone coinvolte.

In questo senso può dirsi che anche la giustizia riparativa risponda ad una logica di efficienza, che non è però scandita con il *krònos* del *disposition time* e dei tempi del processo penale, ma sul *kairòs* dell'incontro con l'altro, del riconoscimento reciproco, del superamento delle conseguenze offensive del fatto⁽¹⁷⁾. Nel cercare di offrire risposta a questi bisogni che scaturiscono dall'esperienza di reato, la *restorative justice* ci svela l'immagine nuova (o forse antica) di una giustizia accogliente⁽¹⁸⁾, che posa la spada e la bilancia e si libera dalla benda, per munirsi di ago e filo e sapientemente usarli per ricucire ciò che il reato ha lacerato.

Abstract

Da tempo il processo penale si avvale di istituti negoziali per raggiungere un'economia processuale attraverso la rinuncia dell'imputato a diritti e garanzie fondamentali in cambio di una premialità sulla pena. Nonostante i problemi di sistemazione di meccanismi come il c.d. patteggiamento, il legislatore ha progressivamente esteso l'ambito operativo della giustizia pe-

⁽¹⁷⁾ G. DI CHIARA, *La premura e la clessidra: i tempi della mediazione penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 380.

⁽¹⁸⁾ G. MANNOZZI, R. MANCINI, *La giustizia accogliente*, Milano, 2022.

nale negoziata. Solo in tempi più recenti sono stati coltivati anche istituti che valorizzano la volontà dell'imputato non solo in una prospettiva efficientistica ma anche per costruire una risposta di giustizia diversa: è il caso della sospensione del processo con messa alla prova e, in modo ancora più marcato, della giustizia riparativa, che propone un paradigma di giustizia autonomo, volto a riportare al centro i bisogni delle persone, offrendo loro la possibilità di superare attivamente le conseguenze del reato.

Criminal procedure used negotiated justice since 1988 to achieve procedural economy through the defendant's waiver of fundamental rights and guarantees in exchange for better terms with respect to punishment. Despite problems of compatibility with the system of simplified procedures such as the so-called plea bargaining, the legislator has progressively expanded the availability of negotiated justice. Only in more recent times other mechanisms have been implemented to enhance the defendant's will not only for the goal of efficiency but also to offer a different justice response: this is the case with the trial probation and, even more markedly, restorative justice, which proposes an autonomous justice paradigm aimed at bringing people's needs back to the center, offering a way of actively overcoming the offence perpetrated by the author and suffered by the victim.

UNA GIUSTIZIA PLURALE TRA AUTONOMIA, RESPONSABILITÀ E AUTORITÀ

Luciana Breggia ()*

SOMMARIO: 1. Dalla giustizia autoritativa alla giustizia plurale. – 2. Mediazione e dimensione relazionale del diritto. – 3. La trasformazione dei ruoli nella giustizia consensuale. – 4. Formazione e educazione per il nuovo modello di giustizia.

1. Dalla giustizia autoritativa alla giustizia plurale. – Mi trovo in una posizione peculiare: stiamo presentando una Rivista intitolata *Giustizia consensuale*, e io sono un'esponente della giustizia *non* consensuale, quella giurisdizionale e quindi autoritativa. Il tribunale è un luogo dove si separa il torto dalla ragione e per di più è un luogo sfiduciario, direbbe Tommaso Greco. Eppure, è anche e forse proprio a partire dal sistema tradizionale esistente, che fagocitava le più diverse conflittualità senza distinzioni, che si è fatta strada una forma diversa di giustizia: allora la chiamavamo alternativa, poi complementare e ora, più propriamente, consensuale.

Trovo molto bello il titolo della Rivista, che va subito al cuore del problema. Un cuore che articola in forma di domande per chiederci quale spazio vi sia per una giustizia che valorizzi l'autonomia privata; quale ne sia l'ambito privilegiato; quale ne sia il rapporto con il processo, e con l'esigenza della formazione di regole in certi settori, visto che i luoghi della giustizia consensuale sono per lo più

Giustizia consensuale Fasc. 2/2023, 691-699. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994

(*) Già magistrata presso il Tribunale ordinario di Firenze.

luoghi caratterizzati dalla riservatezza, non destinati a produrre regole conoscibili. Sono molti i problemi aperti e il tema, molto ampio, finisce per coinvolgere il rapporto tra società civile e Stato.

Giustizia consensuale è una Rivista di cui avevamo bisogno e vorrei spiegarne i motivi, partendo dalla mia esperienza di giudice civile. Ho infatti vissuto in prima persona l'avvio di un processo di trasformazione del modello di giustizia: dapprima, ancorato al solo processo civile, che doveva attuare nel caso concreto il diritto oggettivo, la volontà del legislatore; poi la giurisdizione è stata concepita come servizio dello Stato volto a dare tutela ai diritti delle persone; servizio che può essere svolto da istituzioni diverse dallo Stato, in certi casi. La centralità dell'individuo rispetto a vecchi schemi e la necessità di dare una tutela 'effettiva' hanno prodotto forti cambiamenti, facendo emergere la rilevanza dei fatti – il riferimento è a Paolo Grossi – e quindi la necessità di dare rilievo a interessi non espressamente menzionati dalla norma attraverso il ricorso all'interpretazione conforme, all'uso di clausole generali, e di principi, tenendo conto dell'intreccio tra fonti multilivello.

Il cambiamento maggiore, tuttavia, è stato innescato dalle a.d.r. (*alternative dispute resolution*) e, in primo luogo, dalla mediazione che rappresenta un metodo flessibile e duttile, capace di contemperare in modo più adeguato gli interessi delle persone. Il diritto, per quanta elasticità si voglia immettere nel sistema, si rivela oggi troppo rigido, insufficiente. Proprio il mestiere di giudice civile, che trova nel diritto il suo principale strumento, mi ha fatto constatare questa insufficienza. Negoziazione, pratica collaborativa, mediazione tendono a restituire respiro e mitezza al diritto. Nonostante le indubbe differenze, sono dimensioni comuni al diritto penale e al diritto amministrativo ed è un *plus valore* della Rivista occuparsi a trecentosessanta gradi di queste radici comuni, che si possono esprimere con uguali parole chiave: riconoscimento, responsabilizzazione, ricostituzione dei legami comunitari.

In un mondo percorso da fratture delle relazioni personali, commerciali e sociali, aggravate dalla pandemia da *coronavirus*, dal-

la guerra e dai mutamenti climatici troppo violenti e veloci, l'indicazione per la mediazione è oggi in primo piano: quella che il sociologo Aldo Bonomi, già anni fa, chiamava micro-guerra civile, rischia di ampliarsi a dismisura. Da questo punto di vista la mediazione rivela la sua vocazione, che non è quella di alleggerire l'arretrato giudiziario (ho sempre pensato che questo fosse la conseguenza che provoca, non la ragion d'essere), ma di porre al centro la cura delle relazioni: prendersi cura delle relazioni con se stessi (e con la moltitudine che ci compone, come afferma lo psicoterapeuta Vittorio Lingiardi), con l'altro, con la natura. In un recente articolo, Jean-Pierre Bonafé-Schmitt sottolineava come oggi l'espansione della mediazione ai settori della scuola, dell'ambiente, della salute, della vita faccia pensare che la mediazione non sia semplicemente un sistema di gestione dei conflitti, ma prefiguri un nuovo sistema di regolazione sociale. Bonafé Schmitt ricordava la figura del *mediateur de chantier*: ad esempio, se si installa un cantiere per la costruzione di una nuova strada o linea ferroviaria, o opere del genere, possono esservi disagi con gli abitanti o i commercianti della zona ed ecco che entra in funzione, diciamo preventiva, questa opera di mediazione per riconoscere e contemperare le esigenze delle persone coinvolte, assicurare il flusso delle informazioni.

2. *Mediazione e dimensione relazionale del diritto.* – In Italia, partire dal processo civile ha un senso, perché qui è accaduto qualcosa che ha segnato il modo di riflettere sui conflitti, come lo vivono e lo affrontano le parti, gli avvocati i giudici, le professioni. La mediazione è stata introdotta come istituto non settoriale, ma generale, per tutte le controversie aventi ad oggetto i diritti disponibili (v. d.lgs. n. 28 del 2010), e questo ha innescato un movimento culturale di ampio respiro non privo di scossoni, contaminando lo stesso percorso giudiziario.

È stata specialmente la mediazione, e la mediazione demandata dal giudice civile in particolare, il grimaldello per aprire un altro

sguardo sui conflitti, costringendoci a riparlare della giustizia, delle professioni che concorrono ad attuarla e, a lungo andare, dell'essere umano, della concezione che ne abbiamo, perché è questa poi che influenza il modo, storicamente e culturalmente condizionato, di gestire e risolvere i conflitti.

Perché la mediazione ha provocato questo 'tsunami' più di altre forme di a.d.r.? Credo che il motivo sia dovuto alla centralità che questo metodo riconosce all'autonomia dei soggetti coinvolti. A loro, di fronte a un terzo imparziale che non ha il compito di decidere ma di aiutarli a comprendere le ragioni del loro disaccordo, ed eventualmente a tramutarlo in accordo mettendo in luce i loro reali interessi, spetta di fare qualcosa che esse non erano abituate a fare: assumersi la responsabilità del loro conflitto, leggerlo, anche grazie alle lenti del mediatore e gestirlo, possibilmente per trovare un accordo, ma soprattutto per riattivare la comunicazione interrotta.

E certo, questo rilievo dell'autonomia privata già indica quale può essere il punto di frizione con la sfera dell'autorità pubblica, specie nel settore penale e in quello amministrativo.

La mediazione demandata dal giudice civile ha rappresentato uno *choc* per quelli che i sociologi chiamano i funzionari (noi specifichiamo: magistrati e avvocati), proprio perché capovolge il sistema in cui costoro sono cresciuti e si sono formati. Dovevamo rinunciare alle nostre impalcature, ai nostri schemi, creati per 'dare giustizia' nel modo migliore che conoscevamo – cioè, interpretare e ricostruire le regole del caso concreto – per affidarsi a qualcosa di ancora poco conosciuto e definito.

Questo spiega le resistenze iniziali rispetto alla mediazione nel momento in cui è stata introdotta in Italia nel 2010. E spiega, in parte, l'iniziale tendenza, tuttora in corso, a 'riacciuffare' il sistema tradizionale che è quello più familiare. Mediazione e processo si sono dovute per forza abbracciare nel nostro ordinamento, con esiti in prevalenza positivi per una contaminazione benefica (comunicazione, informazione, formazione). Non sono mancati aspetti negativi, a mio avviso, come, ad esempio, l'attenzione eccessiva verso le

interferenze tra mediazione e processo o la valorizzazione di sanzioni innestate nel raccordo tra mediazione e giudizio con riferimento alla proposta formulata dal mediatore per il caso di mancato raggiungimento dell'accordo amichevole.

Tommaso Greco definirebbe il sistema tradizionale un sistema sfiduciario. Nel suo libro *La legge della fiducia* si valorizza il sistema relazionale del diritto, troppo a lungo schiacciato sulla sanzione, in una visione verticale; mentre le norme, dice Greco, in primo luogo dettano criteri di comportamento e fanno nascere aspettative reciproche sulla condotta dei consociati. In questo rovesciamento che egli attua rispetto al modello *sfiduciario*, si accomoda con grande naturalezza la mediazione, come sistema di gestione delle relazioni conflittuali. Qui, infatti, la volontà degli individui viene valorizzata, l'attenzione è centrata sulle persone anziché sui funzionari e le persone sono considerate esseri responsabili e quindi meritevoli di fiducia. Il modello fiduciario meglio si adatta alla mediazione perché presuppone una visione antropologicamente positiva dell'essere umano.

Il profilo relazionale che il sistema fiduciario valorizza è centrale per cogliere l'essenza della mediazione, che presuppone una concezione dell'essere umano come essere responsabile, capace di riconoscimento dell'altro e di se stesso. È un messaggio rivolto principalmente alle persone: l'offerta per loro di un'occasione di consapevolezza delle dinamiche profonde dei propri comportamenti e di responsabilizzazione. La mediazione, in primo luogo, vuole restituire la parola alle persone, finora inserite in un sistema che le disattiva, magari a fini protettivi, ma che comunque le considera 'poco capaci'.

3. *La trasformazione dei ruoli nella giustizia consensuale.* – In una visione olistica questo movimento investe poi necessariamente anche il ruolo degli avvocati e dei magistrati, segnato dall'aspetto relazionale che impone di riporre in soffitta il carattere burocratico del-

la funzione del giudice, come quello guerresco del ruolo del difensore. In questa prospettiva, l'avvocato non può più essere considerato una sorta di condottiero che irrompe nella battaglia giudiziaria. È, invece, un professionista consapevole della responsabilità sociale della sua professione (affermata già nel codice deontologico europeo del 1988), un professionista della prevenzione, una guida per la costruzione di relazioni che possano funzionare tra le parti. Capace di ascolto della persona, promuove l'autonomia di quest'ultima attraverso la propria autorità tecnica, artefice di giustizia anche senza processo.

Cambia, però, anche il ruolo del giudice, faticosamente tratto dalla sua *turris eburnea*, in seguito alla lenta e complessa trasformazione dell'assetto organizzativo e funzionale del potere giudiziario ideato quando la giurisdizione si concepiva positivisticamente come applicazione unilaterale, meccanica, passiva, 'tecnica' della legge da parte di funzionari-burocrati; mentre, come già affermava Gustavo Zagrebelsky nel suo bel libro su *Il diritto mite*, «il compito unificatore della giurisprudenza non è separato dalle esigenze di giustizia sostanziale che si trovano materializzate nei casi che chiedono di essere risolti nei termini del diritto».

Il giudice non è, e non deve essere, un burocrate macinatore di controversie. È, prima di tutto, un giudice delle relazioni. Diviene fondamentale che sia consapevole del modo in cui la parte percepisce il conflitto, cosa questo significhi per lei, in quale ambito di relazioni si collochi, quale è il vero interesse che la muove e così via. È questa consapevolezza che permette al giudice di promuovere la costruzione del giudizio o la ricerca di un accordo attraverso la partecipazione, in modo dialettico e maieutico; è questo ruolo che gli ha fatto guadagnare *livelli di prossimità* rispetto alle parti, che sarebbe un grave errore perdere, in nome di una diversa, migliore vicinanza che invece sarebbe assicurata dall'avvocatura o dagli altri mestieri che si affermano nel settore della gestione delle controversie.

È questa prossimità, infatti, che favorisce il recupero dell'oralità nella trattazione (ovviamente saggiamente miscelata alla scrittura)

ed è su questa modalità di conduzione del processo che si fonda la possibilità di valorizzare un momento dedicato al colloquio processuale, al tentativo di conciliazione (giudiziale) o alla verifica dell'opportunità dell'invio alla mediazione stragiudiziale. Nel modello di 'processo scritto' – che purtroppo sembra prendere il sopravvento con la riforma del codice di rito del 2022 – non v'è molto spazio per l'invio in mediazione; al più, questo è ridotto ad invito generico e privo di consistenza, se non, nell'ipotesi peggiore, ad un incombente che le parti e i difensori percepiscono come mera pressione per sgombrare la scrivania del giudice.

Al giudice *bouche de la loi* non può interessare la mediazione, perché guarda ai conflitti tra le persone come qualcosa di negativo, da 'liquidare'. Si muove in un sistema *sfiduciario* dove l'autonomia delle parti è piuttosto elemento di disordine, mentre l'ordine è assicurato dall'alto, dall'autorità che applica la sanzione e conta sulla coazione. Nel sistema fiduciario le persone, invece, afferma Greco, sono partecipi della costruzione dell'ordine, sono responsabili, cioè capaci di rispondere dei propri comportamenti, delle aspettative reciprocamente generate. Devono dunque avere cura delle relazioni, prima, durante e dopo il conflitto che le possa attraversare.

4. Formazione e educazione per il nuovo modello di giustizia. – Per concludere queste riflessioni, solo un cenno alla formazione, che è il cardine dei movimenti di cambiamento.

A Firenze, in un momento in cui la cultura della mediazione era lungi dall'attecchire (mi riferisco al 2009), avviammo un progetto sperimentale sulla mediazione demandata dal giudice (allora dicevamo 'delegata'), grazie a varie sinergie e soprattutto all'Università di Firenze, al particolare impegno di Paola Lucarelli e dell'Osservatorio sulla Giustizia civile.

È stato un grimaldello per una formazione e autoformazione sul campo di giudici, avvocati, consulenti, funzionari di cancelleria. Al di là dei risultati immediati, si trattava di un'iniziativa che aveva il

valore del ‘seme’: qualcosa di piccolo, destinato, con cura e pazienza, a dare molti frutti. Non solo ci ha permesso di conoscere la mediazione, ma ha beneficamente contaminato il processo, l’ambiente giudiziario, immettendovi la prospettiva dell’ascolto e della comunicazione. Cominciò a radicarsi una cultura che ha permesso di resistere alle successive vicende normative: le norme cambiano, ma la cultura resta. Il progetto si trova illustrato nel volume del 2015 a cura di Paola Lucarelli *Mediazione su ordine del Giudice a Firenze, prassi, problemi e linee guida di un modello*, nel quale ebbi modo di pubblicare un contributo dal titolo «La mediazione presa sul serio», perché di questo si trattava.

La formazione del nuovo giurista deve essere multidisciplinare: il diritto non basta più, perché occorrono competenze relazionali, psicologiche, antropologiche, sociologiche e occorre avere conoscenza del contesto in cui si opera.

La formazione, in realtà, deve essere estesa a tutte le persone. Dal 2020 mi occupo della formazione di giovani, a partire dalle scuole materne, e mi convinco sempre di più dell’importanza di una educazione sul tema della mediazione. Perché la mediazione non è tanto un oggetto di studio, quanto uno strumento di educazione alle relazioni (che sfociano nel conflitto, come è fisiologico che avvenga) e quindi di educazione alle emozioni e ai sentimenti. Negli incontri con i bambini nelle scuole, dove svolgo laboratori basati sul mio libro *Il giudice alla Rovescia*, sempre mi viene chiesto perché ho scritto questo racconto. E alla fine ho pensato di rispondere: «Perché ho visto che i grandi bisticciano esattamente come i bambini; ma forse questo non va bene, possiamo imparare, oltre che a scrivere e a far di conto, anche a litigare». Aveva ragione Nils Christie, professore di Criminologia nell’Università di Oslo, quando affermava che le forme di partecipazione al conflitto comportano una grande opportunità pedagogica.

La Rivista *Giustizia consensuale* nasce in questo variegato e denso momento di cambiamento. Per un verso ne è certamente il frutto, ma penso che, nello stesso tempo, sia il germoglio che darà ulteriori

frutti e contribuirà ad ospitare la riflessione e soprattutto il dialogo interdisciplinare e interprofessionale su cui un nuovo modello di giustizia possa fondarsi e crescere: un modello più ricco, plurale, partecipato e prossimo ai bisogni delle persone e delle comunità.

Abstract

Siamo in un momento di profondo cambiamento del modello di giustizia che si apre alla pluralità dei metodi e all'autonomia e responsabilità delle persone. La Rivista *Giustizia consensuale* è in parte il frutto del cambiamento e soprattutto un seme per lo sviluppo futuro.

We are amidst a significant transformation within the justice system, embracing a diverse array of methodologies while championing individual autonomy and accountability. The journal Giustizia Consensuale is not merely an outcome of this transformation; it stands as a harbinger of future growth and innovation.

Segnalazioni e recensioni

WERNER HASLEHNER, TIMOTHY LYONS KC, KATERINA PANTAZATOU, GEORG KOFLER, ALEXANDER RUST (eds), *Alternative Dispute Resolution and Tax Disputes*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar Publishing, 2023, VII-XXV, 1-341.

In recent years, and in line with the increase in complexity of international tax law, alternative dispute resolution has been promoted as a core component of tax dispute resolution. This reflects a main preoccupation of those responsible for designing tax systems not only in minimizing disputes concerning the interpretation and application of income tax laws but also in ensuring that any disputes are resolved fairly and effectively to the parties' mutual satisfaction, consistently with the circumstances.

The goal of ensuring a fair and effective resolution of tax disputes has led the international community, as well as the European Union institutions, to expand on the possibilities for mechanisms to address diverging interpretations of treaty rules by tax administrations in treaty partner States. Given the complexity of income tax laws, disputes concerning the interpretation and application of these laws are probably unavoidable in systems based on the rule of law: notably, questions arise on the implementation and integration of the new rules into domestic procedures, on their correct interpretation, and the best practices in their application by tax officials, lawyers, and arbitrators. It follows that adopting measures that minimize such disputes and, where this is not possible, that ensure that disputes are resolved fairly and effectively becomes paramount.

The need for such measures is particularly true for policymakers and tax administrations of emergent countries because the fair and effective resolution of tax disputes serves to balance the need to raise revenues and the need to attract and keep foreign investment. For instance, in the specific framework of the United Nations, fair and effective resolution of tax disputes serves to balance the dual country needs to raise domestic revenues and to attract and keep

foreign investment. Achieving the right balance contributes to the strengthening of domestic resource mobilization to the benefit of, in particular, emergent countries. Furthermore, taxes, which are essential for the provision of public goods and services, are a critical source of financing for the UN 2030 Agenda for Sustainable Development and the Sustainable Development Goals. In fact, income taxes particularly contribute to reducing inequalities and ensuring greater macroeconomic stability. Against this background, the UN Handbook on Avoidance and Resolution of Tax Disputes provides guidance on the various mechanisms to avoid and, if needed, resolve – also relying on alternative dispute resolution mechanisms tax disputes – that may arise under the provisions of domestic income tax laws and tax treaties.

A fair and effective resolution of tax disputes is also at the core of legislation adopted in the context of the European Union, where new rules on tax dispute resolution have been applied since 1 July 2019. Such rules are laid down in Council Directive 2017/1852 of 10 October 2017 and bring a significant improvement to resolving tax disputes, as they ensure that businesses and citizens can resolve disputes related to the interpretation and application of tax treaties more swiftly and effectively. In particular, with respect to alternative dispute resolution mechanisms, the new rules design both a Mutual Agreement Procedure (MAP) and an Arbitration Procedure (AP). As such, taxpayers in the European Union enjoy access to party autonomy and enhanced legal certainty when it comes to seeking a solution to their cross-border tax disputes.

Against this background, the book *Alternative Dispute Resolution and Tax Disputes*, edited by Werner Haslehner, Timothy Lyons KC, Katerina Pantazatou, Georg Kofler, and Alexander Rust, and recently published in the Edward Elgar Tax Law and Practice Series, expertly navigates the complexities of international tax law and alternative dispute resolution whilst providing a rigorous examination of the challenges currently facing this area of legislation,

including tax evasion and avoidance, double taxation, and tax treaties.

In particular, the book presents existing legal rules on the matter, provides a review of the arguments in favour of tax arbitration, and discusses the practical and legal challenges for its wide-spread adoption and compatibility with existing domestic and international norms. In the course of this process, it answers key questions for the practical implementation of a modern tax arbitration system.

Notably, the numerous and authoritative contributors to the book tackle these questions in a holistic manner, starting – in the first part of the book – with a comprehensive analysis of existing tax treaty norms and their practical application in Mutual Agreement Procedures and Arbitration Procedures (Chapters 1-4). In particular, after setting the stage for the ensuing discussion by providing an insightful introduction to the *status quo* and the future of international tax dispute resolution (Chapter 1), the contributors emphasize how, despite the many criticisms to which it has been subject, the MAP continues to constitute the main dispute resolution mechanism for double tax convention-related disputes (Chapter 2). Against this background, the ‘reasoned-opinion’ type of arbitration (as opposed to the ‘last best offer’, where disputing parties each offer an answer to the dispute and the adjudicator’s task is strictly limited to picking one or the other answer) appears to be the most suitable means of addressing tax disputes in light of its transparency (Chapter 3). The complexity surrounding the activity of the Competent Authorities (CA) in international tax arbitration and their best practices to ensure effective and efficient arbitration are addressed in Chapter 4, where the CA’s broad discretion with respect to practical arrangements significantly affects the dispute resolution process.

In the second part of the book, the contributors offer a timely expert analysis of primary and secondary EU law rules on tax dispute resolution, detailing the specifics of Directive 2017/1852 – and notably the benefits stemming from the Directive’s clear and en-

forceable timelines – as well as their interaction with EU general principles, fundamental rights – in particular, the right to a fair trial, including the right to be heard, the right to access to documents and the right to a reasoned decision – and internal market norms (Chapters 5-6). In the third part of the book (Chapters 7-9) the contributors proceed further to consider the taxpayer's position in the primarily administrative dispute resolution process, focussing on taxpayer rights, the domestic legal remedies relevant to the implementation and review of MAPs, and the merits of mediation as a tool for taxpayers to resolve disputes with tax administrations. Finally, in the fourth part of the book (Chapters 10-13) the contributors consider the relevance for tax disputes of mechanisms found in trade and investment law, both as a source of insight for the improvement of tax-specific procedures and as mechanisms that can be applied directly to tax disputes.

Overall, *Alternative Dispute Resolution and Tax Disputes* stands out for its comprehensive analysis of the existing tax treaty frameworks and their application to MAP and arbitration, as well as for its up-to-date guidance on the best ADR practices to ensure effective and efficient dispute resolution. Offering an in-depth discussion of primary and secondary EU law rules on tax dispute resolution and original insights from dispute resolution mechanisms found in non-tax areas such as trade and investment law, this book is a key resource for tax law practitioners and scholars looking for the latest insights on how to navigate the highly complex and multi-layered legal framework for alternative tax dispute resolution.

Cristina M. Mariottini

EMMA VAN GELDER, *Consumer Online Dispute Resolution Pathways in Europe. Analysing the Standards for Access and Procedural Justice in Online Dispute Resolution Procedures*, The Hague, Eleven, 2022, 1-329.

As of today, the acronym ODR (online dispute resolution) acts as an umbrella term that scholars, practitioners, and lawmakers across the globe have been using to describe various forms of interactions between technology and dispute resolution. Naturally, thorough exploration of the ongoing debate on the definition of ODR and its potential autonomy as a distinct category from traditional alternative dispute resolution (ADR) cannot be fully undertaken in the space of this review.

A well-known analogy elaborated at the beginning of the Millennium by U.S. scholars equates technology to the ‘fourth party’ of the ODR proceedings ⁽¹⁾. The image has been adopted to describe systems that go beyond simply replicating through technological means of communication existing models of out-of-court dispute resolution procedures. Despite its undeniable descriptive elegance, the idea of framing technology as one of the parties in the procedure has been accused of leading to excessive simplification ⁽²⁾. When interfering with the classic bilateral or trilateral dynamics of dispute resolution, technology inevitably impacts on the roles of other conflict’s stakeholders, modifying the distribution of autonomy, decision-making or representative powers within the ODR procedure compared to traditional ADR mechanisms. Besides facilitating communication between the parties, some technologies appear to be contributing to the creation of a

⁽¹⁾ E. KATSH, J. RIFKIN, *Online Dispute Resolution. Resolving Conflicts in Cyberspace*, San Francisco, 2001, 93.

⁽²⁾ A.R. LODDER, *The Third Party and Beyond: An Analysis of the Different Parties, in particular The Fifth, Involved in Online Dispute Resolution*, in *Information & Communications Technology Law*, 2006, 143.

different culture of dispute resolution⁽³⁾, more closely aligned with the interests of the digital markets and capable of providing easily accessible, efficient, and inexpensive forms of redress.

While the ODR phenomenon is far from new, van Gelder's work appears, for several reasons, a timely and enlightening reading. In the last few years, the EU lawmaker has been moving its first steps toward the creation of a regulatory framework for private online platforms operating as intermediaries in the digital markets. As platforms often offer tools for management and resolution of users' disputes, some provisions included in the Platform-to-Business Regulation⁽⁴⁾ and the Digital Services Act⁽⁵⁾ aim to set minimum standards for these mechanisms. Meanwhile, the Covid-19 pandemic has provided an incentive for the ongoing wave of digitalization of dispute resolution, involving both judicial and out-of-court procedures. Thanks to the latest innovations, artificial intelligence (AI) technologies are about to become a mainstream part of these efforts and to enter everyday legal practice. Finally, European consumer law is undergoing a comprehensive revision with the aim of updating consumers' rights in the light of the latest societal and technological developments⁽⁶⁾. These updates include the Commission's proposal of October 2023 to discontinue the ODR Platform⁽⁷⁾ and to amend the 2013

⁽³⁾ A distinctive feature of some ODR tools concerns the automatic enforcement of decisions: P. ORTOLANI, *Self-Enforcing Online Dispute Resolution: Lessons from Bitcoin*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2015, 1.

⁽⁴⁾ Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services, in OJ L 186, 11.7.2019, 57-79.

⁽⁵⁾ Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market for Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act), in OJ L 277, 27.10.2022, 1-102.

⁽⁶⁾ European Commission, 'Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. New Consumer Agenda', COM (2020) 696 final, 13.11.2020.

⁽⁷⁾ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council repealing Regulation (EU) No 524/2013 and amending Regulations (EU)

Consumer ADR Directive. The envisaged reform will modernize the Directive, making it an instrument ‘well-suited to the digital age’; also, it will offer to consumers effective redress alternatives to unregulated ODR systems⁽⁸⁾.

Against this extremely dynamic background, van Gelder’s work focuses specifically on the subset of ODR deployed in consumer disputes (cODR), with the aim of investigating whether these procedures can contribute to consumers’ access to justice. The research assumes as baseline premise the inadequacy of court adjudication to address the vast majority of consumers’ disputes and it draws from decades of literature concerning the promotion at the EU level of alternative dispute resolution in the field of consumer law. Throughout the monographic work, which conjugates doctrinal and empirical research, van Gelder presents a study of the current landscape of consumer online dispute resolution tools in England and Wales, on the one hand, and the Netherlands, on the other hand. The assessment of the empirical data – collected via semi-structured interviews with practitioners, information exchanges with various stakeholders, and a survey directed to consumers – allows the author to elaborate a comprehensive overview of the practical functioning of procedures currently available to Dutch and English consumers (cap. 2). The study represents a detailed source of information on jurisdictions affording to out-of-court dispute resolution a substantial role in their respective civil justice systems and generally characterized by a high degree of digitalization. As such, the study could serve as an invaluable starting point for further comparative research directed toward jurisdictions with more diverse features, both in

2017/2394 and (EU) 2018/1724 with regards to the discontinuation of the European ODR Platform COM(2023) 647 final, 17.10.2023.

⁽⁸⁾ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2013/11/EU on alternative dispute resolution for consumer disputes, as well as Directives (EU) 2015/2302, (EU) 2019/2161 and (EU) 2020/1828, COM(2023) 649 final, 17.10.2023.

terms of openness to digitalization and approach to out-of-court redress.

Despite not entering directly into the doctrinal debate on the distinction between ADR and ODR, van Gelder's research uses empirical evidence to assemble a catalogue of ODR techniques (par. 3.3) and to delineate general strengths and weakness of ODR mechanisms (par. 3.4 and 3.5). Moving from the relevant EU legal framework and the data collected, the research identifies three categories of ODR pathways for redress in consumers' disputes in Europe: mechanisms offered by consumer ODR providers; mechanisms offered by online intermediary marketplaces; and, finally, the European Commission's ODR Platform. Each category is subsequently used as a separate framework for van Gelder's analysis. It appears particularly relevant the juxtaposition between dispute resolution offered by consumer ODR providers (par. 4.2) and by private platforms (par. 4.3): within this context, the research offers a contribution to the ongoing debate on novel dispute resolution tools in the digital markets by identifying key characteristics of platforms' ODR and raising specific concerns on procedural safeguards.

The subject is further explored in Chapter 5, the beating heart of van Gelder's work, which is dedicated to procedural justice in cODR. After a review of the relevant case law and literature, the research argues that art. 6(1) European Convention on Human Rights (ECHR) and art. 47 EU Charter of Fundamental rights (EU Charter) do not apply to cODR bodies. However, it demonstrates that the quality criteria imposed for out-of-court resolution of consumers' dispute by EU law resemble the procedural safeguards set forth by the ECHR and the EU Charter. Taking a step forward, van Gelder claims that the very same quality standards, as currently formulated, are unable to guarantee access to justice in online procedures offered by cODR bodies (par. 5.3). Indeed, the Consumer ADR Directive is notably lacking in explicit references to technology; paradoxically, it concurrently

provides entities with the opportunity to establish entirely online written procedures. The research offers examples of the impact of this regulatory gap on the quality levels of mechanisms made available to EU consumers. In a similar manner, the quality standards recently imposed for platforms' ODR by the Platform-to-Business Regulation and the Digital Service Act are deemed as "promising step" toward effective regulation, which remains yet to be achieved (par. 5.4). Overall, the normative and empirical analysis enables van Gelder to argue that the existing legal framework falls short in providing EU consumers with 'access to *just* ODR procedures', thereby completing the critical *pars destruens* of her analysis and seamlessly transitioning to a noteworthy *pars construens*.

In its final chapter, the research elaborates perspective standards of quality for ODR procedures offered by cODR entities (par. 6.2) and private platforms (par. 6.3). The author's efforts aim to establish guidelines that may contribute to the effectiveness of these dispute resolution tools in expanding consumers' access to justice. To this end, the research addresses several desirable amendments to the Consumer ADR Directive and advances recommendations for future revisions of the Platform-to-Businesses Regulation and the Digital Service Act. The author devotes a few pages to exploring potential enhancements of the functions performed by the Commission's ODR Platform (par. 6.4), offering some counterarguments to the current proposal for dismissal.

In conclusion, *Consumer Online Dispute Resolution Pathways in Europe* proves to be more than a timely reading: van Gelder reflections mark the initial steps of a journey that scholars and experts in procedural and consumer law will undoubtedly undertake in the years ahead.

Angela M. Felicetti

