Numero 1- 2017

Il diritto *vivente*

Rivista quadrimestrale di *Magistratura Indipendente*

Direttore *Mario Cicala*

Direttore

MARIO CICALA (*già presidente di sezione della Corte di cassazione*)

Comitato di direzione

CECILIA BERNARDO (*giudice del Tribunale di Roma*) - MANUEL BIANCHI (*giudice del Tribunale di Rimini*) - PAOLO BRUNO (*consigliere per la giustizia e gli affari interni presso la Rappresentanza permanente d'Italia presso l'Unione europea*) - MARINA CIRESE (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - VITTORIO CORASANITI (*magistrato addetto all'Ufficio studi del Consiglio superiore della magistratura*) - ALESSANDRO D'ANDREA (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - COSIMO D'ARRIGO (*consigliere della Corte di cassazione*) - BALDOVINO DE SENSI (*magistrato addetto alla Segreteria del Consiglio superiore della magistratura*) - LORENZO DELLI PRISCOLI (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - PAOLA D'OVIDIO (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - GIANLUCA GRASSO (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - STEFANO GUIZZI (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - ANTONIO LEPRE (*consigliere della Corte d'appello di Napoli*) - FERDINANDO LIGNOLA (*consigliere della Corte di cassazione*) - NICOLA MAZZAMUTO (*presidente del Tribunale di sorveglianza di Messina*) - ENRICO MENGONI (*consigliere della Corte di cassazione*) - LOREDANA MICCICHÉ (*consigliere della Corte di cassazione*) - CORRADO MISTRI (*sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione*) - ROBERTO MUCCI (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - FIAMMETTA PALMIERI (*magistrato addetto alla Segreteria del Consiglio superiore della magistratura*) - CESARE PARODI (*sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Torino*) - GIUSEPPE PAVICH (*consigliere della Corte di cassazione*) - RENATO PERINU (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - FRANCESCA PICARDI (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - PAOLO PORRECA (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - GUIDO ROMANO (*giudice del Tribunale di Roma*) - UGO SCAVUZZO (*giudice del Tribunale di Messina*) - LUCA VARRONE (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*)

In copertina: Vasilij Vasil'evič Kandinskij, *senza titolo*

Indice del fascicolo 1º

(gennaio-aprile 2017)

Gli Autori 5

Gianluca GRASSO, *Le nostre radici e le sfide della modernità* 6

Principi e valori di *Magistratura indipendente* 9

ORDINAMENTO GIUDIZIARIO

Valter BRUNETTI, *Obiezione di coscienza. Una nuova sfida del diritto moderno*..... 12

Ida PONTICELLI, L*a nuova circolare sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudiziari. Spunti di riflessione sulle disposizioni a tutela della genitorialità e della malattia: ricadute pratiche in punto di mobilità interna, riequilibrio dei carichi di lavoro e prevenzione dei ritardi*. 16

CIVILE

Alberto BARBAZZA, *Gli illeciti endofamiliari con particolare riguardo alla disciplina in materia di Unioni Civili* 27

Corrado CARTONI, *Appunti in tema di danno non patrimoniale* 40

Giorgio RISPOLI, *Il requisito della meritevolezza dell'art. 2645 ter c.c*..... 61

Corrado CARTONI, *La Consulenza tecnica d'ufficio (Prima Parte). Albo CTU. Disciplina e rotazione incarichi*..... 64

Caterina MANGANO, *Le spese straordinarie per il mantenimento dei figli non autosufficienti ed esecutività dell'ordinanza emessa in sede di separazione o divorzio* 73

Alberto BARBAZZA, *Riflessioni sul tema della concorrenza sleale (in nota a Cass. 22 settembre 2015 n. 18691 e Cass. 15 ottobre 2015 n. 6274)*..... 94

PENALE

Rodolfo PICCIN, *La possibile natura discriminatoria della cessione delle attrezzature alla scadenza della concessione dell'attivita' di raccolta delle scommesse: una recente pronunzia di merito* 114

Alessandro CENTONZE, *L'esercizio della potestà punitiva e l'estinzione della pena per intervenuta prescrizione tra vecchi dubbi ermeneutici e nuove conferme giurisprudenziali* 156

Francesco Enrico SALUZZO, *Divieto di reformatio in peius. L'origine, i fondamenti e l'interpretazione di un divieto che affligge l'economia processuale*..... 174

Giovanni MARIA FLICK, *Efficienza a costo zero: l'abolizione del divieto di reformatio in peius* 185

Cesare PARODI, *La riforma "Orlando": la delega in tema di "captatori informatici"* 195

Francesco POLINO, *Il contrasto alle nuove forme di terrorismo internazionale* 208

Giovanni ROSSI, *La direttiva 2012/29/UE: vittima e giustizia riparativa nell'ordinamento penitenziario* 237

Espulsione dell'imputato dal territorio dello Stato e improcedibilità dell'azione penale (Tribunale di Roma, 6.10.2014) 265

Videoriprese investigative e provvedimento autorizzativo dell'autorità giudiziaria: la casa di riposo è un "ambiente domiciliare"? (Tribunale di Rieti, 22.3.2016)..... 268

PUBBLICO

Maria Francesca RUSSO, *Ambiente e liberalizzazioni* 275

Gli Autori

Alberto BARBAZZA, *giudice del Tribunale di Treviso*

Valter BRUNETTI, *sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Napoli*

Corrado CARTONI, *giudice del Tribunale di Roma*

Alessandro CENTONZE, *consigliere della Corte di cassazione*

Giovanni Maria FLICK, *Presidente emerito della Corte costituzionale*

Gianluca GRASSO, *magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*

Caterina MANGANO, *Presidente di Sezione del Tribunale di Messina*

Cesare PARODI, *sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Torino*

Rodolfo PICCIN, *giudice del Tribunale di Pordenone*

Ida PONTICELLI, *giudice presso il Tribunale di Napoli Nord*

Giovanni ROSSI, *Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni di Perugia*

Maria Francesca RUSSO, *avvocato*

Francesco Enrico SALUZZO, *Procuratore generale di Torino*

Giorgio RISPOLI, *avvocato e professore a contratto nell'Università di Roma tre*

GIANLUCA GRASSO

Le nostre radici e le sfide della modernità

La carta dei Principi e dei valori di Magistratura Indipendente ─ approvata dall'Assemblea nazionale del 26 marzo 2017 con il convinto sostegno dell'attuale gruppo dirigente, il Presidente Giovanna Napoletano e il Segretario Generale Antonello Racanelli ─ è il frutto del lavoro del gruppo presieduto da Mario Cicala, a cui hanno partecipato Giulio Romano, Vittorio Corasaniti, Lorenzo Delli Priscoli, Baldovino de Sensi, Gianluca Grasso, Stefano Guizzi, Roberto Mucci, Fiammetta Palmieri, Ilaria Perinu, Francesca Picardi e Luca Varrone.

La carta nasce accanto e a completamento delle proposte di modifica dello Statuto di *Magistratura Indipendente*, presentate all'ultima Assemblea nazionale e rimesse alla discussione delle assemblee distrettuali.

Il testo intende rappresentare i punti fondamentali che contraddistinguono l'appartenenza alla nostra associazione, guardando alle sue radici con lo sguardo rivolto al futuro.

***

Magistratura indipendente[1] nasce negli anni 1962/1963 a opera di un gruppo di giovani magistrati che esprimevano la componente moderata dell'Associazione nazionale magistrati. La "corrente" si colloca all'interno dell'ANM dopo la scissione dell'Unione magistrati italiani con l'idea di superare la distinzione tra "alta magistratura" (ovvero quelli addetti alle funzioni di legittimità e quelli che ricoprivano i più importanti incarichi direttivi) la "bassa magistratura" (quelli addetti a funzioni di merito o agli incarichi direttivi meno importanti).

***

La storia della magistratura è fatta senz'altro di istituzioni, di sentenze e di riforme. Questa storia è fatta anche di persone, di idee, di associazioni.

[1] M. Cicala, *L'area moderata fra magistratura, politica e cultura*, in *Critica penale*, 2000, III-IV, 229; E. Bruti Liberati, L. Palamara (a cura di), *Cento anni di Associazione magistrati*, Milano 2009. La prima delle "correnti" era stata "Terzo potere" e nel 1964 la componente "progressista" di questo gruppo associativo aveva dato luogo a *Magistratura democratica*. Unità per la Costituzione nasce all'inizio degli anni ottanta dalla confluenza di Impegno costituzionale e di Terzo potere, mentre nel 1988 vede la luce il Movimento per la giustizia.

Se le relazioni rappresentano una condizione necessaria dell'uomo, l'associazionismo, anche in ambito giudiziario, è espressione della naturale necessità di condividere idee, valori, pensieri e azioni perché la giustizia è un bene comune che richiede una partecipazione corale.

L'associazionismo non è il "correntismo".

La *carta dei Principi e dei valori di Magistratura indipendente* vuole riprendere il senso della nostra associazione, partendo dai valori che l'hanno ispirata e dalle persone che ne hanno fatto la storia, e tra i tanti - accanto agli attori del presente - vanno ricordati Paolo Borsellino, *Presidente del Consiglio nazionale*, Franco Morozzo della Rocca, *Presidente*, Enrico Ferri, *Segretario generale*, Francesco Marzachì, *Segretario generale*, Edeo De Vincentis, *Presidente onorario*, Mario Cicala, *Presidente dell'Associazione nazionale magistrati*, Maurizio Laudi, *Segretario generale*, Pier Luigi Vigna, *Presidente*, Giuseppe Montoro, *Presidente onorario*, Pino Cariti, *Presidente onorario*, Giovanni Tinebra, *Vice presidente*, Romano Ricciotti, *direttore della rivista "Critica penale"*, Tindari Baglione, *fondatore del gruppo*.

***

In passato[2] *Magistratura Indipendente* ha tratto la sua forza da un sentimento di "apoliticità" o "impoliticità", dalla convinzione che il magistrato dovesse rappresentare il prevalere del diritto sugli interessi dei singoli o delle corporazioni, anche in contrasto con i "poteri forti" o di governo.

Oggi *Magistratura Indipendente*, nel ribadire che l'essenza del magistrato sia quella di essere e apparire indipendente e imparziale, rilegge questa tradizione, esprimendo uno spazio di libertà delle idee, che consente di dar voce alle diverse opinioni, dando rilievo al metodo della collegialità e della inclusione, valorizzando tutti coloro che possono dare un contributo. Di qui il dato di essere moderati nel "metodo" non nei contenuti. *Magistratura Indipendente* non è l'associazione dei conservatori, di chi guarda nostalgicamente al passato. La questione del metodo non va però confusa con quella della neutralità sui temi della giurisdizione. Il metodo serve per affrontare e risolvere i problemi. Moderazione[3] non è inoltre sinonimo di tiepidezza nelle convinzioni, nelle scelte etiche, né la nostra moderazione nasce dal relativismo o dall'indifferenza, ma dalla convinzione che la civiltà si sostanzia in un complesso articolato di valori.

[2] M. Cicala, *Magistratura e bipolarismo*, http://www.diritto.it/articoli/giustizia/emmei.html
[3] *Ibidem*.

Vogliamo che le cose cambino quando è necessario e che cambino in meglio. D'altronde, le maggiori innovazioni proposte dal Consiglio Superiore Magistratura in questi ultimi anni vedono protagonisti i componenti eletti di *Magistratura Indipendente*, come nel caso del nuovo testo unico sulla dirigenza giudiziaria, della nuova circolare sulle tabelle, delle proposte di modifica alla circolare sugli incarichi extragiudiziari, con particolare riferimento agli incarichi di insegnamento, e della proposta di circolare sulle Procure della Repubblica.

***

Il progetto di ricerca sulla storia di *Magistratura Indipendente*, lanciato da Nicola Mazzamuto e approvato dall'Assemblea nazionale dello scorso marzo, si offre come strumento indispensabile per offrire alle nuove generazioni una pagina importante dell'associazionismo giudiziario, allo scopo di proporre i suoi frutti migliori.

«*Fate come gli alberi: cambiate le foglie, ma conservate le radici. Quindi, cambiate le vostre idee ma conservate i vostri princìpi*» (V. Hugo).

Principi e valori di *Magistratura indipendente*

1. Indipendenza e autonomia

Magistratura Indipendente promuove e tutela l'autonomia e l'indipendenza della magistratura in armonia con i principi costituzionali, nonché l'autonomia e l'indipendenza di ogni singolo magistrato, giudice o pubblico ministero.

Ferma la legittimità della critica nei confronti dell'operato dei magistrati, purché nel rispetto della dignità della persona e della funzione, *Magistratura Indipendente* si impegna a difendere ogni singolo Collega da attacchi ingiusti provenienti da qualsiasi fonte, a prescindere dalla sua adesione all'ANM o ad altri gruppi.

2. Magistrati europei

Magistratura indipendente promuove i valori della Costituzione, della Carta europea dei diritti fondamentali e della Carta europea dei diritti dell'uomo, nell'ottica esclusiva dell'integrazione delle tutele.

3. Interpretazione della legge

I giudici sono soggetti soltanto alla legge che deve essere interpretata in sintonia con i principi costituzionali e del diritto sovranazionale, nel rispetto delle scelte del legislatore, ove costituzionalmente legittime.

4. Governo autonomo della magistratura

Il Consiglio superiore della magistratura è un organo di rilevanza costituzionale che svolge funzioni di alta amministrazione, esercitando la discrezionalità tecnica che gli compete, nel rispetto della legge e nell'interesse del buon funzionamento della Giustizia.

Magistratura Indipendente promuove i valori dell'autogoverno responsabile anche a livello decentrato.

5. Tutela del magistrato e della sua dignità

Magistratura indipendente tutela la dignità morale e materiale della professione del magistrato e dei singoli magistrati, anche a riposo; promuove forme di organizzazione dell'ufficio

che, oltre a perseguire obiettivi di efficacia e di produttività, siano volte a garantire il benessere psicofisico dei magistrati. Garantisce le effettive pari opportunità tra l'uomo e la donna magistrati.

La maternità, la paternità o la disabilità non devono costituire motivo di pregiudizio al magistrato, in ossequio al principio di uguaglianza in senso sostanziale.

Magistratura indipendente promuove la crescita professionale dei giovani magistrati e la valorizzazione delle loro competenze.

6. Etica e deontologia

L'esercizio delle funzioni giudiziarie costituisce un alto e nobile servizio reso alla collettività; il magistrato si impegna a rispettare e a far rispettare la dignità di tutte le parti del processo; contrasta e reprime ogni abuso degli strumenti processuali e l'eventuale scorrettezza delle parti.

Fermi i principi del giusto processo e dell'efficiente organizzazione dei servizi della giustizia, tutti i processi hanno pari rilievo indipendentemente dalle qualità personali delle parti.

Il magistrato si ispira a prudenza, riservatezza, e sobrietà.

7. Formazione e professionalità

La formazione permanente del magistrato è centrale ai fini della sua autonomia e indipendenza; deve essere quanto più possibile plurale, interdisciplinare e aperta al contesto sovranazionale, sociale, economico e al progresso scientifico e tecnico.

Sono incoraggiati gli scambi culturali con magistrati di altri Paesi.

Il magistrato si conforma nello svolgimento e nell'organizzazione del proprio operato al principio di autoresponsabilità, che lo guida anche nella accettazione di eventuali incarichi extragiudiziari.

8. Responsabilità disciplinare

La valutazione circa la responsabilità disciplinare del magistrato deve ispirarsi a un pieno ed equilibrato rispetto dei principi di tipicità e offensività dell'illecito.

9. Leale collaborazione tra i poteri dello Stato

Magistratura indipendente si impegna perché il pieno organico della magistratura sia sempre garantito, adoperandosi a tal fine presso gli organi competenti.

L'alta professionalità del magistrato deve contribuire alla crescita del Paese anche nello svolgimento di funzioni non giudiziarie, purché attinenti al servizio giustizia, nel rispetto del principio della leale collaborazione.

Magistratura indipendente promuove l'unità della giurisdizione nel rispetto della specificità delle altre giurisdizioni per la migliore realizzazione del servizio giustizia.

10. Incarichi di responsabilità organizzativa

Gli incarichi di responsabilità organizzativa – direttivi, semidirettivi o di collaborazione qualificata – costituiscono un servizio alle collettività territoriali e ai colleghi, per migliorare la qualità complessiva del servizio giustizia e le condizioni di lavoro dei magistrati e degli operatori della giustizia.

Devono essere conferiti secondo attitudini e merito, favorendo la circolarità e la diffusione delle esperienze per la più ampia partecipazione dei magistrati agli incarichi di responsabilità.

VALTER BRUNETTI

Obiezione di coscienza. Una nuova sfida del diritto moderno

Lo sviluppo delle biomedicine, da un lato, e la recente affermazione legislativa di 'nuovi diritti', dall'altro, hanno fatto registrare diffuse preoccupazioni in settori qualificati della società civile. A fronte dell'imposizione di obblighi di facere ritenuti ingiusti, alla stregua di valori peraltro espressi nella stessa Carta costituzionale, si è imposta a rappresentanti delle libere professioni (farmacisti, medici) ed esponenti delle PP.AA (sindaci, funzionari impiegati addetti alla Conservatoria dei registri immobiliari insegnanti, notai) la questione dell'affermazione della libertà di coscienza. Si è imposta la questione dell'obbedienza alla propria coscienza e a imperativi di natura etica filosofica e religiosa - posti a presidio di valori peraltro di sicura valenza anche giuridica - nei casi in cui imponevano di non fare quanto la norma giuridica posta da legge ordinaria avesse imposto di fare.

La preoccupazione è giustificata dalla mancata produzione di norme di legge ordinaria di previsione nelle singole materie del diritto di obiezione di coscienza. E' altresì indotta dalla coeva crescente diffusione sulla stampa anche non specializzata di richiami al rispetto della legge positiva e alla invocata applicazione della sanzione penale nei casi di specie per l'ipotizzata interruzione o turbamento del pubblico servizio, rilevante ex art. 340 cp e del rifiuto di atti di ufficio rilevante ex art 328 cp.

La questione non è di poco conto. Il problema pratico avvertito da settori qualificati della società civile e da pubblici ufficiali è in realtà riflesso di nuove questioni, che afferiscono a rapporti tra persona, società civile, Stato. Questioni poste della indifferenza tutta affatto 'moderna' verso quel principio personalistico, la cui netta affermazione aveva guidato il costituente del 1948, dopo l'esperienza ordinamentale in Europa dei regimi autoritari e totalitari della prima metà del secolo.

Il principio fondamentale è tuttavia solennemente affermato nella norma vigente ex art 2 della Carta, in forza della quale 'la Repubblica *riconosce* e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo che nelle formazioni dove si svolge la sua personalità'. Il silenzio del legislatore ordinario non può dunque condizionare l'interprete, chiamato a riconoscere l'efficacia scriminante dell'esercizio del diritto in capo agli obiettori, quante volte la loro libertà venga esercitata per l'affermazione di valori di sicura rilevanza costituzionale. L'obiezione di coscienza è infatti **un diritto costituzionalmente** tutelato e riconosciuto dal nostro ordinamento. Esso trova fondamento

in diverse norme costituzionali la cui lettura sistematica offre sicuri riferimenti. In particolare, rileva **l'art 2 Cost**. che attribuisce alla libertà di coscienza quale estrinsecazione della persona il rango di diritto inviolabile. A tanto consegue il riconoscimento della sua *essenzialità* per il nostro ordinamento, della funzione di limite all'esercizio dello stesso potere di riforma e del suo più ampio riconoscimento in sede ermeneutica. Rileva **l'art 19 Cost**. in tema di libertà religiosa, essendo la libertà di coscienza fondamento di quella libertà e **l'art 13 Cost** in tema di libertà personale, di cui il Costituente rimarca la inviolabilità. E' pacifico che la libertà tutelata ex art 13 Cost è quella fisica contro forme di ingiustificata coercizione, ma anche quella morale contro forme di riduzione della capacità di autodeterminazione, in ragione dei dettami della propria coscienza. Infine, rileva **l'art 21 Cost**., la libertà di manifestazione di pensiero consistendo nella manifestazione dei propri convincimenti quali estrinsecazione della propria personalità.

L'obiezione di coscienza quale espressione della libertà di coscienza risulta peraltro disciplinata dal legislatore ordinario in diverse materie. Il legislatore è già intervenuto per la disciplina dell'obiezione di coscienza in materia di **Servizio militare obbligatorio**, per la soluzione del conflitto tra la libertà di coscienza e il sacro dovere di servire la Patria anche prestando il servizio militare ex art 52 Cost. Più attuale è l'intervento per la disciplina dell'**obiezione all'interruzione della gravidanza**, riconosciuta e disciplinata ex art. 9 della L. n. 194/1978 . La disciplina risolve il conflitto tra la norma sul diritto e quella che impone a medici e operatori sanitari il dovere della prestazione interruttiva della gravidanza. La libertà è riconosciuta per la soddisfazione del principio costituzionale di tutela della vita, fin dall'inizio. Essa si manifesta quale obiezione al dovere di uccidere il concepito, essere umano fino dalla fecondazione dell'ovulo. Rileva la disciplina di cui alla legge n. 413/1993 in tema di **obiezione di coscienza alla sperimentazione animale**. La disciplina risolve il conflitto tra la norma sul diritto e la norma che tutela l'interesse pur rilevante ex art. 9 Cost. al progresso della ricerca scientifica. La libertà di coscienza è nel caso riconosciuta per l'affermazione del valore della umana pietà per l'animale. Infine, rileva la disciplina di cui alla L. n. 40/2004, che all'art. 16 riconosce **l'obiezione di coscienza alla procreazione medicalmente assistita**. La disciplina risolve il conflitto tra la norma sul diritto e il dovere degli operatori sanitari di effettuare la prestazione per soddisfare l'altrui interesse alla procreazione. La libertà di coscienza è riconosciuta per l'affermazione del valore della vita degli embrioni, messi in pericolo dalle procedure di **procreazione medicalmente assistita** e per la tutela della stessa dignità della procreazione non assistita, collegata al profondo significato

del rapporto unitivo tra uomo e donna, naturalmente diretto alla generazione di una nuova vita, nel rispetto di un codice inscritto nel loro essere.

Dall'analisi delle norme di disciplina del legislatore ordinario si ricava che le previsioni non risultano eccezionali, ma espressione di un generale principio di libertà che ha fondamento nella Costituzione e nelle norme di diritto internazionale e sovranazionale recepite per la tutela di valori di rango (nel caso, tutela della libertà morale e di autodeterminazione, tutela della vita, anche del concepito. Sentimenti di pietà degli uomini verso gli animali).

La Costituzione nelle norme ex artt. 2 , 13, 19, 21 riconosce dunque un *diritto generale di obiezione di coscienza*. Il diritto inviolabile è generale perché va riconosciuto ad ogni persona, senza esclusione di sorta. La soluzione interpretativa costituzionalmente orientata è perfettamente coerente con le norme internazionali e sopranazionali . La **Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo** recita in premessa che "Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti. Essi sono dotati di ragione e di coscienza e devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza". Nella norma ex **art. 18** si rinviene la solenne affermazione "Ogni individuo ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione". La disposizione **ex art. 9 CEDU** riconosce ad "ogni persona" il diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione. La disposizione **ex art. 10 CEDU** recita : "ogni persona ha diritto alla libertà di espressione".

Se dunque il diritto spetta a ogni uomo in quanto dotato di ragione e di coscienza, nessuna eccezione alla libertà di coscienza può essere posta dal legislatore ordinario. La giurisprudenza della Corte Costituzionale offre ulteriore conferme. La Corte Costituzionale nella parte motiva della sentenza n. 467 del 1991 pone un principio di sostanziale obbligatorietà per lo Stato democratico di riconoscere l'obiezione di coscienza.

Il diritto sussiste prima del riconoscimento da parte del legislatore, tuttavia sempre auspicabile. La non eccezionalità delle norme di disciplina dell'obiezione di coscienza nei casi già previsti, consente all'interprete l'applicazione analogica delle dette norme ai casi non ancora espressamente disciplinati.

Il riconoscimento in sede interpretativa di un diritto costituzionale inviolabile spettante ad ogni persona, di cui l'obiezione di coscienza è sicura espressione, senza eccezioni e indipendentemente da interventi del legislatore, è una corretta risposta all'esigenza della società

civile di giustizia e di tutela di valori condivisi che nella Carta costituzionale trovano il loro fondamento.

IDA PONTICELLI

La nuova circolare sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudiziari. Spunti di riflessione sulle disposizioni a tutela della genitorialità e della malattia: ricadute pratiche in punto di mobilità interna, riequilibrio dei carichi di lavoro e prevenzione dei ritardi.

Il presente contributo ha ad oggetto l'analisi delle principali ricadute pratiche del principio contenuto nella circolare sulla formazione delle tabelle per il triennio 2017/2019 mirante a rendere compatibile l'attività lavorativa assegnata in concreto al magistrato con alcune sue peculiari condizioni personali: gravidanza, maternità e paternità – o più correttamente, alla luce di quanto a breve si dirà, genitorialità – malattia propria o di un prossimo congiunto e infine stato di handicap del figlio ai sensi della legge 104/92.

Non si tratta in verità di un concetto del tutto inedito, dovendosi al riguardo segnalare che una normativa a tutela delle situazioni sopra richiamate già figura nella circolare sulla formazione delle tabelle per il triennio 2009/2011 (*cfr. paragrafo 45: organizzazione dell'ufficio in caso di magistrati in stato di gravidanza, maternità, malattia*[4]) ed è poi confluita in quella per il triennio 2012/2014 e infine in quella per il triennio 2014/2016.

[4] *45. [A] – Organizzazione dell'ufficio in caso di magistrati in stato di gravidanza, maternità, malattia*

45.1 [B] [C] – Nella organizzazione degli uffici si deve tenere conto della presenza e delle esigenze dei magistrati donna in gravidanza nonchè dei magistrati che provvedano alla cura di figli minori, in via esclusiva o prevalente, ad esempio quali genitori affidatari, e fino a tre anni di età degli stessi. Al fine di assicurare l'adeguata valutazione di tali esigenze, il dirigente dell'ufficio deve preventivamente sentire i magistrati interessati. I dirigenti degli uffici devono adottare misure organizzative tali da rendere compatibile il lavoro dei magistrati dell'ufficio in stato di gravidanza o in maternità e, comunque, con prole di età inferiore ai tre anni di età, con le esigenze familiari e i doveri di assistenza che gravano sul magistrato.

45.2 [D] – In ogni caso, le diverse modalità organizzative del lavoro non potranno comportare una riduzione dello stesso in quanto eventuali esoneri saranno compensati da attività maggiormente compatibili con la condizione del magistrato.

Le specifiche modalità con le quali viene data attuazione all'obbligatoria disposizione di cui al punto 45.1 devono essere individuate in relazione al caso concreto. Nel settore civile può essere prevista una riduzione del numero delle udienze o del loro orario ovvero delle assegnazioni privilegiando un maggior impegno nella stesura delle sentenze e, ove la materia lo comporti, nella trattazione della volontaria giurisdizione; nel settore penale il magistrato può essere inserito in processi prevedibilmente non di lunga durata, eventualmente riducendo il numero di udienze ma con una maggiore assegnazione di sentenze al medesimo; negli uffici GIP/G.U.P. il magistrato può essere esentato dai turni per gli affari urgenti e dalle udienze di convalida (ovvero dette udienze possono essere calibrate con orari compatibili con la condizione del magistrato) con una maggiore assegnazione di affari; negli uffici di sorveglianza l'esenzione potrà riguardare i colloqui con i detenuti in ambiente carcerario e gli affari di particolare urgenza.

45.3 – Qualora il settore di servizio in cui opera il magistrato non consenta una organizzazione compatibile con le esigenze di famiglia o di salute del magistrato questi, a sua domanda, può essere assegnato, in via temporanea ed

Il principio che, infatti, ormai da diversi anni caratterizza le circolari in oggetto è quello secondo cui nell'organizzazione degli uffici si deve tenere conto della presenza e delle esigenze di magistrati cui è demandata la cura di figli minori o l'assistenza di familiari con problemi di salute, o ancora che versino loro stessi in peculiari condizioni di salute difficilmente conciliabili con l'attività lavorativa negli uffici giudiziari.

Ciò che è cambiato, o per meglio dire, è stato aggiornato rispetto al passato è il presupposto culturale alla base di tale normazione: la riflessione si è allargata infatti dal concetto di "conciliazione" – riferito inizialmente soltanto alla ricerca dell'equilibrio per le donne magistrato tra vita lavorativa e cura della famiglia – a quello di "condivisione" e soprattutto di tutela ad ampio raggio della "genitorialità", che non riguarda più solo la madre lavoratrice ma coinvolge, con maggiore adeguatezza lessicale entrambi i componenti della coppia ed anzi l'intero nucleo familiare nel suo complesso.

In altri termini, lo sforzo compiuto è stato quello di affrontare tematiche assai delicate per la corretta organizzazione degli uffici in una prospettiva di più ampio raggio.

In quest'ottica, va letta sicuramente la novità principale contenuta nella circolare in esame, che consiste nell'innalzamento del limite di età del figlio minore per poter fruire di tutta una serie di benefici - che in questa sede si passeranno rapidamente in rassegna - passato da tre a sei anni.

E' inoltre significativo, in tal senso, che già nel Titolo I – allorquando si tratta di tracciare le linee guida che devono informare il contenuto delle tabelle - la circolare si apra proprio con una disposizione di carattere generale che recita: "*le scelte organizzative tengono conto delle esigenze di tutela della maternità e della compatibilità del lavoro con le esigenze familiari e i doveri di assistenza che gravano sul magistrato, secondo le previsioni della presente circolare*" (art. 4).

Ebbene, rispondono a questa esigenza sia numerose disposizioni disseminate qua e là nel corpo della circolare sia e soprattutto un apposito capo del Titolo IV – quello che, più in generale, si

---

eventualmente anche in soprannumero rispetto alla pianta organica della sezione, ad altro settore nell'ambito del medesimo ufficio, mantenendo il diritto a rientrare nel settore di provenienza.

45.4 –Il provvedimento è adottato dal dirigente dell'ufficio, almeno 15 giorni prima del rientro in servizio del magistrato interessato, sentito quest'ultimo e previo coinvolgimento dei magistrati dell'ufficio in modo da individuare le modalità più adatte a contemperare le diverse esigenze.

45.5 – Il provvedimento è immediatamente esecutivo e va seguita la procedura prevista dal paragrafo 14.

45.6 – Le disposizioni che precedono si applicano anche a favore dei magistrati che abbiano documentati motivi di salute che possano impedire loro lo svolgimento di alcune attività di ufficio, nonché a favore dei magistrati che siano genitori di prole con situazione di handicap grave accertata ai sensi della legge 104/1992.

occupa del benessere organizzativo dei magistrati - dedicato specificamente alla tutela della genitorialità e della malattia.

La circolare si preoccupa, innanzitutto, di garantire la partecipazione di tutti i magistrati – e quindi anche di quelli assenti per maternità o per congedo parentale – ai processi decisionali più importanti per la vita dell'ufficio, ed infatti stabilisce, per un verso, che "*nella redazione delle tabelle va garantita la più ampia consultazione, con ogni mezzo idoneo, dei magistrati in congedo per maternità o paternità e in congedo parentale*"(art. 13), per altro verso, che "*della pubblicazione delle proposte tabellari viene data tempestiva comunicazione a tutti i magistrati, ivi compresi i magistrati in congedo di maternità o paternità e in congedo parentale, tramite l'invio automatico di una email all'indirizzo istituzionale di giustizia e la pubblicazione sull'intranet dell'ufficio giudiziario*"(art. 19).

Si tutela, dunque, un valore molto importante, mettendo tutti in condizione di poter concretamente interloquire, anche se temporaneamente assenti.

Ancora, la tutela della genitorialità ricompare nella parte della circolare in cui si disciplinano i trasferimenti interni all'ufficio.

Alla previsione (art. 112) che, in via generale, vieta i trasferimenti a un settore (civile, penale, lavoro) o a una sezione (famiglia, fallimentare, etc.) diversi da quello di appartenenza senza il consenso dell'interessato, salvo che ricorrano le ipotesi del trasferimento d'ufficio ex art. 159 si affianca, infatti, una disposizione specifica in punto di tutela della genitorialità, l'art. 113 che dettaglia ulteriormente – e quindi rende ancora più stringente – il divieto generale sotto un duplice profilo.

A tutela dei magistrati che si occupano in via prevalente o esclusiva di figli minori fino a sei anni di età è previsto infatti quanto segue:

1. non può essere disposto il mutamento non solo del settore o della sezione di servizio ma anche delle funzioni tabellari in concreto svolte (esemplificando, se nell'ambito della sezione esecuzioni e fallimento per tabella alcuni magistrati si occupano solo di esecuzioni non possono essere spostati al fallimento e viceversa) e della sede di esercizio (ipotesi oramai residuale, a seguito della soppressione pressoché integrale delle sedi distaccate);
2. non vi è la salvezza della sussistenza dei presupposti per il trasferimento d'ufficio quindi, esemplificando, nel caso in cui sia necessario coprire un posto rimasto vacante a seguito di concorso, non è possibile – nemmeno motivando sulla assoluta indispensabilità per l'ufficio di tale

misura – destinare a tale posto il magistrato che provvede in via esclusiva o prevalente alla cura dei figli minori.

La norma garantisce, dunque, in favore di tali soggetti una sostanziale inamovibilità.

Ancora, risponde alla medesima ratio la previsione dell'art. 117, secondo cui i capi degli uffici esentano i magistrati con prole di età inferiore a sei anni e quelli che abbiano documentati motivi salute da ogni attività o incombenza ulteriore rispetto all'ordinaria attività giudiziaria: pensiamo, ad esempio, all'esclusione dalla designazione d'ufficio all'incarico di componente delle commissioni per l'esame di avvocato o di componente degli uffici elettorali.

In punto di disciplina dei criteri per l'assegnazione degli affari nell'ufficio si segnalano poi le previsioni di cui agli artt. 165 e 166 che, rispettivamente, vietano l'una, l'assegnazione da parte del presidente del collegio della redazione di provvedimenti quando il termine di deposito venga a scadere nel periodo di astensione obbligatoria per maternità, l'altra, l'assegnazione di affari, anche urgenti, al magistrato nel periodo di congedo per maternità o paternità.

Come già segnalato, oltre a queste disposizioni che impongono di tenere in considerazione le esigenze legate alle genitorialità e alla malattia allorquando si discute di trasferimenti, attività ulteriori rispetto a quella giudiziaria e assegnazione degli affari, vi è poi un'apposita sezione della circolare che rappresenta il nocciolo duro della disciplina a tutela della genitorialità e della malattia.

Si tratta delle disposizioni dall'art. 277 in avanti che demandano all'iniziativa del dirigente il compito di adottare – e si badi, preventivamente, poiché tali provvedimenti devono essere varati almeno quindici giorni prima del rientro in servizio dell'interessato – le misure organizzative più adatte a contemperare le esigenze familiari e i doveri assistenziali che gravano sui magistrati con le esigenze dell'ufficio, fino al punto da poter disporre – ovviamente su richiesta del magistrato interessato – l'assegnazione in via temporanea ed eventualmente anche in sovrannumero rispetto alla pianta organica, di questi ad altro settore, con diritto a rientrare successivamente nel settore di provenienza.

Il quadro organizzativo disegnato dalle disposizioni passate in rassegna – che palesa la scelta di campo compiuta dalla circolare di dare priorità assoluta alla tutela di alcune condizioni soggettive – non riduce, tuttavia, il lavoro ma mira soltanto a renderlo compatibile con l'attività di cura o con lo stato di salute.

La normativa si preoccupa infatti di segnalare che, per un verso, le diverse modalità di lavoro non possono mai tradursi in una riduzione dello stesso, poiché eventuali esoneri saranno compensati

da attività maggiormente compatibili con la condizione del magistrato (si pensi, nel settore civile, alla possibilità di disporre una riduzione nelle assegnazioni delle cause "ordinarie" compensata da una maggiore assegnazione dei procedimenti monitori che, per loro natura, non richiedono la presenza del magistrato in ufficio, potendosi provvedere anche da casa); per altro verso, e soprattutto, che queste previsioni possono essere derogate dal dirigente motivando circa l'insostenibilità per l'ufficio della misura organizzativa, ferma restando l'applicazione piena della tutela della genitorialità per i figli fino a tre anni, garantendosi pertanto, se non altro, la perdurante vigenza del precedente assetto normativo.

Tanto premesso, occorre segnalare i principali problemi applicativi che pone la nuova normativa.

A tal fine, occorre soffermare l'attenzione innanzitutto su di un dato: a differenza dell'art. 113, che, come visto in precedenza, reca il divieto di trasferimento senza consenso per i magistrati che si occupano della prole in via esclusiva o prevalente, la normativa relativa alle misura organizzative a tutela della genitorialità – così come, del resto, quella che prevede l'esonero da attività ulteriori rispetto a quella giudiziaria (art. 117) – si riferisce a coloro che provvedono alla cura di figli minori, anche se non in via esclusiva o prevalente.

Si pone, pertanto, un primo interrogativo: se entrambi i genitori sono magistrati possono chiedere tutti e due il riconoscimento della tutela?

Stando al tenore letterale della norma che – giova ribadirlo – non richiede la dimostrazione da parte del richiedente della sussistenza del requisito della esclusività o della prevalenza nell'attività di cura della prole, può ipotizzarsi una risposta affermativa.

Reca con se un'ulteriore insidia interpretativa quella che, come segnalato in apertura del presente contributo, può essere salutata come la principale novità della circolare sulle tabelle per il prossimo triennio.

Ed invero, la normativa consiliare ha previsto l'innalzamento dell'arco temporale in cui è possibile godere dei benefici, passando da tre a sei anni di età del figlio minore.

Non si pongono grossi problemi,per i magistrati che alla data di entrata in vigore della circolare già fruiscono di detti benefici perché sono genitori di prole di età inferiore a tre anni: in tale evenienza, infatti, la nuova normativa pacificamente comporterà la prosecuzione del beneficio in corso fino al compimento del sesto anno di vita del bambino.

Ma che succede per i magistrati che invece alla data di entrata in vigore della circolare avevano già cessato il trattamento – per così dire – "di favore" perché hanno ad esempio figli di quattro o cinque anni? Potranno chiedere il ripristino della tutela? E se si, esso dovrà tradursi necessariamente nella stessa misura di prima o potrà farsi richiesta di una misura diversa, magari modulata in base alle esigenze di crescita del bambino?

Trattasi di questioni di non poco momento, se solo si pensi alle ricadute pratiche che situazioni come quelle testé analizzate possono cagionare alla funzionalità in concreto dell'ufficio, laddove per esempio si pensava di poter contare in un impiego per così dire "full time" del magistrato e costui (o costei) invece, forte delle novità introdotte dalla circolare, avanzi nuovamente richiesta di applicazione in suo favore della normativa a tutela della genitorialità.

E ciò, anche in considerazione del fatto che la circolare in commento si chiude con una disposizione finale (art. 284) secondo cui "*le direttive della presente circolare sostituiscono ogni altra direttiva con esse incompatibile contenuta nelle precedenti circolari in tema di tabelle degli uffici giudicanti*".

E' assai probabile che di questa e altre questioni verrà investito il Csm tramite appositi quesiti, formulati all'occorrenza da parte dei magistrati interessati, all'esito dei quali sarà possibile ottenere risposte certe e consolidate.

Più in generale, deve in realtà osservarsi che la vera sfida che la circolare in oggetto pone ai capi degli uffici consiste nella necessità di procedere all'effettiva individuazione delle misure concretamente adottabili per la conciliazione delle esigenze lavorative con quelle familiari.

La circolare ne indica alcune in via esemplificativa, distinguendo tra settore civile e penale:

nel settore civile può essere prevista una riduzione del numero delle udienze o delle assegnazioni;

nel settore penale l'inserimento del magistrato in processi prevedibilmente non di lunga durata o l'assegnazione temporanea del magistrato funzioni esclusivamente monocratiche;

negli uffici di Gip/Gup l'esonero dai turni e dalle udienze di convalida;

negli uffici di sorveglianza l'esonero dai colloqui in carcere;

e così via.

Trattasi, con ogni evidenza, di indicazioni di massima, che realisticamente dovranno essere di volta in volta adattate al singolo caso concreto, dovendosi avere riguardo alla realtà del singolo ufficio e alle effettive esigenze dei magistrati interessati.

In tale prospettiva, merita di essere segnalato come prassi virtuosa il caso del Tribunale di Pistoia nel quale, nella vigenza delle vecchie tabelle, è stato adottato un provvedimento di carattere generale, con il quale sono state individuate per settori omogenei (civile ordinario, esecuzioni, lavoro, tutelare, dibattimento penale, gip-gup) le misure organizzative minime per garantire la conciliazione famiglia-lavoro.

E' stato cioè realizzato un vero e proprio "canovaccio" a partire dal quale ricostruire la soluzione del caso concreto, e ciò proprio con il dichiarato fine "*di scongiurare il ricorso – per impossibilità talora oggettiva di "conciliazione" fra lavoro professionale e quello di "cura" – ad astensioni molto lunghe dal lavoro, le quali sottraggono per intero risorse e rischiano di rendere ancora più problematica la gestione quotidiana del servizio-giustizia già in grave difficoltà per le note scoperture generalizzate dell'organico degli Uffici*[5] *"*.

[5] Il Presidente del Tribunale,
(omissis)
8. Disposizioni in merito alla definizione generale delle modalità di realizzazione dell'art. 45 Circolare Tabelle
Questo Presidente ritiene necessario determinare con apposita variazione tabellare la individuazione minima e generale delle misure organizzative che rendano tendenzialmente compatibile il lavoro delle magistrate in stato di gravidanza o puerperio e dei magistrati e delle magistrate che provvedono alla cura di figli fino a tre anni di età, nonché genitori di prole con situazione di handicap grave, da tempo sollecitata dalla Commissione Pari Opportunità presso il Consiglio Giudiziario di Firenze.
Le modalità concrete riguardano i distinti settori dell'attività del Tribunale.
La compatibilità, come noto, non si realizza attraverso la riduzione "secca" del lavoro giudiziario, bensì è configurata come misura che adegui i "tempi" di lavoro a quelli di "cura" (oggetto della tutela assicurata dall'art. 45), sotto il profilo sia della prevedibilità dei primi per garantire la regolarità dei secondi sia della eventuale gestione anche fuori dai locali del tribunale di parte di attività giurisdizionali, non necessariamente collegate alla presenza del magistrato presso i locali dell'Ufficio.
Si tratta di indicazioni utili, fra l'altro, a scongiurare il ricorso – per impossibilità talora oggettiva di "conciliazione" fra lavoro professionale e quello di "cura" – ad astensioni molte lunghe dal lavoro, le quali sottraggono per intero risorse e rischiano di rendere ancor più problematica la gestione quotidiana del servizio-giustizia già in grave difficoltà per le note scoperture generalizzate dell'organico degli Uffici.
D'altro canto, va rilevato che la maggiore difficoltà a conciliare il lavoro professionale con quello di cura nell'ambito dell'amministrazione della giurisdizione si manifesta nella presenza alle udienze, di cui non è sempre agevole prevedere la durata, e nelle turnazioni rese necessarie soprattutto nel settore penale, ragion per cui – ove possibile – è su tale piano che si è privilegiata la riduzione dell'impegno di magistrato o magistrata interessati.
Sono individuate sei aree ove appare maggiormente possibile indicare in via generale ed astratta taluni accorgimenti che – modificando in parte non qualità e quantità bensì tipologia delle attribuzioni – consentano di rendere meno disagevole l'attività lavorativa dei magistrati e delle magistrate rispetto agli impegni di cura familiare.
Le indicazioni che seguono sono il "canovaccio" di riferimento, cui l'Ufficio giudiziario si vincola, ferma restando la successiva necessità di adeguare la concreta applicazione di esse agli specifici casi concreti in cui magistrata o magistrato facciano ricorso ai molteplici istituti a tutela della maternità e della cura familiare.
La rimodulazione delle singole attività e funzioni giudiziarie avverrà secondo le seguenti previsioni:
a. Civile cd. ordinario:
a) per i giudici della sede centrale di Pistoia
= la esclusione dell'assegnazione del 50% dei cautelari ante causam ed in corso di causa e del 100% di reclami e controversie agrarie (suddivisi/e paritariamente tra i restanti giudici ordinari in servizio presso la sede centrale secondo il criterio dell'anzianità decrescente),

In altri termini, con approccio lungimirante si è deciso di predeterminare ex ante degli standard minimi di tutela, al dichiarato fine di disincentivare le lunghe e spesso lunghissime assenze dall'attività giudiziaria che esse sì destabilizzano – in un'epoca di costante mancanza di risorse di ogni tipo – la gestione ordinaria dell'ufficio.

---

con esclusione conseguente dai Collegi relativi, in cui interverranno i supplenti previsti in tabella;

= l'aumento del 50% delle assegnazioni di procedimenti monitori e di quelli camerali (in particolare in materia di famiglia/minori);

b) per i giudici addetti alle sedi distaccate

= la riduzione di una udienza mensile, con intervento del supplente previsto in tabella che assumerà sul suo ruolo tutte le controversie;

= la esclusione dell'assegnazione del 50% dei cautelari ante causam ed in corso di causa, con intervento del supplente previsto in tabella;

= l'assegnazione del 100% dei procedimenti monitori.

b. Giudice delle esecuzioni:

= la riduzione del 50% nell'assegnazione dei ricorsi in materia di opposizione alla sospensiva delle esecuzioni mobiliari e delle relative udienze;

= la riduzione del 25% (da 4 a 3) del numero delle udienze mensili delle procedure delle esecuzioni immobiliari;

= l'assegnazione del 50% dei procedimenti monitori civili ordinari e conseguente riduzione di essi per i restanti giudici civili ordinari secondo il seguente criterio oggettivo e predeterminato: assegnazione dei numeri dispari al magistrato destinatario della tutela ex art. 45 ed assegnazione agli altri cinque giudici assegnatari di essi secondo tabella di un numero pari alla volta secondo ordine decrescente di anzianità).

c. Giudice del lavoro:

= la esclusione dall'assegnazione dei procedimenti cautelari ante causam o in corso di causa (che saranno assegnati per 1/3 al supplente togato previsto in tabella e per i restanti 2/3 suddivisi paritariamente tra i restanti giudici civili ordinari in servizio presso la sede centrale secondo il criterio dell'anzianità decrescente);

= la possibilità – da valutare volta a volta - di ridurre da due a tre le udienze settimanali, qualora il Tribunale abbia anche necessità di realizzare altre supplenze interne per vacanza di posto o impedimento di altro genere con attribuzione di affari del ruolo scoperto che non prevedano udienza pubblica;

= l'assegnazione del 50% dei procedimenti monitori civili ordinari e conseguente riduzione di essi per i restanti giudici civili ordinari (secondo il seguente criterio oggettivo e predeterminato: assegnazione dei numeri dispari al magistrato destinatario della tutela ex art. 45 ed assegnazione agli altri cinque giudici assegnatari di essi secondo tabella di un numero pari alla volta secondo ordine decrescente di anzianità).

d. Giudice tutelare:

= la riduzione da quattro a due delle udienze mensili per le procedure che necessitano di tale incombente (ad es. artt. 337 e 407 c.c.);

= l'assegnazione del 50% dei procedimenti monitori civili ordinari e conseguente riduzione di essi per i restanti giudici civili ordinari (secondo il seguente criterio oggettivo e predeterminato: assegnazione dei numeri dispari al magistrato destinatario della tutela ex art. 45 ed assegnazione agli altri cinque giudici assegnatari di essi secondo tabella di un numero pari alla volta secondo ordine decrescente di anzianità);

= l'assegnazione delle procedure di volontaria giurisdizione in tema di successione.

e. Giudice del dibattimento penale:

= la riduzione da quattro a due delle udienze collegiali, con intervento dei supplenti già previsti in tabella;

= la esclusione dal turno direttissime, suddiviso – a cura del coordinatore – tra gli altri addetti alla sezione;

= l'assegnazione del 50% delle sentenze introitate alle udienze;

= l'aumento di una udienza monocratica mensile.

f. Gip/Gup:

= la riduzione del 50% dei turni per urgenze e reperibilità, suddivisi dal coordinatore tra gli altri addetti alla sezione;

= l'assegnazione del 70% delle richieste di decreti penali e di archiviazione e suddivisione paritaria del restante 30% tra gli altri addetti (secondo la numerazione per centinaia).

La considerazione che precede sollecita ulteriori spunti di riflessione, offrendo il destro per affrontare il delicato problema dell'incidenza delle situazioni personali sopra esaminate sul piano della responsabilità disciplinare.

E' evidente, infatti, che l'adozione di misure organizzative non compatibili con gli impegni legati all'assistenza della prole o di prossimi congiunti malati o ancora alla necessità per lo stesso magistrato di curarsi può determinare una sovraesposizione di questi al rischio di contestazioni disciplinari, specie per ciò che attiene ai ritardi.

Ebbene, sul punto è opportuno evidenziare che, diversamente da quanto accadeva fino ad un recente passato, la sezione disciplinare del Csm recentemente ha mostrato una maggiore sensibilità al tema.

Ciò è quanto accaduto, in particolare, con la sentenza n. 80/2015 (est. Pontecorvo) nella quale il CSM ha affermato che "*non integra l'illecito disciplinare nell'esercizio delle funzioni per reiterato, grave ed ingiustificato ritardo nel compimento degli atti relativi all'esercizio delle funzioni la condotta del giudice il quale depositi numerose sentenze in materia civile con ritardi gravi ed in parte superiori ad un anno, qualora tali ritardi possano ritenersi giustificati in ragione dello straordinario carico di lavoro, della elevata produttività e – badate bene – della condizione di maternità non supportata da alcuna idonea misura organizzativa dell'ufficio e della grave malattia occorsa al coniuge del magistrato nel periodo di riferimento*[6]".

Ebbene, sulla scorta di queste premesse, il giudice disciplinare dopo aver ritenuto, tra l'altro, che nel caso di specie non erano state adottate misure organizzative compatibili con le esigenze familiari dell'incolpata, in considerazione "*dell'eccessivo numero di assegnazioni*" e delle "*sempre più gravose incombenze affidate al magistrato che avevano richiesto anche una continua presenza in ufficio*", è pervenuto appunto ad una pronuncia assolutoria, ritenendo che i ritardi contestati non fosse riferibili ad un difetto di diligenza del magistrato.

E allora, anche alla luce di questo confortante orientamento della sezione disciplinare, quali prospettive possono e devono aprirsi oggi, in occasione dell'entrata in vigore della nuova circolare ed in vista dell'adozione delle nuove tabelle per gli uffici giudicanti per il triennio 2017/2019?

Ad avviso di chi scrive si dovrebbe prendere le mosse dall'art. 278, secondo cui "*nell'individuare le specifiche modalità con cui dare concreta attuazione alle disposizioni che precedono i dirigenti si devono ispirare a criteri di flessibilità organizzativa*".

[6] Csm, Sez. Disciplinare, RG 145/2013.

Proprio in questo concetto – quello della flessibilità organizzativa – si nasconde infatti la chiave di volta per introdurre da parte dei capi degli uffici delle strategie veramente idonee allo scopo.

Muovendo da tale opzione valoriale, devono allora essere riletti, e quindi utilizzati tutti i formidabili strumenti che la circolare, in via generale, mette a disposizione dei dirigenti.

Viene in rilievo, innanzitutto, la possibilità - che rappresenta altro snodo centrale della circolare in parola – di utilizzare i got in sostituzione dei magistrati assenti per maternità o in affiancamento agli stessi allorquando si trovino in una delle situazioni previste dalla normativa a tutela della genitorialità e delle malattia, oppure di utilizzare a tale scopo i magistrati distrettuali.

Altra strada percorribile è quella di far fronte a tali situazioni tramite provvedimenti di riequilibrio dei carichi di lavoro, che la norma (art. 174) subordina alla presenza di motivate ragioni di servizio, tra cui indica in via esemplificativa la necessità di evitare la legge Pinto, ma che nulla esclude possano essere integrate anche dalla necessità di rendere compatibile l'attività lavorativa con le esigenze familiari, fermo restando l'obbligo di compensare tale riduzione con l'assegnazione di attività più confacenti a tali esigenze.

Possono poi piegarsi allo scopo anche le disposizioni relative all'attività di vigilanza per la prevenzione dei ritardi (art. 177 e ss), secondo cui con cadenza semestrale il capo dell'ufficio deve verificare il rispetto dei termini di deposito dei provvedimenti da parte dei magistrati dell'ufficio e, nel caso in cui emergano criticità, adottare i provvedimenti necessari per porvi rimedio, specificando le ragioni e le esigenze di servizio che li giustificando.

Tra queste, perché non valorizzare ad esempio la grave criticità di una sezione in cui vi sono più assenze contemporanee di magistrati per maternità, o più magistrati che usufruiscono contemporaneamente dei benefici analizzati prima?

E' evidente infatti che, se non si affronta la questione in questi termini, specie negli uffici medio piccoli, gli esoneri da alcune funzioni "meno compatibili" con l'attività di cura della prole o con lo stato di salute del magistrato implicano necessariamente non solo la modifica – circostanza che è concepita come fisiologica dalla normativa consiliare – ma bensì l'aggravio delle attribuzioni degli altri colleghi.

Si pensi a quei tribunali che tradizionalmente sono sedi per i magistrati di prima nomina: si tratta di realtà in cui, proprio per la presenza di giovani magistrati che, se non altro per ragioni anagrafiche, è probabile che vivano l'esperienza della genitorialità (magari più di una volta) durante

la loro permanenza presso quell'ufficio, il problema della conciliazione tra vita professionale e vita privata ma anche quella tra tutela della genitorialità e funzionalità dell'ufficio è particolarmente impellente.

Promuovere degli strumenti elastici – che siano ritagliati come un abito su misura in base alle peculiarità di quell'ufficio e alle esigenze di quella persona – consente invero di coinvolgere in una sinergia positiva e in un clima solidale tutto l'organico di quell'ufficio, promuovendo l'individuazione di soluzioni condivise.

E soprattutto, permette di raggiungere un risultato culturale ancora più importante: superare una volta per tutte il convincimento diffuso che l'attenzione nei confronti della genitorialità e di altre situazioni "di debolezza individuale" implichi la necessità di confrontarsi con questioni fastidiose, o peggio ancora con odiosi privilegi.

ALBERTO BARBAZZA

Gli illeciti endofamiliari con particolare riguardo alla disciplina in materia di Unioni Civili

SOMMARIO: 1. La natura dei doveri nascenti dal matrimonio ed il progressivo riconoscimento della tutela risarcitoria ai membri della famiglia. – 2. L'illecito endofamiliare nel rapporto fra i coniugi. – 3. L'illecito endofamiliare nei rapporti fra genitori e figli. – 4. L'illecito endofamiliare nella famiglia di fatto e nelle Unioni Civili. – 5. Danno da morte nella famiglia di fatto nelle Unioni Civili.

1. La natura dei doveri nascenti dal matrimonio ed il progressivo riconoscimento della tutela risarcitoria ai membri della famiglia.

Con la locuzione "illecito endofamiliare" ci si riferisce ai comportamenti illeciti tenuti da un componente della famiglia nei confronti di un altro soggetto dello stesso nucleo, che possono interessare sia i rapporti fra i coniugi che i rapporti fra i genitori e figli.

Per lungo tempo la violazione dei doveri derivanti dal matrimonio (artt. 143 e 147 cod. civ.) non ha trovato una precisa collocazione all'interno della responsabilità civile e ciò per un triplice ordine di ragioni.

Il valore assegnato all'unità della famiglia, anzitutto, faceva sì che la stabilità della stessa dovesse essere garantita contro le spinte disgregatrici dei suoi componenti, anche se ciò poteva comportare una lesione della libertà e dei diritti fondamentali della persona[7].

In secondo luogo una parte della dottrina, muovendo dall'art. 143 cod. civ., il quale prevede che "*con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri"*, riteneva che l'uso del termine "doveri" e non di "obblighi" escludesse la giuridicità dei primi e, di conseguenza, la loro coercibilità[8].

[7] In proposito, si rinvia a quanto osservato in PETTA, *Alcune considerazioni sulla natura giuridica della responsabilità da illecito endofamiliare e sulla sua estensibilità all'interno della famiglia di fatto,* in Diritto *di famiglia e delle persone,* 2015, 1 ss.

[8] In tal senso, DE FILIPPIS, *L'obbligo di fedeltà coniugale in costanza di matrimonio, nella separazione e nel divorzio,* Cedam, 2003, 25.

Infine, sia la dottrina che la giurisprudenza maggioritaria ritenevano che la sanzioni previste e tipizzate all'interno del diritto di famiglia esaurissero di per sé gli strumenti offerti dall'ordinamento contro ogni forma di illecito familiare[9].

La pronuncia di addebito della separazione, ex art. 151, comma secondo, cod. civ., così come (solo per citarne alcuni) la sospensione del diritto all'assistenza morale e materiale di cui all'art. 146, comma primo, cod. civ. e gli ordini di protezione contro gli abusi familiari, ai sensi degli artt. 342 bis e ter cod. civ., costituendo la disciplina specificamente dettata dal legislatore a difesa dei membri della famiglia, avrebbero delineato le sanzioni tipiche del diritto di famiglia, escludendo quindi una possibile applicazione degli artt. 2043 e 2059 cod. civ.

La crescente importanza attribuita ai diritti dell'individuo, in adesione a quanto previsto dall'art. 2 Cost. e l'assegnazione di un ruolo prevalente alle esigenze del singolo rispetto ai bisogni della comunità familiare, che ha assunto una dimensione sempre meno pubblicistica e più attenta, invece, ai profili privatistici delle relazioni fra i suoi membri, hanno, però, riaperto i termini della questione.

In relazione alla natura dei doveri nascenti dal matrimonio, l'orientamento dottrinale che ne sosteneva il carattere non giuridico, bensì esclusivamente morale, può dirsi ormai definitivamente superato, anche se, stante la natura personalissima dei comportamenti richiesti, si deve comunque escludere la possibilità di un'esecuzione in forma specifica degli stessi[10].

Le sanzioni tipizzate dal legislatore nella disciplina giuridica della famiglia, inoltre, si sono rivelate, nelle valutazioni di molti Autori, adeguate a soddisfare la richiesta di giustizia proveniente dal familiare che abbia subito un grave pregiudizio a causa della violazione dei doveri nascenti dal matrimonio.

---

[9] Significativamente, la Suprema Corte statuiva che dalla separazione personale dei coniugi può nascere, sul piano economico, (a prescindere dai provvedimenti sull'affido dei figli e della casa coniugale), solo il diritto ad un assegno di mantenimento dell'uno nei confronti dell'altro, quando ne ricorrano le circostanze specificamente previste dalla legge. Tale diritto esclude la possibilità di chiedere, ancorché la separazione sia addebitabile all'altro, anche il risarcimento dei danni, a qualsiasi titolo risentiti a causa della separazione stessa: e ciò non tanto perché l'addebito del fallimento del matrimonio soltanto ad uno dei coniugi non possa mai acquistare – neppure in teoria – i caratteri della colpa, quanto perché, costituendo la separazione personale un diritto inquadrabile tra quelli che garantiscono la libertà della persona (cioè un bene di altissima rilevanza costituzionale) ed avendone il legislatore specificato analiticamente le conseguenze nella disciplina del diritto di famiglia (cioè nella sede sua propria), deve escludersi, proprio in omaggio al principio secondo cui "inclusio unius, esclusio alterius", che a tali conseguenze si possano aggiungere anche quelle proprie della responsabilità aquilana ex art. 2043 C.C. che pur senza citare espressamente, la ricorrente sembra chiaramente voler porre a fondamento della sua pretesa risarcitoria per la perdita dei vantaggi insiti in qualsiasi convivenza coniugale. (CASS., 6.04.1993, n. 4108, in *www.italgiure.giustizia.it*).

[10] Al riguardo, si veda ROPPO, *Voce coniugi,* in *Enc. Giur.,* 1988, 2 ss.

2. L'illecito endofamiliare nel rapporto fra i coniugi.

Sulla scorta di tali nuovi argomenti, la giurisprudenza ha così riconosciuto, nell'ambito dei rapporti fra i coniugi, che la violazione dell'obbligo di fedeltà, che si sia tradotta in comportamenti che abbiano leso un diritto costituzionalmente garantito del *partner*, quale la dignità, la reputazione o addirittura la salute, fa sorgere in capo al soggetto leso il diritto al risarcimento del danno ex artt. 2043 e 2059 cod. civ.

Più precisamente, affinché possa invocarsi la tutela risarcitoria, non è sufficiente la mera violazione del dovere di fedeltà di cui all'art. 143 cod. civ. (già sanzionata con l'addebito della separazione), ma è necessario che tale violazione abbia leso un diritto costituzionalmente garantito del coniuge.

L'accertamento dell'illecito endofamiliare per violazione del dovere di fedeltà, che si sia realizzato con modalità lesive della dignità e della reputazione del coniuge, ha portato la giurisprudenza a riconoscere, nella maggior parte dei casi, il risarcimento del danno non patrimoniale, sub specie di danno morale, a ristoro della sofferenza patita e, qualora l'illecito abbia inciso nella vita di relazione del congiunto, anche il danno esistenziale.

Non si può neppure escludere che in talune ipotesi sussistano i presupposti per il risarcimento del danno biologico, qualora dalla violazione dell'obbligo di fedeltà sia derivata un pregiudizio all'integrità psico-fisica del soggetto danneggiato.

Trattandosi, in ogni caso, di danni - conseguenza, colui che agisce in giudizio per ottenerne il ristoro dovrà fornire la prova che la lesione subita sia conseguenza del comportamento tenuto dal coniuge, ex art. 1223 cod. civ., interpretato dalla giurisprudenza secondo il noto criterio della regolarità causale, che estende la risarcibilità anche ai danni mediati e indiretti, sempre che costituiscano effetti normali del fatto illecito.

Anche la violazione dell'obbligo di lealtà prematrimoniale, che sia sfociata nella violazione del dovere di realizzare una comunione di vita sotto il profilo sessuale, è stata ritenuta dalla Cassazione fonte di responsabilità aquiliana, in quanto il diritto della moglie a realizzarsi pienamente nella famiglia e nella società come donna, moglie ed eventualmente madre, appartiene al novero dei diritti fondamentali della persona[11].

[11] E siccome l'intensità dei doveri derivanti dal matrimonio, segnati da inderogabilità ed indisponibilità, non può non riflettersi sui rapporti tra le parti nella fase precedente il matrimonio, imponendo loro - pur in mancanza, allo stato,

3. L'illecito endofamiliare nel rapporto fra genitori e figli.

Anche nel rapporto fra genitori e figli si segnala una recente pronuncia giurisprudenziale che ha qualificato come illecito endofamiliare il disinteresse mostrato da un genitore nei confronti della figlia naturale, integrando tale condotta la violazione degli obblighi di mantenimento, istruzione ed educazione della prole: la Suprema Corte ha quindi posto l'accento sulla lesione dei diritti di filiazione, che trovano negli artt. 2 e 30 della Costituzione un elevato grado di riconoscimento e tutela[12].

L'obbligo dei genitori di educare e mantenere i figli, secondo quanto previsto dagli artt. 147 e 148 cod. civ., è considerato, dalla giurisprudenza di legittimità, come eziologicamente connesso alla procreazione, venendosi quindi a creare un automatismo tra responsabilità genitoriale e procreazione, qualora a quest'ultima non segua il riconoscimento e l'assolvimento degli obblighi conseguenti alla condizione di genitore[13].

Con l'introduzione, inoltre, dell'art. 709 ter cod. proc. civ., il Giudice, in caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità di affidamento, può disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore e può altresì disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti dell'altro, nell'ambito del giudizio di separazione personale dei coniugi.

Quanto all'entità e all'estensione dei danni risarcibili, tuttavia, non è ancora risolto il dibattito fra gli interpreti, volto a determinare se tale misura risarcitoria sia diretta alla riparazione del pregiudizio subito dal figlio o dal coniuge o se abbia, invece, natura prevalentemente punitiva, volta dapprima a dissuadere il coniuge-genitore dal tenere una condotta inadempiente e non collaborativa e, successivamente, a sanzionare il comportamento illecito dello stesso.

---

di un vincolo coniugale, ma nella prospettiva di tale vincolo – un obbligo di lealtà, di correttezza e di solidarietà, che si sostanzia anche in un obbligo di informazione di ogni circostanza inerente alle proprie condizioni psicofisiche e di ogni situazione idonea a compromettere la comunione materiale e spirituale alla quale il matrimonio è rivolto, è configurabile un danno ingiusto risarcibile allorché l'omessa informazione, in violazione dell'obbligo di lealtà, da parte del marito, prima delle nozze, della propria incapacità "coeundi" a causa di una malformazione, da lui pienamente conosciuta, induca la donna a contrarre un matrimonio che, ove informata, ella avrebbe rifiutato, così ledendo quest'ultima nel suo diritto alla sessualità, in sé e nella sua proiezione verso la procreazione, che costituisce una dimensione fondamentale della persona e una delle finalità del matrimonio. (CASS.,10.05.2005, n. 9801, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone,* 2005, I, 1164).

[12] Si veda, CASS., 16.02.2015, n. 3079, in *Giur. it.,* 2015, 2333.

[13] Si veda, CASS., 22.11.2013, n. 26205, in *Giur.it.* 2014, 1594.

Fino a questo punto si è trattato dell'illecito endofamiliare nella famiglia fondata sul matrimonio.

4. L'illecito endofamiliare nella famiglia di fatto e nelle Unioni Civili.

Con riguardo alla famiglia di fatto, è opportuno ricordare che la Corte di Cassazione e la Corte Costituzionale hanno a più riprese sottolineato la rilevanza giuridica e la dignità del rapporto di convivenza, ai sensi dell'art. 2 Cost., riconoscendo che esso da vita ad un "autentico consorzio familiare, investito di funzioni promozionali" e che per formazione sociale deve intendersi "ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e a favorire il libero sviluppo della vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico".

Con specifico riferimento alle coppie omosessuali, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 138 del 2010, chiamata ad esaminare la questione della legittimità costituzionale della mancata previsione, nel codice civile, della possibilità per le coppie omosessuali di accedere al matrimonio, pur concludendo per l'inammissibilità della questione, ha affermato che l'unione tra persone dello stesso sesso è una formazione sociale tutelata dall'art. 2 Cost., intesa quale "stabile convivenza tra persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri".

L'ingresso del rimedio risarcitorio nella famiglia di fatto è segnato da una sentenza della Suprema Corte, pronunciatasi in relazione al caso di un uomo che, dopo anni di convivenza, decideva di venir meno alla promessa di matrimonio fatta alla sua compagna, lasciando la casa familiare e anche il figlio, nato da poco, per intraprendere una nuova relazione.

Tra i motivi di censura formulati dalla donna, vi era anche la richiesta si stabilire se il diritto all'assistenza morale e materiale, il diritto alla fedeltà e alla sessualità e i doveri derivanti dal matrimonio, quali diritti fondamentali della persona, si riflettessero anche nella fase precedente al matrimonio.

La Cassazione, nel rispondere positivamente a tale quesito, sottolinea l'attenzione crescente del legislatore ai nuovi modelli "familiari", nei quali le parti decidono volontariamente di escludere le conseguenze legali nascenti dal matrimonio, dando atto altresì dell'interpretazione dell'art. 8

della Convenzione europea dei diritti dell'uomo fornita dalla Corte di Strasburgo, che estende la tutela del diritto alla vita familiare anche alla famiglia di fatto[14].

Con l'entrata in vigore della legge n. 76 del 2016, il legislatore ha regolato, per la prima volta, alcuni aspetti dei rapporti fra conviventi di fatto, definiti questi ultimi come "*due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile"*, sancendo espressamente anche la risarcibilità del danno causato dal fatto illecito da cui sia derivata la morte di una delle parti del contratto di convivenza (Parte II, art. 1, comma 49).

La riforma apportata al sistema di diritto di famiglia, pur senza disciplinare organicamente il tema della famiglia di fatto, ha però sancito positivamente la rilevanza giuridica della stessa, senza alcuna preclusione rivolta alle coppie omosessuali, che hanno lo stesso diritto delle coppie eterosessuali di poter esprimere la loro personalità nell'ambito di una convivenza *more uxorio*, con l'unico limite costituito dall'impossibilità di unirsi in matrimonio.

L'unione civile tra persone maggiorenni dello stesso sesso, definita quale "*specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione"* dall'art.1, comma 1, Parte I, della legge n. 76 del 2016, comporta che le parti di tale consorzio familiare siano obbligate reciprocamente all'assistenza morale e materiale, alla coabitazione e alla contribuzione ai bisogni comuni, in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo (art. 1, comma 11, Parte I).

Nell'elenco dei doveri nascenti dall'unione civile si nota la mancanza del dovere di fedeltà, la cui violazione, pertanto, non può costituire il presupposto di una domanda risarcitoria ex artt. 2043 e 2059 cod. civ. da parte del *partner* danneggiato, come invece accade nell'ipotesi di vincolo coniugale.

I primi commenti alla nuova disciplina hanno messo in evidenza la contraddittorietà di una disposizione che, da una parte impone l'obbligo di assistenza morale, dall'altra esclude il dovere di

[14] La violazione dei diritti fondamentali della persona è altresì configurabile all'interno di un'unione di fatto, che abbia, beninteso, le caratteristiche di serietà e stabilità, avuto riguardo alla irrinunciabilità del nucleo essenziale di tali diritti, riconosciuti, ai sensi dell'art. 2 Cost., in tutte le formazioni sociali in cui si svolge la personalità dell'individuo. Del resto, ferma restando l'ovvia diversità dei rapporti personali e patrimoniali nascenti dalla convivenza di fatti rispetto a quelli originati dal matrimonio, è noto che la legislazione si è andata progressivamente evolvendo verso un sempre più ampio riconoscimento, in specifici settori, della rilevanza della famiglia di fatto. (Cass. civ., 20.06.2013, n. 15481, in *La nuova giurisprudenza civile commentata,* 2013, 999).

fedeltà, inteso quale reciproca lealtà, condivisione, rispetto e dedizione personale fra i membri della coppia, non limitandosi più, come un tempo, alla sola sfera sessuale.

L'assenza di effetti giuridici connessi all'infedeltà, peraltro, appare foriera di un trattamento discriminatorio rispetto ai membri della famiglia fondata sul matrimonio, per i quali la violazione del dovere di fedeltà può rilevare sotto un duplice aspetto, legato all'addebito della separazione e al risarcimento del danno derivante da illecito endofamiliare.

A tal proposito, deve essere inoltre considerato che le norme in tema di unioni civili si presentano in più punti coincidenti con la disciplina del matrimonio, come è confermato dalle disposizioni sull'indirizzo della vita familiare (art. 1, comma 12), sul regime patrimoniale (art. 1, comma 13), sugli ordini di protezione (art. 1, comma 14), nonché dalla clausola di salvaguardia di cui all'art.1, comma 20, la quale prevede che le parole "coniuge" o "coniugi" o termini equivalenti, ovunque ricorrenti, si applichino anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso.

In disparte il dovere di fedeltà, la violazione dei doveri di assistenza morale e materiale, di coabitazione e di contribuzione, ove cagionino un pregiudizio ad un diritto inviolabile della persona, costituzionalmente garantito, fa sorgere il diritto al risarcimento dei danni da illecito "endofamiliare", dovendosi ritenere che l'unione civile configuri oggi una nuova forma di comunità familiare, alternativa rispetto alla famiglia fondata sul matrimonio e alla convivenza *more uxorio.*

La tesi dell'applicabilità degli articoli 2043 e 2059 cod. civ. anche alle Unioni Civili, d'altra parte, si pone in linea di continuità con la crescente attenzione della dottrina e della giurisprudenza alla salvaguardia del diritto dell'individuo alla libera esplicazione della propria personalità, senza preclusioni in ordine al modello di relazione "familiare" che lo stesso ha la facoltà di scegliere, ma con il limite segnato, come già in precedenza accennato, dall'impossibilità di ritenere le unioni omosessuali omogenee al matrimonio.

5. Danno da morte nella famiglia di fatto nelle Unioni Civili.

Il danno da morte nella famiglia (intesa inizialmente quale famiglia fondata sul matrimonio), è stato più volte affrontato dalla giurisprudenza, chiamata a dirimere in primo luogo la questione riguardante gli elementi costitutivi della fattispecie risarcitoria.

In un primo tempo il fatto illecito di un terzo che avesse provocato la morte di un congiunto era stato qualificato alla stregua di un "danno da rimbalzo", intendendosi con tale espressione che la

lesione sofferta dai familiari non era direttamente riconducibile all'evento dannoso, bensì mediata dalla vittima "primaria" dell'illecito: al riguardo, paradigmatica appare la sentenza n. 372 pronunciata dalla Corte Costituzionale in data 27 ottobre 1994, la quale affronta sia il tema delle pretese degli eredi per il pregiudizio patito dal *de cuius,* sia quello delle istanze dei congiunti per i pregiudizi sofferti *iure proprio* a causa della morte del loro familiare.

Discorrendo del danno alla salute subito a seguito dell'uccisione di un congiunto, la Corte Costituzionale, nella pronuncia di cui sopra, ha evidenziato che in questo caso vi sarebbe una "disgiunzione" fra il soggetto che pretende il risarcimento ed il soggetto titolare del bene primariamente leso dal fatto illecito, con la conseguenza che il danno biologico patito dal familiare non sarebbe identificabile come danno evento, bensì solo come pregiudizio subito per effetto della lesione di un diritto altrui.

Discorrendo del danno alla salute subito a seguito dell'uccisione di un congiunto, la Corte Costituzionale, nella pronuncia di cui sopra, ha evidenziato che in questo caso vi sarebbe una "disgiunzione" fra il soggetto che pretende il risarcimento ed il soggetto titolare del bene primariamente leso dal fatto illecito, con la conseguenza che il danno biologico patito dal familiare non sarebbe identificabile come danno evento, bensì solo come pregiudizio subito per effetto della lesione di un diritto altrui.

Sulla base di tale prospettiva, pertanto, il danno biologico sofferto dal familiare non sarebbe stato risarcibile, mancando il requisito dell'ingiustizia del danno secondo quanto previsto dall'art. 2043 cod. civ., mentre veniva garantita la risarcibilità del danno patrimoniale patito dai congiunti che fossero stati legati alla vittima da un rapporto di dipendenza economica giuridicamente tutelato.

Successivamente la Suprema Corte ha mutato orientamento, sancendo per la prima volta la natura plurioffensiva dell'illecito aquiliano, in grado di ledere sia la vita di un individuo che l'integrità delle relazioni familiari[15].

Si tratterebbe, secondo la giurisprudenza di legittimità, di un fenomeno di "propagazione intersoggettiva" delle conseguenze di uno stesso fatto illecito, tale da generare dei pregiudizi che possono rivestire carattere patrimoniale e/o non patrimoniale.

Focalizzando ora l'attenzione sui danni non patrimoniali, atteso che la struttura della fattispecie risarcitoria di cui all'art. 2059 cod. civ. postula la verifica dell'esistenza dei presupposti di cui all'art. 2043 cod. civ., sarà compito del giudice, al fine di individuare il responsabile

[15] Si veda, CASS., 31.05.2003, n. 8828, in *Dir. e Giust.,* 2003, 26.

dell'evento lesivo, quello di accertare il nesso di causalità materiale intercorrente tra la condotta dell'uccisore e la morte della vittima primaria, alla stregua dei criteri dettati dagli articoli 40 e 41 cod. pen. per la causalità di fatto.

In un secondo tempo, una volta risolto il problema dell'imputazione dell'evento, si dovrà procedere alla selezione delle conseguenze risarcibili rispetto a quelle non risarcibili, secondo quanto previsto dall'art. 1223 cod. civ. (richiamato dall'art. 2056 cod. civ.), applicando il criterio della regolarità causale.

La morte del familiare lede un diritto inviolabile costituzionalmente garantito, ovvero l'interesse all'intangibilità della sfera degli affetti e alla reciproca solidarietà nell'ambito della famiglia, nonché l'inviolabilità della piena e libera esplicazione delle attività realizzatrici della persona umana all'interno della stessa, la cui tutela è ricollegabile agli articoli 2, 29 e 30 della Costituzione.

Venendo ora alle conseguenze non patrimoniali risarcibili, la posizione iniziale della Cassazione, a partire dalla già citata sentenza n. 8828 del 2003, era quella di ritenere che il familiare che chiedesse *iure proprio* il risarcimento del danno subito in conseguenza dell'uccisione del congiunto lamentasse la lesione di un interesse giuridico diverso sia dal bene salute, che dal bene dell'integrità morale, rappresentato dalla irreversibile perdita del godimento delle reciproche relazioni interpersonali che normalmente si esprimono nell'ambito del nucleo familiare.

Sul punto, però, le Sezioni Unite San Martino avevano riconosciuto che, nell'ipotesi di sconvolgimento della vita familiare provocato dalla perdita di un congiunto, sarebbero venuti in considerazione pregiudizi che solo per comodità di sintesi potevano essere descritti e definiti come "esistenziali", senza che tuttavia potesse configurarsi un'autonoma categoria di danno.

Il danno non patrimoniale, infatti, doveva essere configurato come categoria generale non suscettibile di suddivisione in sottocategorie variamente indicate, con la conseguenza che non poteva farsi riferimento ad una generica sottocategoria denominata "danno esistenziale", in quanto attraverso quest'ultima si sarebbe condotto anche il danno non patrimoniale nell'atipicità, sia pure a mezzo dell'apparente categoria del danno esistenziale.

Il danno da perdita del rapporto parentale, in quest'ottica, doveva pertanto essere qualificato come danno non patrimoniale attinente alla sfera degli affetti familiari, all'interno del quale potevano trovare ristoro sia la voce del c.d. danno biologico che quella del c.d. danno morale.

Per danno biologico, in particolare, si intende una lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona, suscettibile di valutazione medico-legale, che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla capacità di produrre reddito.

La scienza medica ha, infatti, osservato che la morte di un parente, cui si era particolarmente legati sul piano affettivo, può non esaurirsi in un mero turbamento emotivo transitorio, ma determinare altresì una stabile compromissione dell'equilibrio psichico attraverso un processo di somatizzazione, accertabile mediante consulenza tecnica.

Si pensi al dolore di una madre per la perdita del figlio, che può comportare un peggioramento definitivo della qualità della vita, nonché una significativa degenerazione dello stato di salute psico-fisico della stessa, documentabile tramite perizia medica.

Oltre al danno biologico, la morte di un congiunto può causare uno stato di prostrazione e un turbamento emotivo (con i correlati sintomi, quali profondo abbattimento, disinteresse per il lavoro, tendenza all'isolamento) che possono essere fatti rientrare nel danno morale, la cui prova può essere fornita dal danneggiato anche tramite presunzioni.

Sulla scia dei principi espressi dalle sentenze "San Martino" in merito al danno non patrimoniale, le Sezioni Unite hanno ritenuto corretta la sentenza che aveva ricompreso il danno da perdita del rapporto parentale nel danno morale, ponendo in evidenza che la liquidazione congiunta del danno morale e del "danno da perdita del rapporto parentale" comportasse una duplicazione risarcitoria[16].

La sofferenza patita nel momento in cui la perdita è percepita e quella che accompagna l'esistenza del soggetto che l'ha subita, infatti, devono intendersi quali componenti di un complesso pregiudizio che va integralmente e unitariamente ristorato, da ricomprendersi nella voce del danno morale.

Qualora, viceversa, lo stato sofferenza del congiunto sia degenerato in una patologia di natura psichica, medicalmente accertabile, il danneggiato potrà chiedere anche il risarcimento del danno biologico, oltre al danno morale legato al dolore per l'irreversibile perdita del godimento del congiunto e alla definitiva interruzione delle reciproche relazioni interpersonali.

L'evoluzione giurisprudenziale così delineata conduce quindi l'interprete a non riconoscere un'autonoma risarcibilità del danno "da perdita del rapporto parentale", inteso quale voce di danno

[16] In tal senso, CASS. SEZ. UN., 14.01.2009, n. 557, in *www.italgiure.giustizia.it*.

distinta dal danno morale, in omaggio al carattere unitario ed onnicomprensivo del danno non patrimoniale, al fine di evitare una sovrapposizione fra le varie categorie di danno e quindi duplicazioni risarcitorie.

Fin qui i danni risarcibili *iure proprio* al congiunto, a seguito della perdita del rapporto parentale.

Si parla, invece, di danno tanatologico in caso di decesso avvenuto senza apprezzabile lasso di tempo fra le lesioni e la morte e ci si è chiesti se esso sia risarcibile *iure hereditatis* nei riguardi dei congiunti: in un recente arresto, le Sezioni Unite, dirimendo la questione, hanno stabilito che il danno da morte immediata non è risarcibile *iure hereditatis,* in quanto il sistema di responsabilità civile, incentrato sul danno quale perdita cagionata dalla lesione di una situazione giuridica soggettiva, è volto alla riparazione delle conseguenze dannose in capo al danneggiato; ne consegue che, venuto meno il soggetto al quale la perdita è ascrivibile, il credito risarcitorio non entra nel patrimonio del defunto e non può essere trasmesso agli eredi.

Tanto chiarito in ordine alla struttura della fattispecie risarcitoria del c.d. "danno da morte", occorre ora esaminare la questione dell'ambito di applicazione della stessa alla famiglia di fatto.

La crescente valorizzazione della convivenza *more uxorio,* che presenti i caratteri della stabilità e della durevolezza del rapporto, ha condotto la giurisprudenza a ritenere risarcibile anche il danno da fatto illecito che abbia provocato la morte del convivente, sulla base della rilevanza che l'art. 2 Cost. assegna alla sfera relazionale della persona in quanto tale[17].

Nel dirimere la questione della possibilità di ottenere il risarcimento dei danni per la morte del proprio partner, la posizione del convivente è stata posta sullo stesso piano di quella del coniuge, a patto che il danneggiato dimostri che la relazione fosse caratterizzata da tendenziale stabilità e da mutua assistenza morale e materiale, equiparabile al rapporto coniugale.

La legge n. 76 del 2006, facendo proprio l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, ha infine espressamente stabilito che "*in caso di decesso del convivente di fatto, derivante da fatto*

[17] In particolare, il riferimento ai "prossimi congiunti" della vittima c.d. primaria quali soggetti danneggiati iure proprio a cagione del carattere plurioffensivo dell'illecito, di cui alle decisioni meno recenti, deve oggi essere inteso nel senso che, in presenza di un saldo e duraturo legame affettivo tra questi ultimi e la vittima, è proprio la lesione che colpisce tale peculiare situazione affettiva a connotare l'ingiustizia del danno e a rendere risarcibili le conseguenze pregiudizievoli che ne siano derivate (se e in quanto queste siano allegate e dimostrate quale danno-conseguenza), a prescindere dall'esistenza di rapporti di parentela o affinità giuridicamente rilevanti come tali. (CASS., 31.03.13, n. 7128, in *www.italgiure.giustizia.it*).

illecito di un terzo, nell'individuazione del danno risarcibile alla parte superstite si applicano i medesimi criteri individuati per il risarcimento del danno al coniuge superstite".

L'interprete dovrà, quindi, fare riferimento, nell'individuazione dei criteri risarcitori, alle conclusioni cui è giunta l'elaborazione giurisprudenziale in tema di danno da perdita del rapporto parentale, tenendo conto, in particolare, della necessità di evitare duplicazioni risarcitorie, che si determinerebbero, in particolare, qualora venisse liquidato congiuntamente sia il danno morale che il danno da perdita del rapporto parentale.

Nella disciplina delle unioni tra persone dello stesso sesso, contenuta nella parte I della legge n. 76 del 2016, non è dato rinvenire la medesima disposizione di cui all'art. 1, comma 49, contenuta nella parte II, che equipara il convivente superstite eterosessuale o omosessuale al coniuge superstite, ai fini dell'individuazione dei criteri applicabili per il risarcimento del danno derivante dal fatto illecito di un terzo, che abbia provocato il decesso del partner convivente.

Quid iuris, nel caso di un'unione civile?

Dalla disamina del testo normativo è possibile ricavare la volontà legislativa di assicurare, almeno tendenzialmente, l'equiparazione tra lo statuto coniugale e quello dell'unione civile.

In tal senso militano, solo per citarne alcune, la norma di cui all'art.1, comma 11, secondo la quale "*le parti acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri; dall'unione civile deriva l'obbligo reciproco all'assistenza morale e materiale e alla coabitazione. Entrambe le parti sono tenute, ciascuna in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo, a contribuire ai bisogni comuni"*, nonché l'art. 1, comma 12, "*Le parti concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza comune; a ciascuna delle parti spetta il potere di attuare l'indirizzo"* l'art. 1, comma 13 "*Il regime patrimoniale dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, in mancanza di diversa convenzione patrimoniale, è costituito dalla comunione dei beni"*.

La clausola di salvaguardia ex art. 1, comma 20, inoltre, al fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti ed il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, stabilisce che le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e quelle contenenti il riferimento al "coniuge" o termine equivalente, ovunque ricorrano "*nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti, nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi"* debbano applicarsi anche nel caso dell'unione civile.

Se, dunque, la *ratio legis* del nuovo testo normativo appare ispirata all'esigenza di garantire una parità di trattamento fra le coppie omosessuali legate dal vincolo dell'unione civile e le coppie eterosessuali fondate sul matrimonio, una lettura degli articoli 2043 e 2059 cod. civ. che escludesse dalla cerchia dei soggetti legittimati alla domanda di risarcimento dei danni i soggetti legati dall'unione civile, si porrebbe in antitesi con i criteri di fondo che hanno ispirato la riforma da poco entrata in vigore.

Verrebbe inoltre a determinarsi un'aporia nel sistema civilistico, nel caso in cui, da una parte si riconoscesse la tutela aquiliana al convivente (omosessuale o eterosessuale) superstite e dall'altra la si negasse al componente omosessuale dell'unione civile, senza contare che tale interpretazione presterebbe il fianco a censure di costituzionalità per violazione del principio di uguaglianza, sancito dall'art. 3 Cost.

La mancata previsione di una norma che riconosca espressamente il diritto ai componenti dell'unione civile di chiedere il risarcimento dei danni nel caso di morte cagionata dalla condotta illecita del terzo può quindi essere colmata valorizzando la tesi, ormai consolidata in giurisprudenza, secondo cui l'integrità delle relazioni personali afferenti lo sviluppo della personalità di ciascun individuo costituisce una posizione giuridica meritevole di protezione per l'ordinamento, dunque suscettibile di tutela risarcitoria ex art. 2043 cod. civ., nonché un diritto fondamentale costituzionalmente garantito, idoneo a fondare il presupposto per il ristoro dei danni anche non patrimoniali, ex art. 2059 cod. civ. Tale interpretazione è oggi suffragata, *a fortiori,* dall'entrata in vigore di una legge che, per la prima volta, dà un volto giuridico alle unioni fra persone dello stesso sesso e alle convivenze *more uxorio*.

CORRADO CARTONI

Appunti in tema di danno non patrimoniale

Sommario: 1. Il danno non patrimoniale e l'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione del novembre 2008. Il nuovo danno morale ed esistenziale e la successiva evoluzione della giurisprudenza. - 2. I criteri di liquidazione del danno non patrimoniale e la questione delle c.d. "Tabelle". - 3. Il danno da lesione del rapporto parentale. - 4. Il danno biologico da morte. Il danno tanatologico. - 5. Liquidazione del danno non patrimoniale da illecito extracontrattuale e stranieri. La condizione di reciprocità.

1. Il codice civile sancisce la regola della risarcibilità del danno non patrimoniale nei soli ed esclusivi casi determinati dalla legge (art. 2059 c.c.), vale a dire, in particolare, in ipotesi di danni derivanti da reato.

Dunque vige nel nostro ordinamento il principio della non risarcibilità del danno non patrimoniale, ispirato alla tradizionale concezione del diritto privato come ordinamento costituito a tutela di interessi esclusivamente economici, con sostanziale irrilevanza di interessi di altra natura.

L'eccezione dell'art. 2059 c.c. del danno non patrimoniale da reato è giustificata dal fatto che la norma penale tutela valori di rilevanza pubblica, la cui violazione esige dalla vittima una completa riparazione del danno prodotto, economico e non economico.

Il danno non patrimoniale risarcibile era individuato nei limiti dell'art. 2059 c.c. e nel solo danno morale ([18]), il c.d. *pretium doloris*, inteso come sofferenza psichica transitoria conseguente al pregiudizio subito, con esclusione delle lesioni all'integrità ed alla salute della persona considerati danni materiali, risarcibile ex art. 185 c.p. in presenza di una fattispecie di reato, anche se accertato in astratto ([19]) e sulla base di semplici presunzioni legali.

Tuttavia, questa concezione economica del diritto privato è stata gradualmente abbandonata in favore della preminenza dei valori della persona e della tesi che riteneva inadeguata l'impostazione tradizionale secondo la quale non erano risarcibili le lesioni dei diritti fondamentali.

([18]) Scognamiglio, *Il danno morale (Contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in *Rivista di diritto civile.*, 1957, I, 273 ss.

([19]) Franzoni, *Il danno alla persona*, Milano, 1995, 546; Thiene, *Rimedio risarcitorio e condotta del danneggiante: tramonto o riscoperta dell'ingiustizia del danno?*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2002, II, 205 ss.

Con la storica sentenza della Corte Costituzionale n. 184 del 14 luglio 1986 è, altresì, affermata la risarcibilità del danno biologico come tale, a prescindere dagli effetti economici negativi.

Per il giudice delle leggi il collegamento dell'art. 2043 c.c. con l'art. 32 della Costituzione consente, alla luce dell'interpretazione estensiva affermatasi nell'evoluzione dello stesso diritto vivente, di risarcire, oltre ai danni in senso stretto patrimoniali, anche tutti quelli che, almeno potenzialmente, ostacolano le attività realizzatrici della persona umana e quindi anche, autonomamente e senza alcun ipotizzabile limite, il danno biologico.

Dunque, il danno non patrimoniale non è più limitato a quello morale ma comprende anche il danno biologico, inteso come lesione dell'integrità psicofisica della persona in sé e per sé considerata da accertare sul piano medico-legale e che può definirsi come il pregiudizio arrecato ad interessi non economici aventi rilevanza sociale, tra i quali, principalmente, i diritti fondamentali dell'individuo.

Il sistema risarcitorio del danno alla persona viene così a configurarsi come tripolare, vale a dire il danno patrimoniale, il danno morale ex art. 2059 c.c. ed il danno biologico.

Con le note sentenze della Cassazione, terza sezione civile, nn. 8827 e 8828 del 31 maggio 2003 ([20]) viene superato il principio che faceva coincidere il danno non patrimoniale ex art. 2059 c.c. con il solo danno morale soggettivo, giungendo ad un sistema risarcitorio del danno alla persona non più tripolare, bensì bipolare, contraddistinto solo dal danno patrimoniale e dal danno non patrimoniale.

In tale sistema è dunque compreso il danno morale soggettivo, il danno biologico e il danno da lesione di altri interessi di rango costituzionale inerenti alla persona, o anche detto esistenziale ([21]).

A questa impostazione ha dato continuità la Corte Costituzionale, la quale con sentenza n. 233 del 12 luglio 2003 ha anche tributato un formale riconoscimento al danno esistenziale, quale terza sottocategoria di danno non patrimoniale ([22]).

([20]) In *Rassegna di diritto civile,* 2005, 1112 ss., con nota di Caiaffa, *L'art. 2059 c.c.: profili riparatori (e risarcitori?) del danno alla persona.*

([21]) Sul bipolarismo tra danno patrimoniale e non patrimoniale si veda Grassi, *I danni non patrimoniali ed il "doppio" art. 2043 c.c.*, in *Rassegna di diritto civile*, 2008, 943 ss.

Tutta la disciplina del risarcimento del danno non patrimoniale è, dunque, posta sotto l'egida dell'art. 2059 c.c. e, mentre l'art. 2043 c.c. sottopone il risarcimento del danno patrimoniale al principio della atipicità dell'illecito aquiliano, nel senso che la lesione di qualunque interesse dotato di protezione giuridica può generare l'obbligazione di risarcimento del danno patrimoniale, l'art. 2059 c.c. stabilisce, invece, l'opposta regola secondo cui il risarcimento del danno non patrimoniale è ammesso nei soli casi tipici previsti dalla legge.

In questo quadro sono intervenute le sezioni unite della Cassazione con le quattro sentenze gemelle nn. 26972, 26973, 26974 e 26975 dell'11 novembre 2008 ([23]), rivisitando alcuni dei più importanti tasselli della responsabilità civile e le questioni più dibattute in materia di danno non patrimoniale.

In particolare queste pronunce, dopo aver ribadito che tutti i danni non patrimoniali sono da ricondursi nell'ambito della previsione dell'art. 2059 c.c., hanno premesso che nella categoria generale del danno non patrimoniale, la formula "danno morale" non individua una autonoma sottocategoria di danno, ma descrive, tra i vari possibili pregiudizi non patrimoniali, un tipo di pregiudizio, costituito dalla sofferenza soggettiva cagionata dal reato in sé considerata.

Tale danno, poi, in conformità alle precedenti pronunce ([24]), consegue alla ingiusta lesione di un interesse inerente alla persona, costituzionalmente garantito e, per essere risarcito, non è soggetto al limite derivante dalla riserva di legge correlata all'art. 185 c.p. e, pertanto, non presuppone necessariamente la configurazione del fatto illecito come reato, giacché il rinvio ai casi in cui la legge consente la riparazione del danno non patrimoniale ben può essere riferito, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, anche alle previsioni della stessa, ove si consideri che il riconoscimento dei diritti inviolabili inerenti alla persona non aventi natura economica implicitamente, ma necessariamente, ne esige la tutela, ed in tal modo configura un caso determinato dalla legge, al massimo livello, di riparazione del danno non patrimoniale.

In conclusione è un danno che sussiste nei casi di reato o previsti dalla legge, ovvero in ipotesi di lesione di diritti inviolabili della persona costituzionalmente qualificati, nonché in

([22]) In dottrina Ziviz, *L'evoluzione del sistema di risarcimento del danno: modelli interpretativi a confronto*, in *Revue critique de droit international privè*, 1999, 61 ss; Cendon, *Esistere o non esistere?*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2000, 1251 ss.

([23]) In *Rivista di diritto civile,* 2009, II, 97, con nota di Busnelli.

([24]) Cass. civ., 19 ottobre 2007, n. 22020, in motivazione.

presenza di una offesa grave e di una lesione seria e, per quanto concerne l'onere probatorio, le sezioni unite operano riferimento alla prova testimoniale, documentale e presuntiva.

Si configura, inoltre, una duplice categoria di danno morale ([25]).

In primo luogo si avrà un danno morale "puro" o in senso stretto, inteso come "sofferenza soggettiva in sé considerata" e non come componente di più complesso pregiudizio non patrimoniale, ricorrente ove sia allegato il turbamento dell'animo, il dolore intimo sofferto, mentre il secondo è un danno morale con degenerazioni patologiche, il quale sussiste quando il turbamento dell'animo o il dolore intimo siano accompagnati da degenerazioni patologiche della sofferenza.

Questa seconda tipologia di danno morale, in realtà, continua la Cassazione, rientra nell'area del danno biologico, del quale ogni sofferenza, fisica o psichica, per sua natura intrinseca costituisce componente, e, dunque, determina duplicazione di risarcimento la congiunta attribuzione del danno biologico e del danno morale, nei suindicati termini inteso, normalmente liquidato in percentuale del primo.

Le pronunce delle sezioni unite, dunque, inquadrano il danno morale come aspetto del danno non patrimoniale e negano ogni sua autonomia ontologica, affermando che la liquidazione deve essere sganciata da quanto riconosciuto a titolo di danno biologico.

In realtà, a fronte di una apparente rivoluzione in materia di danno non patrimoniale, a ben vedere, da un punto di vista pratico nulla è cambiato per il danno morale ed una lettura attenta degli enunciati motivazionali conduce a ritenere che le sezioni unite abbiano cambiato il linguaggio della responsabilità civile, ma non la sostanza, pertanto non può ritenersi che il danno morale inteso come sofferenza psichica transitoria conseguente al sinistro sia scomparso dal nostro ordinamento e non sia più risarcibile.

Lo stesso, in realtà, gode solo di un diverso inquadramento sistematico, costituendo non più una categoria autonoma, bensì un aspetto meramente descrittivo del danno non patrimoniale unitariamente inteso. Il danno morale con degenerazioni patologiche, invece, altro non è che il danno biologico da invalidità permanente, già riconosciuto e liquidato da tempo dalla giurisprudenza.

([25]) Punto 4.9 della sentenza n. 26972/08.

Dunque il danno morale è sempre da riconoscere e da liquidare e, del resto, le successive pronunce della Cassazione ne hanno ribadito la piena risarcibilità ([26]).

Infatti, se è vero che danno biologico e morale non sono categorie di danno, bensì semplici nozioni descrittive, è anche vero che il giudice, esattamente come prima, li utilizza e li considera ai fini del risarcimento del danno e, dunque, pur cambiando le terminologie e le collocazioni sistematiche, non muta la sostanza ([27]).

In definitiva oggi la giurisprudenza di legittimità, pur sottolineando la necessità di evitare duplicazioni risarcitorie del danno non patrimoniale, ha ribadito l'esistenza del danno morale ([28]),

([26]) Cass. civ., sez. III, 28 novembre 2008, n. 28407 ha chiarito che "L'autonomia ontologia del danno morale rispetto al danno biologico, in relazione alla diversità del bene protetto, appartiene ad una consolidata giurisprudenza di questa Corte, che esclude il ricorso semplificativo a quote del danno biologico, esigendo la considerazione delle condizioni soggettive della vittima e della gravità del fatto e pervenendo ad una valutazione equitativa autonoma e personalizzata". Il collegio qui si pronuncia, espressamente, proprio a favore della netta distinzione tra biologico e morale, da un punto di vista ontologico in relazione alla diversità del bene protetto, e tale decisione trova conferma in Cass. civ., sez. III, 12 dicembre 2008, n. 29191, in *Responsabilità civile*, 2009, 2, 176, la quale, pur ribadendo come sia un *error in iudicando* valutare il danno morale in termini di quota del danno biologico, sostiene che "nella quantificazione del danno morale contestuale alla lesione del diritto alla salute, la valutazione di tale voce di danno, dotata di logica autonomia in relazione alla diversità del bene protetto, che pure attiene ad un diritto inviolabile della persona ovvero all'integrità morale, quale massima espressione della dignità umana, desumibile dall'art. 2 della Costituzione in relazione all'art. 1 della Carta di Nizza, contenuta nel Trattato di Lisbona, ratificato dall'Italia con legge 2 agosto 2008 n. 190, deve tener conto delle condizioni soggettive della persona umana e della gravità del fatto, senza che possa quantificarsi il valore dell'integrità morale come una quota minore proporzionale al danno alla salute". Per Cass. civ., sez. lav., 19 dicembre 2008, n. 29832 il danno morale e quello biologico non sono categorie di danno, ma il giudice ne deve tenere comunque conto ai fini della liquidazione del risarcimento, in quanto descrivono la lesione subita.

([27]) Cass. civ, sez. III, 13 gennaio 2009, n. 479, in *Danno e responsabilità*, 2009, 3, 321, si è sganciata dalle pronunce gemelle del 2008, nelle quali, come già detto, il Collegio aveva chiaramente affermato che se la sofferenza è accompagnata da degenerazioni patologiche il danno morale non va liquidato assieme al biologico, e, dunque, se c'è danno alla salute, va risarcito il solo danno biologico dinamico, il quale è comprensivo del morale così inteso, mentre per questa pronuncia costituisce violazione dell'art. 2059 c.c. negare il risarcimento del danno morale in caso di lesioni gravi riportate dalla vittima.

Nella fattispecie oggetto di giudizio le corti di merito avevano già liquidato il biologico, ma non il morale e, se il Collegio avesse confermato la lettera delle sentenze gemelle del 2008, dinanzi alle censure concernenti la mancata liquidazione del morale, questi avrebbe, comunque, affermato che andava liquidato il solo biologico seppur con adeguamento ai risvolti "dinamici". Invece Cass. 479/09 afferma il seguente principio di diritto: "la parte che ha subito lesioni gravi alla salute nel corso di un incidente stradale, ha diritto al risarcimento integrale del danno ingiusto non patrimoniale (nella specie dedotto come danno morale), che deve essere equitativamente valutato tenendo conto delle condizioni soggettive della vittima, della entità delle lesioni e delle altre circostanze che attengono alla valutazione della condotta dell'autore del danno".

Anche Cass. civ., sez. III, ordinanza 17 settembre 2010, n. 19816, in *Danno e responsabilità*, 2011, 2, 146, con nota di Hazan, nel chiarire che le sofferenze morali devono essere sempre risarcite, ha stabilito che "il giudice deve comunque tenere conto - nel liquidare l'unica somma spettante in riparazione - di tutti gli aspetti che il danno non patrimoniale assume nel caso concreto".

([28]) Per Cass. civ., sez. III, 26 maggio 2011, n. 11609, in *Responsabilità civile*., 2011, 7, 546, nel procedere alla quantificazione ed alla liquidazione unitaria del danno non patrimoniale il giudice deve tenere conto di tutti i diversi aspetti in cui il danno si atteggia nel caso concreto, mentre per Cass. civ., sez. III, 12 settembre 2011, n. 18641, le

ne ha confermato il ristoro pur in presenza di semplici presunzioni ed ha sganciato la sua risarcibilità dall'accertamento incidentale della presenza di un reato ([29]).

Sul punto, inoltre, è da registrare un importante intervento del legislatore con il d.p.r. 3 marzo 2009, n. 37 ([30]) ed il d.p.r. 30 ottobre 2009, n. 181 ([31]), il quale, seppur in materie del tutto peculiari e disciplinando settori speciali, rivela un ragionamento in evidente contrasto con quello fatto dalle sezioni unite.

Peraltro, anche quei Tribunali che non individuano espressamente come danno autonomo il pregiudizio morale, ma lo considerano come aspetto descrittivo di un unico danno, quello non patrimoniale ([32]), giungono, in sostanza, alle medesime conclusioni pratiche, nel senso che trattasi di danno comunque risarcito e riconosciuto.

Appare opportuno rammentare che in materia di circolazione stradale il risarcimento del danno morale, come per l'intera area del danno non patrimoniale, non richiede la responsabilità penale dell'autore del fatto illecito, ovvero la necessaria sussistenza di un fatto-reato accertato in concreto, ed è, dunque, risarcibile anche nel caso in cui la responsabilità sia fondata sulla sola presunzione di colpa ex art. 2054, 2° comma, c.c. ([33]).

Per le sentenze gemelle del novembre 2008 anche il danno esistenziale non può essere inteso come categoria autonoma, ma come figura individuata ai fini meramente descrittivi di un particolare aspetto del danno non patrimoniale e consiste in un pregiudizio di natura non meramente emotiva ed interiore, ma permanente, oggettivamente accertabile e provocato sul fare areddittuale del soggetto, il quale altera le sue abitudini di vita e gli assetti relazionali che gli erano propri, inducendolo a scelte di vita diverse quanto alla espressione e

---

stesse tabelle del Tribunale di Milano non hanno mai "cancellato la fattispecie del danno morale intesa come "voce" integrante la più ampia categoria del danno non patrimoniale: né avrebbe potuto farlo senza violare un preciso indirizzo legislativo, manifestatosi in epoca successiva alle sentenze del 2008 delle sezioni unite, dal quale il giudice, di legittimità e non, non può in alcun modo prescindere".

([29]) Cass. civ., sez. lav., 19 dicembre 2008, n. 29832, cit.

([30]) Regolamento per la disciplina dei termini e delle modalità di riconoscimento di particolari infermità da cause di servizio per il personale impiegato nelle missioni militari all'estero, nei conflitti e nelle basi militari nazionali, a norma dell'articolo 2, commi 78 e 79, della legge 24 dicembre 2007, n. 244.

([31]) Regolamento recante i criteri medico-legali per l'accertamento e la determinazione dell'invalidità e del danno biologico e morale a carico delle vittime del terrorismo e delle stragi di tale matrice, a norma dell'articolo 6 della legge 3 agosto 2004, n. 206.

([32]) T. Roma, sez. XII, 12 gennaio 2010; T. Milano, sez. X, 17 novembre 2009.

([33]) Corte Costituzionale n. 233 dell'11 luglio 2003; Cass. civ., sez. I, 15 gennaio 2005, n. 729; Cass. civ., sez. III, 24 novembre 2005, n. 24808.

realizzazione della sua personalità nel mondo esterno ([34]) e sussiste solo nei casi di reato o previsti dalla legge, ovvero in ipotesi di lesione di diritti inviolabili della persona costituzionalmente qualificati, ed in presenza di una lesione grave e di un danno serio.

Dunque, così come per il danno morale, non può ritenersi che il danno esistenziale sia stato cancellato dalle sezioni unite, ma, al pari di quello, è stato semplicemente collocato sistematicamente nella più ampia categoria unitaria del danno non patrimoniale e ne è stata delimitata in termini ristretti l'area di applicazione ([35]).

Non possono, per tali motivi, essere risarcibili i danni "bagatellari" riconosciuti dalla giurisprudenza di merito, in particolare dai Giudici di Pace, come la rottura del tacco di una scarpa da sposa, l'errato taglio di capelli, l'attesa in aeroporto, il disservizio dell'ufficio pubblico, l'invio di contravvenzioni illegittime, la morte dell'animale da affezione o il mancato godimento della partita di calcio in tv determinato da "black out" elettrico.

Insomma, non sono meritevoli di tutela risarcitoria non patrimoniale i pregiudizi consistenti in disagi, fastidi, disappunti, ansie o varie insoddisfazioni relative ai più disparati aspetti della vita quotidiana e non esiste un diritto risarcibile ad essere felici ed alla qualità della vita.

In sostanza il pregiudizio di tipo esistenziale è riconosciuto solo entro il limite segnato dalla ingiustizia costituzionalmente qualificata dell'evento di danno e senza lesione di diritti fondamentali non c'è tutela, con l'ulteriore filtro della serietà e gravità della lesione e, per quanto concerne l'onere probatorio, si rinvia ancora alla prova documentale, testimoniale o per presunzioni ([36]).

([34]) Cass. civ., sez. un., n. 26972 del 24 giugno/11 novembre 2008, cit.; Cass. civ., sez. lav., 7 marzo 2007, n. 5221. Di "sconvolgimento foriero di scelte di vita diverse" parla Cass. civ., sez. III, 30 giugno 2011, n. 14402.

([35]) In particolare la Corte ha osservato che (punto 3.11 sent. 26972/08) "La gravità dell'offesa costituisce requisito ulteriore per l'ammissione a risarcimento dei danni non patrimoniali alla persona conseguenti alla lesione di diritti costituzionali inviolabili. Il diritto deve essere inciso oltre una certa soglia minima, cagionando un pregiudizio serio. La lesione deve eccedere una certa soglia di offensività, rendendo il pregiudizio tanto serio da essere meritevole di tutela in un sistema che impone un grado minimo di tolleranza. Il filtro della gravità della lesione e della serietà del danno attua il bilanciamento tra il principio di solidarietà verso la vittima e quello di tolleranza, con la conseguenza che il risarcimento del danno non patrimoniale è dovuto solo nel caso in cui sia superato il livello di tollerabilità ed il pregiudizio non sia futile. Pregiudizi connotati da futilità ogni persona inserita nel complesso contesto sociale li deve accettare in virtù del dovere della tolleranza che la convivenza impone (art. 2 Cost.). Entrambi i requisiti devono essere accertati dal giudice secondo il parametro costituito dalla coscienza sociale in un determinato momento storico".

([36]) Cass. civ., sez. un., 24 marzo 2006, n. 6572.; Cass. civ., sez. lav., 16 maggio 2007, n. 11278.

Peraltro appare evidente, anche per evitare la duplicazione del danno risarcibile, la distinzione del danno esistenziale da quello morale.

In particolare, è stato osservato che poiché il danno esistenziale si sostanzia in un non poter più fare, un dover agire altrimenti, la prova della sola lesione di un diritto fondamentale dell'individuo non è sufficiente a giustificarne il risarcimento, costituendo invero la stessa un semplice indizio di danno; la sua esistenza deve, perciò, essere dimostrata mediante elementi che confermino il carattere permanente del pregiudizio, risolvendosi altrimenti lo stesso in un *pati* transitorio risarcibile solo sotto il diverso profilo del danno morale ([37]).

Dunque, il danno morale attiene alla sfera dell'emotività ed il pregiudizio esistenziale concerne il modo di estrinsecarsi ([38]).

Una volta liquidato il danno morale anche sotto il profilo relazionale, vale dire anche come esistenziale nei termini sopra precisati, non può aggiungersi alla liquidazione del morale una ulteriore liquidazione del danno esistenziale, non venendo in rilievo il *nomen iuris* adottato dal giudice e dalle parti, ma i tipi di pregiudizio che vengono complessivamente risarciti nella liquidazione del danno non patrimoniale ([39]), e lo stesso è da dirsi se nel danno biologico sono considerati anche gli aspetti relazionali o esistenziali, con la ulteriore precisazione che è necessario caso per caso verificare quali di questi aspetti relazionali siano stati valutati dal giudice ([40]).

La conclusione, sia per il danno morale, sia per il danno esistenziale, appare dunque la stessa, nel senso che, come lo si voglia nominare ed inquadrare, è un pregiudizio che deve essere liquidato, sempre nell'ottica della personalizzazione e nel rispetto dell'esigenza di evitare duplicazioni risarcitorie ([41]).

([37]) T. Roma, Sez. XII, 1 dicembre 2009, in *Foro Italiano*, 2010, 2, 1, 677.

([38]) Interessante, per quanto concerne i rapporti tra il danno esistenziale e quello morale, è Cass. civ., sez. un., 16 febbraio 2009, n. 3677, in *Giurisprudenza italiana*, 2009, 8-9, 1989, con nota di Didone, *Il nuovo filtro in Cassazione: esercitazione sul danno esistenziale*, la quale ha evidenziato come "Il danno c.d. esistenziale, non costituendo una categoria autonoma di pregiudizio, ma rientrando nel danno morale, non può essere liquidato separatamente solo perchè diversamente denominato".

([39]) Cass. civ., sez. III, 15 aprile 2010, n. 9040, in motivazione.

([40]) Cass., sez. III, n. 14402 del 30 giugno 2011, cit., in motivazione.

([41]) Si veda anche Cass., civ., sez. III, 13 luglio 2011, n. 15373 in base alla quale "Il danno non patrimoniale da lesione della salute costituisce una categoria ampia ed omnicomprensiva, nella cui liquidazione il giudice deve tenere conto di tutti i pregiudizi concretamente patiti dalla vittima, ma senza duplicare il risarcimento attraverso l'attribuzione di nomi diversi a pregiudizi identici".

2. Dopo le sentenze delle sezioni unite del novembre 2008 si è aperto un ampio dibattito in seno ai Tribunali italiani in ordine ai criteri di determinazione del punto delle tabelle normalmente utilizzate per la liquidazione del danno biologico ([42]).

Una prima impostazione seguita dal Tribunale di Milano, le cui tabelle sono largamente le più diffuse sul territorio nazionale ([43]), ha adottato il criterio del c.d. "punto pesante", nel senso di comprendere nel punto in una liquidazione congiunta i valori riferibili al danno biologico ed a quello morale.

In particolare, l'Osservatorio per la giustizia civile di Milano ha elaborato tabelle per la liquidazione del danno non patrimoniale complessivamente inteso, con le quali viene proposta la liquidazione congiunta del danno non patrimoniale quale lesione dell'integrità psicofisica della persona suscettibile di accertamento medico legale, sia nel suo aspetto "statico", vale a dire la lesione in sé e per sé considerata, sia nel suo aspetto "dinamico", vale a dire dei risvolti anatomo-funzionali e relazionali, e del danno non patrimoniale conseguente alle medesime lesioni in termini di "sofferenza soggettiva".

In definitiva sono liquidati unitariamente, con riferimento all'andamento dei precedenti degli uffici giudiziari di Milano, i pregiudizi in passato liquidati a titolo di danno biologico standard, in tutte le sue componenti (estetico, alla vita di relazione, alla capacità lavorativa generica, etc), di danno esistenziale e di danno morale.

Questa posizione, però, se ha l'indubbio vantaggio, in un'ottica di conciliazione e transazione delle cause, di fornire una maggiore prevedibilità della futura entità del risarcimento, comporta un eccessivo automatismo nella liquidazione del danno e comprime notevolmente il potere equitativo del giudice in un valore già elaborato a priori nei suoi standard medi, lasciando alla personalizzazione solo una funzione marginale di intervento in ipotesi rare ed eccezionali.

Altri Tribunali, invece, tra cui quello di Roma, hanno adottato un principio opposto, lasciando sostanzialmente invariato il punto di invalidità, limitato al solo danno biologico, e

([42]) Sui criteri di liquidazione del danno non patrimoniale Navarretta, *I danni non patrimoniali - Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, Milano, 2004, 175 ss.

([43]) La dottrina ha più volte sottolineato l'esigenza di una tabella unica normativa da applicare su tutto il territorio nazionale: Busnelli, *Il danno alla salute ad una svolta: legge si? Legge no? Quale legge?*, in *Danno e responsabilità*, 1998, 305 ss.

rimandando al potere equitativo del giudice la personalizzazione e, soprattutto, la liquidazione del danno morale.

Infatti, comprendere il danno morale nel punto tabellare tramite un "appesantimento" dello stesso incontra altri due ostacoli, uno di carattere sistematico e l'altro pratico.

Sotto il primo profilo, quello sistematico, il danno biologico è un danno permanente, mentre quello morale è, per sua definizione, un danno transitorio.

Da qui la difficoltà concettuale di comprendere nello stesso punto un danno non patrimoniale permanente, quello biologico, ed un danno patrimoniale transitorio per sua natura, quale è quello morale.

Inoltre, da un punto di vista pratico, appunto, anche comprendendo il danno morale nel punto tabellare, non potrebbe non esservi comunque sempre spazio per la c.d. personalizzazione del danno, personalizzazione che, per costante giurisprudenza di legittimità, costituisce uno specifico dovere del giudice, il quale non può limitarsi alla semplice applicazione automatica dei criteri tabellari.

In concreto, dovendosi comunque sempre personalizzare il danno non patrimoniale, appare sostanzialmente inutile includere nel punto tabellare il danno morale, oltre che parzialmente, ed inutilmente, vincolante per il giudice.

Peraltro, inserire il danno morale nel punto tabellare è più problematico rispetto al danno biologico, attesa la natura strettamente soggettiva della sofferenza psichica transitoria, la quale non può non tener conto di circostanze, quali, ad esempio, il tipo e la gravità della condotta illecita altrui, le quali ben possono cagionare un danno morale elevato a fronte di un biologico lieve o insussistente (sul punto basti pensare alla violenza sessuale, la quale, se può comportare un lieve danno sotto il profilo strettamente biologico, integra un rilevante danno morale per la vittima).

Infine, la giurisprudenza di legittimità ha costantemente censurato la prassi delle corti di merito in ordine all'appiattimento del risarcimento sui criteri tabellari e, dunque, la superficiale valutazione soggettiva del danno in relazione al singolo caso concreto e, inevitabilmente, il punto tabellare "pesante" aumenta la possibilità di questo appiattimento.

Di recente la Cassazione ha stabilito che poiché l'equità va intesa anche come parità di trattamento, la liquidazione del danno non patrimoniale alla persona da lesione dell'integrità

psico-fisica presuppone l'adozione da parte di tutti i giudici di merito di parametri di valutazione uniformi che, in difetto di previsioni normative, vanno individuati in quelli tabellari elaborati presso il tribunale di Milano da modularsi a seconda delle circostanze del caso concreto.

Con questo intervento sono state assunte le tabelle milanesi come criterio universale di liquidazione equitativa del danno alla persona per far fronte al fenomeno dei c.d. risarcimenti oscillanti in base al Tribunale al quale è rivolta la domanda di giustizia ([44]).

In sostanza la Corte afferma che, dovendosi di regola liquidare il danno non patrimoniale in via equitativa, equità non è arbitrio e non vuol dire solo regola del caso concreto, ma anche parità di trattamento e, dunque, solo un'uniformità pecuniaria di base può valere ad assicurare una tendenziale uguaglianza.

Questa impostazione, certamente positiva per quanto concerne l'evidente sforzo di uniformare i risarcimenti, non convince.

Infatti, sotto un primo profilo, il fondamento della tabella è la media dei precedenti giudiziari in un dato ambito territoriale e la finalità è quella di uniformare i criteri di liquidazione del danno, ma la stessa non deve essere applicata automaticamente, bensì con apprezzamento anche delle c.d. condizioni personalizzanti, tenendo conto della particolarità del caso concreto e della reale entità del danno, anche per evitare l'eventualità che possa giungersi a liquidazioni puramente simboliche o irrisorie ([45]).

Inoltre per costante giurisprudenza le tabelle non rientrano nelle nozioni di fatto di comune esperienza, né sono recepite in norme di diritto appartenenti necessariamente alla conoscenza del magistrato ([46]) e, pertanto, il giudice che intenda utilizzarle deve, per non incorrere nell'errore di

([44]) Cass. civ., sez. III, 7 giugno 2011, n. 12408. La pronuncia in esame precisa che le disparità nei risarcimenti "incidendo sui fondamentali diritti della persona, vulnera elementari principi di eguaglianza, mina la fiducia dei cittadini nell'amministrazione della giustizia, lede la certezza del diritto, affida in larga misura al caso l'entità dell'aspettativa risarcitoria, ostacola le conciliazioni e le composizioni transattive in sede stragiudiziale, alimenta per converso le liti, non di rado fomentando domande pretestuose (anche in seguito a scelte mirate: cosiddetto "forum shopping") o resistenze strumentali". In termini anche Cass. civ., sez. III, 31 agosto 2011, n. 17879 e Cass. civ., sez. III, 12 settembre 2011, n. 18641, cit.

([45]) Cass. civ., sez. III, 25 maggio 2007, n. 12247; Cass. civ., sez. III, 11 gennaio 2007, n. 392.

([46]) Cass. civ., sez. III, 11 gennaio 2007, n. 394; Cass. civ., sez. III, 1 giugno 2006, n. 13130; Cass. civ., sez. III, 16 dicembre 2005, n. 27723. Di "notorio locale", vale a dire limitato ad una stretta cerchia di soggetti, parla Cass. civ., sez. III, 12 marzo 2008, n. 6684, in *Responsabilità civile*, 2008, 5, 464.

omessa motivazione, dare conto dei criteri indicati nelle tabelle e poi descriverne l'applicazione alla fattispecie concreta ([47]).

Sotto altro profilo, da un lato si ritiene non sussistente alcun diritto del danneggiato ad ottenere la liquidazione del danno in base a tabelle in uso presso un determinato ufficio giudiziario piuttosto che in un altro ([48]), e, dall'altro, il giudice, non è vincolato alle tabelle di sezione adottate dal suo Tribunale, e qualora le utilizzi la motivazione della scelta è già in *re ipsa* ([49]), e ben può adottare le tabelle in uso presso altro ufficio giudiziario, pur essendo tenuto, in questo caso, a dare ragione della diversa scelta ([50]).

Dunque, ciò che rileva ai fini dell'uniformità non è, in assenza di specifica previsione normativa, tanto il dato di partenza comune, dunque la stessa tabella per tutti, quanto l'utilizzo da parte dei giudici di principi comuni ed uniformi, così come elaborati dalla giurisprudenza e sopra indicati, nell'uso e nell'applicazione delle varie tabelle.

Del resto, se l'esigenza fondamentale è quella dell'utilizzo da parte di tutti i giudici del medesimo dato di partenza, del tutto contraddittoria si presenta la pronuncia n. 12408/2011 laddove non estende a tutte le lesioni psico-fisiche lievi l'art. 139 del decreto legislativo n. 209 del 7 settembre 2005, c.d. Codice delle Assicurazioni Private, vale a dire la tabella unica nazionale per le lesioni micropermanenti o le lesioni di lieve entità dall'1% al 9% derivanti da sinistro stradale.

Orbene, alcune pronunce, in considerazione del fatto che la liquidazione del danno biologico nei sinistri stradali deve avvenire con criteri equitativi, ritengono che i parametri previsti dalla legge 5 marzo 2001, n. 57 possono essere utilizzati anche per lesioni che superano il 9% di invalidità permanente ([51]), ovvero applicati in via analogica anche in ipotesi di lesioni micropermanenti non derivanti da circolazione stradale ([52]).

Sul punto, invece, la citata sentenza n. 12408/2011 ha stabilito che per i postumi di lieve entità derivanti da evento diverso dalla circolazione stradale non varranno i criteri di cui all'art. 139 del codice delle assicurazioni, annullando così quell'esigenza di uniformità nel

([47]) Cass. civ., sez. III, 23 maggio 2003, n. 8169; Cass. civ., sez. III, 9 agosto 2001, n. 10980.
([48]) Cass. civ., sez. III, 26 gennaio 2010, n. 1524.
([49]) Cass. civ., sez. III, 3 agosto 2005, n. 16237.
([50]) Cass. civ., sez. III, 1 giugno 2006, n. 13130; Cass. civ., sez. III, 2 marzo 2004, n. 4186.
([51]) T. Venezia, 11 luglio 2002; T. Dolo, 11 luglio 2002.
([52]) T. Catania, sez. V, 16 gennaio 2006; T. Bari, sez. III, 31 marzo 2006; T. Milano, 2 luglio 2001; T. Venezia, 11 maggio 2001.

calcolo del danno a cui la stessa pronuncia si ispira nell'affermare la generale applicazione delle tabelle milanesi.

Peraltro, la stessa Cassazione ([53]) sembra correggere leggermente il tiro, potendosi, allora, concludere nel senso che il giudice non abbia l'obbligo di utilizzare sempre e comunque le tabelle del Tribunale di Milano, bensì solo di liquidare, eventualmente anche utilizzando altre tabelle, in modo non gravemente difforme dai parametri milanesi.

Altra e diversa questione è se il danno morale possa essere liquidato in percentuale su quanto riconosciuto a titolo di danno biologico, opzione che, in base a quanto sopra esposto, sembrerebbe preclusa dalle pronunce delle sentenze gemelle del 2008.

In realtà alcuni Tribunali di merito continuano a liquidare il danno morale con riferimento ad una frazione del *quantum* liquidato a titolo di danno biologico ([54]) e la successiva giurisprudenza di legittimità avalla tale impostazione, sottolineando però sempre il dovere del giudice di procedere poi alla necessaria personalizzazione ([55]).

Anche in questo caso, peraltro, la questione appare più formale che sostanziale, atteso che, una volta riconosciuta la risarcibilità del danno morale, il relativo criterio di liquidazione, necessariamente equitativo, è rimesso al prudente apprezzamento del giudice, il quale ben potrà utilizzare come punto di riferimento quanto liquidato a titolo di danno biologico, salvo tener conto delle circostanze del caso concreto e riconoscere un complessivo danno non patrimoniale il più possibile personalizzato.

Discorso a parte merita la liquidazione del danno alla persona da circolazione stradale, sulla quale, come già visto, incide il decreto legislativo n. 209 del 7 settembre 2005.

Il legislatore, dunque, ha adottato una tabella per lesioni di lieve entità dall' 1% al 9% e l'art. 139, terzo comma, del suddetto decreto prevede la possibilità per il giudice di aumentare l'ammontare del danno biologico liquidato in misura non superiore ad un quinto

([53]) Cass. civ., sez. III, 30 giugno 2011, n. 14402, cit. La pronuncia in questione ha precisato che è incongrua "la motivazione che non dia conto delle ragioni della preferenza assegnata ad una liquidazione che, avuto riguardo alle circostanze del caso concreto, risulti sproporzionata rispetto a quella cui si perviene mediante l'adozione dei parametri esibiti dalle c.d. tabelle di Milano".

([54]) T. L'Aquila, 5 marzo 2010.

([55]) Cass. civ., sez. III, 15 luglio 2009, n. 16448; Cass. civ., sez. III, 19 gennaio 2010, n. 702.

"con equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato", dando, così, spazio alla c.d. personalizzazione ([56]).

Peraltro è da ritenersi, per quanto sopra esposto, che questa personalizzazione per le lesioni di lieve entità, proprio perché limitata al 20%, concerni esclusivamente il danno biologico in senso stretto, dovendo il giudice poi ulteriormente personalizzare il complessivo danno non patrimoniale in tutti suoi ulteriori aspetti ([57]).

Questa conclusione sembra inevitabile alla luce della necessaria personalizzazione del danno non patrimoniale complessivamente inteso ([58]), mentre per la già citata Cass. 12408/11 la personalizzazione deve essere contenuta nella misura di un quinto, dunque entro la norma senza possibilità di ulteriori aumenti ([59]).

Precisato che, in quanto oggetto di specifica previsione legislativa, per le lesioni di lieve entità in materia di circolazione stradale il giudice non può più operare riferimento alle note tabelle vigenti in Tribunale, ulteriore questione è quella se per i sinistri anteriori al 4 aprile 2001, data di vigenza della legge n. 57/01 poi ripresa dall'art. 139 del d.l.vo n. 209/05, il giudice debba applicare comunque il sopravvenuto dato normativo, ovvero le tabelle di liquidazione del danno biologico adottate dall'ufficio di appartenenza, peraltro normalmente di importo superiore.

Secondo una prima impostazione la liquidazione del danno biologico da c.d. micropermanente può essere effettuata applicando i criteri previsti dalla legge n. 57/2001 anche nel caso di sinistro stradale verificatosi in data antecedente all'entrata in vigore della legge stessa, sulla base della considerazione che i criteri di cui alla detta legge, pur se contenuti in un provvedimento normativo entrato in vigore dopo il sinistro, possono costituire una base equitativa

([56]) La Corte costituzionale con ordinanza del 16 aprile 2003, n. 16, ha dichiarato manifestamente inammissibile la eccezione di illegittimità di tale normativa la quale, in pratica, fissa livelli di risarcimento inferiori a quelli riconosciuti dalle pronunce dei giudici anteriormente alla sua entrata in vigore.

([57]) App. Torino, 5 ottobre 2009: "Le soglie massime per il risarcimento del danno biologico previste dagli artt. 138 e 139 del D.Lgs. n. 209/2005 operano unicamente con riguardo al danno alla validità biologica medicalmente accertato e non invece con riguardo al pregiudizio alla integrità morale della persona". In termini anche T. Varese, Sez. I, 8 aprile 2010, in *Corriere del Merito*, 2010, 10, 923.

([58]) Per tutte Cass. civ., sez. III, 29 marzo 2007, n. 7740.

([59]) La pronuncia in esame stabilisce che "Quante volte, dunque, la lesione derivi dalla circolazione di veicoli a motore e di natanti, il danno non patrimoniale da micro permanente non potrà che essere liquidato, per tutti i pregiudizi areddituali che derivino dalla lesione del diritto alla salute, entro i limiti stabiliti dalla legge mediante il rinvio al decreto annualmente emanato dal Ministro delle attività produttiva (ex art. 139, comma 5), salvo l'aumento da parte del giudice "in misura non superiore ad un quinto, con equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato" (art. 139, comma 3)".

per la liquidazione uniforme dei danni ([60]), ovvero che sarebbe iniquo ed irragionevole determinare il ristoro per il medesimo danno in misura differente a seconda che il fatto lesivo si sia verificato prima o dopo l'entrata in vigore della legge n. 57 del 2001 ([61]).

Per altro orientamento, invece, non va operata l'applicazione di tale legge in via analogica, in quanto contraddice con il dato testuale della stessa, la quale dispone la sua applicabilità ai sinistri avvenuti successivamente alla data di entrata in vigore, oltre a contrastare con il principio di equità trattando con lo stesso criterio fatti avvenuti in tempi diversi ([62]).

La questione sembra oggi risolta ([63]) nel senso che le tabelle mediche per la micropermanente di cui all'art. 5, comma 5°, della legge n. 57/01, approvate con D.M. 3 luglio 2003 ed in vigore dal giorno 11 settembre 2003, non hanno effetto retroattivo, con la conseguente inapplicabilità della legge n. 57/01 quanto meno ai sinistri anteriori all'11 settembre 2003.

Per le lesioni macropermanenti da sinistro stradale, o lesioni di non lieve entità, vale a dire dal 10% in poi, l'art. 138 del d.l.vo n. 209/05 stabilisce la predisposizione di una specifica tabella unica su tutto il territorio nazionale, in realtà già prevista fin dall'art. 23 della legge n. 273 del 12 dicembre 2002, ma ad oggi non ancora elaborata ([64]), con la conseguenza che per tali lesioni il giudice dovrà continuare a fare ricorso alle tabelle in uso presso il suo Tribunale.

Da notare che anche il 3° comma dell'art. 138 prevede una personalizzazione e, come per lesioni lievi, la limitazione normativa deve ritenersi circoscritta al danno biologico in senso stretto, sempre per consentire una adeguata personalizzazione del danno non patrimoniale complessivamente inteso in tutti i suoi aspetti.

3. Per la giurisprudenza la morte non costituisce la massima lesione possibile del diritto alla salute ([65]), e, dunque, in caso di morte senza che sia passato un apprezzabile lasso di tempo dal momento dell'illecito, non sorge alcun danno biologico da trasmettere agli eredi.

([60]) T. Modena, 23 maggio 2008.

([61]) T. Reggio Emilia, 19 aprile 2001. Nello stesso senso anche T. La Spezia, 27 ottobre 2005; T. Mantova, Sez. II, 17 febbraio 2004; T. Milano, 20 settembre 2001.

([62]) App. Genova, Sez. I, 18 luglio 2005. Nello stesso senso T. Massa, 23 marzo 2002.

([63]) Cass. civ., sez. III, 13 maggio 2009, n. 11048, in *Responsabilità civile*, 2009, 8-9, 759.

([64]) Il testo del d.p.r. attuativo dell'art. 138 è stato approvato il 3 agosto 2011 dal Consiglio dei Ministri ma non ha concluso il suo iter parlamentare.

([65]) Per tutte Cass. civ., sez. III, 8 gennaio 2010, n. 79, in *Danno e responsabilità*., 2010, 8-9, 807, con nota di Arnone.

Le sentenze gemelle del 2008 sono innovative sul punto, in quanto è stato colmato il vuoto di tutela rappresentato dalla tesi che nega, appunto, in caso di morte immediata o intervenuta a breve distanza dall'evento lesivo, il risarcimento del danno biologico per perdita della vita, detto anche tanatologico, ammettendolo solo se il soggetto rimanga in vita per un tempo apprezzabile.

Infatti è riconosciuto dalle sezioni unite del 2008 che, in ogni caso, il giudice potrà invece correttamente liquidare il danno morale a ristoro della sofferenza psichica provata dalla vittima di lesioni fisiche, alle quali sia seguita dopo breve tempo la morte e che sia rimasta lucida durante l'agonia in consapevole attesa della fine.

Dunque, in caso di morte immediata o di sopravvivenza limitata nel tempo, se non può nascere alcun danno biologico, può essere riconosciuto un danno morale trasmissibile agli eredi ([66]).

La giurisprudenza, altresì, riconosce il danno morale *jure proprio* da lesione del rapporto di parentela, vale a dire il danno in favore dei congiunti di persona che abbia subito, a causa di fatto illecito, lesioni personali ([67]), ovvero sia deceduto ([68]). Tale danno, il quale trova causa immediata e diretta nel fatto dannoso ([69]), può essere dimostrato in via presuntiva ([70]) ed alcune pronunce

([66]) Si vedano oggi sulla questione in esame Cass. civ., sez. III, 8 aprile 2010, n. 8360, in *Responsabilità civile*, 2010, 6, 467, per la quale "Deve essere risarcito *iure hereditario* ai familiari della persona deceduta dopo mezz'ora il danno morale patito dal *de cuius* che in tale lasso di tempo sia rimasto lucido durante l'agonia, in consapevole attesa della fine"; Cass. civ., sez. III, 12 febbraio 2010, n. 3357 secondo cui "In caso di morte che segua le lesioni dopo breve tempo, la sofferenza psichica patita dalla vittima delle lesioni fisiche integra un danno che deve essere qualificato, e risarcito *iure hereditatis* (con liquidazione ancorata alla gravità dell'offesa ed alla serietà del pregiudizio), come danno morale e non come danno biologico, giacché una tale sofferenza, di massima intensità anche se di durata contenuta, non è suscettibile, in ragione del limitato intervallo temporale di tempo tra lesione e morte, di degenerare in patologia" e Cass. civ., sez. III, 13 gennaio 2009, n. 458, in base alla quale "Nel caso in cui il *de cuius* sia sopravvissuto per un apprezzabile lasso di tempo all'evento lesivo è ammissibile il risarcimento del danno morale terminale".

Per Cass. civ., sez. III, 24 marzo 2011, n. 6754, in *Foro Italiano*, 2011, 4, 1, 1035 "In caso di morte della vittima a poche ore di distanza dal verificarsi di un sinistro stradale (nella specie, sei o sette ore), il risarcimento del c.d. danno "catastrofale" - ossia del danno conseguente alla sofferenza patita dalla persona che lucidamente assiste allo spegnersi della propria vita - può essere riconosciuto agli eredi, a titolo di danno morale, solo a condizione che sia entrato a far parte del patrimonio della vittima al momento della morte. Pertanto, in assenza di prova della sussistenza di uno stato di coscienza della persona nel breve intervallo tra il sinistro e la morte, la lesione del diritto alla vita non è suscettibile di risarcimento, neppure sotto il profilo del danno biologico, a favore del soggetto che è morto, essendo inconcepibile l'acquisizione in capo a lui di un diritto che deriva dal fatto stesso della morte; e, d'altra parte, in considerazione della natura non sanzionatoria, ma solo riparatoria o consolatoria del risarcimento del danno civile, ai congiunti spetta in questo caso il solo risarcimento conseguente alla lesione della possibilità di godere del rapporto parentale con la persona defunta".

([67]) Cass. civ. sez. un., 1 luglio 2002, n. 9556.

([68]) Cass. civ., sez. III, 15 luglio 2005, n. 15019; Cass. civ., sez. III, 12 luglio 2006, n. 15760.

([69]) Cass. civ., sez. III, 11 marzo 2004, n. 4993.

qualificano questo pregiudizio non come morale, bensì come lesione alla intangibilità della sfera degli affetti e della reciproca solidarietà nell'ambito della famiglia, la cui tutela è ricollegabile agli artt. 2, 29 e 30 della Costituzione ([71]).

Le Sezioni Unite del novembre 2008, poi, hanno precisato che il danno morale assorbe il danno parentale, vale a dire il danno da lesione o uccisione del congiunto ([72]), e statuito che determina duplicazione di risarcimento la congiunta attribuzione del danno morale, nella sua rinnovata configurazione, e del danno da perdita del rapporto parentale, poiché la sofferenza patita nel momento in cui la perdita è percepita e quella che accompagna l'esistenza del soggetto che l'ha subita altro non sono che componenti del complesso pregiudizio, che va integralmente ed unitariamente ristorato.

4. Il danno tanatologico è il danno derivante dalla morte di un congiunto per fatto illecito altrui e può essere diretto e riflesso.

Si parla di danno tanatologico diretto quando il soggetto perde la vita per un fatto ingiusto causato da terzi ed in questo caso si traduce in un vero è proprio danno biologico trasmissibile agli eredi.

Il danno tanatologico, riflesso, invece, si ha quando un soggetto subisce una menomazione psicofisica a causa dell'evento morte di un congiunto, il quale produce un ulteriore evento-lesione che danneggia la salute psichica o fisica del parente rimasto in vita, e, in definitiva, causa un danno biologico.

Dovrebbe, dunque, sostenersi la risarcibilità *jure hereditario* sempre e comunque del danno tanatologico diretto, anche quando l'evento morte cagionato dall'evento lesivo è pressoché immediato o interviene dopo un breve lasso di tempo, anche alla luce dell'art. 2 della Costituzione, della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (10 dicembre 1948), della

([70]) Cass. civ., sez. III, 14 dicembre 2004, n. 23291; Cass. civ., sez. III, 14 luglio 2003, n. 11001.

([71]) Cass. civ., sez. III, 3 febbraio 2011, n. 2557; Cass. civ., sez. III, 16 settembre 2008, n. 23725, in *Danno e responsabilità*, 2008, 11, 1170.

([72]) Per Cass. civ., sez. lav., 18 gennaio 2011, n. 1072 il danno da lesione del rapporto parentale assorbe sia il danno morale che quello esistenziale conseguenti a tale lesione "poiché la sofferenza patita nel momento in cui la perdita è percepita e quella che accompagna l'esistenza del soggetto che l'ha subita altro non sono che componenti del complesso pregiudizio, che va integralmente ed unitariamente ristorato"

Convenzione europea sui diritti dell'uomo (4 novembre 1950) e del Patto internazionale sui diritti civili e politici (16/19 dicembre 1966), tutti ratificati dall'Italia con apposite leggi.

La prevalente giurisprudenza sostiene, invece, che il danno tanatologico diretto da morte immediata non costituisce danno biologico, poiché, come già evidenziato, la perdita della vita non è la massima lesione possibile del diritto alla salute e richiede ai fini della risarcibilità il decorrere di un certo lasso di tempo tra l'illecito e la morte.

Di conseguenza, trasmettere per via ereditaria il risarcimento della perdita della vita, equivarrebbe a dare al bene giuridico vita lo *status* giuridico di un bene patrimoniale, senza contare che il danno da morte nega la sopravvivenza, mentre il danno alla salute la presuppone ([73]).

Per quanto concerne i criteri di liquidazione, l'ammontare del danno biologico che gli eredi del defunto richiedono in via ereditaria è calcolato non con riferimento alla durata probabile della vita del defunto, ma alla sua durata effettiva ([74]), tenendo conto del fatto che nei primi tempi il patema d'animo è più intenso rispetto ai periodi successivi, ed è un danno nel quale i fattori della personalizzazione debbono valere in un grado assai elevato.

Lo stesso, dunque, non può essere liquidato attraverso l'applicazione automatica dei criteri contenuti nelle tabelle utilizzate dai Tribunali, le quali, per quanto dettagliate, nella generalità dei casi sono predisposte per la liquidazione del danno biologico o delle invalidità, temporanee o permanenti, di soggetti che sopravvivono all'evento dannoso, ma deve essere ulteriormente e compiutamente adeguato al caso concreto ([75]).

Da notare, inoltre, che la giurisprudenza rinvia normalmente alle sole tabelle per l'invalidità temporanea assoluta e totale e non a quelle per l'invalidità permanente ([76]).

Inoltre il giudice, nell'adeguare l'ammontare di tale danno alle circostanze del caso concreto, deve tener conto del fatto che lo stesso, se pure temporaneo, è massimo nella sua entità ed intensità, tanto che la lesione alla salute è così elevata da non essere suscettibile di recupero ed esitare nella morte ([77]).

([73]) Si veda Cass. civ., sez. III, 17 gennaio 2008, n. 870 , in *Responsabilità civile*, 2008, 3, 276
([74]) Cass. civ., sez. III, 30 ottobre 2009, n. 23053; Cass. civ., sez. III, 30 gennaio 2008, n. 2106.
([75]) Cass. civ., sez. III, 27 novembre 2006, n. 25124.
([76]) per tutte Cass. civ., sez. III, 9 ottobre 2009, n. 21497.
([77]) Cass. civ., sez. III, 28 agosto 2007, n. 18163; Cass. civ., sez. III, 14 febbraio 2007, n. 3260.

5. Problematica di particolare interesse è quella se, nel quantificare il danno, il giudice debba o meno tenere conto della realtà socio-economica del danneggiato, normalmente per limitarne il risarcimento.

Secondo alcune pronunce il risarcimento deve essere commisurato alla realtà socio-economica del danneggiato ([78]) e questa impostazione trova supporto in una nota pronuncia della Cassazione ([79]), la quale, relativamente a cittadini italiani residenti all'interno di Regioni dal maggiore o minore costo della vita, valorizza il fatto che l'entità compensativa dei risarcimenti in denaro possa essere diversa a seconda dell'area nella quale il denaro è speso, ritenendo corretto che i Tribunali rapportino l'importo risarcibile alla realtà socio-economica della provincia del centro-sud teatro della causa ([80]).

Altri giudici sono di contrario avviso ([81]), rifiutando il criterio delle gabbie risarcitorie del dolore sul modello delle gabbie salariali in funzione del costo della vita localmente differente, sottolineando la possibile sostanziale ingiustizia e la pericolosa incertezza sul complessivo piano giurisprudenziale.

([78]) T. Monza, n. 3302 del 2 novembre 2007, in *Responsabilità civile*, 2008, 4, 376: "Ciò in quanto il denaro non ha un valore intrinseco ed assoluto, ma è espressione di quanto è in grado di procurare: l'utilità ricavata attraverso il risarcimento in denaro non ha una consistenza oggettiva, ma varia in relazione a quanto il denaro permette di conseguire in termini di beni e di servizi. L'esigenza di riconoscere a tutti i danneggiati un uguale risarcimento non può essere soddisfatta attraverso la mera attribuzione a ciascun danneggiato di un uguale risarcimento, indipendentemente dal contesto economico in cui tale danneggiato si trovi a vivere, perché così facendo la medesima espressione monetaria verrebbe a rivelarsi insufficiente per chi viva in contesti economici con prezzi medi superiori, eccessiva per chi viva in contesti economici con prezzi inferiori".

([79]) Cass. civ., sez. III, 14 febbraio 2000, n. 1637, in *Diritto e Giustizia*, 2000, f. 7

([80]) Su questa linea si sono attestati il Tribunale di Torino con sentenza della IV Sezione Civile n. 4932 del 20 luglio 2010, relativamente alla fattispecie di un risarcimento chiesto dai prossimi congiunti di un operaio morto sul lavoro residenti in Albania, nonchè App. Trieste, 25 gennaio 1995 n. 72, T. Conegliano, 8 ottobre 2008, n. 334 e lo stesso Tribunale di Torino con le sentenze 6 maggio 2003 n. 3734, 21 aprile 2004 n. 35723 e 19 febbraio 2008 n. 606.

([81]) T. Milano, X sez., 18 dicembre 2008, n. 12099, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, 2, 460. Il Tribunale meneghino ha precisato che "L'aspetto più preoccupante di una giurisprudenza interessata a ''dove'' verrà utilizzato l'importo versato in risarcimento è che al ''dove'' potrebbero affiancarsi il ''quando'' e il ''come'', pure rilevanti rispetto al potere d'acquisto, con pericolose aperture ad ogni sorta di arbitrarie previsioni e valutazioni delle possibili scelte del danneggiato" e che "il luogo in cui il danneggiato vive, e in cui utilizzerà (forse) il denaro ricevuto a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale da uccisione del congiunto, sia circostanza successiva, esterna e del tutto estranea alla quantificazione del predetto danno, quantificazione che va operata dal giudice secondo i parametri economici comunemente usati – e quindi sulla base del potere d'acquisto medio, nel tempo e nel luogo in cui lo stesso giudice si pronuncia – per esprimere, seppure con l'inadeguatezza propria di ogni traduzione monetaria destinata a dare misura a dolori che misura non hanno, il valore della perdita subita". A questo orientamento si sono uniformati T. Roma, 3 giugno 2008, n. 11335 e T. Cuneo, 10 marzo 2010, n. 119.

In realtà ritengo possa ragionevolmente sostenersi che i risarcimenti non possono essere ridotti per il semplice fatto che alcuni dei danneggiati risiedano in un luogo dove la realtà socio-economica è diversa.

Infatti, venendo in rilievo diritti fondamentali dell'individuo, quali la salute e la solidarietà familiare, il risarcimento costituisce una sorta di riparazione, peraltro necessariamente equitativa e mai realmente integrale trattandosi di ridurre ad una mera valutazione economica beni primari ed intangibili, la quale, in via di principio, prescinde da come e dove il danneggiato utilizzerà il ristoro percepito.

Inoltre differenziare il risarcimento in base alla residenza ed alle condizioni sociali costituisce un criterio non convincente, atteso che non è dato sapere, in concreto, il luogo in cui il danneggiato andrà a vivere una volta ottenuto il risarcimento, il quale ben potrà essere diverso dal precedente.

Del resto le stesse tabelle per il danno biologico in uso presso i vari Tribunali nazionali, ai fini del *quantum* del risarcimento, non operano alcuna distinzione basata sulla condizione socio-economica del danneggiato, ovvero sulla realtà sociale del territorio, regione o città di provenienza. Tale impostazione è stata seguita anche dal legislatore nelle tabelle delle micropermanenti di cui all'art. 139 del decreto legislativo n. 209 del 7 settembre 2005, dove non è stata adottata nessuna differenza in base al luogo di apprensione e di godimento delle somme oggetto del risarcimento, il quale, dunque, non è stato considerato un valido criterio cui attribuire rilevanza ([82]).

Altra questione è posta dall'art. 16 delle disposizioni sulla legge in generale per cui "Lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino a condizione di reciprocità e salve le disposizioni contenute in leggi speciali", il quale oggi non si applica gli stranieri regolarmente soggiornanti in Italia, atteso che l'art. 2, comma 2, del decreto legislativo 286 del 25 luglio 1998 attribuisce agli stessi il godimento dei diritti civili spettanti

([82]) In questo senso si è mossa la più recente giurisprudenza, atteso che la Corte di Appello di Milano con sentenza dell'8 aprile 2010, in *Foro Italiano*, 2010, 7-8, 1, 2207, ha statuito che "ai fini della liquidazione del danno non patrimoniale in favore di uno straniero che viveva in Italia all'epoca del sinistro in cui è rimasto coinvolto, non si deve tener conto della realtà socio-economica del paese d'origine del danneggiato". Nella fattispecie il danneggiato era un cittadino della Romania, che aveva fatto ivi ritorno soltanto dopo l'incidente stradale e, verosimilmente, proprio per la difficoltà di riprendere a lavorare in Italia determinata dai gravi postumi invalidanti residuati dal sinistro.

ai cittadini italiani, articolo che deve tener conto del valore preminente che nel nostro ordinamento assume la Costituzione nel garantire all'art. 2 i diritti inviolabili della persona ed all'art. 32 il diritto alla salute.

Ne consegue che il danno non patrimoniale subito in proprio, ma anche da morte o lesione del congiunto visto che gli artt. 29 e 30 della Carta garantiscono i diritti della famiglia, e, dunque, tutelano dalla lesione del rapporto parentale, attiene ad un diritto la cui protezione è sganciata dal possesso o meno della cittadinanza e, dunque, dalla condizione di reciprocità, la quale è applicabile, in definitiva, solo ai diritti civili diversi da quelli riconosciuti dalla Costituzione ([83]).

Lo straniero oggi ha, quindi, diritto al risarcimento del danno non patrimoniale, a prescindere dalla reciprocità e dalla sussistenza di un valido permesso di soggiorno, mentre per il danno patrimoniale, trattandosi di pregiudizio di diritto non di rango costituzionale, opera il criterio di reciprocità.

([83]) Cass. civ., sez. III, 24 febbraio 2010, n. 4484; Cass. civ., sez. III, 7 maggio 2009, n. 10504; T. Trieste, 28 maggio 2009; T. Asti, 3 febbraio 2009; T. Milano, Sezione X, 18 dicembre 2008, n. 12099, cit.

Si veda in particolare Cass. civ., sez. III, 11 gennaio 2011, n. 450, la quale, nell'accogliere il ricorso di una donna albanese che, dopo aver perso il figlio in un incidente stradale, aveva presentato all'assicurazione un'azione diretta per il risarcimento del danno senza dimostrare la condizione di reciprocità, e cioè che anche in Albania agli italiani sia garantito lo stesso diritto, ha precisato che lo straniero può presentare azione diretta per il risarcimento del danno non patrimoniale, compreso il morale, nei confronti dell'assicuratore o nei confronti del Fondo di Garanzia per le vittime della strada, sottolineando, altresì, che i parenti hanno diritto all'azione diretta anche se al momento dell'incidente si trovavano all'estero, mentre l'extracomunitario non potrà far valere negli stessi termini, e cioè in assenza della condizione di reciprocità, il danno da perdita o danneggiamento di cose.

GIORGIO RISPOLI

Il requisito della meritevolezza dell'art. 2645 *ter* c.c.

Ad oltre dieci anni dalla novella che ha introdotto nel nostro ordinamento le cd. destinazioni patrimoniali atipiche è ancora estremamente dibattuto il contenuto del requisito della meritevolezza cui improvvidamente il legislatore ha fatto riferimento nella norma in epigrafe, con contestuale rinvio dal secondo comma dell'art. 1322 c.c.

Sono essenzialmente due le antitetiche analisi ricostruttive che si contrappongono nella giurisprudenza di merito, ben rappresentata da due decisioni abbastanza recenti di cui si coglie l'occasione per dar conto.

Ci si chiede infatti se l'ambito applicativo dell'art. 2645 *ter* c.c. debba necessariamente riguardare atti di destinazione suffragati da un particolare rilievo etico e segnatamente riferibili esclusivamente a interessi riguardanti persone con disabilità e pubbliche amministrazioni oppure possa riguardare indistintamente la generalità degli interessi leciti dei consociati.

Ciò in quanto, secondo una tesi seguita da una parte della giurisprudenza di merito, il particolare effetto di separazione e segregazione patrimoniale che la legge ricollega alla trascrizione degli atti di destinazione sarebbe conseguibile unicamente ove detto vincolo fosse suffragato da una peculiare valenza sociale altrimenti si lederebbe il principio della responsabilità patrimoniale previsto dall'art. 2740 c.c.

In tal senso si vd. Decr. Trib. Ravenna 22 aprile 2015 ad avviso del quale la meritevolezza dell'atto di destinazione sarebbe un effettivo *quid pluris* rispetto alla mera liceità dello stesso che si integrerebbe attraverso un giudizio di prevalenza dell'interesse realizzato rispetto all'interesse sacrificato dei creditori del disponente estranei al vincolo.

Tuttavia siffatta tesi – pur se pregevolmente argomentata – parrebbe non coincidere anzitutto con il dato testuale codicistico nel suo complesso che non prevede in nessun caso un particolare fine etico quale condizione necessaria per realizzare un fenomeno di separazione patrimoniale, in secondo luogo con le norme specifiche degli istituti in esame.

Si pensi agli enti di cui al Libro Primo del Codice Civile: è ben possibile costituire una fondazione per uno scopo filantropico ma anche per il meno altruistico dei fini (promuovere ad es. il tiro con la carabina).

E nessuno ha mai sostenuto che per realizzare l'effetto segregativo tipico del negozio di fondazione occorra uno scopo altruistico.

Del pari l'art. 2740 c.c. prevede che le limitazioni di responsabilità non siano ammissibili se non nei casi previsti dalla legge.

Ma non dice affatto che questi casi previsti dalla legge debbano connotarsi di una particolare valenza etica.

A tacer del fatto che identificare il requisito della meritevolezza in un *quid pluris* rispetto alla liceità comporterebbe un'indagine sostanzialmente rimessa a una discrezionalità forse troppo ampia dell'interprete tale da sconfinare sostanzialmente nell'opinione personale.

Inoltre il disposto dell'art. 2645 *ter* c.c. include espressamente – con una formulazione che è stata non senza mordente criticata pressochè univocamente dalla dottrina – anche "*gli altri enti e persone fisiche*" accanto alle "*persone con disabilità e pubbliche amministrazioni*".

Riferire solo a quest'ultime l'ambito applicativo dell'art. 2645 *ter* c.c comporterebbe pertanto un'inaccettabile *interpretatio abrogans* della norma in esame.

Sulla scia di tali considerazioni parrebbe allora condivisibile l'opzione teorica fatta propria da un altro filone di merito (si vd., *ex pluribus*, Trib. Prato 12.8.2015 n. 942) per cui "*non sembra persuasiva l'interpretazione restrittiva della norma apparendo del tutto condivisibile l'opinione di chi ritiene che il giudizio di meritevolezza non comporti una valutazione comparativa in termini di prevalenza/poziorità tra gli interessi, non apparendo legittima alcuna ulteriore delimitazione degli interessi che i privati possono perseguire costituendo un vincolo di destinazione*".

Punto nodale di questa riflessione è poi costituito dall'asserzione secondo cui "*una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 1322 c.c. fa coincidere l'immeritevolezza con l'illiceità dell'interesse perseguito*".

Detta pronuncia si rivela poi particolarmente dotta e articolata nel sottolineare come una lettura della norma in esame connessa unicamente a esigenze di pubblica utilità si trovi in contrasto con le altre esperienze internazionali fornendo sintetici ragguagli a carattere

comparatistico sul punto (i *trusts* del mondo anglosassone ma anche la *fiducie* introdotta nell'ordinamento francese).

Nella fattispecie il Giudice toscano ha ritenuto meritevole e dunque valido ed efficace un vincolo di destinazione volto ad assicurare una soddisfazione proporzionale ai creditori non ancora muniti di causa di prelazione nell'ambito di una procedura concordataria.

Quello della risoluzione delle crisi d'impresa è infatti uno degli ambiti in cui le destinazioni patrimoniali atipiche potrebbero avere un discreto spazio applicativo ove si consolidi la predetta opzione teorica.

Si tratta di un istituto infatti particolarmente duttile e adatto a giuridicizzare quella frattura tra intestazione formale e gestione sostanziale che emerge come nitida esigenza in una civiltà giuridica matura e come tale sensibile a bisogni sempre più articolati da parte dei consociati.

Né il timore che tale istituto possa dar luogo ad un uso abusivo dovrebbe spingere verso una sua "disapplicazione preventiva" in quanto a fronte di un'applicazione distorta l'ordinamento presenta tutti gli strumenti idonei a ovviare a tale situazione (ad es. azione di nullità per frode alla legge, di simulazione, revocatoria etc.).

Si attende che il contrasto in essere tra le Corti di merito giunga al vaglio della Cassazione, auspicando che non sia considerato contraria ai principi generali dell'ordinamento l'applicazione generalizzata di un istituto contrario forse soltanto alla nostra *forma mentis* di giuristi continentali.

CORRADO CARTONI

La Consulenza tecnica d'ufficio (Prima Parte). Albo CTU. Disciplina e rotazione incarichi.

Sommario: 1. L'Albo dei C.T.U. L'iscrizione, la revisione ed il procedimento disciplinare (artt. 13-21 disp. att. c.p.c.). – 2. La responsabilità penale, civile e disciplinare. – 3. La nomina e la rotazione degli incarichi (artt. 22 e 23 disp. att. c.p.c.).

1. Presso ogni Tribunale è istituito l'Albo dei Consulenti il cui funzionamento è disciplinato dagli artt. 13-23 disp. att. c.p.c.

L'Albo è tenuto da un apposito Comitato composto dal Presidente del Tribunale e dal Procuratore della Repubblica, ovvero da un loro delegato, e dal rappresentante dell'ordine professionale di volta in volta interessato, mentre i professionisti che non hanno un ordine professionale sono rappresentati dalla Camera di Commercio.

Il Comitato provvede all'iscrizione degli aspiranti, alla revisione periodica quadriennale dell'Albo ed alla irrogazione delle sanzioni disciplinari.

Per l'iscrizione all'Albo devono sussistere i due requisiti ex art. 15, primo comma, disp. att. c.p.c. della speciale competenza, normalmente intesa come una competenza superiore alla media, e della specchiata moralità, la quale si identifica con una condotta seria, onesta e proba, i quali devono sussistere per tutta la durata della permanenza nell'Albo e sono oggetto di controllo in sede di revisione periodica ogni quattro anni ex art. 18 disp. att. c.p.c.

Il requisito della speciale competenza si presenta di non facile individuazione e piuttosto generico, atteso che non è agevole stabilire quale sia questa competenza superiore alla media.

Nei Tribunali, di conseguenza, sono di norma adottate delle "linee guida" per poter inquadrare questo requisito, fornendo rilievo alla qualità e quantità di attività professionale svolta, all'anzianità dell'iscrizione al relativo Albo professionale, alla partecipazione a specifici corsi di formazione, ovvero all'eventuale svolgimento della funzione di docente in convegni o seminari.

Per la specchiata moralità, invece, occorre chiarire che la stessa non si identifica necessariamente con il fatto di essere incensurato, considerato che possono sussistere condotte penalmente rilevanti che non inficiano questo requisito nel senso voluto dalla norma, ovvero

condotte sottratte alla sanzione penale ma che non possono godere di un giudizio positivo in ordine alla serietà e moralità dell'aspirante consulente.

In particolare, basti pensare all'omicidio colposo a seguito di incidente stradale, il quale, al di là dell'ipotesi di guida in stato di ebbrezza o sotto uso di sostanze stupefacenti o di condotte particolarmente negligenti, non necessariamente esclude una specchiata moralità, mentre, invece, l'emissione di assegni a vuoto, ormai depenalizzata, costituisce certamente indice di non affidabilità dell'aspirante C.T.U.

Peraltro, la mancanza o l'invalidità della iscrizione nell'albo dei consulenti tecnici non è motivo di nullità della relativa nomina (Cass. civ., Sez. II, 06/07/2011, n. 14906), così come la scelta del consulente è riservata all'apprezzamento discrezionale del giudice, non è sindacabile in sede di legittimità e non richiede specifica motivazione (Cass. civ., Sez. III, 30/03/2010, n. 7622; Cass. civ., Sez. III, 12/03/2010, n. 6050).

L'albo è permanente (art. 18, primo comma, disp. att. c.p.c.) ed è vietata l'iscrizione in più albi presso diversi Tribunali (art. 15, secondo comma, disp. att. c.p.c.)

Il procedimento disciplinare è regolato dagli artt. 19-21 disp. att. c.p.c. ed inizia con la comunicazione della condotta irregolare del consulente effettuata al Comitato dai giudici, dagli avvocati, dalle parti e dagli altri soggetti del processo.

Il Comitato, esaminati gli atti, può disporre l'immediata archiviazione, ovvero procedere alla contestazione scritta dell'addebito con invito a produrre una memoria difensiva, a seguito della quale, sempre salva la possibilità dell'archiviazione, è disposta l'audizione personale del consulente incolpato, il quale può anche farsi assistere da un difensore.

Alla conclusione del procedimento, se non è dichiarata l'archiviazione, è sanzionato il consulente, gradualmente ed a seconda della gravità dell'addebito, con l'avvertimento, con la sospensione dall'Albo per un tempo non superiore ad un anno o con la cancellazione (art. 20 disp. att. c.p.c.).

I Comitati Albo previsti dagli artt. 14 e 15 disp. att. c.p.c. hanno natura di organi amministrativi e non giurisdizionali e, pertanto, avverso le loro deliberazioni non è proponibile il ricorso per Cassazione ex art. 111 Cost. (Cass. civ. (Ord.), Sez. Unite, 21/05/1998, n. 460; Cass. civ., Sez. III, 30/11/2006, n. 25499), mentre è possibile proporre reclamo ex art. 15, ult. comma,

disp. att. c.p.c., ad altro apposito Comitato istituito presso la Corte di Appello, la cui determinazione, tipico atto amministrativo, è impugnabile davanti al giudice amministrativo.

Gli atti di conferimento degli incarichi di consulente tecnico d'ufficio in quanto appartenenti al processo civile e costituenti esplicazione di funzione giurisdizionale, sono sottratti alla disciplina dell'accesso che la l. 7 agosto 1990 n. 241 limita agli atti amministrativi (T.A.R. Campania Napoli, 08/07/1997, n. 1795).

2. Al momento dell'iscrizione all'Albo il consulente assume due obblighi fondamentali, quello di conservare i requisiti della speciale competenza e della specchiata moralità, oggetto di controllo in sede di revisione dell'Albo, e quello di bene e fedelmente adempiere le funzioni affidategli al solo scopo di fare conoscere al giudice la verità, il quale rappresenta anche il contenuto del giuramento del consulente disciplinato dall'art. 193 c.p.c. (la giurisprudenza, tuttavia, precisa che se il consulente non presta il giuramento di cui all'art. 193 c.p.c. si ha una mera irregolarità formale, inidonea a determinare l'invalidità del verbale e del relativo conferimento dell'incarico, ostandovi il principio di tassatività delle nullità. Si veda Cass. civ., Sez. II, 06/07/2011, n. 14906).

Il consulente, dunque, quale ausiliario del giudice e sua "longa manus", deve essere, al pari del magistrato, imparziale, attento e scrupoloso e, soprattutto, deve conoscere la legge del processo, in particolare gli artt. 61-64 e 191-201 c.p.c., disciplinanti la consulenza tecnica d'ufficio, nonché i doveri connessi allo svolgimento dell'incarico, la cui violazione può dare luogo a responsabilità civile e penale come prevede espressamente l'art. 64 c.p.c., ovvero disciplinare.

Per la responsabilità penale l'art. 64 c.p.c. estende ai consulenti tecnici le norme del codice penale relative ai periti e gli stessi sono soggetti alla responsabilità dei pubblici funzionari per le condotte poste in essere in violazione dei doveri connessi all'ufficio, in particolare il rifiuto di uffici legalmente dovuti (art. 366 c.p.), falsa perizia o interpretazione (art. 373 c.p.c.) e frode processuale (art. 374 c.p.), mentre per quella civile è espressamente richiamata la clausola generale di responsabilità dell'art. 2043 c.c.

Sul punto è opportuno chiarire che non vi è alcun rapporto contrattuale tra le parti del processo ed il consulente, il quale è ausiliario del giudice e svolge il suo compito nel superiore

interesse della giustizia, di guisa che non si applicano le disposizioni sull'inadempimento contrattuale, né, tanto meno, trova spazio l'art. 2236 c.c.

Sulla questione veda la risalente, ma chiara, Cass. civ., 25/05/1973, n. 1545, secondo la quale "All'attività del consulente tecnico non possono applicarsi gli schemi privatistici dell'adempimento e dell'inadempimento, quasi che egli fosse vincolato alle parti da un rapporto di prestazione d'opera, giacché egli svolge nell'ambito del processo una pubblica funzione quale ausiliare del giudice, nell'interesse generale e superiore della giustizia, con responsabilità oltre che penale e disciplinare, anche civile, la quale importa l'obbligo di risarcire il danno che, come qualsiasi pubblico funzionario, abbia cagionato in violazione dei doveri connessi all'ufficio", nonché, in motivazione, Cass. civ., Sez. I, 21/10/1992, n. 11474: "l'attività del consulente tecnico che è svolta nell'esercizio di una pubblica funzione nell'ambito di un processo, non è in alcun modo inquadrabile negli schemi di un rapporto di lavoro, sia esso subordinato o anche autonomo, quasi che il consulente fosse vincolato alle parti da un rapporto di prestazione d'opera".

Alcuni giudici di merito, poi, ritengono che la responsabilità aquiliana del consulente sia comunque limitata alla sola ipotesi della colpa grave (Trib. Verona, 19/03/2013; Trib. Bologna, Sez. III, 15/03/2010).

In realtà, la limitazione della responsabilità alla colpa grave è circoscritta alla sola previsione contravvenzionale di cui all'art. 25, l. 4 giugno 1985, n. 281, sostitutivo del già citato art 64, 2 comma, c.p.c., e non vi sono motivi ostativi ad una responsabilità del consulente ex art. 2043 c.c. quale che sia il grado della colpa, grave o lieve.

Diverso, invece, si presenta il discorso qualora la parte, a fronte di una consulenza dichiarata nulla, avanzi domanda diretta ad ottenere dal consulente tecnico la restituzione di somme corrispostegli. In questo caso, infatti, la parte esercita semplicemente il diritto alla ripetizione di un indebito oggettivo senza trovare preclusione, diretta o indiretta, nelle disposizioni dell'art. 64 c.p.c. (Cass. civ., Sez. I, 21/10/1992, n. 11474 già citata).

Sotto il profilo disciplinare vengono in considerazione, oltre alle ipotesi di nullità della C.T.U., la mancata presentazione del consulente, il quale, regolarmente intimato, non compare all'udienza fissata, e l'omesso o tardivo deposito della consulenza senza aver presentato istanza di proroga prima della scadenza dei termini originariamente concessi, con la precisazione che il

deposito in ritardo della consulenza può dare luogo alla riduzione del compenso nella misura di un terzo ex art. 52, 2° comma, d.p.r. 30.5.2002 n. 115.

Da rilevare che, qualora la mancata presentazione del consulente all'udienza fissata per il giuramento dell'incarico sia non colposa ma dolosa, poiché ai sensi dell'art. 63 c.p.c. il consulente ha l'obbligo di accettare l'incarico, è integrato il reato di rifiuto di uffici legalmente dovuti ex art. 366 c.p.

Il consulente, poi, il quale svolge la propria attività anche nel superiore interesse della giustizia, non può sospendere le operazioni peritali in caso di mancato pagamento del compenso o dell'acconto disposto dal giudice, non può ritardare il deposito o interrompere le operazioni peritali nel caso in cui le parti non collaborino, dovendo, nel caso, redigere l'elaborato peritale in base agli atti in suo possesso e comunicare al giudice il comportamento ostruzionistico, valutabile ex art. 116, secondo comma, c.p.c.

Il C.T.U., inoltre, non può ritardare il deposito o interrompere le operazioni peritali anche nel caso in cui le parti siano in trattative, dovendo essere in tal senso autorizzato dal giudice.

In particolare è opportuno precisare che, al di fuori dell'ipotesi dell'esame contabile ex art. 198 c.p.c., il C.T.U. non ha alcun obbligo di tentare di conciliare le parti, tanto è vero che, ove il giudice istruttore violando l'anzidetta norma dichiari esecutivo un verbale di conciliazione redatto fuori udienza dal consulente tecnico d'ufficio in una controversia estranea a quella contabile, si è in presenza di un provvedimento abnorme che, incidendo sui diritti sostanziali delle parti, avendo effetto decisorio e non essendo soggetto agli ordinari mezzi di impugnazione, è ricorribile per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost. (Cass. Civ., 16.12.1982 n. 6976; Cass. Civ., 20.6.1990 n. 6204; Cass Civ., 20.3.1991 n. 2978), salvo la possibilità per il giudice di ravvisare in quel verbale di conciliazione gli estremi d un negozio transattivo sostanziale, idoneo a determinare la cessazione dell'originaria materia del contendere e l'insorgere di nuove obbligazioni (Cass. civ., Sez. II, 26/05/2008, n. 13578).

La circostanza che il consulente ritardi il deposito della consulenza per mancato pagamento del compenso, ovvero per la pendenza di trattative o perché le parti non collaborino senza essere autorizzato dal giudice, ha conseguenze negative non solo sul processo e, sotto il profilo disciplinare, per il consulente, ma anche per lo stesso giudice, tenuto ad osservare la ragionevole

durata del processo ed essendo soggetto all'art. 2 della legge 24 marzo 2001, n. 89, c.d. "Legge Pinto".

Infatti, è da escludere che, in caso di irragionevole durata del processo causata dalla condotta negligente e dilatoria del C.T.U., sia quest'ultimo a dover rispondere, atteso che l'art. 2 della legge 24 marzo 2001, n. 89 impone di considerare, in relazione alla complessità del caso, non solo il comportamento delle parti e del giudice del procedimento, ma anche di ogni altra autorità chiamata a concorrervi o, comunque, a contribuire alla sua definizione, tra cui rientra il consulente tecnico d'ufficio.

Dunque, è necessario che, qualora occorra svolgere una indagine peritale laboriosa e complessa o il consulente sia inerte, il giudice eserciti in ogni caso tutti i poteri intesi al più sollecito e leale svolgimento del procedimento, provvedendo eventualmente alla sostituzione del consulente ed incorrendo altrimenti in responsabilità (Cass. civ., Sez. I, 30/10/2003, n. 16315).

Altra condotta censurabile del consulente è quella di rappresentare al giudice non quanto realmente accertato, bensì, per andare incontro alle esigenze di entrambe le parti, una realtà consapevolmente "mediata" tra le contrapposte pretese e, dunque, non veritiera, con la conseguente responsabilità non solo disciplinare, ma anche penale per falsa perizia ex art. 373 c.p.

3. L'art. 23 disp. att. c.p.c., così come modificato dal comma 1 dell'art. 52, L. 18 giugno 2009, n. 69, prevede che il Presidente del Tribunale vigila affinché, senza danno per l'amministrazione della giustizia, gli incarichi siano equamente distribuiti tra gli iscritti nell'albo in modo tale che a nessuno dei consulenti iscritti possano essere conferiti incarichi in misura superiore al 10 per cento di quelli affidati dall'ufficio, e garantisce che sia assicurata l'adeguata trasparenza del conferimento degli incarichi anche a mezzo di strumenti informatici.

Questa disposizione costituisce uno degli aspetti più delicati dell'esercizio della funzione giurisdizionale da parte del giudice civile, in quanto attiene all'immagine del magistrato e del sistema giustizia in generale e può avere anche rilievi sotto il profilo disciplinare.

Così come la decisione di disporre una C.T.U. è rimessa, come già sottolineato, alla discrezionalità del magistrato, anche la scelta del singolo consulente è espressione di un potere non sindacabile del giudice, come tale esteso alla individuazione della concreta qualifica dell'esperto e delle sue conoscenze (Cass. civ., Sez. I, 14/05/2012, n. 7452).

La discrezionalità risulta anche dal fatto che, secondo la giurisprudenza, l'affidamento di un incarico ad un consulente iscritto nell'Albo di altro tribunale, o non iscritto in alcun Albo, in assenza di motivazione che indichi i motivi della scelta, è comunque valido e non è censurabile in sede di legittimità, attesa la natura non cogente delle norme di cui agli artt. 61, comma 2, c.p.c. e 22 disp. att. c.p.c. (Cass. civ., Sez. I, 28/09/2015, n. 19173), le quali hanno mere finalità direttive (Cass. civ., Sez. III, 30/03/2010, n. 7622).

Inoltre i fatti relativi all'attendibilità, ovvero all'affidabilità personale del consulente tecnico di ufficio, non possono essere oggetto di prova nel corso del giudizio, in quanto deducibili solo nel procedimento di ricusazione sotto il profilo della carenza di imparzialità dell'ausiliario (Cass. civ., Sez. III, 10/04/2014, n. 8406).

Tuttavia, questo potere deve essere necessariamente coordinato con l'obbligo di trasparenza, il quale si concreta in sostanza, oltre che nel dovere di nominare, salvo richiesta di autorizzazione al presidente del Tribunale o della Corte di Appello ex art 22, 2° e 3° comma, disp. att. c.p.c., i professionisti iscritti all'apposito Albo dell'ufficio giudiziario, nella rotazione degli incarichi tra tutti i consulenti.

Con l'art. 23 disp. att. c.p.c., infatti, si tende ad evitare che si verifichino non opportune situazioni di nomine continue e costanti del medesimo consulente da parte dello stesso giudice, tali da determinare, di fatto, che i professionisti nominati siano sempre i medesimi.

L'interesse qui tutelato, però, non è tanto, come ritengono invece alcuni ordini professionali, quello personale del singolo iscritto ad essere nominato con una certa regolarità ed in modo equilibrato rispetto agli altri, bensì il superiore bene del prestigio dell'ordine giudiziario, il quale deve sempre improntare la propria condotta ai canoni della terzietà, dell'equilibrio, dell'imparzialità e dell'indipendenza.

Ciò, tuttavia, non significa che il giudice debba applicare un rigido criterio matematico di turnazione, nel senso di far ruotare automaticamente e ogni volta gli iscritti.

Questa impostazione, infatti, oltre a determinare nei grandi uffici con molti iscritti all'Albo dei C.T.U. un notevole lasso di tempo tra un incarico e l'altro, contrasta oggettivamente con il potere del giudice, conferito nell'interesse del processo, di nominare l'iscritto che ritiene più idoneo per la controversia.

Infatti, non bisogna dimenticare che il consulente tecnico d'ufficio è qualificato dal codice come un ausiliario del giudice e, dunque, è del tutto consono al sistema l'instaurazione di un rapporto fiduciario tra il magistrato ed un determinato consulente, il quale abbia manifestato rispetto agli altri maggiore serietà, tempestività e qualità nella redazione dell'elaborato peritale.

Del resto l'inciso dell'art. 23 disp. att. c.p.c., in base al quale la rotazione deve avvenire "senza danno per l'amministrazione della giustizia", deve essere interpretato proprio nel senso che occorre coordinare l'esigenza della equa distribuzione degli incarichi con quella che nella singola causa o controversia venga nominato il consulente più bravo o ritenuto più idoneo dal giudice.

In definitiva, il giudice nel corso dello svolgimento della sua funzione giurisdizionale dovrà trovare un punto di equilibrio, nel senso che potrà certamente nominare più volte nelle cause più complesse e delicate i consulenti di sua maggior fiducia ed affidabili, anche se ciò comporterà per questi ultimi un numero di incarichi maggiore, ma, contemporaneamente, nelle cause più semplici o seriali dovrà ricorrere ad altri e diversi nominativi, cercando di dare così attuazione alla rotazione come valore tendenziale.

L' obbligo di rotazione per il giudice è stato di recente ribadito dalle Sezioni Unite della Cassazione, secondo le quali "In tema di responsabilità disciplinare dei magistrati, commette l'illecito previsto dall'art. 2, comma 1, lett. g) e n), del d.lgs. n. 109 del 2006 il giudice che non si attenga al criterio dell'equa distribuzione degli incarichi di consulenza tecnica, concentrandoli su un numero ristretto di professionisti, in violazione del dovere di diligenza e correttezza, essendo a questo fine irrilevante la soglia del 10 per cento stabilita dall'art. 23 disp. att. c.p.c., la quale riguarda gli incarichi conferiti dall'intero ufficio e non dal singolo magistrato" (Cass. civ., Sez. Unite, 18/05/2016, n. 10157), precisando che "la grave violazione di legge rileva in relazione non al risultato dell'attività giurisdizionale, bensì al comportamento deontologicamente deviante posto in essere nell'esercizio della funzione", tale da "compromettere sia la considerazione di cui il singolo magistrato deve godere, sia il prestigio dell'ordine giudiziario".

Proprio per facilitare il lavoro dei giudici e per assicurare rotazione e trasparenza presso il Tribunale di Roma da ottobre 2011 è stato realizzato, in collaborazione con gli ordini professionali interessati, l'albo informatico dei C.T.U., denominato "MagCTU", a disposizione di ogni magistrato sul suo computer e con tutte le informazioni professionali necessarie in ordine al consulente da scegliere, ivi compreso, ai fini della c.d. "rotazione", il numero degli incarichi già

conferiti, il tetto massimo di nomine ed un sistema di "feedback" per valutare l'operato del consulente e portarlo a conoscenza degli altri giudici interessati alla sua nomina.

Il numero massimo degli incarichi conferibili per ogni singolo anno è stato determinato calcolando il numero di incarichi complessivi assegnati nell'anno precedente alle singole categorie di consulente, quali, ad esempio, medici, architetti, ingegneri e commercialisti, e dividendo lo stesso per il numero degli iscritti.

L'albo informatico segnala al giudice quando il singolo consulente ha superato o sta per superare il tetto massimo di nomine. Il giudice, per quanto esposto sopra, potrà anche nominare un professionista che ha già superato il numero degli incarichi conferibili, ma, a questo punto, lo farà consapevolmente e in un'ottica di trasparenza e di conoscibilità da parte del Presidente del Tribunale.

CATERINA MANGANO

Le spese straordinarie per il mantenimento dei figli non autosufficienti ed esecutività dell'ordinanza emessa in sede di separazione o divorzio

Sommario: 1. Genesi dell'obbligo di mantenimento della prole. - 2. Modalità di specificazione dell'obbligo di contribuzione. - 3.Distinzione tra spese ordinarie e spese straordinarie. - 4. Il regime delle spese straordinarie: Evoluzione giurisprudenziale in materia del diritto al rimborso da parte del genitore non anticipatario. - 5. Le spese straordinarie e il titolo esecutivo. - 6. Soluzioni per la prevenzione dei conflitti.

1. Genesi dell'obbligo di mantenimento della prole.

L'articolo 30 della Costituzione contiene la fondamentale disposizione secondo la quale: *''è dovere e diritto dei genitori mantenere istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio''* ed a tale norma è stata data attuazione, da parte del legislatore, attraverso differenti disposizioni contenute all'interno del codice civile, come l'articolo 147 c.c., 148 c.c., 155 c.c. e da ultimo l'articolo 315 bis, comma 1, come modificato dall'importante riforma dettata con legge n. 219 del 2012, finalizzata a garantire una totale equiparazione tra figli legittimi e figli naturali.

E' certo che il dovere di mantenere i figli minorenni o maggiorenni non economicamente autosufficienti, come la giurisprudenza ha più volte sottolineato (Corte Cass., sez. I, n. 15063, del 22 novembre 2000; Cass. civ., sez. I, n. 10124, del 26 maggio 2004; Cass. civ., sez. I, n. 6197; 22 marzo 2005), trovi il proprio fondamento nel fatto stesso della procreazione e non certo nel tipo di legame sentimentale e giuridico sussistente tra i genitori.

Dal quadro normativo sopra riportato, risultato della riforma introdotta con legge 10 dicembre 2012, n. 219 e decreto legislativo n. 154/2013, emerge la garanzia della totale equiparazione tra figli nati o meno in costanza di matrimonio.

La procreazione determina il dovere di mantenere i figli minorenni o maggiorenni non economicamente autosufficienti, diritto garantito fin dal riconoscimento del legame familiare e ribadito nel momento patologico dell'unione familiare (Cass. civ., sez. I, n. 10124, del 26 maggio 2004).

Dai principi anzidetti consegue che, nei casi di crisi familiare, tali doveri persistono ed il loro adempimento debba essere ancor meglio garantito. Si deve infatti evitare che, a causa dell'interruzione del rapporto sentimentale tra le due figure genitoriali, si riversino sulla prole una serie di conseguenze negative e pregiudizievoli per la stessa derivanti dalla cessazione della comunione di vita dei genitori e della rottura della solidarietà familiare che si manifestava anche sotto il profilo della capacità di assolvimento agli oneri economici.

Considerata la pregnanza del dovere che i genitori hanno di contribuire al mantenimento della prole a seguito della crisi del loro matrimonio, è agevole comprendere come la regolamentazione dello stesso sia uno tra i temi più dibattuti nelle aule dei nostri tribunali.

Non mancano, infatti, profili poco chiari che sollevano problematiche e dubbi di vario genere a cui la giurisprudenza cerca, per quanto possibile, di fornire adeguate risposte ma non sempre costanti e concordanti.

Una tra le questioni più discusse in proposito resta ancora oggi quella sulla qualificazione e precisa distinzione tra ‘‘spese ordinarie’’ e ‘‘spese straordinarie’’.

2. Modalità di specificazione dell'obbligo di contribuzione.

Nell'ambito della modalità di contribuzione al mantenimento dei figli minori o non economicamente autosufficienti la normativa vigente individua il mantenimento diretto come il regime preferibile in caso di separazione, divorzio o cessazione della convivenza dei genitori già dalla riforma di cui alla legge n. 54/2006.

La previsione del mantenimento diretto valorizza del resto il ruolo dei genitori e ne esalta la contribuzione diretta nella vita dei figli secondo una logica di effettiva compartecipazione e contributo (personale oltre che materiale) alla loro crescita, ma nel contempo richiede, per la corretta applicazione, una attenta ponderazione e riflessione del giudice nella statuizione dell'assegno perequativo, perché l'eventuale previsione corrisponda alle necessità del caso concreto e non risulti il frutto della mera e standardizzata applicazione delle prassi giudiziarie.

Tale scelta ha trovato altresì conferma nelle ultime riforme del diritto di famiglia del 2013, ancorché non possa farsi discendere il canone del mantenimento diretto *sic et simpliciter* dal principio dell'affido condiviso, quanto piuttosto dall'elemento del collocamento sostanziale,

presupposto di fatto per poter dare luogo al mantenimento diretto (cfr., Cass. civ., 20 gennaio 2012, n. 785).

In questo senso, l'assegno di mantenimento è previsto dal sistema "*ove necessario*", come prescrive il testo dell'art. 337 *ter* c.c. sopra richiamato, in funzione perequativa o perché vi è un collocamento prevalente presso uno dei due genitori e non si può far luogo interamente al mantenimento diretto o, pur in presenza di un collocamento sostanziale che consente di dare luogo al mantenimento diretto, questo deve essere comunque perequato con un assegno al fine di equilibrare le posizioni dei due genitori; la perequazione opera in considerazione dei criteri nella stessa norma previsti: criteri relativi sia alla posizione dei genitori - con riferimento alle capacità patrimoniali complessivamente intese, alla contribuzione diretta attuata da ciascuno in termini di permanenza del figlio presso di sé ed alla valenza economica del tempo e delle energie e risorse di accudimento che ciascun genitore offre quotidianamente al proprio figlio - sia alla posizione del figlio, con riferimento alle esigenze dello stesso ed il tenore di vita da questi goduto in precedenza.

L'assegno di mantenimento per la prole viene determinato in somme mensili da corrispondere al genitore collocatario o convivente con il figlio.

Proprio tale periodicità dell'assegno trova fondamento nella necessità di garantire un afflusso costante di denaro che permetta di far fronte, quotidianamente, alle esigenze economiche che la vita senza il partner impone per l'educazione, l'istruzione e la crescita dei figli non autosufficienti.

E' noto che il mantenimento ordinario della prole non comprende soltanto l'obbligo di garantire ai figli gli alimenti, ma anche l'aspetto abitativo, sportivo, sanitario, scolastico e sociale.

Tale funzione è chiaramente espressa dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 6197 del 22 marzo 2005, secondo cui…*Costituisce principio consolidato nella giurisprudenza di questa Suprema Corte che in seguito alla separazione o al divorzio la prole ha diritto ad un mantenimento tale da garantirle un tenore di vita corrispondente alle risorse economiche della famiglia ed analogo, per quanto possibile, a quello goduto in precedenza (v. sul punto Cass. 2000 n. 15065). È altresì da considerare che il dovere di provvedere al mantenimento, istruzione ed educazione, secondo il precetto dell'art. 147 c.c., impone ai genitori, anche in caso di separazione o divorzio, di far fronte ad una molteplicità di esigenze dei figli, non riconducibili al solo obbligo alimentare, ma inevitabilmente estese all'aspetto abitativo, scolastico, sportivo, sanitario, sociale, all'assistenza morale e materiale, all'adeguata predisposizione -fin quando la loro età lo richieda*

- di una stabile organizzazione domestica, idonea a rispondere a tutte le necessità di cura e di educazione.

L'assegno di mantenimento, ove previsto secondo i principi di perequazione sopra riportati, "*è determinato in una somma fissa mensile, in funzione delle esigenze rapportate all'anno*" con la conseguenza che ne è previsto il versamento anche durante il periodo estivo, in cui il figlio trascorre parte del mese con il genitore obbligato (cfr., Cass. civ., ord. 2 aprile 2013, n. 7972), salvi diversi accordi dei genitori esplicitati in atti e/o statuizioni previste in provvedimenti che tengano conto dei diversi periodi di permanenza dei figli presso il genitore non collocatario.

Tuttavia, per la nostra esperienza, dati particolarmente problematici in sede giudiziale non sono tanto l'ammontare dell'assegno, la sua periodicità, o altro, ma la materia concernente le spese accessorie «straordinarie» che il coniuge può incontrare nella qualità di genitore affidatario della prole e che si manifestano in relazione alla crescita dei figli, imponendo di adeguare le spese alle maggiori esigenze cui i figli vanno incontro, specie ove tali esborsi non erano stati considerati in sede di separazione o di divorzio.

In tali ipotesi, il genitore collocatario o convivente può ricorrere al procedimento di revisione, se si tratta di spese costanti e tali da incidere concretamente sul tenore di vita goduto, o se sono, comunque, di rilevante ammontare, oppure, già in sede di giudizio, si possono individuare somme specifiche, che si aggiungono a quelle periodicamente versate, che vadano a coprire determinate voci di spesa.

In tali ipotesi, ben potrebbero individuarsi degli oneri economici che, per la costanza nel tempo o per l'importo (o per entrambi gli aspetti), è opportuno enucleare dall'ammontare dell'assegno di mantenimento, che nella parte restante, così, sarà maggiormente adeguato a garantire un potere di spesa corrispondente al tenore di vita che si deve poter svolgere.

Il principio generale è ribadito da pronunce emesse in tema di separazione personale dei coniugi, ma estensibili anche al giudizio di divorzio, per le quale il giudice ha facoltà di determinare l'assegno periodico di mantenimento, che un coniuge è obbligato a versare in favore dell'altro, in una somma di danaro unica o in più voci di spesa, le quali, nel loro insieme e correlate tra loro, risultino idonee a soddisfare le esigenze del coniuge in cui favore l'assegno è disposto, rispettando il requisito generale di determinatezza o determinabilità dell'obbligazione (art. 1346 c.c.).

Tale principio è estensibile a tutte le voci di spesa che i coniugi potrebbero già individuare in sede di procedimento (ad es. spese per l'università del figlio, spese mediche preventivate, ecc.), con il solo rispetto del principio di determinazione o determinabilità della obbligazione imposta al coniuge.

Quindi, seguendo il ragionamento della Corte, il giudice, nel porre a carico del coniuge obbligato, oltre all'assegno di mantenimento in danaro, altre spese, deve procedere all'accertamento del loro importo, così da poterle complessivamente valutare, insieme con l'assegno in danaro, in rapporto sia alle esigenze del coniuge in cui favore è disposto il mantenimento, sia ai redditi dello stesso obbligato.

Ciò significa, peraltro, che se spese straordinarie non sono state previste in sede di determinazione dell'assegno di mantenimento, le stesse devono ritenersi inglobate in esso.

Nessuna richiesta in base a questo titolo potrà essere fatta al coniuge obbligato, imponendogli di adeguare l'assegno di mantenimento a spese che la parte ritiene necessarie, per se o per la prole.

Se tali spese non sono state determinate prima, il coniuge deve rivolgersi al Tribunale in sede di modifica/revisione dell'assegno, ove verranno valutate le ragioni dei due coniugi ed effettuata la comparazione fra le situazioni patrimoniali in base alle nuove esigenze sopravvenute. In tali ipotesi, cioè, il coniuge non potrà agire autonomamente per una maggiorazione della somma da versare.

Quanto alla misura del contributo, la giurisprudenza di merito precisa che il coniuge non affidatario sarà tenuto non già per l'effettiva misura in cui sarebbe necessario il suo contributo, bensì per la minor misura in cui esso coniuge onerato è in grado di concorrere, avuto riguardo al suo reddito e alle sue personali esigenze.

Né il coniuge affidatario può pretendere dall'altro un contributo commisurato al dispendiosissimo livello di vita da lui consentito ai figli affidatigli, non potendosi imporre al coniuge non affidatario, pur se avente non lievi potenzialità economiche, di mettere a disposizione grandissima parte delle proprie risorse economiche-patrimoniali per consentire ai minori di raggiungere il massimo della realizzazione esistenziale e sociale.

Ne consegue che il mantenimento dovuto deve essere rapportato all'effettivo tenore di vita goduto e che in concreto poteva essere goduto dalla prole. Infatti, se un genitore provvede a spese

eccessive, non per questo l'altro sarà vincolato a sostenere un livello di spesa superiore alle proprie possibilità.

3. Distinzione tra spese ordinarie e spese straordinarie.

Nella pronunce giurisprudenziali concernenti l'affidamento dei figli minori, tanto se riferite ad ipotesi in cui sia stato adottato il modello bigenitoriale di affidamento condiviso, quanto se riferite al modello monogenitoriale di affidamento esclusivo (ormai ipotesi del tutto eccezionale) il giudice, secondo quanto disposto dall'articolo 155 c.c., comma 2, determina ''*la misura e il modo con cui ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli'*, ed inoltre, secondo quanto disposto al successivo comma IV°, ''*il giudice stabilisce, ove necessario, la corresponsione di un assegno periodico al fine di realizzare il principio di proporzionalità''*.
Sebbene la legge n. 54 del 2006 prescriva quale regime preferibile –come detto- quello del mantenimento diretto, tuttavia, nella prassi giudiziaria si è soliti disporre, a carico del genitore non collocatario (o non affidatario), l'obbligo di corrispondere un assegno mensile a titolo di contribuzione al mantenimento della prole, oltre a fissare una percentuale (100%; 50%; 70% etc.) a suo carico dell'entità delle spese straordinarie.

Per via di tale prassi -che si reputa maggiormente consona rispetto all'obiettivo di deflazione della conflittualità tra i coniugi, spesso non in grado di comunicare adeguatamente tra loro a seguito della crisi del matrimonio- uno tra i problemi più significativi riguarda, appunto, l'individuazione corretta di cosa debba intendersi per ''spese straordinarie'', data l'assenza di qualsiasi specifica definizione normativa in proposito.

E' certo che tale lacuna normativa non sia casuale ma persegua l'obiettivo di favorire la ricerca da parte dei giudici della soluzione più adatta alle singole fattispecie concrete.

In tale logica, non vi è alcuna disposizione destinata ad elencare e distinguere precisamente le spese attinenti al soddisfacimento dei bisogni della prole, tra ''spese straordinarie'' e ''spese ordinarie'' né alcuna esemplificazione normativa delle une e delle altre.

E' dunque compito dei giudici individuare, per quanto possibile in modo analitico e dettagliato allorchè sorgano contrasti tra i genitori, quali spese vadano ascritte all'una o all'altra categoria.

Laddove, infatti, vengano in rilievo le ‘‘spese ordinarie’’ il genitore collocatario vi provvede attraverso il mantenimento diretto e quello non collocatario (o non affidatario) della prole vi contribuisce già attraverso l’assegno periodico disposto a suo carico, mentre per le “spese straordinarie” tale inclusione non potrà avvenire e la corrispondente modalità di soddisfacimento dovrà essere rivista.

Sul punto, la Cassazione ha affermato molto chiaramente che le "spese straordinarie" non possano mai ritenersi comprese in modo forfettario all'interno della somma da corrispondersi con l'assegno periodico e/o come mantenimento diretto, rischiandosi contrariamente di recare pregiudizio al minore (Cass. civ., n. 9372, del 08 giugno 2012, nella parte in cui si afferma che: "*… la soluzione di includere le spese straordinarie, in via forfettaria, nell'ammontare dell'assegno posto a carico di uno dei genitori può rivelarsi in netto contrasto con il principio di proporzionalità sancito dall'articolo 155 cod. civ. e con quello dell'adeguatezza del mantenimento, poiché si introduce, nell'individuazione del contributo in favore della prole, una sorta di alea incompatibile con i principi che regolano la materia*").

Conseguentemente, uno dei principi pacifici è quello di includere nell’assegno periodico solo le spese ordinarie e non anche quelle straordinarie perché diversamente si determinerebbe una compressione delle ragioni della prole correlate alla soddisfazione delle esigenze inaspettate che necessitano di interventi economici straordinari.

Quanto ai criteri di riparto delle spese straordinarie, la maggior parte dei tribunali stabilisce, in uno all’obbligo di corrispondere un assegno periodico a titolo di contribuzione al mantenimento della prole, una percentuale variabile per fare fronte dell’entità degli esborsi di carattere straordinario: è più frequente fissare un contributo pro quota in ragione del 50% dell’ammontare delle spese straordinarie, ma non sono mancati casi in cui la giurisprudenza abbia ritenuto più rispondente alle esigenze della prole porre tale onere a carico esclusivo di un genitore (Cass. n. 18242/2007).

Nella individuazione della distinzione tra spese ordinarie e straordinarie, vi è una sostanziale uniformità di criteri ed il prevalente e costante indirizzo giurisprudenziale, al fine di fornire un criterio generale di differenziazione tra l’una e l’altra categoria, riconosce nelle ‘‘spese ordinarie’’ quelle destinate a soddisfare i bisogni quotidiani del minore, ed in quelle ‘‘straordinarie’’, invece, gli “esborsi necessari a far fronte ad eventi imprevedibili o addirittura eccezionali, ad esigenze non

rientranti nelle normali consuetudini di vita dei figli minori fino a quel momento, o comunque spese non quantificabili e determinabili in anticipo o di non lieve entità rispetto alla situazione economica dei genitori "(Cass. Civ., n. 7672, del 19 luglio 1999; Cass. Civ., n. 6201, del 13 marzo 2009; Cass. Civ., n. 23411, del 04 novembre 2009; tra le pronunce dei giudici di merito v. a titolo esemplificativo Tribunale di Firenze, n. 3204, del 2005; Tribunale di Taranto, n. 321, del 22 febbraio 2010; Tribunale di Palermo, n. 4214, del 09 ottobre 2012; Tribunale di Catania, ordinanza 11 ottobre 2010).

Volendo offrire un taglio pratico alla presente relazione, ripercorrendo i provvedimenti giudiziari editi che vengono in rilievo, spesso si riscontra il riferimento a singole e specifiche voci di spesa riconducibili all'una o all'altra categoria.

Nella pratica è proprio questo l'aspetto che genera contenzioso, in quanto si verifica di frequente che il genitore collocatario (o affidatario) sostenga delle spese di carattere straordinario e poi, rivolgendosi al genitore non collocatario per avere il rimborso della parte ad esso spettante, si vede rispondere che non si tratta di ''spese straordinarie'' ma al contrario assolutamente ''ordinarie'' e rientranti nell'assegno periodico predisposto

Il concetto di "spesa straordinaria" –come detto- non trova una definizione positiva nell'ordinamento giuridico nazionale e sovranazionale, tanto che la giurisprudenza è intervenuta più volte sul punto per colmare il vuoto normativo.

Esaminando le principali sentenze che hanno tentato una definizione, si rileva che:

- Cassazione, Sez. I, sentenza n. 7672 del 19/07/1999…*Sono da ritenersi straordinarie le spese collegate ad eventi eccezionali della vita della prole.*

- Cassazione, Sez. I, sentenza n. 6201 del 13/03/2009….*Sono straordinarie le spese che servono per soddisfare le esigenze saltuarie (vale a dire non continuativa) e imprevedibili dei figli.*

- Cassazione, Sez. I, sentenza n. 9372 del 22/02/2012…..*Sono da intendersi spese "straordinarie" quelle che, per la loro rilevanza, la loro imprevedibilità e la loro…imponderabilità esulano dall'ordinario regime di vita dei figli.*

Dall'analisi delle sentenze sopra riportate è possibile individuare le principali caratteristiche della spesa straordinaria:

1) l'eccezionalità;

2) la saltuarietà e l'imprevedibilità;

3) la rilevanza in termini economici;

4) l'imponderabilità.

Al ricorrere di uno di questi caratteri la spesa non rientra più nella definizione di spesa ordinaria, ma verrà classificata come spesa fuori dal regime ordinario di vita dei figli.

In ragione dei risultati emersi dallo studio delle sentenze sopra riportate, è facile comprendere perché non possa ammettersi una quantificazione in via forfettaria delle spese straordinarie.

Sul tema la Cassazione si è espressa con sentenza n. 18869/14, depositata l'8 settembre 2014, nella quale si legge testualmente: *"... devono intendersi spese straordinarie quelle che per la loro rilevanza, la loro imprevedibilità e la loro imponderabilità esulano dall'ordinario regime di vita dei figli, cosicché la loro inclusione in via forfettaria nell'ammontare dell'assegno, posto a carico di uno dei genitori, può rivelarsi in contrasto con il principio di proporzionalità sancito dall'art. 155 c.c. e con quello dell'adeguatezza del mantenimento, nonché recare grave nocumento alla prole, che potrebbe essere privata, non consentendolo le possibilità economiche del solo genitore beneficiario dell'assegno "cumulativo", di cure necessarie o di altri indispensabili apporti. Pertanto, pur non trovando la distribuzione delle spese straordinarie una disciplina specifica delle norme inerenti alla fissazione dell'assegno periodico, deve ritenersi che la soluzione di stabilire in via forfettaria e aprioristica ciò che imponderabile e imprevedibile, oltre ad apparire in contrasto con il principio logico secondo cui soltanto ciò che è determinabile può essere preventivamente quantificato, introduce, nell'individuazione del contributo in favore della prole, una sorte di alea incompatibile con i principi che regolano la materia..."*.

Quanto statuito dalla Cassazione nel 2014 è conforme ad una pronuncia dei Giudici di legittimità nella sentenza del 2012 n. 9372 secondo la quale la quantificazione aprioristica e a forfait delle spese straordinarie potrebbe potenzialmente rivelarsi di nocumento per la prole e per il coniuge presso il quale il figlio è collocato: *Dovendosi intendere per spese "straordinarie" quelle che, per la loro rilevanza, la loro imprevedibilità e la loro imponderabilità esulano dall'ordinario regime di vita dei figli, considerato anche il contesto socio-economico in cui sono inseriti, deve rilevarsi che la loro inclusione in via forfettaria nell'ammontare dell'assegno posto a carico di uno dei genitori può rivelarsi in netto contrasto con il suddetto principio di*

proporzionalità e con quello dell'adeguatezza del mantenimento: nel caso della sopravvenuta esigenza di una spesa rilevante (ad esempio, per ragioni sanitarie), tale da assorbire non solo il contributo mensile, ma anche quello annuale, potrebbe verificarsi un grave nocumento non solo nei confronti del coniuge presso il quale il figlio è collocato, ma soprattutto nei riguardi della prole, che potrebbe essere privata - non consentendolo le possibilità economiche del solo genitore beneficiario dell'assegno "cumulativo"- di cure necessarie o di altri indispensabili apporti."

Dando conto, più specificamente, dei tentativi di tipizzazione delle diverse tipologie di spese e considerando alcune macroaree, si passa ad esaminare le ipotesi oggetto di più frequente contenzioso senza alcuna pretesa di esaustività.

Quanto alle spese scolastiche ed educative, in giurisprudenza si è pressoché concordi e fermi nel ricondurre tra le ‘‘spese ordinarie’’, anche se parametrate nell’arco di un anno e non di carattere giornaliero, quelle effettuate per l’acquisto di libri scolastici, di materiale di cancelleria, dell’abbigliamento per lo svolgimento dell’attività fisica a scuola, della quota di iscrizione alle gite scolastiche.

Tutto ciò, ovviamente, basandosi sulla considerazione che la frequenza scolastica da parte del minore non è qualcosa di eccezionale ed imprevedibile ma, al contrario, di obbligatorio e fondamentale. Anche le spese mensili per la frequenza scolastica con annesso semi-convitto è stata considerata una ‘‘spesa ordinaria’’ in relazione al normale standard di vita seguito dal minore fino al momento della crisi familiare, con eventuale possibilità di aumentare l’assegno di mantenimento precedentemente disposto per far fronte a tale esigenza (Tribunale per i minorenni di Bari, decreto del 06 ottobre 2010).

Per quanto riguarda, invece, i viaggi studio all’estero (Cass. Civ., n. 19607, del 2011) e le ripetizioni scolastiche o gli sport (Tribunale di Roma, n. 147, del 2013) la giurisprudenza li riconduce più frequentemente alla categoria delle ‘‘spese straordinarie’’.

Quanto alle spese concernenti la formazione universitaria, esse vengono qualificate dalla giurisprudenza quali ‘‘spese ordinarie’’, tali da giustificare una richiesta di modifica in aumento dell’assegno periodico non trattandosi, infatti, di spese di carattere saltuario e eccezionale o comunque imprevedibile ma, al contrario, assolutamente normali e durevoli nel tempo (Cass. Civ., n. 8153, del 2006).

Quanto alle spese correlate ad esigenze sanitarie, esse, a seconda della loro natura, vengono a volte ricomprese nelle "spese ordinarie" ed altre volte qualificate come "spese straordinarie". A titolo esemplificativo rientrano tra le prime, secondo quanto risulta da innumerevoli pronunce dei giudici, le c.d. "cure ordinarie", come le visite pediatriche, l'acquisto di medicinali da banco o comunque di uso frequente, visite di controllo routinarie (Tribunale di Catania, 04 dicembre 2008; Corte d'App. di Catania, 29 maggio 2008 e 05 dicembre 2011).

Anche quanto necessario a garantire cura ed assistenza al proprio figlio disabile non può che ritenersi "spesa ordinaria" essendo destinata, invero, a soddisfare i bisogni quotidiani del ragazzo in relazione alla specificità della sua situazione (Cass. civ., n. 18618, del 2011). Diversamente vengono qualificate come "straordinarie" le spese concernenti un improvviso intervento chirurgico, dei trattamenti psicoterapeutici, dei cicli di fisioterapia necessari in seguito ad un incidente stradale od altro ed, infine, quanto erogato per acquistare un paio di occhiali da vista al minore o l'apparecchio ortodontico (Tribunale di Perugia, n. 967, del 2011).

Per quanto concerne le spese relative a momenti ludici e di svago del minore, si tratta di esborsi che i genitori, nei limiti ovviamente della loro situazione economico-reddituale, sono chiamati a soddisfare. Basti citare ad esempio l'acquisto di un computer o quello di un motorino, qualificate come "spese straordinarie", od anche le somme necessarie per giungere a conseguire la patente di guida ed a pagare, successivamente, eventuali contravvenzioni dovute a violazione del codice della strada da parte dei figli (Tribunale di Ragusa, n. 278, del 2011; n. 243, del 2011).

Proprio per via della impossibilità di individuare un'elencazione esaustiva e dettagliata sulla base della quale distinguere facilmente le due categorie di spesa e per rendere più costante l'orientamento giurisprudenziale in materia, per lo meno nei singoli tribunali, molti uffici giudiziari, in collaborazione con diversi avvocati esperti in diritto di famiglia, hanno dato vita a dei protocolli destinati ad elencare le spese che si devono considerare straordinarie. La scelta di redigere appositi protocolli, tuttavia, non risolve completamente il problema, infatti, tra i vari tribunali non esiste un orientamento costante ed, inoltre, molti uffici giudiziari sono ancora privi di qualsiasi intesa.

4. Il regime delle spese straordinarie: evoluzione giurisprudenziale in materia di diritto al rimborso del genitore non anticipatario.

Prima di affrontare il tema del regime delle spese straordinarie, giova accennare alla questione concernente la differenza tra ‘‘spese straordinarie’’ e ‘‘scelte straordinarie’’, o meglio ‘‘di maggior interesse’’, che secondo quanto previsto all’articolo 155, comma 3, debbono essere assunte ‘‘di comune accordo’’ tra i genitori.

Innanzitutto tra i concetti di ‘‘scelte straordinarie’’ e ‘‘spese straordinarie’’ non sussista un’assoluta ed immediata coincidenza.

Ciò in quanto non sempre un esborso straordinario è conseguenza di una ‘‘decisione di maggior interesse’’: più frequente è invece che una ‘‘scelta straordinaria’’, riguardante qualsiasi profilo della vita del minore (scolastico; ludico; sanitari; etc.), comporti una ‘‘spesa straordinaria’’ (Cass. Civ., n. 4459, del 05 maggio 1999; Cass. Civ., n. 26570, del 17 dicembre 2007; Cass. Civ., n. 2189, del 20 gennaio 2009; nella giurisprudenza di merito v. Tribunale di Roma, n. 19067, dell' 11 ottobre 2012).

Cass. n. 4459/1999 è particolarmente significativa nel delineare detta distinzione: da una parte “spese straordinarie” dall’altra “decisioni straordinarie” cioè “di maggiore interesse” ed ha chiarito che il concetto di “spese straordinarie” è ben distinto, dal punto di vista ontologico e da quello delle coerenti implicazioni giuridiche, dalla nozione di “scelte straordinarie”, intese come decisioni che incidono più incisivamente sula vita, sull’istruzione e sui valori giuda nell’educazione dei figli. Se è pur vero che assai frequentemente la realizzazione di tali scelte comporta esborsi straordinari, ovvero, sotto diverso profilo, che l’erogazione di tali esborsi trova il proprio presupposto in momenti decisionali che attengono ad aspetti molto importanti nella vita dei figli, tale interferenza tra le due categorie non determina tuttavia coincidenza ben potendo ipotizzarsi decisioni fondamentali prive di spesa (quali quelle che riguardano la formazione religiosa) e, per converso, decisioni che non sono rilevanti dal punto di vista della vita e dell’educazione dei figli e, tuttavia, assai onerose sul piano economico (si pensi ad un viaggio all’estero).

Ciò premesso, si rileva che frequentemente nella pratica giudiziaria (a prescindere dalla pregnanza delle nozioni anzidette per l’interprete) ciò che il genitore non collocatario (o non affidatario) contesta all’altro, innanzi ad una richiesta di rimborso, è il fatto che la spesa effettuata non sia stata decisa concordemente ma, al contrario, in modo unilaterale ed arbitrario, cosicché nulla a lui possa essere addebitato.

Se in passato, parte della dottrina riconduceva il pagamento delle spese straordinarie all'istituto della *negotiorum gestio,* previsto dall'art. 2031 c.c. mentre altra (Paradiso 1990, 147) preferiva ricondurre tale fattispecie nell'ambito degli artt. 1298 e 1299 c.c., sull'azione di regresso tra debitori solidali, la giurisprudenza ha subito nell'ultimo ventennio una significativa evoluzione che mette conto esaminare nei diversi approdi, per conseguire un quadro chiaro ed esaustivo dei principi attualmente seguiti da parte del Giudice di Legittimità e della prevalente giurisprudenza di merito.

Si è avuto un orientamento tradizionale, secondo cui le spese straordinarie che implicano decisioni di maggiore interesse per i figli devono essere previamente concordate; uno intermedio, secondo cui l'obbligo di rimborso consegue alla mancata contestazione delle spese straordinarie ed il nuovo orientamento della giurisprudenza che fa leva sulla valutazione dell'interesse del figlio anziché sulla condivisione delle spese.

Il primo orientamento risale alla sentenza della Cassazione n. 4459/1999, adottata in un contesto normativo che differenziava il genitore affidatario ed il genitore non affidatario ma in cui l'art. 155 cc. , quanto alla separazione e l'art. 6 c.IV della legge n. 898/1970, per il divorzio, prevedevano la necessità che entrambi i genitori adottassero le decisioni di maggiore interesse per i figli, alla stregua di una disposizione ancora attuale in quanto fatta propria dall'art. 337 ter c.c. nel testo riformato dal d.lgs n. 154/2013 e dall'art. 337 quater con riferimento all'affidamento esclusivo.

Tale risalente pronuncia stabiliva, in estrema sintesi, il principio secondo cui un genitore non è gravato della previa concertazione delle spese straordinarie con l'altro genitore, a meno che queste non implichino l'assunzione di "decisioni di maggiore interesse" e tale principio tradizionale viene anche di recente ripreso dalla giurisprudenza di legittimità (si veda Cass. sez. I 19 marzo 2014 n. 6297). Nel tempo altre pronunce (Cass. n. 9376/2011; Cass. n. 2182/2009) , richiamando lo stesso principio, hanno precisato che esso non è inderogabile, essendo sempre possibile che il giudice determini oltre che la misura anche le specifiche modalità con le quali i genitori devono contribuire al mantenimento dei figli.

Le pronunce di merito che hanno richiamato i principi di cui sopra, li hanno integrati nel senso di includere tra le spese straordinarie che devono costituire oggetto di preventiva concertazione non solo quelle che attengono a "decisioni di maggiore interesse", per le quali la

condivisione è necessaria, ma anche quelle relative a decisioni che importano oneri economici notevoli.

Ne consegue che, alla luce di tale orientamento tradizionale, fatta eccezione per le spese mediche indifferibili ed urgenti che possono essere sostenute anche in assenza di un accordo e danno comunque titolo a conseguire il rimborso pro quota, per le altre spese straordinarie, inerenti questioni di maggiore interesse per i figli nei termini sopra intesi, il genitore che ne chiede il rimborso, ai fini dell'accoglimento della domanda, ha l'onere fi fornire la prova di avere preventivamente consultato l'altro.

L'orientamento "intermedio" secondo cui l'obbligo del rimborso è una conseguenza della mancata contestazione delle spese straordinarie, è il portato di una riflessione maturata nella giurisprudenza di legittimità, secondo cui fosse opportuno sostituire al previo consenso il mancato dissenso, con la conseguenza che si è reputato sufficiente che il genitore chiamato al rimborso della spesa potesse ritenersi obbligato per non avere dissentito rispetto alla spesa sostenuta dall'altro genitore.

Cass. n. 5262/1999, aveva affermato che, in tema di separazione personale, l'art. 155 c.c. , nel rimettere alle determinazioni di entrambi i genitori "le scelte di maggiore interesse per i figli" non impone , riguardo a tali spese, alcuno specifico onere di informazione al genitore affidatario, dovendo tale onere ritenersi implicitamente gravante su quest'ultimo, nel solo caso in cui l'informazione sia necessaria affinchè il genitore non affidatario possa partecipare alla decisione con riguardo ad eventi eccezionali e imprevedibili e sempre che il suo adempimento non rischi di risolversi in un danno per il minore in relazione alla indifferibilità della scelta. Tale orientamento, maturato in un contesto normativo che differenziava genitore affidatario da genitore non affidatario, è stato confermato da altre decisioni successive all' introduzione, nel nostro ordinamento, dell'affido condiviso.

Cass. n. 10174/2012 ha criticato tale orientamento, affermando che l'affidamento congiunto comporta l'assunzione di uguali poteri e responsabilità da parte dei genitori ai fini dello sviluppo psico fisico del figlio e della sua formazione morale e culturale e richiede un personale impegno di entrambi nella realizzazione di un progetto educativo comune, la cui elaborazione non può risolversi nella passiva acquiescenza di un genitore alle scelte unilateralmente compiute dall'altro

ma esige una costante e preventiva reciproca consultazione che consenta di avere l'esatta percezione delle necessità del minore e l'individuazione dei mezzi più convenienti per farvi fronte.

Non basta, quindi, che le decisioni di maggiore interesse (che importano spese straordinarie), risultino "non contestate" dal genitore che non le ha sostenute in regime di affido condiviso: esse dovranno essere necessariamente condivise perché ne possa derivare un obbligo di pagamento anche a carico del genitore che non ha anticipato la spesa.

Il recente e nuovo orientamento della giurisprudenza di legittimità, secondo cui ciò che viene in rilievo e la valutazione dell'interesse del figlio piuttosto che la condivisione della spesa, prende le distanze dall'estrema valorizzazione delle regole sull'affido condiviso e acquisisce un taglio pragmatico.

In tale senso, Cass. n. 16175/2015, afferma il principio secondo cui "la mancata preventiva concertazione delle spese straordinarie da sostenere nell'interesse dei figli, in caso di rifiuto di provvedere al rimborso della quota di spettanza da parte del genitore che non le ha anticipate, impone la verifica giudiziale della rispondenza delle spese all'interesse del minore, mediante la valutazione, riservata al giudice di merito, della commisurazione dell'entità della spesa rispetto all'utilità per il minore e della sostenibilità della stessa rapportata alle condizioni economiche dei genitori".

Tale orientamento ha avuto seguito con Cass. n. 2127/2016 che ha ribadito come non sia configurabile a carico del coniuge affidatario o presso il quale sono normalmente residenti i figli, anche nel caso di decisioni di maggiore interesse per questi ultimi, un obbligo di informazione e di concertazione preventiva con l'altro genitore in ordine alla effettuazione e determinazione delle spese straordinarie che, se non adempiuto, comporti la perdita del diritto al rimborso. Nel caso di mancata concertazione preventiva e di rifiuto di provvedere al rimborso della quota di spettanza da parte del coniuge che non le ha effettuate, il giudice è tenuto a verificare la rispondenza delle spese all'interesse del minore mediante la valutazione della commisurazione dell'entità della spesa rispetto all'utilità derivante ai figli e della sostenibilità della spesa stessa, rapportata alle condizioni economiche dei coniugi.

Analogamente, Cass. n. 2467/2016, ha aggiunto che, in tema di spese straordinarie sostenute nell'interesse dei figli, il mancato preventivo interpello del coniuge divorziato può essere

sanzionato nei rapporti tra i coniugi ma non comporta irripetibilità delle spese effettuate nell'interesse del minore e compatibili con il tenore di vita della famiglia.

Da ultimo, Cass. n. 4060/2017, richiamando i principi sopra esposti, chiarisce che se è vero che la ratio dell'affido condiviso privilegia il raccordo tra genitori in ordine alle scelte educative che riguardano i figli, tanto è vero che- se vi è un'intesa- essi in molti casi possono modificare anche di comune accordo le stesse indicazioni fornite dal giudice, nondimeno quando i genitori vivono in un rapporto che non consente loro il raggiungimento di un'intesa, occorre assicurare la tutela del migliore interesse del minore per cui l'opposizione di un genitore non può paralizzare l'adozione di ogni iniziativa che riguardi un figlio minorenne, specie se di rilevante interesse e neppure è necessario che tale intesa si trovi prima che l'iniziativa sia intrapresa, fermo restando che compete al giudice, ove ne sia richiesto, verificare se la scelta adottata corrisponde effettivamente all'interesse del minore.

In definitiva, il principio che oggi trova applicazione tra i giudici di merito e nell'ambito del nostro ufficio giudiziario, è quello per cui anche nel caso di spese straordinarie che dovessero implicare decisioni di maggiore interesse per i figli, non è configurabile a carico del coniuge che vive con la prole un obbligo di concertazione preventiva con l'altro coniuge, in ordine alla effettuazione e determinazione delle spese straordinarie, fermo restando che compete al giudice, ove le parti lo richiedano, verificare se la scelta adottata corrisponda o meno all'interesse del minore.

E' evidente quindi che il coniuge convenuto in giudizio per il rimborso della spesa debba opporre, con una difesa non meramente assertiva, ma articolata su specifici motivi di dissenso valutabili dal giudice, la non rispondenza delle spese all'interesse del minore ovvero la insostenibilità della spesa stessa se rapportata alle condizioni economiche dei genitori e all'utilità per i figli.

Ne consegue, altresì, che tale recente orientamento, valorizza, rispetto ai precedenti, il ruolo della difesa nel processo in cui venga in rilievo la sussistenza o meno del diritto al rimborso, posto che, a fronte degli indirizzi più risalenti in cui, per il genitore che aveva anticipato la spesa, era sufficiente allegare l'esistenza di un accordo o di una mancata contestazione in ordine alla decisione concernente la spesa medesima, nel nuovo contesto interpretativo, la difesa avrà un onere di allegazione maggiore e più complesso.

Esso concernerà, infatti, tutti quegli elementi che connotano l'interesse e l'utilità del minore nel caso concreto, a conseguire i vantaggi di un certo esborso e saranno riferibili al tenore di vita maturato durante la vita coniugale, alle scelte di formazione effettuate nell'interesse del figlio, alle attitudini, alle prospettive e legittime aspettative dello stesso in ambito scolastico, culturale, relazione e professionale.

L'onere difensivo di allegazione concernerà inoltre le condizioni economiche dei coniugi, secondo i comuni parametri di riferimento.

A tale specifico contenuto dell'onere di allegazione farà riscontro l'onere di provare le circostanze di cui sopra ed è certo che, quanto ai profili concernenti l'interesse del minore, la difesa –unitamente agli strumenti probatori rimessi alla piena disponibilità della parte processuale- potrà sollecitarne l'ascolto diretto o mediato (quale strumento propriamente volto ad acquisire contezza, da parte del giudicante, dell'effettivo interesse del minore), potrà sollecitare il ricorso a strumenti di indagine psicologica e socio ambientale.

Ciò per porre il giudice in condizione di effettuare una pregnante valutazione del caso concreto che consenta di dare una soluzione adeguata alle esigenze del *nucleo* familiare che viene in rilievo.

Il provvedimento giudiziario conterrà una determinazione sulle spese straordinarie, ponendo a carico di un genitore dette spese o la quota parte paritaria di esse, lasciando al successivo accordo dei coniugi la decisione su quali e quante spese effettuare e ciò avverrà tenendo conto delle concrete possibilità economiche delle parti e della effettiva opportunità di disciplinare in modo particolare il regime delle spese straordinarie.

L'entità di tale contribuzione, se non preventivamente concordata dalle parti è lasciata alla valutazione discrezionale del giudice, il quale procederà alla determinazione del contributo sulla base dei parametri di cui all'art. 148 c.c., ovvero in proporzione alle rispettive sostanze dei coniugi e secondo la loro capacità lavorativa e professionale, attraverso un'indagine comparativa delle disponibilità di entrambi i genitori.

5. Le spese straordinarie e il titolo esecutivo

Secondo l'art. 474 c.p.c., sono titoli esecutivi: 1) le sentenze, i provvedimenti e gli altri atti ai quali la legge attribuisce espressamente efficacia esecutiva; 2) le scritture private autenticate, relativamente alle obbligazioni di somme di denaro in esse contenute, le cambiali, nonché gli altri titoli di credito ai quali la legge attribuisce espressamente la stessa efficacia; 3) gli atti ricevuti da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato dalla legge a riceverli. L'esecuzione forzata per consegna o rilascio non può aver luogo che in virtù dei titoli esecutivi di cui ai numeri 1) e 3) del comma 2 .

Quanto al requisito della certezza del titolo esecutivo, esso va inteso nel senso che la situazione giuridica accertata in favore di un soggetto deve emergere esattamente e compiutamente, nel suo contenuto e nei suoi limiti, dal relativo provvedimento giurisdizionale o atto negoziale, di guisa che ne risulti determinato e delimitato anche il contenuto del titolo, tenendo conto che può definirsi certo il diritto soggettivo non soltanto quando il suo contenuto sia precisamente determinato, ma anche quando esso sia facilmente determinabile alla stregua degli elementi indicati nella sentenza che lo accerta in modo definitivo e non vengano mosse contestazioni specifiche dall'obbligato, senza che venga in considerazione la qualità soggettiva del debitore.

Quanto al requisito della liquidità, essa si riferisce ai titoli di condanna per crediti di somme di danaro o di cose fungibili e richiede che la prestazione dovuta sia determinata nel suo ammontare o nella sua quantità ovvero sia determinabile in base agli elementi individuanti che risultano dallo stesso titolo se necessario anche attraverso l'interpretazione dello stesso .

Il requisito della liquidità è integrato anche quando alla determinazione del credito possa pervenirsi per mezzo di un mero calcolo aritmetico sulla base di elementi certi e positivi contenuti tutti nel titolo fatto valere, i quali sono da identificare nei dati che, pur se non menzionati in sentenza, sono stati assunti dal giudice come certi e oggettivamente già determinati, anche nel loro assetto quantitativo, perché così presupposti dalle parti e pertanto acquisiti al processo, sia pure per implicito.

Ne consegue la necessità della determinazione delle spese nel titolo, per essere qualificato come esecutivo, per cui l'ordinanza con la quale il giudice stabilisce la contribuzione alle spese straordinarie deve quantificarle monetariamente, anche tramite il ricorso a parametri certi, che

permettano un mero calcolo matematico, perché altrimenti il titolo non potrà essere portato ad esecuzione.

Sebbene la pronuncia giudiziale recante la separazione costituisca in astratto titolo esecutivo, non può fondare la richiesta di rimborso per somme dovute a titolo di spese straordinarie a causa della incertezza ed illiquidità del credito che si pretende di attuare a tale titolo.

Secondo una giurisprudenza più risalente, tali spese, se di importo non preventivamente stabilito, potranno essere determinate caso per caso a seconda delle esigenze concrete, e potranno essere oggetto di esecuzione forzata solo previo accertamento giudiziale della esistenza del credito e della sua esatta quantificazione.

Così si esprimeva, infatti, la giurisprudenza meno recente (Cass. n. 1758/2008), secondo cui *…nel caso in cui il coniuge onerato alla contribuzione delle spese straordinarie, sia pure pro quota, non adempia, al fine di legittimare l'esecuzione forzata, occorre adire nuovamente il giudice affinché accerti l'effettiva sopravvenienza degli specifici esborsi contemplati dal titolo e la relativa entità.*

Viceversa, da ultimo, la Suprema Corte si è così orientata (Cass. Civ. n. 11316/2011) ….*Il provvedimento con il quale, in sede di separazione, si stabilisce che il genitore non affidatario paghi, sia pure pro quota, le spese mediche e scolastiche ordinarie relative ai figli costituisce idoneo titolo esecutivo e non richiede un ulteriore intervento del giudice in sede di cognizione, qualora il genitore creditore possa allegare e documentare l'effettiva sopravvenienza degli esborsi indicati nel titolo e la relativa entità, salvo il diritto dell'altro coniuge di contestare l'esistenza del credito per la non riconducibilità degli esborsi a spese necessarie o per violazione delle modalità d'individuazione dei bisogni del minore.*

Ed ancora più decisamente (sentenza n. 21241/2016) ha chiarito che… *il provvedimento con il quale, in sede di separazione, si stabilisce che il genitore non affidatario paghi pro quota le spese ordinarie per il mantenimento dei figli, costituisce idoneo titolo esecutivo e non richiede un ulteriore intervento del giudice in sede di cognizione ma ciò solo a condizione che il genitore creditore "possa allegare e documentare l'effettiva sopravvenienza degli esborsi indicati nel titolo e la relativa entità"* (Sez. 3, Sentenza n. 11316 del 23/05/2011, Rv. 618151).

"Allegazione e documentazione" che va compiuta rispetto all'atto di precetto, e non già nel successivo e solo eventuale giudizio di opposizione all'esecuzione: ciò in quanto il debitore deve essere messo in condizioni di potere sin da subito verificare la correttezza o meno delle somme indicate nell'atto di precetto.

6. Soluzioni per la prevenzione dei conflitti

L'Unione Nazionale delle Camere Minorili, propone delle possibili soluzioni e strumenti per la predeterminazione delle modalità di gestione delle spese straordinarie tra genitori che reputo interessanti rimedi per ridurre il contenzioso generato dalla mancanza di una definizione normativa delle "spese straordinarie".

Nell'ambito dell'accordo tra i genitori per la definizione delle spese straordinarie e delle modalità di gestione delle stesse si propongono alcune soluzioni tecniche volte a definire prassi virtuose.

a) Meccanismo del consenso

Qualora nell'accordo tra i genitori sia prevista la necessità del consenso di entrambi, l'accordo dovrà contenere la necessità per il genitore richiedente (e quindi l'impegno) di formulare per iscritto la richiesta di approvazione della spesa da affrontare, con espressa indicazione dell'importo previsto nonché di un termine congruo (possibilmente da prevedersi nell'accordo stesso, 7 – 15 o più giorni) entro il quale l'altra parte dovrà esprimere la propria volontà ovvero motivare il proprio dissenso.

Decorso tale termine la mancata risposta sarà considerata come adesione alla spesa da affrontare, sia nella modalità che nell'importo, illustrata nella richiesta (scelta del dentista, scelta della struttura sportiva ecc.).

b) Costituzione di un Fondo

Le parti possono convenire, nell'individuazione delle spese straordinarie, di destinare una somma al fine di costituire un fondo che potrà essere gestito da uno dei genitori con obbligo di rendicontazione periodica all'altro (ad es. semestrale) e facoltà di controllo da parte del genitore che non gestisce. Le parti possono individuare una somma da versare ogni anno per incrementare il fondo. Si precisa che, in caso di previsione di affido esclusivo, il fondo sarà gestito

automaticamente e necessariamente dal genitore affidatario, con obbligo di rendiconto al genitore non affidatario che avrà diritto di controllo della gestione, anche prima del rendiconto.

In caso di esaurimento del fondo, resta ferma la necessità di partecipazione alla spesa straordinaria in ragione della percentuale del 50% come per legge ovvero quella individuata dalla parti. In alternativa, le parti possono convenire di ricostituire il medesimo fondo.

Tale fondo può essere anche gestito congiuntamente fatta salva la necessità di condividere la scelta e la spesa nelle modalità e nell'importo, secondo i criteri sopra esplicitati.

c) Ripartizione delle spese straordinarie tra i genitori.

I genitori possono convenire di dividere le spese straordinarie per tipologia e ripartirne la gestione ed anticipazione tra loro, ferma restando la condivisione della scelta e della spesa (ad esempio: il padre si occupa dello sport, la madre dei libri di scuola; il padre si occupa delle spese odontoiatriche la madre di quelle oculistiche ecc…). Le parti converranno altresì di rendicontare periodicamente e compensare le posizioni dare-avere inerenti le voci di spesa.

d) Stipulazione di apposita copertura assicurativa per le spese che lo consentono, come quelle mediche straordinarie.

I genitori, oltre l'ipotesi di suddivisione e rimborso della spesa straordinaria, potrebbero prevedere la stipula di polizza assicurativa con diverse coperture annue il cui costo verrebbe ripartito tra loro in ragione della percentuale concordata.

ALBERTO BARBAZZA

Riflessioni sul tema della concorrenza sleale (in nota a Cass. 22 settembre 2015 n. 18691 e Cass. 15 ottobre 2015 n. 6274)

Sommario: A) Cassazione civile, Sez. I, 22 settembre 2015, n. 18691; B) Cassazione civile, Sez. I, 15 ottobre 2015, n. 6274. 1. I presupposti comuni alle due fattispecie: i soggetti dell'atto di concorrenza sleale ed il rapporto di concorrenza; 2. La concorrenza sleale mediante denigrazione; 3. La concorrenza sleale mediante atti contrari alla correttezza professionale. Lo storno di dipendenti.

A) Cassazione civile, Sez. I, 22 settembre 2015, n. 18691

CONCORRENZA (DIRITTO CIVILE) - SLEALE - ATTI DI CONCORRENZA - DIFFUSIONE DI NOTIZIE E APPREZZAMENTI IDONEI A DISCREDITARE I PRODOTTI ALTRUI - Apprezzamenti denigratori rivolti a persone determinate - Concorrenza sleale per denigrazione- Configurabilità - Condizioni - Fattispecie.

Ai fini della configurabilità della concorrenza sleale per denigrazione, le notizie e gli apprezzamenti diffusi tra il pubblico non debbono necessariamente riguardare i prodotti dell'impresa concorrente ma possono avere ad oggetto anche circostanze od opinioni inerenti in generale l'attività di quest'ultima, la sua organizzazione o il modo di agire dell'imprenditore nell'ambito professionale (esclusa la sfera strettamente personale e privata), la cui conoscenza da parte dei terzi risulti comunque idonea a ripercuotersi negativamente sulla considerazione di cui l'impresa gode presso i consumatori, dovendosi apprezzare, ai fini della potenzialità lesiva delle denigrazioni, non solo l'effettiva "diffusione" tra un numero indeterminato (od una pluralità) di persone ma anche il contenuto fortemente diffamatorio degli apprezzamenti stessi (nella specie, si era accusato il concorrente di essere mafioso e di essere stato arrestato per aver sottratto denaro

alla propria società) ed anche la potenzialità espansiva della comunicazione per la scelta dei destinatari (nella specie, alcuni dipendenti del concorrente denigrato).

OBBLIGAZIONI IN GENERE - INADEMPIMENTO - RESPONSABILITÀ - PER FATTO DEGLI AUSILIARI - Concorrenza sleale - Presupposto soggettivo - Rapporto di concorrenzialità - Estensione della responsabilità di cui all'art. 2598 c.c. al terzo interposto - Configurabilità - Condizioni - Terzo dipendente del concorrente avvantaggiato - Nesso di "occasionalità necessaria" con l'incarico affidato - Fattispecie.

La concorrenza sleale costituisce fattispecie tipicamente riconducibile ai soggetti del mercato in concorrenza, sicché non è ravvisabile ove manchi il presupposto soggettivo del cosiddetto "rapporto di concorrenzialità"; l'illecito, peraltro, non è escluso se l'atto lesivo sia stato posto in essere un soggetto (il cd. terzo interposto), che agisca per conto di un concorrente del danneggiato poiché, in tal caso, il terzo responsabile risponde in solido con l'imprenditore che si sia giovato della sua condotta, mentre ove il terzo sia un dipendente dell'imprenditore che ne ha tratto vantaggio, quest'ultimo ne risponde ai sensi dell'art. 2049 c.c. ancorché l'atto non sia causalmente riconducibile all'esercizio delle mansioni affidate al dipendente, risultando sufficiente un nesso di "occasionalità necessaria" per aver questi agito nell'ambito dell'incarico affidatogli, sia pure eccedendo i limiti delle proprie attribuzioni o all'insaputa del datore di lavoro. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito la quale, accertata la pronuncia di espressioni diffamatorie ascrivibili ad un soggetto persona fisica fiduciario e mandatario di un concorrente, aveva correttamente imputato a quest'ultimo la responsabilità da concorrenza sleale per denigrazione).

B) Cassazione civile, Sez. I, 15 ottobre 2015, n. 6274

CONCORRENZA (DIRITTO CIVILE) - SLEALE - ATTI DI CONCORRENZA - SVIAMENTO DI CLIENTELA - Appropriazione di tabulati recanti nominativi di clienti e fornitori di un concorrente tramite soggetti già dipendenti del medesimo - Illecito concorrenziale - Sussistenza - Pregressa conoscenza di tali dati - Irrilevanza - Ragioni.

In materia di concorrenza sleale, integra gli estremi dello sviamento di clientela la condotta posta in essere da un imprenditore che, per il tramite di propri dipendenti già al servizio di un concorrente, si appropri di tabulati recanti i nominativi di clienti e distributori di quest'ultimo, essendo irrilevante la circostanza che detti nominativi fossero già noti al medesimo imprenditore ed a tali dipendenti, trattandosi di informazioni comunque riservate e, come tali, non divulgabili.

Cassazione civile, Sez. I, 22 settembre 2015, n. 18691

Motivi della decisione

1. — Con il primo motivo d'impugnazione, la ricorrente denuncia la violazione o la falsa applicazione dell'art. 2598 cod. civ., nonché l'omessa o insufficiente motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio, osservando che la sentenza impugnata ha imputato alla società frasi denigratorie proferite da un suo socio lavoratore, senza accertare se esse fossero state pronunciate per conto della società ovvero in collegamento con la stessa. Premesso che la controversia traeva origine dal recesso del Bianco dall'Italcoop, a seguito della sua estromissione dalla gestione della filiale di Rho e dell'affidamento della stessa al Gargano, afferma che l'incarico conferito a quest'ultimo, limitato a tale aspetto operativo, non consentiva di ascrivere ad essa ricorrente le frasi da lui pronunciate, non essendo stata dimostrata la riconducibilità delle stesse alla volontà della società o la sussistenza di un nesso di occasionalità necessaria con le mansioni affidate al socio lavoratore.

1.1. — Il motivo è infondato.

Com'è noto, il principio secondo cui la concorrenza sleale costituisce una fattispecie tipicamente riconducibile ai soggetti del mercato in concorrenza, pur escludendone la configurabilità in mancanza del presupposto oggettivo rappresentato dal c.d. rapporto di concorrenzialità, non impedisce di ravvisare l'illecito in questione anche nel caso in cui l'atto lesivo del diritto del concorrente venga posto in essere da un soggetto (c.d. terzo interposto) che, pur non essendo egli stesso in possesso dei necessari requisiti soggettivi, ovverosia della qualità di concorrente del danneggiato, si trovi con il soggetto avvantaggiato in una particolare relazione, tale da far ritenere che l'atto sia stato oggettivamente compiuto nell'interesse di quest'ultimo (cfr.

Cass., Sez. 1,6 giugno 2012, n. 9117; 9 agosto 2007, n. 17459; 8 settembre 2003, n. 13071). Qualora poi, come nella specie, l'autore dell'illecito sia un dipendente dell'imprenditore che ne ha tratto vantaggio, quest'ultimo è tenuto a risponderne ai sensi dell'art. 2049 cod. civ., sulla base del mero rapporto intercorrente con il soggetto agente, anche se l'atto non sia causalmente riconducibile allo esercizio delle mansioni affidate a quest'ultimo, risultando sufficiente che tra le stesse e l'illecito sia configurabile un rapporto di occasionalità necessaria, nel senso che il dipendente abbia agito nell'ambito dell'incarico affidatogli, sia pur eccedendo i limiti delle proprie attribuzioni o all'insaputa del datore di lavoro (cfr. Cass., Sez. III, 4 aprile 2013, n. 8210; 12 marzo 2008, n. 6632; Cass., Sez. lav., 25 marzo 2013, n. 7403).

Alla stregua di tali principi, costantemente ribaditi dalla giurisprudenza di legittimità, non merita censura la sentenza impugnata, nella parte in cui, pur avendo accertato che le espressioni diffamatorie nei confronti del Bianco e denigratorie nei confronti della Special Coop erano ascrivibili al Gargano, ne ha addebitato la responsabilità all'Italcoop, in virtù del rapporto di dipendenza intercorrente tra quest'ultima ed il predetto soggetto, nonché della circostanza, concordemente riferita dai testi, che le medesime espressioni erano state pronunciate in occasione della chiusura dei rapporti di lavoro con altri dipendenti. L'affermazione della ricorrente, secondo cui il Gargano subentrò al Bianco nella gestione della filiale di Rho della Cooperativa, suona d'altronde come un'ulteriore conferma della circostanza, ritenuta pacifica dalla sentenza impugnata e desunta comunque anche dalle deposizioni dei testi, che l'autore dell'illecito agì in qualità di fiduciario o mandatario dell'Italcoop, alla quale pertanto la Corte di merito ha correttamente imputato gli effetti delle sue dichiarazioni.

2. — Con il secondo motivo, la ricorrente deduce la violazione o la falsa applicazione dell'art. 2598 nn. 2 e 3 cod. civ., sostenendo che, nel qualificare come atti di concorrenza sleale le espressioni riferite dai testi, la Corte di merito non ha considerato che le stesse non riguardavano i prodotti o l'attività della Special Coop, ma vicende personali del Bianco, estranee all'attività prestata nell'ambito della Special Coop o al periodo in cui ne era socio, ed attinenti al rapporto intercorso con l'Italcoop; esse, non essendo rivolte ai clienti ma a soci lavoratori già transitati nella Special Coop, non integravano una forma di divulgazione illecita, e non erano quindi idonee a provocare discredito, né potevano cagionare alcun danno all'impresa concorrente.

2.1. — Il motivo è infondato.

Ai fini della configurabilità della concorrenza sleale per denigrazione, non è infatti necessario che le notizie e gli apprezzamenti diffusi tra il pubblico riguardino specificamente i prodotti dell'impresa concorrente, potendo gli stessi avere ad oggetto anche circostanze od opinioni inerenti più in generale all'attività di quest'ultima, e quindi anche alla sua organizzazione o al modo di agire dell'imprenditore nell'ambito professionale (con esclusione, quindi, della sua sfera strettamente personale e privata), la cui conoscenza da parte dei terzi risulti comunque idonea a ripercuotersi negativamente sulla considerazione di cui l'impresa gode presso i consumatori. E' pur vero che la lettera dell'art. 2598 n. 2 cod. civ., richiedendo la «diffusione» delle notizie e degli apprezzamenti denigratori, fa riferimento ad un'effettiva propalazione di fatti e giudizi tra un numero indeterminato, o quanto meno tra una pluralità di persone, in tal modo escludendo, in linea di principio, la configurabilità della fattispecie in esame nell'ipotesi di esternazioni occasionalmente rivolte a singoli interlocutori nell'ambito di separati e limitati colloqui (cfr. Cass., Sez. I, 8 marzo 2013, n. 5848; 30 maggio 2007, n. 12681). Nella specie, tuttavia, la potenzialità lesiva delle dichiarazioni denigratorie è stata affermata in virtù del loro contenuto fortemente diffamatorio e della loro destinazione ai dipendenti dell'Italcoop in procinto di trasferirsi presso la Special Coop, nonché della finalità dissuasiva della divulgazione, che, in quanto volta a scoraggiare l'assunzione di tali iniziative da parte dei lavoratori, è stata correttamente ritenuta sufficiente a dimostrare il carattere non occasionale della condotta e la portata espansiva della comunicazione, rivolta a soggetti determinati ma idonea ad estendere i propri effetti ad una pluralità di persone (cfr. al riguardo, Cass., Sez. I, 29 luglio 1968, n. 2728).

3. — Con il terzo ed ultimo motivo, la ricorrente lamenta la violazione o la falsa applicazione dell'art. 112 cod. proc. civ. e/o dell'art. 2598 cod. civ., rilevando che la condanna al risarcimento dei danni è stata pronunciata anche in favore di Rosa Bianco, sebbene la relativa domanda fosse stata proposta soltanto dalla Special Coop e da Giuseppe Bianco; aggiunge che, nel riconoscere ai Bianco il predetto diritto, la Corte di merito non ha considerato che gli stessi non rivestivano la qualità di imprenditori, con la conseguente esclusione della configurabilità di un rapporto di concorrenza con essa ricorrente.

3.1. — Il motivo è parzialmente fondato.

Come si evince dalle conclusioni rassegnate nel giudizio d'appello e riportate testualmente nell'epigrafe della sentenza impugnata, la domanda proposta in via riconvenzionale, pur trovando

fondamento nell'asserita diffusione di notizie ed apprezzamenti idonei a screditare la Special Coop ed il suo presidente Giuseppe Bianco, aveva ad oggetto la condanna dell'attrice al risarcimento dei danni in favore di tutti i convenuti: può quindi escludersi che, nel pronunciare la predetta condanna, la Corte territoriale sia incorsa in ultrapetizione, ravvisabile esclusivamente nel caso in cui il giudice di merito, interferendo nel potere dispositivo delle parti, abbia alterato gli elementi obiettivi dell'azione, sostituendo i fatti costitutivi della pretesa (c.d. causa petendi) o emettendo un provvedimento diverso da quello richiesto (c.d. petitum immediato), ovvero attribuendo o negando un bene della vita diverso da quello conteso (c.d. petitum mediato) (cfr. ex plurimis, Cass., Sez. lav., 11 gennaio 2011, n. 455; Cass., Sez. III, 22 marzo 2007, n. 6945; Cass., Sez. II, 12 luglio 2005, n. 14552).

Mentre peraltro alla Special Coop doveva essere senz'altro riconosciuta la qualità di soggetto passivo dell'illecito concorrenziale, in quanto società commerciale esercente un'attività in concorrenza con quella dell'Italcoop, non poteva dirsi altrettanto per Giuseppe e Rosa Bianco, i quali, come è pacifico tra le parti. rivestono rispettivamente la carica di amministratore e la qualità di socio della società convenuta: la fattispecie prevista dall'art. 2598 cod. civ., presupponendo innanzitutto la sussistenza di un rapporto di concorrenzialità tra soggetti che esercitino contemporaneamente un'attività industriale o commerciale in un ambito territoriale anche solo potenzialmente comune, non è infatti configurabile nell'ipotesi in cui, come accade nella specie, uno di essi non sia in possesso della qualifica di imprenditore, svolgendo la predetta attività non già in proprio, ma attraverso una società. Nei confronti di Giuseppe Bianco, che aveva costituito direttamente e personalmente oggetto delle dichiarazioni denigratorie, la mancanza della qualifica d'imprenditore non impediva tuttavia di affermare l'illiceità dell'attività posta in essere dal fiduciario dell'Italcoop, la cui portata diffamatoria, traducendosi nella lesione dell'onore e della reputazione dell'interessato, consentiva ugualmente il ri-conoscimento della responsabilità della società attrice, ai sensi degli artt. 2043 e 2049 cod. civ., indipendentemente dalla configurabilità dell'illecito concorrenziale. E' solo nei confronti di Rosa Bianco, dunque, che il difetto della qualifica d'imprenditore impediva di ravvisare qualsiasi responsabilità a carico della società attrice, non essendo da un lato configurabile rispetto a quest'ultima il rapporto di concorrenzialità richiesto dall'art. 2598 cod. civ., e non potendo la convenuta essere considerata soggetto passivo

del reato di cui all'art. 595 cod. peri., in quanto le dichiarazioni diffamatorie del Gargano si riferivano esclusivamente all'amministratore della Special Coop.

Il caso

Con sentenza pronunciata il 15 maggio 2007 la Corte d'Appello di Milano aveva accolto la domanda riconvenzionale proposta da Giuseppe e Rosa Bianco e Special Coop., di condanna di Italcoop al risarcimento dei danni derivanti dalla diffusione di notizie false e denigratorie nei confronti della Special Coop e di Giuseppe Bianco.

In particolare, la Corte ha ritenuto che dalle deposizioni dei testi escussi fosse effettivamente emersa la diffusione di notizie false e apprezzamenti idonei a gettare discredito nei confronti della Special Coop e del Bianco, attribuendone la paternità a Domenico Gargano, il quale, in qualità di fiduciario e mandatario della società appellata, in occasione della riconsegna dei libretti di lavoro a due dipendenti passate alla Special Coop, avrebbe pronunciato affermazioni diffamatorie nei confronti del Bianco, accusandolo di essere mafioso e di essere stato arrestato per aver sottratto denaro alla società.

Tali affermazioni, secondo il giudizio della Corte, sarebbero state fatte in modo subdolo e tendenzioso, al fine di indurre nelle lavoratrici un giudizio fortemente negativo sulla persona del Bianco e sulle loro prospettive di lavoro presso la nuova società.

Avverso la sentenza della Corte d'Appello proponeva ricorso per Cassazione Italcoop, lamentando, con il primo motivo di ricorso, che le frasi denigratorie, pur essendo state pronunciate da un proprio dipendente, non erano però riconducibili alla volontà della società, né era stato dimostrato un nesso di occasionalità necessaria con le mansioni affidate allo stesso.

Con il secondo motivo la ricorrente deduceva la violazione o la falsa applicazione dell'art. 2598 nn. 2 e 3, in quanto, nel qualificare come atti di concorrenza sleale le espressioni riferite dai testi, la Corte di merito non avrebbe tenuto conto del fatto che le stesse non avevano ad oggetto i prodotti o l'attività di Special Coop, bensì vicende personali del Bianco, estranee all'attività prestata nell'ambito di quest'ultima ed attinenti, invece, al rapporto intercorso con Italcoop.

Con il terzo ed ultimo motivo Italcoop denunciava la violazione o la falsa applicazione dell'art. 112 cod. proc. civ. e/o dell'art. 2598 cod. civ., posto che la condanna al risarcimento

danni era stata pronunciata anche in favore di Rosa Bianco, nonostante la relativa domanda fosse stata proposta solo da Special Coop e da Giuseppe Bianco; la ricorrenza evidenziava, inoltre, che Giuseppe Bianco e Rosa Bianco non rivestivano la qualità di imprenditori e, pertanto, doveva essere escluso un rapporto di concorrenza con la stessa.

Cassazione civile, Sez. I, 15 ottobre 2015, n. 6274

Motivi della decisione

Con il primo motivo d'impugnazione, il ricorrente denuncia la violazione e la falsa applicazione degli artt. 2598, 2697 e 2727 cod. civ. e dell'art. 115 cod. proc. civ., nonché l'omessa ed insufficiente motivazione circa un punto decisivo della controversia, osservando che la sentenza impugnata ha omesso di indagare in ordine alla sussistenza dell'animus nocendi, inteso come specifico intento di danneggiare la struttura produttiva del concorrente, la cui prova incombeva

all'attrice. La Corte di merito, oltre ad aver trascurato le deposizioni rese dai testimoni da lui indicati e le risultanze dell'interrogatorio formale reso dal legale rappresentante della Fiorucci, gli ha ascritto condotte che non trovano riscontro nelle deposizioni rese dai testi indicati dall'attrice: essa, infatti, gli ha addebitato l'avvenuta formulazione di proposte di lavoro ad alcuni dipendenti della Fiorucci, che furono peraltro rifiutate, la richiesta degli elenchi dei clienti, di cui egli era già

in possesso in qualità di direttore commerciale, e la diffusione di apprezzamenti negativi nei confronti dei vertici aziendali, smentita dalle dichiarazioni rese dai testi in ordine ai giudizi positivi da lui espressi nei confronti del presidente della Fiorucci. Nel ravvisare uno storno di dipendenti, la sentenza impugnata non ha considerato che lo stesso costituisce un'attività lecita, a meno che non evidenzi l'intento di danneggiare l'altrui azienda in misura eccedente il normale pregiudizio

derivante dalla perdita di dipendenti in conseguenza della loro scelta di lavorare presso un'altra impresa, e sia posto in essere con modalità non giustificabili alla luce dei principi della correttezza professionale. Essa, infine, non ha considerato che il divario imprenditoriale, commerciale e di forze lavorative esistente tra le due società era tale da escludere in radice la configurabilità dell'intento di ledere l'efficienza dell'impresa altrui a vantaggio della propria.

1.1. — Il motivo è in parte inammissibile, in parte infondato.

La sentenza impugnata ha infatti addebitato al ricorrente il compimento di atti di concorrenza sleale riconducibili al disposto dell'art. 2598 n. 3 cod. civ., avendone accertato la compartecipazione all'attuazione di un disegno complessivo volto a consentire all'Agrocom di utilizzare, mediante lo storno di dipendenti, le conoscenze e la rete di contatti creata dalla Fiorucci. A tale conclusione la Corte di merito è pervenuta sulla base di una motivazione giuridicamente corretta ed immune da vizi logici, conferendo preminente rilievo alle deposizioni rese dai testimoni indicati dall'attrice, dalle quali era emerso che il Lana aveva tenuto una pluralità di comportamenti chiaramente finalizzati a sottrarle il maggior numero possibile di collaboratori, rilasciando dichiarazioni volte a screditare i vertici aziendali, diffondendo apprezzamenti fortemente negativi in ordine alla situazione complessiva della società, sollecitando i dipendenti a tenere atteggiamenti contrari ai

loro doveri, ed appropriandosi degli elenchi della clientela e dei distributori normalmente utilizzati dalla società di provenienza.

Nel contestare il predetto apprezzamento, il ricorrente non è in grado di indicare le lacune argomentative o le incongruenze dell'iter logico seguito dalla sentenza impugnata, ma si limita ad insistere sugli elementi contrari emergenti dallo interrogatorio formale della controparte e dalle deposizioni dei testi da lui indicati, in tal modo dimostrando di voler sollecitare, attraverso l'apparente deduzione dei vizi di violazione di legge e difetto di motivazione, una nuova valutazione delle prove acquisite, non consentita a questa Corte, alla quale non spetta il compito di riesaminare il merito della controversia, ma solo quello di controllare la correttezza giuridica e la coerenza logica delle argomentazioni svolte dal giudice di merito, cui è conferito in via esclusiva il potere d'individuare le fonti del proprio convincimento, di controllarne l'attendibilità e la concludenza e di scegliere, tra le complessive risultanze dei processo, quelle ritenute più idonee a dimostrare la veridicità dei fatti ad esse sottesi (cfr. ex plurimis, Cass., Sez. I, 4 novembre 2013, n. 24679; Cass., Sez. V, 16 dicembre 2011, n. 27197; Cass., Sez. III, 9 agosto 2007, n. 17477).

1.2. — La natura delle condotte accertate, oggettivamente caratterizzate dalla diffusione di notizie pregiudizievoli per l'immagine della Fiorucci e soggettivamente idonee a rivelare l'intento di appropriarsi della rete di agenti e collaboratori dalla stessa creata per la commercializzazione

dei propri prodotti, consente di ritenere giustificata la qualificazione dello storno di dipendenti come attività contraria ai principi di correttezza professionale.

E' pur vero, infatti, che la mera constatazione di un passaggio di collaboratori da un'impresa ad un'altra non è di per sé sufficiente ad integrare gli estremi di un illecito concorrenziale, occorrendo che l'induzione degli altrui dipendenti ad abbandonare l'impresa di appartenenza per aggregarsi alla propria organizzazione abbia avuto luogo con modalità tali da evidenziare il proposito dell'imprenditore di vanificare lo sforzo d'investimento del suo antagonista, determinando nel mercato un effetto confusorio, o discreditante, o parassitario tale da consentire a chi lo cagiona di appropriarsi dei frutti dell'attività di chi lo subisce (cfr. Cass., Sez, I, 23 maggio 2008, n. 13424; 9 giugno 1998, n. 5671; 3 luglio 1996, n. 6079). Ma sono proprio queste le finalità che la sentenza impugnata ha attribuito al comportamento complessivamente tenuto dal Lana, da essa ritenuto contrario alle regole di una lecita concorrenza, in quanto volto a gettare il discredito sulla situazione aziendale della Fiorucci e sull'affidabilità dei suoi dirigenti, al fine di attrarre a sé il personale del settore commerciale della concorrente, in modo da poterne utilizzarne il patrimonio di conoscenze e di contatti per lo sviluppo dell'attività del suo nuovo datore di lavoro.

1.3. — Altrettanto corretta deve ritenersi la qualificazione come illecito concorrenziale della condotta consistente nell'appropriazione dei tabulati recanti i nominativi dei clienti e dei distributori della Fiorucci, non assumendo alcun rilievo, a tal fine, la circostanza, fatta valere dal ricorrente, che i predetti nominativi fossero già conosciuti da lui stesso e dagli altri dipendenti trasferitisi presso la Agrocom: questa Corte ha già avuto modo di chiarire, infatti, che, in caso di sviamento di clientela realizzato attraverso l'utilizzazione delle informazioni riguardanti i rapporti dell'impresa concorrente con i clienti, la normale accessibilità di tali notizie ai dipendenti non è di per sé sufficiente ad escludere la configurabilità della concorrenza sleale, qualora le stesse, come nella specie, siano per loro natura riservate, e quindi destinate a non essere divulgate al di fuori dell'azienda (cfr. Cass., Sez. I, 30 maggio 2007, n. 12681; 20 marzo 1991, n. 3011).

1.4. — Quanto poi all'elemento soggettivo dell'illecito, non merita censura la sentenza impugnata, nella parte in cui ha ritenuto adeguatamente assolto dall'attrice l'onere di fornire la relativa prova, in virtù del rilievo che le condotte specificamente addebitabili al Lana ed all'Agrocom risultavano di per sé idonee ad evidenziare l'intenzione di danneggiare l'impresa concorrente, al fine di sottrarle la

posizione di mercato.

In tema di storno di dipendenti, questa Corte ha infatti precisato recentemente che, ai fini dell'individuazione dell'animus nocendi, consistente nella volontà di appropriarsi, attraverso un gruppo di dipendenti, del metodo di lavoro e dell'ambito operativo del concorrente, è sufficiente il perseguimento del risultato di ottenere un vantaggio competitivo a danno di quest'ultimo, mediante una strategia volta ad acquisire uno staff costituito da soggetti pratici del medesimo sistema di lavoro e a svuotare l'organizzazione concorrente di specifiche risorse operative mediante la sottrazione del modus operandi dei propri dipendenti e delle conoscenze burocratiche e di mercato da essi acquisite, nonché dell'immagine in sé di operatori di un certo settore (cfr. Cass., Sez. I, 4 settembre 2013, n. 20228; 8 giugno 2012, n. 9386). E' stata dunque ritenuta superflua la prova di un'attività di convincimento specificamente finalizzata ad indurre al trasferimento il personale dell'impresa concorrente, il cui svolgimento nella specie può ritenersi d'altronde accertato, alla

luce delle modalità di attuazione della condotta anticoneorrenziale, che, in quanto concretatasi nella diffusione di apprezzamenti negativi in ordine alla situazione economica dell'azienda concorrente ed all'affidabilità dei suoi dirigenti, risultava indubbiamente destinata a svolgere una funzione persuasiva nei confronti dei destinatari.

1.5. — Nessun rilievo può infine assumere, nell'individuazione dell'animus nocendi, la differenza riscontrabile tra le dimensioni delle due imprese, trattandosi di un elemento di natura oggettiva che non viene in considerazione neppure ai fini dell'accertamento del rapporto di concorrenzialità, che rappresenta il presupposto indefettibile dell'illecito in esame: tale situazione postula infatti il contemporaneo esercizio di una medesima attività industriale o commerciale in un ambito territo-riale anche solo potenzialmente comune, ai fini del quale non occorre che le imprese operino allo stesso livello economico, ma è sufficiente che la loro attività incida su una clientela comune, da intendersi come insieme dei consumatori che esprimono il medesimo bisogno di mercato, sì da potersi ritenere che una delle stesse possa ricevere danno dall'ingresso e dall'espansione dell'altra nel settore cui entrambe si rivolgono o prevedibilmente si rivolgeranno (cfr. Cass., Sez. I, 26 a-prile 1978, n. 1940; 27 giugno 1975, n. 2517; 14 dicembre 1973, n. 3400).

2. — Con il secondo motivo, il ricorrente deduce la violazione e la falsa applicazione degli artt. 115 e 246 cod. civ., nonché l'omessa motivazione circa un punto decisivo della controversia,

censurando la sentenza impugnata nella parte in cui ha omesso di valutare le deposizioni rese dai testi indicati da esso ricorrente, ed in particolare quella del teste Filice, in quanto lo stesso aveva una controversia pendente con la Fiorucci, senza considerare che tale circostanza non rientra tra le cause che escludono la capacità di testimoniare.

2.1. — Il motivo è infondato.

La sentenza impugnata non ha affatto omesso di prendere in esame le deposizioni rese dai testimoni indicati dal Lana, avendole specificamente menzionate, ma avendone escluso l'idoneità ad inficiare le contrarie dichiarazioni dei testi indicati dall'attrice, alla stregua del loro contenuto, consistente nella mera affermazione di non essere a conoscenza dei comportamenti addebitati al ricorrente, e della mancata segnalazione di circostanze tali da indurre a dubitare dell'attendibilità

degli altri testimoni. Soltanto ad abundantiam la Corte di merito ha fatto poi riferimento alla controversia in atto tra la Fiorucci ed il Filice, così come ad altre circostanze riguardanti altri testi, al fine non già di escludere la capacità di testimoniare degli stessi, ma solo di esprimere dubbi in ordine all'attendibilità delle loro dichiarazioni, e ciò conformemente all'orientamento della giurisprudenza di legittimità, secondo cui l'interesse che determina l'incapacità di testimoniare, ai sensi dell'art. 246 cod. proc. civ., è solo quello giuridico, personale, concreto ed attuale che legittima la proposizione di una domanda giudiziale o l'intervento in giudizio, mentre l'interesse di mero fatto che il teste può avere ad un determinato esito della controversia, in relazione ad altro giudizio vertente tra lui ed una delle parti, può incidere esclusivamente sulla valutazione dell'attendibilità e delle risultanze della deposizione, riservata in via esclusiva al giudice di merito (cfr. Cass., Sez. lav., 23 giugno 2006, n. 14612; 12 maggio 2006, n. 11034; 16 giugno 2003, n. 9652).

Il caso

La Cesare Fiorucci Spa, società di primario rilievo, a livello nazionale, nel settore della produzione e commercializzazione di prodotti alimentari, conveniva in giudizio Agrocom Srl, operante nel medesimo settore con un proprio salumificio, nonché Riccardo Lana e Virgilio Modesti, domandando che fosse inibito agli stessi il compimento di atti di concorrenza sleale, la condanna al risarcimento dei danni, da liquidarsi in separato giudizio e la pubblicazione della sentenza.

La ricorrente esponeva che il Lana, già dirigente alle sue dipendenze e successivamente assunto presso la società concorrente, avrebbe posto in essere un tentativo di storno di dipendenti a favore di quest'ultima, avendo diffuso, ancor prima della cessazione del rapporto di lavoro, false informazioni sull'andamento della società e sull'imminente licenziamento del personale.

Il Lana, inoltre, avrebbe in seguito provveduto, unitamente al Modesti, a contattare altri dipendenti, promettendo loro uno speciale compenso ove fossero riusciti a farsi seguire da altri collaboratori di pari livello.

Con sentenza del 7 maggio 2003 il Tribunale di Roma accoglieva la domanda della Cesare Fiorucci Spa; l'impugnazione proposta dal Lana veniva rigettata dalla Corte d'Appello, la quale, con sentenza del 5 febbraio 2007, dichiarava, invece, inammissibile l'appello incidentale proposto dal Modesti.

In relazione all'appello proposto dal Lana, la Corte d'Appello, ritenuto che le due società all'epoca dei fatti operassero in regime di concorrenzialità, rilevava che i testi escussi avevano confermato che lo stesso avrebbe assunto atteggiamenti volti chiaramente a screditare la Fiorucci ed i suoi vertici aziendali, al fine di sottrarle il maggior numero di dipendenti.

Tale obiettivo, inoltre, sarebbe stato perseguito anche inducendo i dipendenti a comportamenti contrari ai loro doveri e mediante l'appropriazione degli elenchi della clientela e dei distributori della società concorrente, con lo scopo di avvantaggiarsi della posizione di mercato della Fiorucci.

Avverso la sentenza d'appello proponeva ricorso per Cassazione il Lana, denunciando, anzitutto, la violazione e la falsa applicazione degli artt. 2598, 2697 e 2727 cod. civ. e dell'art. 115 cod. proc. civ., nonché l'omessa ed insufficiente motivazione circa un punto decisivo della controversia, in quanto la sentenza impugnata non avrebbe esaminato il profilo dell'*animus nocendi*, ovvero se vi fosse davvero l'intenzione, da parte del Lana, di danneggiare la struttura produttiva della società concorrente. La sentenza non avrebbe, inoltre, considerato il divario imprenditoriale, commerciale e di forze lavorative esistente fra le due società, che avrebbe dovuto escludere il rapporto di concorrenzialità fra le stesse.

Con il secondo motivo di ricorso il ricorrente deduceva la violazione e la falsa applicazione degli artt. 115 e 246 cod. civ., oltre che l'omessa motivazione in ordine ad un punto decisivo della

controversia, non avendo la Corte d'Appello valutato le deposizioni dei testi indicati dallo stesso ed, in particolare, quella del teste Filice.

1. I presupposti comuni alle due fattispecie: i soggetti dell'atto di concorrenza sleale ed il rapporto di concorrenza

I casi esaminati dalla giurisprudenza costituiscono entrambi due ipotesi di concorrenza sleale, ai sensi di quanto previsto dall'art. 2598 cod. civ., trattandosi nel primo caso di diffusione di notizie e apprezzamenti idonei a determinare il discredito del concorrente e nel secondo caso di comportamenti contrari ai principi della correttezza professionale, idonei a danneggiare l'azienda altrui.

La dottrina si è interrogata sul significato da attribuire al termine "chiunque", utilizzato dal legislatore per indicare il soggetto che compie un atto di concorrenza sleale.

Alcuni Autori hanno privilegiato un'interpretazione letterale della locuzione, evidenziando che il fine della normativa in esame, ovvero la tutela dell'azienda o della clientela, non potrebbe essere limitata in mancanza di qualsiasi altra e diversa indicazione[84], mentre per altri, al contrario, è necessario che entrambi i soggetti rivestano la qualifica di imprenditore, ma non anche quella di concorrente[85].

Per un'altra parte della dottrina, infine, si ritiene imprescindibile la relazione concorrenziale, ma non anche la qualifica di imprenditore, con la conseguenza che, aderendo a quest'ultima tesi, può essere autore dell'illecito concorrenziale chi esercita un'attività economica comunque meritevole di essere regolata secondo i principi della correttezza professionale, come nel caso del lavoro professionale[86].

La dottrina maggioritaria, tuttavia, sostiene che entrambi i soggetti coinvolti nell'illecito concorrenziale debbano essere sia imprenditori che concorrenti[87] e del medesimo avviso è anche la giurisprudenza prevalente, la quale ha individuato nel contemporaneo esercizio, da parte di più

[84] Si veda, sul punto,V. Auletta- G.G.Mangini, *Delle invenzioni industriali, dei modelli di utilità e dei disegni ornamentali. Della concorrenza,* in A. Scialoja e G.Branca, *Commentario al Codice Civile, Libro V- Del lavoro,* Bologna-Roma, 1987, 214-216.

[85] Cfr. P.G. Jaeger, *I soggetti della concorrenza sleale, Rivista diritto industriale,* I, 1971, 157 ss.

[86] Cfr. M. Franzosi, *Sui soggetti dell'atto di concorrenza sleale,* in *Rivista diritto industriale,* II, 1962, 102.

[87] Si veda R. Franceschelli, *Concorrenza, II) Concorrenza sleale,* in *EGiur.Treccani.* Roma, VII, 1988, 18.

imprenditori, di una medesima attività industriale o commerciale in un ambito territoriale anche solo potenzialmente comune il requisito della concorrenzialità tra gli stessi[88].

L'ammissibilità della concorrenza sleale anche per interposta persona, inoltre, si può agevolmente desumere dall'art. 2598, comma primo, n. 3), il quale stabilisce che compie atti di concorrenza sleale chiunque "*si vale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda"*, con la precisazione, come si avrà modo di approfondire nel prosieguo della trattazione, che affinché l'attività di un terzo soggetto, non imprenditore concorrente, possa integrare un atto di concorrenza sleale, è necessario che vi un collegamento fra l'attività dello stesso e l'interesse dell'imprenditore.

Come già accennato, i soggetti dell'illecito concorrenziale di cui all'art. 2598 cod. civ. devono trovarsi in rapporto di concorrenza, da intendersi, sotto il profilo oggettivo, nella pluralità di operatori economici e nell'identità di mercato.

Più precisamente, si ritiene che i protagonisti della vicenda debbano condividere la clientela finale, ovvero debbano offrire prodotti identici su uno stesso mercato, o prodotti analoghi o affini nel medesimo ambito di mercato, attuale o potenziale e che gli operatori di mercato siano in numero superiore ad uno, con la conseguente esclusione degli operatori economici che esercitano la loro attività in regime di monopolio[89].

Alcune perplessità ha suscitato in giurisprudenza la nozione di "clientela comune", in particolare nell'ipotesi in cui venga in rilievo un rapporto di concorrenza tra imprenditori operanti a livelli diversi della catena produttiva.

L'esempio tipico è quello del rapporto che intercorre tra il produttore di un bene ed il commerciante dello stesso bene o di un bene analogo, rispetto ai quali si potrebbe mettere in dubbio una situazione di concorrenzialità, in considerazione dei diversi ambiti di mercato ai quali si rivolgono i due soggetti, il primo avente ad oggetto grossisti e rivenditori, il secondo i consumatori finali.

[88] Cfr. Cass. n. 17144/2009.
[89] Sul punto, v. S. Sanzo, *La concorrenza sleale,* Padova, 1998, 59.

Sul punto, la giurisprudenza ha ritenuto la configurabilità di un rapporto di concorrenza anche nel caso di imprenditori operanti a livelli economici diversi, purché l'attività degli stessi incida sulla medesima cerchia di consumatori finali.

Infatti, "*quale che sia l'anello della catena che porta il prodotto alla stessa categoria di consumatori in cui si collochi un imprenditore, questi viene a trovarsi in conflitto potenziale con gli imprenditori posti su anelli diversi, proprio perché è la clientela finale quella che determina il successo o meno della sua attività, onde ognuno di essi è interessato che gli altri rispettino le regole di cui all'art. 2598 cod. civ*".[90]

Ad avviso della giurisprudenza, infine, al fine di stabilire se determinati prodotti siano rivolti ad una clientela comune, risulta imprescindibile accertare che questi ultimi siano idonei a soddisfare bisogni comuni, con la conseguenza che deve escludersi qualsiasi rapporto di concorrenza qualora i prodotti venduti dalle imprese non soddisfino in alcun modo la stessa esigenza dei consumatori[91].

2. La concorrenza sleale mediante denigrazione.

L'art. 2598, comma primo, n.2) stabilisce che compie atti di concorrenza sleale "*chiunque diffonde notizie e apprezzamenti sui prodotti e sull'attività di un concorrente, idonei a determinarne il discredito, o si appropria di pregi dei prodotti o dell'impresa di un concorrente*".

Con la sentenza n. 18691/2015 la Suprema Corte ha precisato che le notizie e gli apprezzamenti a carattere denigratorio non devono riguardare necessariamente i prodotti dell'impresa concorrente, ma possono avere ad oggetto l'attività e l'organizzazione della stessa, potendo spingersi sino alla reputazione personale dell'imprenditore, provocando così discredito nei suoi riguardi.

Nella fattispecie esaminata dalla Corte il dipendente di una società aveva riferito ad alcune lavoratrici in procinto di trasferirsi presso l'impresa concorrente che il Bianco, socio di quest'ultima, doveva considerarsi un "mafioso", arrestato perché avrebbe sottratto denaro alla Special Coop, generando in tal modo discredito sia nei confronti dell'imprenditore in qualità di

[90] In questi termini, Cass., n. 4739/2012.
[91] Cfr. Cass., n. 1617/2000.

persona fisica, sia nei riguardi dell'attività di impresa, i cui profitti sarebbero stati in parte sottratti illecitamente dallo stesso.

Al riguardo, la Cassazione ha ritenuto che il discredito causato all'imprenditore concorrente, esclusi i casi di notizie strettamente personali e personali, debba in ogni caso essere idoneo a ripercuotersi negativamente sulla considerazione di cui gode l'impresa presso i consumatori[92], dovendosi esaminare, sotto tale profilo, non solo l'effettiva diffusione delle notizie tra un numero indeterminato o una pluralità di persone, ma anche il contenuto diffamatorio delle stesse.

In particolare, focalizzando l'attenzione sulla portata denigratrice delle dichiarazioni, la dottrina ha posto l'accento sulla qualità dei destinatari della comunicazione e sul tenore testuale della stessa[93].

Nel caso di specie la Suprema Corte ha statuito che le notizie riferite dal dipendente di Italcoop presentano un carattere fortemente diffamatorio e che, pur essendo rivolte a soggetti determinati, sono idonee ad estendere i loro effetti ad una pluralità di persone.

La potenzialità espansiva della comunicazione si ricaverebbe, a giudizio della Corte, dalla scelta dei destinatari, ovvero alcuni dipendenti di Italcoop in procinto di trasferirsi presso la Special Coop, proprio al fine di scoraggiare il più possibile l'assunzione di tali iniziative da parte di altri lavoratori.

I giudici di legittimità si sono, inoltre, soffermati sulla tematica inerente la configurabilità della fattispecie di cui all'art. 2598, comma primo, n. 2), qualora il soggetto attivo della condotta non sia l'imprenditore concorrente, bensì un soggetto terzo (cd. terzo interposto).

A tale quesito, la sentenza, aderendo ad un costante orientamento della giurisprudenza di legittimità[94], ha dato risposta positiva, sottolineando al contempo che il terzo interposto, il quale compia atti di concorrenza sleale nell'interesse dell'imprenditore, debba essere legato a quest'ultimo da una particolare relazione, non necessariamente costituita da un rapporto di lavoro subordinato.

In altre occasioni, infatti, la giurisprudenza ha avuto modo di puntualizzare che la relazione fra il terzo e l'imprenditore può avere la natura più diversa, essendo sufficiente che il terzo sia

[92] Cfr. Cass., n. 22042/2016.
[93] Si veda M. P. Grauso, *La concorrenza sleale,* Milano, 2007, 57 ss.
[94] Cfr. Cass., n. 9117/2012, n. 17459/2007.

legittimato ad agire a vantaggio dell'imprenditore[95], potendosi desumere, da tale circostanza, che l'atto sia stato oggettivamente compiuto nell'interesse dello stesso.

Qualora, come nel caso di specie, il terzo interposto sia un dipendente dell'imprenditore avvantaggiato dall'atto di concorrenza sleale, quest'ultimo sarà chiamato a rispondere ex art. 2049 cod. civ., anche se la condotta del lavoratore non sia causalmente collegata alle mansioni affidate allo stesso, essendo sufficiente un nesso di "occasionalità necessaria" tra i compiti assegnati e il fatto illecito compiuto dal dipendente.

La Cassazione ha quindi riconosciuto la responsabilità di Italcoop per le espressioni diffamatorie pronunciate da un suo dipendente, in virtù della sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato e valorizzando, altresì, la circostanza, riferita dai testi escussi, che tali espressioni fossero state pronunciate in occasione della chiusura dei rapporti di lavoro con altri dipendenti.

Ai fini della configurabilità della responsabilità dell'impresa concorrente per il fatto illecito posto in essere dai propri dipendenti, ai sensi dell'art. 2049 cod. civ., si ritiene che il commesso debba agire per conto del committente in virtù di un vincolo di subordinazione, anche se di carattere occasionale e temporaneo, a cui corrisponda un potere di direzione e sorveglianza del suo operato da parte dello stesso committente, restando irrilevante che tale comportamento abbia esorbitato dai limiti delle incombenze o mansioni affidate al lavoratore. [96]

3. La concorrenza sleale mediante atti contrari alla correttezza professionale. Lo storno di dipendenti.

La sentenza n. 6274/2016 si sofferma sulla condotta dell'imprenditore specificamente volta allo storno di dipendenti dell'impresa concorrente, mediante la diffusione di false informazioni sullo stato della società e sull'imminente licenziamento del personale, nonché attraverso la promessa di un compenso se tali lavoratori fossero riusciti a farsi seguire da altri collaboratori di pari livello.

Il comportamento dell'imprenditore concorrente è stato inquadrato dalla Suprema Corte nella fattispecie di cui all'art. 2598, comma primo, n. 3), il quale prevede che compie atti di

[95] Cfr. Cass., n. 13071/2003.
[96] Cfr. Cass., n. 22343/2006.

concorrenza sleale chiunque "*si vale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda*".

La genericità del richiamo ai principi di correttezza professionale lascia, a bene vedere, all'interprete il compito di individuare in concreto le varie ipotesi ricadenti nella norma citata, che assume le vesti di clausola generale, idonea a realizzare il necessario adeguamento della disciplina della concorrenza all'evoluzione della vita economica, attraverso l'integrazione delle precedenti ipotesi di cui ai numeri n. 1) e 2).

Alcuni Autori ritengono che la fonte delle regole di correttezza cui fa riferimento il legislatore siano i principi etici[97], mentre secondo un'altra parte della dottrina si tratterebbe degli usi vigenti nel mondo imprenditoriale o che, in alternativa, dovrebbero essere desunti dalla prassi[98].

La giurisprudenza, d'altro canto, ha ritenuto che le regole di correttezza non possano essere identificate con gli usi e i precetti etici, per la loro genericità ed assoluta incertezza applicativa, ma debbano, invece, essere fatte coincidere con la conformità al sistema economico in atto e agli interessi collettivi, anche alla luce del disposto dell'art. 41 Cost., che impone di privilegiare modelli di comportamento coerenti con il modello dell'utilità sociale[99].

La valutazione sostanziale della correttezza professionale, inoltre, deve avere a riguardo al comportamento complessivo dell'agente e non ai singoli atti, in quanto il carattere dell'illiceità della condotta deve essere desunto dall'insieme delle manovre poste in essere per danneggiare il concorrente e per approfittare sistematicamente del suo avviamento sul mercato[100].

In particolare, la sottrazione di collaboratori all'azienda del concorrente per assumerli nella propria, ovvero il c.d. storno di dipendenti, costituisce una condotta illecita solo nel caso in cui sia attuata mediante strumenti subdoli, sleali o menzogneri.

In tal senso la Corte di Cassazione ha ritenuto corretta la motivazione della Corte d'Appello, nella parte in cui, valorizzando le deposizioni dei testimoni indicati dall'attrice, ha dato atto che il Lana aveva tenuto una serie di comportamenti chiaramente finalizzati a sottrarre il maggior numero possibile di collaboratori alla Cesare Fiorucci Spa, rilasciando dichiarazioni volte a

[97] Cfr. A. Vanzetti - V. Di Cataldo, *Manuale di diritto industriale,* Milano, 2000, 32.
[98] Si veda G. Ghidini, *La c.d. concorrenza parassitaria,* in *Rivista diritto industriale,* I, 1964, 616.
[99] Cfr. Cass., n. 2634/1983.
[100] Si veda Cass., 6316/1983.

screditare i vertici aziendali, diffondendo apprezzamenti negativi sulla situazione complessiva della società, sollecitando i dipendenti a tenere atteggiamenti contrari ai loro doveri e, infine, appropriandosi degli elenchi della clientela e dei distributori dell'impresa concorrente.

Con specifico riferimento all'appropriazione dei tabulati recanti i nominativi dei clienti e dei distributori della Fiorucci, la sentenza in commento ha precisato che è irrilevante la circostanza, fatta valere dai ricorrenti, che i predetti nominativi fossero già conosciuti dal Lana e da altri dipendenti trasferitisi presso la società concorrente, in quanto tali notizie sono per loro natura riservate e, quindi, non possono essere diffuse al di fuori dell'impresa.

Le condotte anticoncorrenziali di cui sopra sono state valutate dai giudici di legittimità come "oggettivamente" caratterizzate dalla diffusione di notizie pregiudizievoli per l'immagine della Cesare Fiorucci Spa e "soggettivamente" idonee a rivelare l'intenzione di appropriarsi della rete di agenti e collaboratori di quest'ultima.

Al riguardo, la Suprema Corte ha ritenuto assolto l'onere dell'attrice di fornire la prova del c.d. *animus nocendi*, stante la natura dei comportamenti addebitabili al Lana e all'impresa concorrente, che rivelavano già in sé l'intenzione di danneggiare la Cesare Fiorucci Spa: l'orientamento giurisprudenziale prevalente, infatti, ha negato l'idoneità dell'elemento soggettivo a colorare di illiceità un atto oggettivamente ingiusto, attribuendo rilievo esclusivamente agli elementi obiettivi, in grado di far presumere l'elemento soggettivo in capo all'agente[101].

In particolare, la diffusione di notizie negative sulla situazione economica della società concorrente e sull'affidabilità dei suoi dirigenti è stata ritenuta indiscutibilmente finalizzata ad ottenere il trasferimento dei lavoratori da un'azienda all'altra, senza che alcun rilievo potesse assumere il divario imprenditoriale, commerciale e di forze lavorative esistente fra le due imprese.

Come per il rapporto di concorrenza, anche ai fini dell'individuazione dell'*animus nocendi* non viene, quindi, in considerazione il diverso livello economico nel quale sono inserite le due società, essendo sufficiente, come già accennato, che l'attività delle imprese concorrenti incida sulla medesima cerchia di consumatori finali, espressione dello stesso bisogno di mercato.

[101] Cfr. Cass., n. 13658/2004.

RODOLFO PICCIN

La possibile natura discriminatoria della cessione delle attrezzature alla scadenza della concessione dell'attivita' di raccolta delle scommesse: una recente pronunzia di merito[102]

Il 18 giugno 2015 la PG verificava l'attività in atto presso i locali di ***, gestiti da RG quale operatore del *broker* di scommesse STANLEYBET MALTA Ltd., rinvenendovi scommettitori sportivi intenti al gioco.

In mancanza dell'autorizzazione di pubblica sicurezza, il Pubblico Ministero ipotizzava il *fumus* del reato di cui all'art. 4, commi 1 e 4 *bis*, l. 13 dicembre 1989, n. 401: donde il sequestro preventivo dei locali, emesso d'urgenza e convalidato, con provvedimento anche a valere quale autonomo decreto, dal GIP in data 30 giugno 2015.

Al riguardo, va ricordato che l'autorizzazione all'esercizio dell'attività di raccolta delle scommesse di cui all'art. 88 TULPS, può essere rilasciata unicamente a soggetti concessionari o autorizzati alla raccolta delle scommesse da Ministeri o Enti (ad esempio, Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato o Agenzia delle Dogane e dei Monopoli).

Taluni gestori di centri di trasmissione dati dell'operatore internazionale STANLEYBET MALTA Ltd. non sono in grado di comprovare la titolarità d'una concessione: del resto, detta società di diritto inglese non risulta esserne possesso [103].

[102] Trib. del riesame di Pordenone, proc. pen. n. 0040/2016 RIES, ricorrente RG, ud. 15 novembre 2016 – dep. 16 novembre 2016.

[103] così parrebbe ritrarsi dal comunicato stampa di STANLYBET in https://www.jamma.it/lottolotterie/bando-lotto-stanley-concessione-assegnata-anche-se-sentenza-tar-arrivera-a-breve-impugneremo-anche-laggiudicazione-78977 (accesso del 10 aprile 2017)

In mancanza dell'autorizzazione di pubblica sicurezza, è pertanto ipotizzabile il *fumus* del reato di cui all'art. 4, commi 1 e 4 *bis*, l. 13 dicembre 1989, n. 401: donde la possibilità del Pubblico Ministero di ottenere il sequestro preventivo dei locali ove le scommesse sono raccolte.

L'art. 1, comma 643, l. 23 dicembre 2014 n. 190 (cd. legge di stabilità 2015) ha introdotto la procedura di emersione dei raccoglitori di scommesse, secondo una specifica procedura che impone fra l'altro al raccoglitore la presentazione della domanda di autorizzazione *ex* art. 88 TULPS;

All'epoca dei fatti in commento STANLEYBET non aveva presentato tale domanda; talvolta era il solo gestore della sala scommesse a comunicare al Questore il possesso dei requisiti soggettivi corrispondenti a quelli previsti per l'ottenimento dell'autorizzazione di pubblica sicurezza: ma ciò al fine di aderire allo specifico regime di cui all'art.1, comma 644, l. n. 190/2014 [104].

[104] l'art. all'art.1, comma 644, l. n. 190/2014 così prevede: "[…] *Nei riguardi dei soggetti di cui al comma 643 che non aderiscono al regime di regolarizzazione di cui al medesimo comma 643, ovvero nei riguardi dei soggetti che, pur avendo aderito a tale regime, ne sono decaduti, ferma restando l'applicazione di quanto previsto dall'articolo 4, comma 4-bis, della legge 13 dicembre 1989, n. 401, e successive modificazioni, trovano applicazione, per esigenze di ordine pubblico e sicurezza, nonche' di tutela dei minori di eta' e delle fasce sociali piu' deboli, i seguenti obblighi e divieti: a) le disposizioni del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, in materia di antiriciclaggio, e in particolare le disposizioni di cui al titolo II, capo I, del predetto decreto legislativo, in materia di obblighi di identificazione, assumendo gli oneri e le responsabilita' derivanti dall'applicazione del codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196; b) e' vietata la raccolta per eventi non inseriti nel palinsesto, anche complementare, reso disponibile nel sito internet istituzionale dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli; c) e' vietata la raccolta di scommesse che consentono vincite superiori a euro 10.000; d) continua ad applicarsi l'articolo 7, commi 5 e 8, del decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 novembre 2012, n. 189, e successive modificazioni; e) il titolare dell'esercizio o del punto di raccolta comunica i propri dati anagrafici e l'esistenza dell'attivita' di raccolta di gioco con vincita in denaro al questore territorialmente competente entro sette giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione e, successivamente, entro sette giorni dalla data di avvio dell'attivita'. Il proprietario dell'immobile in cui ha sede l'esercizio o il punto di raccolta comunica i predetti dati ed informazioni sull'attivita' di raccolta di gioco all'Agenzia delle dogane e dei monopoli entro gli stessi termini di cui al periodo precedente. Chiunque esercita un punto di raccolta di scommesse, ai sensi del presente comma, deve essere in possesso dei requisiti soggettivi corrispondenti a quelli richiesti per il rilascio del titolo abilitativo di cui all'articolo 88 del testo unico di cui al regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, e successive modificazioni. Ove ne accerti l'insussistenza, il questore dispone la chiusura immediata dell'esercizio o del punto di raccolta. Gli ufficiali e gli agenti di pubblica sicurezza dispongono delle facolta' previste dall'articolo 16 del testo unico di cui al regio decreto n. 773 del 1931; f) continua ad applicarsi il divieto di installazione di apparecchi di cui all'articolo 110, comma 6, lettere a) e b), del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, di cui al regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, e successive modificazioni; in ogni caso l'Agenzia delle dogane e dei monopoli non iscrive il titolare dell'esercizio o del punto di raccolta nell'elenco di cui all'articolo 1, comma 533, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, e successive modificazioni, ovvero ne effettua la cancellazione,*

Trattasi quest'ultimo dell'imposizione di obblighi e divieti ai raccoglitori non aderenti alla regolarizzazione, allo scopo di assicurare la legittimazione dell'attività di raccolta ai soli fini amministrativi, salva la rilevanza penale della stessa: ciò in quanto la legge di stabilità 2015 ha introdotto tutele concorrenti in favore di beni giuridici diversi.

Non avendo né il gestore né il raccoglitore STANLEYBET documentato la tempestiva adesione alla procedura di regolarizzazione prevista dall'art. 1, comma 643, l. n. 190/2014, la raccolta di scommesse effettuata presso i locali nella disponibilità del gestore senza essere in possesso della autorizzazione *ex* art. 88 TULPS risultava penalmente illecita e sanzionata dall'art. 4, commi 1 e 4 *bis*, l. n. 401/1989;

Di qui il provvedimento il sequestro preventivo dei locali, emesso d'urgenza e convalidato, con provvedimento anche a valere quale autonomo decreto, dal GIP in data 30 giugno 2015.

---

ove gia' iscritto; g) l'imposta unica di cui al decreto legislativo 23 dicembre 1998, n. 504, e' dovuta dal titolare di ciascun esercizio operante sul territorio nazionale in cui si offre gioco con vincite in denaro ovvero di altro suo punto di raccolta in Italia collegatovi telematicamente. L'imposta si applica su di un imponibile forfetario coincidente con il triplo della media della raccolta effettuata nella provincia ove e' ubicato l'esercizio o il punto di raccolta, desunta dai dati registrati nel totalizzatore nazionale per il periodo d'imposta antecedente a quello di riferimento, nonche' con l'aliquota massima stabilita dall'articolo 4, comma 1, lettera b), numero 3.1), del citato decreto legislativo n. 504 del 1998. Per i periodi di imposta decorrenti dal 1° gennaio 2016 non si applica conseguentemente la disposizione di cui all'articolo 24, comma 10, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111; h) la violazione delle disposizioni di cui alle lettere da b) a f) e' punita: 1) quanto alla lettera b), con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 10.000 a euro 50.000; 2) quanto alla lettera c), con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 50.000 a euro 100.000; 3) quanto alla lettera d), relativamente alla violazione degli obblighi di cui all'articolo 7, comma 5, del decreto-legge n. 158 del 2012, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 189 del 2012, con la sanzione amministrativa pecuniaria prevista dal comma 6 del medesimo articolo 7, nonche' con la chiusura dell'esercizio ovvero del punto di vendita; 4) quanto alla lettera d), relativamente alla violazione degli obblighi di cui all'articolo 7, comma 8, del decreto-legge n. 158 del 2012, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 189 del 2012, con le sanzioni previste dal medesimo comma 8; 5) quanto alla lettera e), con la sanzione amministrativa pecuniaria di euro 5.000. Tale sanzione e' raddoppiata qualora il titolare dell'esercizio o del punto di raccolta, nonche' il proprietario dell'immobile in cui opera l'esercizio o il punto di raccolta, non provvedano alla comunicazione di cui alla lettera e) nel termine di sette giorni dalla contestazione. Nel caso in cui sia il titolare dell'esercizio o del punto di raccolta ad omettere la dichiarazione e' altresi' disposta la chiusura dell'esercizio; 6) quanto alla lettera f), con la sanzione amministrativa pecuniaria di euro 1.500 per ciascun apparecchio installato".

Con sentenza della Sez. 3, n. 45488 del 15 settembre 2016, avverso la decisione del tribunale del riesame che aveva rigettato l'istanza con la quale il gestore aveva richiesto il dissequestro dei locali, la Corte di Cassazione ha così in sintesi affermato [105]:

1. l'adesione alla procedura di regolarizzazione prevista dall'art. 1, comma 643, l. n. 190/2014 – i cui termini sono stati prorogati dalla cd. legge di stabilità 2016, l. 28 dicembre 2015, n. 208, art. 1, comma 926 -, è l'unica procedimento destinata a rendere penalmente lecita l'attività di raccolta delle scommesse sportive;

2. diversamente a quanto sostenuto dal gestore, a seguito della sentenza delle Corte di Giustizia dell'Unione Europea 16 febbraio 2012 C-72 nella causa Costa e Cifone, il legislatore nazionale con d.l. 2 marzo 2012, n. 16, convertito il l. 26 aprile 2012, n. 44, art. 10 commi 9 *octies* e 9 *nonies*, ha adeguato la disciplina domestica ai principi comunitari posti dagli artt. 43 TFUE e 49 TFUE, emendando i profili di discriminazione contenuti nel d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito in l. 4 agosto 2006, n. 248, art. 38 (cd. decreto Bersani) e dei due bandi di gara indetti in sua attuazione, incluso il capitolato d'oneri comprendente otto allegati, nonché lo schema di convenzione tra l'AAMS e l'aggiudicatario della concessione relativa ai giochi d'azzardo riguardanti gli eventi diversi dalle corse dei cavalli (cd. schema di convenzione), art. 23, commi 2, lett. a), 3 e 6 (cfr. in particolare i paragrafi 4, 4.1, 4.2, 4.3 della sentenza della Corte di Cassazione);

3. al contrario e in accoglimento d'uno dei motivi di ricorso, come già affermato dalla CGUE con sentenza 28 gennaio 2016 C-375 nella causa Laezza, gli artt. 49 TFUE e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che gli stessi ostano ad una disposizione nazionale restrittiva la quale impone al concessionario di cedere a titolo non oneroso, all'atto della cessazione dell'attività per scadenza del termine della concessione, l'uso dei beni materiali e immateriali di proprietà che costituiscono la rete di gestione e di raccolta del gioco, qualora detta restrizione ecceda quanto è necessario al conseguimento dell'obiettivo effettivamente perseguito da tale

[105] Sez. 3, n. 45488 ud. 15 settembre 2016 – dep. 28 ottobre 2016; dep. 28 ottobre 2016- Pres. AMORESANO, Rel. ANDREAZZA, Est. ANDREAZZA, Ric. RG

disposizione (lotta alla criminalità collegata ai giochi e corrispondente interesse a garantire la continuità dell'attività legale di raccolta delle scommesse);

4. risulta così discriminatoria la normativa domestica di cui alla l. 13 dicembre 2010, n. 220 (cd. legge di stabilità 2011), art. 1, comma 78, lett. b), punto 26, che prevedeva tale cessione a titolo non oneroso e che aveva indotto STANLEYBET a non partecipare alla gara per rilascio di concessione bandita con d.l. n. 16/2012, apparendole particolarmente svantaggioso sostenere i costi di detta cessione alla scadenza temporale della concessione;

5. ancorché l'art. 1, comma 78, lett. b), punto 26, della cd. legge di stabilità 2011 preveda che tale cessione possa avvenire solo dietro espressa richiesta dell'AAMS, senza precisare le condizioni e le modalità in presenza delle quali una siffatta domanda espressa possa essere formulata, tale eventualità non risulta in assoluto discriminatoria (cfr. paragrafi 5 e 6 della sentenza Cass. pen n. 45488/2016, in parziale contrasto con il paragrafo 43 della sentenza CGUE Laezza, la quale al contrario ha ritenuto che la previsione sia discriminatoria per lesione dei principi comunitari della certezza del diritto e di trasparenza);

6. spetta al giudice nazionale del merito verificare la effettiva eccedenza o meno di detta restrizione e delle modalità di suo concreto esercizio, valutando il grado di antieconomicità che sarebbe derivato a STALYBET dalla partecipazione alla gara indetta dal d.l. n. 16/20912, individuato dal valore venale dei beni da impiegare e, in via prognostica, dal profitto ricavabile dalla raccolta delle scommesse, avuto riguardo all'obiettivo perseguito di scoraggiare l'attività illegale di raccolta delle scommesse;

7. la circostanza che l'art 1, comma 78, lett. b), punto 26, l. n. 220/2010 sia stato abrogato dall'art. 1, comma 948, l. 28 dicembre 2015, n. 208 (cd. legge di stabilità 2016), non esime il giudice nazionale di merito dal compiere oggi quella valutazione: la mancanza del titolo concessorio da parte del raccoglitore alla data di possibile consumazione del reato di cui all'art 4, commi 1 e 4 *bis*, l. 401/1989 da parte del gestore, è stata infatti giustificata dal ricorrente con la mancata partecipazione di STANLEYBET alla gara indetta con d.l. 2 marzo 2012, n. 16 poiché la

normativa nazionale che la disciplinava risultava discriminatoria rispetto ai principi previsti dagli artt. 49 e 56 TFUE (come infine riconosciuto dalla CGUE nella sentenza Laezza).

Il che a dire: come riconosciuto da CGUE, nella causa C-375 Laezza il 28 gennaio 2016 e confermato da Cass. pen. Sez. 3, n. 45488 ud. 15 settembre 2016, STANLEYBET non ha partecipato alla gara d'appalto per l'ottenimento di concessione alla raccolta delle scommesse indetta con d.l. n. 16/2012 in quanto la normativa nazionale di cui alla l. 13 dicembre 2010, n. 220 (cd. legge di stabilità 2011), art. 1, comma 78, lett. b), punto 26, conteneva previsioni discriminatorie rispetto ai principi posti dagli artt. 49 TFUE e 56 TFUE: ciò nella parte in cui imponeva al concessionario alla scadenza della concessione l'obbligo di cedere al titolo non oneroso all'AAMS e a richiesta di quest'ultima i beni strumentali, materiali e immateriali, impiegati per la raccolta delle scommesse.

Di conseguenza, il mancato ottenimento della concessione e della conseguente autorizzazione di pubblica sicurezza sono circostanze di fatto astrattamente imputabili alla previsione discriminatoria del legislatore nazionale; il giudice di merito è così tenuto a verificare se la restrizione prevista sia concretamente proporzionale all'interdizione dell'attività illegale di raccolta delle scommesse.

Sulla scorta di tali argomenti la Corte di Legittimità annullava la decisione del riesame e rinviava gli atti al tribunale di prima istanza per una nuova valutazione.

Il tema enucleato da Cass. pen. sez. 3 n. 45488 del 15 settembre 2016, consiste allora nel verificare la concreta proporzionalità della restrizione prevista dall'art. l'art 1, comma 78, lett. b), punto 26, l. n. 220/2010 – cessione a titolo non oneroso, all'atto della cessazione dell'attività per scadenza del termine della concessione, dell'uso dei beni materiali e immateriali di proprietà del raccoglitore che costituiscono la rete di gestione e di raccolta del gioco -, avuto riguardo all'obiettivo perseguito di scoraggiare l'attività illegale di raccolta delle scommesse.

Con la precisazione che i beni in oggetto sono quelli individuati dall'art. 25 dello schema di convenzione di concessione, allegato agli atti della procedura ad evidenza pubblica bandita ai sensi del d.l. n. 16/2012 per l'assegnazione dei diritti per l'esercizio su rete fisica di scommesse, come elencati al paragrafo 6 di Cass. pen. Sez. 3 n. 45488 del 15 settembre 2016 [106].

Sovente il Pubblico Ministero non è in grado di addurre alcun elemento economico e di mercato, neppure sommario o approssimativo, che conduca ad affermare la proporzionalità della restrizione nel singoli casi concreti: un simile onere almeno di indicazione se non di allegazione spetta certamente all'organo che affermi la natura delittuosa della condotta del ricorrente, poiché concorre a delimitare la sussistenza del *fumus* del reato.; contrariamente, risulterebbe violato il principio per il quale ai fini dell'emissione del sequestro preventivo il giudice deve valutare la sussistenza in concreto del *fumus commissi delicti* attraverso una verifica puntuale e coerente delle risultanze processuali, tenendo nel debito conto le contestazioni difensive sull'esistenza della fattispecie dedotta, all'esito della quale possa sussumere la fattispecie concreta in quella legale e valutare la plausibilità di un giudizio prognostico in merito alla probabile condanna dell'imputato. (Sez. 6, n. 49478 del 21/10/2015 - dep. 15/12/2015, P.M. in proc. Macchione, Rv. 26543301).

Ciò in quanto nella valutazione del *fumus commissi delicti*, quale presupposto del sequestro preventivo, il giudice del riesame non può avere riguardo alla sola astratta configurabilità del

[106] i beni oggetto della previsione di cessione non onerosa sono espressamente indicati dall'art. 25, comma 1 dello schema di convenzione di concessione, *cit*., come: "*i beni materiali e immateriali di proprietà che costituiscono la rete di gestione e di raccolta del gioco, liberi da diritti e pretese di terzi*" e sono poi specificamente individuati, dal comma 2 dello stesso articolo, come quelli ricompresi nell'inventario e nei suoi successivi aggiornamenti; a sua volta il "*Nomenclatore unico delle definizioni*" della procedura per l'affidamento in concessione dell'esercizio dei giochi pubblici di cui all'art.10, comma 9 *octies* del d.l. n. 16/2012 costituente: "*parte integrante, sostanziale e vincolante della convenzione di concessione nonché del bando di gara, delle regole amministrative, delle regole tecniche e dei relativi allegati*", appare definire l'inventario dei beni come: "*il documento riportante l'elenco dei beni costituenti la rete telematica e gli aggiornamenti risultanti dagli interventi effettuati nel corso dell'anno solare precedente*", aggiungendo che: "*l'inventario deve essere suddiviso in due Sezioni, quella dei "*beni immateriali*" e quella dei "*beni materiali*",* specificando che: "[…] *la sezione "*beni immateriali*" riguarda: i diritti esclusivi di proprietà industriale e i diritti di utilizzazione e sfruttamento economico relativi alle opere di ingegno (incluso il* software *di gioco), reistrati a favore di AAMS; i contratti di fornitura; -le procedure automatizzate incluso il* software *di connessione e di sicurezza, i manuali, gli studi ed altro; le banche dati. La sezione "*beni materiali*" riguarda: tutti i componenti* hardware *relativi alla rete telematica; i punti di vendita, ciascuno corredato da: denominazione, indirizzo (via numero civico, località, CAP, provincia, regione), itolare dell'esercizio (nome, cognome, data e luogo di nascita), telefono e indirizzo,* e-mail *del titolare, orario di apertura (orario di apertura settimanale, giorno di chiusura, periodo di chiusura), tipologia (bar, tabaccherie, agenzie.), dotazione tecnologica per l'esercizio del gioco (tipo, marca)*"

reato, ma deve tener conto, in modo puntuale e coerente, delle concrete risultanze processuali e dell'effettiva situazione emergente dagli elementi forniti dalle parti, indicando, sia pur sommariamente, le ragioni che rendono sostenibile l'impostazione accusatoria, e plausibile un giudizio prognostico negativo per l'indagato, pur senza sindacare la fondatezza dell'accusa. (Sez. 5, n. 49596 del 16/09/2014 - dep. 27/11/2014, Armento, Rv. 26167701).

Per quanto detto, l'omessa indicazione anche solo sommaria della proporzionalità della restrizione – che per come affermato da CGUE, nella causa C-375 Laezza il 28 gennaio 2016 e da Cass. pen. Sez. 3 n. 45488 del 15 settembre 2016 va accertata in concreto - comporta di per sé l'insussistenza del *fumus* del reato per il quale è disponibile il provvedimento ablativo.

In taluni casi il gestore, superando gli oneri di indicazione del Pubblico Ministero, dimette consulenze di accademici in materie economiche che individuano l'entità del danno potenzialmente subito dal candidato concessionario nell'eventualità in cui alla scadenza naturale del termine allora triennale della concessione gli sia richiesta dall'AAMS la cessione dei beni materiali e immateriali impiegati per la gestione e la raccolta delle scommesse.

Nel caso in commento, gli aziendalisti del ricorrente hanno determinato quel sacrificio assumendo a parametro il prezzo di 11.000,00 €uro a base d'asta della singola concessione e lo hanno determinato nella misura variabile dal 184% al 289% dell'investimento iniziale – ciò sulla scorta del prezzo di precedenti aggiudicazioni assegnate a soggetti terzi -.

Si registra tuttavia che le metodiche d'analisi impiegate dagli accademici hanno avuto in prevalenza una prospettiva patrimoniale e hanno omesso la valutazione del sacrificio in orizzonte reddituale.

Mancherebbe cioè il raffronto tra il sacrificio finale derivante al potenziale concessionario dalla cessione a titolo non oneroso dei beni impiegati per la raccolta delle scommesse, determinato nel doppio o nel triplo del costo a base d'asta della singola concessione, rispetto al reddito

complessivo che il potenziale concessionario avrebbe potuto ricavare dalla raccolta delle scommesse.

Se infatti a fronte di un sacrificio in ipotesi pari al triplo del prezzo di acquisto della singola concessione il potenziale concessionario sino alla scadenza della concessione avesse realizzato un reddito d'impresa di centinaia di migliaia di €uro, la restrizione potrebbe non risultare sproporzionata.

L'individuazione di tale reddito non può costituire onere del gestore o del candidato operatore; il Pubblico Ministero piuttosto dovrebbe verificare la proporzionalità della previsione ablatoria parametrando il sacrificio quantificato dagli accademici anche solo con la media del reddito dei centri sommesse in esercizio nella zona ove avrebbe operato il gestore e nell'arco di tempo in considerazione, così facendo emergere – già dalla sede cautelare - la natura non discriminatoria della cessione.

LORENZO DELLI PRISCOLI

Coltivazione in casa di marijuana per uso personale, principio di offensività e libertà di autodeterminazione

Sommario: 1. La perdurante rilevanza penale della coltivazione di marijuana per uso personale a oltre vent'anni dal referendum abrogativo del 1993. – 2. L'affermazione (di principio?) da parte della Corte costituzionale e della Cassazione circa la necessità di verificare la compatibilità del reato con il principio di offensività. - 3. La sussistenza del reato purché sia verificata la "potenziale idoneità" della coltivazione a produrre "in futuro" sostanze stupefacenti; la presunzione di "detenzione a fini di spaccio". – 4. L'assenza di offensività quale circostanza che esclude il reato e la causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto: possibilità di individuare diversi livelli di lieve offensività della condotta? - 5. Persistenza del reato e perdurante disvalore (sociale?) nei confronti del consumatore di marijuana (tossicodipendente?). - 6. Libertà di autoderminazione del consumatore di marijuana e perplessità circa l'effettiva lesione – reale o potenziale - dei beni giuridici protetti. – 7. L'irrisarcibilità del danno non patrimoniale derivante da reato ma scarsamente offensivo e la ragionevole durata dei processi.

1. La perdurante rilevanza penale della coltivazione di marijuana per uso personale a oltre vent'anni dal referendum abrogativo del 1993. – Secondo l'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 (Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza) costituisce reato la coltivazione senza autorizzazione di sostanze stupefacenti (la più diffusa è la Marijuana, che è una sostanza psicoattiva che si ottiene dalle infiorescenze essiccate delle piante di Cannabis), anche se tale coltivazione avviene per destinare ad uso personale la sostanza psicotropa così ricavata. L'art. 75 del d.P.R. citato – frutto della modifica operata dall'art. 1, comma 24-quater, del d.l. n. 36 del 2014 (Disposizioni urgenti in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza), convertito, con modificazioni, dalla legge n. 79 del 2014 – configura infatti come illecito amministrativo (anziché penale) il fatto di chi, «per farne uso personale, illecitamente importa, esporta, acquista,

riceve a qualsiasi titolo o comunque detiene sostanze stupefacenti o psicotrope»: pertanto, secondo una interpretazione letterale confermata da un consolidato indirizzo della giurisprudenza di legittimità, quest'ultima norma non include la coltivazione tra le condotte punibili con le sole sanzioni amministrative.

A più riprese è stata peraltro prospettata la tesi che le condotte "neutre" non menzionate dal legislatore – prima fra tutte, la coltivazione – potessero essere "recuperate" all'area di irrilevanza penale connessa alla finalità di uso personale facendole rientrare, tramite una lettura estensiva, nel concetto generico e "di chiusura" di «detenzione» dello stupefacente («comunque detiene»). Respinta dalla giurisprudenza di legittimità nel vigore della legge n. 685 del 1975 (Disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope. Prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza), detta ipotesi interpretativa ha trovato un certo seguito in rapporto alla previsione dell'art. 75 del d.P.R. n. 309 del 1990, subito dopo la consultazione referendaria del 1993 che ha abrogato il reato di detenzione di sostanze stupefacenti per uso personale. Nella seconda metà degli anni '90, la giurisprudenza di legittimità è tornata, peraltro, ad attestarsi saldamente sulla soluzione negativa. Un tentativo di "rivitalizzare" l'esegesi in discorso è stato operato, a distanza di un decennio, da alcune sentenze della sesta sezione penale della Corte di cassazione, facendo leva sull'assunto che la nozione penalmente rilevante di «coltivazione» dovesse ritenersi evocativa della sola coltivazione «in senso tecnico-agrario», o «imprenditoriale»: con la conseguenza che la coltivazione cosiddetta "domestica" (effettuata, cioè, tramite messa a dimora delle piante in vasi presso l'abitazione dell'agente) sarebbe ricaduta tra le fattispecie di «detenzione», sanzionate in via amministrativa dalla norma denunciata, ove finalizzate al consumo personale[107].

Tale ricostruzione meno severa non ha trovato però l'avallo delle sezioni unite, le quali, con due sentenze "gemelle" del 2008, hanno confermato la validità del più rigoroso indirizzo tradizionale. Rilevato come l'ipotizzata esegesi restrittiva della nozione penalmente rilevante di «coltivazione» non trovi conforto – come si sosteneva – nella disciplina delle autorizzazioni all'esercizio di tale attività, recata dagli artt. 26 e seguenti del d.P.R. n. 309 del 1990, le sezioni unite hanno ribadito il principio per cui «costituisce condotta penalmente rilevante qualsiasi attività non autorizzata di coltivazione di piante dalle quali sono estraibili sostanze stupefacenti,

[107] Cfr. per tutte, Cass., sez. VI, 18 gennaio 2007, n. 17983, Notaro, in *C.E.D. Cass.*, n. 236666.

anche quando sia realizzata per la destinazione del prodotto ad uso personale»[108]). La giurisprudenza di legittimità successiva si è uniformata a tale indicazione, onde non appare contestabile che l'attuale rilevanza penale della coltivazione domestica di marijuana possa definirsi come "diritto vivente".

Tale stato dell'arte appare tuttavia scontrarsi con la strategia – cui si ispira la normativa italiana in materia di sostanze stupefacenti e psicotrope fin dalla precedente legge n. 685 del 1975 e confermata dal referendum abrogativo del 1993 – volta a distinguere nettamente, sul piano del trattamento sanzionatorio, la posizione del consumatore di droga da quella del suo trafficante. L'idea di fondo del legislatore era che l'intervento repressivo penale debba rivolgersi solo nei confronti dei secondi. Tale strategia si fonda su un dato inerente all'intenzione dell'agente: la finalità di «uso personale» della sostanza. Configurata in origine come causa di non punibilità correlata ad un limite quantitativo non definito (la «modica quantità» dello stupefacente oggetto della condotta: art. 80 della legge n. 685 del 1975), detta finalità è stata successivamente trasformata – con soluzione di maggior rigore – in elemento che "degrada" l'illecito penale in illecito amministrativo, nel rispetto di un limite quantitativo più stringente (la «dose media giornaliera» determinata dall'autorità amministrativa: art. 75 del d.P.R. n. 309 nel 1990, nel testo originario); limite venuto poi a cadere per effetto del referendum del 1993, avente ad oggetto l'abrogazione delle pene per la detenzione ad uso personale di droghe, in cui il SI vinse con oltre 19 milioni di voti (55,40% dei votanti).

In effetti, secondo le sezioni unite del 2008 citate, ai fini della punibilità della condotta di coltivazione di marijuana, è invece irrilevante la destinazione o meno ad uso personale, anche se è indispensabile, ai fini della sussistenza del reato, la verifica da parte del giudice circa l'offensività in concreto della condotta, riferita però non alla destinazione ad altri dello stupefacente, ma all'idoneità della sostanza ricavata a produrre un effetto drogante rilevabile. Secondo tale interpretazione giurisprudenziale dunque anche la coltivazione delle piante di Cannabis per semplice uso ornamentale, o ancora per il semplice piacere di avere delle piante da curare potrebbe integrare il suddetto reato.

[108] Cfr. Cass., sez. un., 24 aprile 2008, n. 28605, Di Salvia, in *Cass. pen.*, 2008, 4503, con nota adesiva di S. BELTRANI, *Coltivazione "domestica" di piante da stupefacenti: la fine di un equivoco*; e Cass., sez. un., 24 aprile 2008, n. 28606, Valletta, non massimata.

La giurisprudenza delle Sezioni Unite giunge a tali affermazioni per comporre il contrasto, molto risalente, tra l'orientamento che, anche dopo le modifiche normative intervenute con la legge cd. "Fini-Giovanardi" (d.l. n. 272 del 2005, conv. in legge n. 49 del 2006), individuava una nozione di "coltivazione domestica" per uso personale (distinta da quella penalmente rilevante della "coltivazione in senso tecnico-agrario"), ritenendo comunque la condotta di coltivazione non estranea all'ambito concettuale della "detenzione", quindi anch'essa sottoposta al canone di rilevanza penale della "destinazione ad uso non personale", e l'orientamento (al quale le sezioni unite hanno aderito) che invece riteneva comunque sussistente il reato, anche nel caso in cui la coltivazione mirasse a soddisfare esigenze di approvvigionamento personale, in ragione, soprattutto, della idoneità della condotta ad accrescere il pericolo di circolazione e diffusione delle sostanze stupefacenti e ad attentare al bene della salute a causa dell'incremento delle occasioni di spaccio. Ha sottolineato l'irrilevanza della distinzione tra coltivazione domestica e coltivazione tecnico-agraria anche Cass., sez. 6, 4 dicembre 2013, n. 51497, Zilli, in *C.E.D. Cass.*, 258503, la quale, in una fattispecie relativa alla coltivazione di una pluralità di piantine di cannabis all'interno di una serra rudimentale, afferma che la coltivazione di piante da cui sono estraibili sostanze stupefacenti è penalmente rilevante, a prescindere dalla distinzione tra coltivazione tecnico-agraria e coltivazione domestica, posto che l'attività in sé, in difetto delle prescritte autorizzazioni, è da ritenere potenzialmente diffusiva della droga.

2. L'affermazione (di principio?) da parte della Corte costituzionale e della Cassazione circa la necessità di verificare la compatibilità del reato con il principio di offensività. – Il principio di offensività - in forza del quale non è concepibile un reato senza offesa ("*nullum crimen sine iniuria*") - non è espressamente previsto né dalla Costituzione né dal codice penale, ma, secondo la Corte costituzionale e la Corte di Cassazione, è ricavabile implicitamente dal combinato disposto degli artt. 13, comma 2, 25 comma 2, e 27 comma 3, della Costituzione. Si ritiene che tale principio abbia un sicuro riferimento costituzionale anche nel principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., e in particolare nei suoi corollari rappresentati dal principio di ragionevolezza (non è ragionevole una sanzione penale per chi ha rubato un chicco d'uva) e della necessità di trattare in maniera adeguatamente diseguale situazioni diseguali (chi ha rubato un

chicco d'uva non può essere oggetto di sanzione penale, come lo è invece chi ha svaligiato una banca).

Secondo Corte cost. n. 172 del 2014 spetta al giudice ricostruire e circoscrivere l'area di tipicità della condotta penalmente rilevante sulla base dei consueti criteri ermeneutici, in particolare alla luce del principio di offensività, che per giurisprudenza costante della Consulta costituisce un canone interpretativo unanimemente accettato. Coerentemente, ha affermato Corte cost. n. 139 del 2014 che resta precipuo dovere del giudice di merito apprezzare − «alla stregua del generale canone interpretativo offerto dal principio di necessaria offensività della condotta concreta» – se essa sia, in concreto, palesemente priva di qualsiasi idoneità lesiva dei beni giuridici tutelati.

Richiamando in particolare, tra le altre, le sentenze n. 360 del 1995, n. 296 del 1996 e n. 265 del 2005 della Corte costituzionale, le Sezioni unite del 2008 citate nel paragrafo precedente, partendo dal concetto che la condotta di coltivazione di piante da cui siano estraibili i principi attivi della marijuana integra un tipico reato di pericolo presunto, connotato però dalla necessaria offensività della fattispecie criminosa astratta (sentenza n. 360 del 1995), hanno aderito all'opzione del giudice delle leggi secondo cui il principio di offensività richiede che una condotta, per essere punita come reato, soddisfi due distinti requisiti: la verifica dell'offensività in astratto del reato e della condotta in concreto.

Il primo requisito (l'offensività in astratto del reato) impone al legislatore di modellare fattispecie di reato che esprimano un contenuto lesivo, o comunque la messa in pericolo, di un bene o interesse di rilevanza costituzionale: è necessario cioè che il legislatore configuri il sistema penale come *extrema ratio* di tutela della società, circoscritta ai soli beni di rilievo costituzionale, sia pure in un'accezione "allargata" ai beni riferibili anche alla cd. Costituzione "materiale" (che segue i bisogni sociali): in tal senso cfr. le sentenze nn. 364 del 1988, 409 e 487 del 1989 della Consulta. A questo proposito è assai discutibile, come si vedrà in seguito, che il reato in questione possa dirsi realmente lesivo di un qualche bene di rilevanza costituzionale. A livello astratto l'offensività come limite di rango costituzionale alla discrezionalità legislativa è stata sì affermata anche da Corte cost. nn. 360 del 1995, 263 del 2000, 354 del 2002 e 109 del 2016, ma solo

raramente si è tradotta in decisioni di illegittimità costituzionale[109]. La Corte costituzionale ha riservato sostanzialmente alla discrezionalità del legislatore il livello e il modo di anticipazione della tutela, scegliendo di non sindacare le scelte tecniche di costruzione dell'illecito penale secondo lo schema dei reati di pericolo, anche presunto o astratto, purché la scelta delle condotte accompagnate dalla sanzione penale non fosse manifestamente irrazionale o arbitraria. Con riferimento alla coltivazione di piante di marijuana, la Corte costituzionale è intervenuta più volte (da ultimo con la sentenza n. 109 del 2016), in sostanza sempre ribadendo la ragionevolezza della scelta legislativa in relazione ai parametri della necessaria offensività ed agli altri valori costituzionali in gioco. Le precedenti sentenze riferite espressamente a questioni attinenti al vaglio di costituzionalità della disciplina normativa relativa alla coltivazione di piante stupefacenti sono: la n. 360 del 1995[110], con la chiara enunciazione del doppio profilo del principio di offensività

[109] Si pensi alla sentenza n. 189 del 1987 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del reato di esposizione non autorizzata di bandiera di stato estero, ovvero alla sentenza n. 519 del 1995, egualmente dichiarativa dell'illegittimità stavolta del reato di mendicità non invasiva (art. 670 c.p.); si veda altresì la sentenza n. 354 del 2002, sull'illegittimità costituzionale dell'art. 688, comma 2, c.p. (chiunque, già condannato per un delitto non colposo contro la vita o la libertà individuale, fosse colto in stato di manifesta ubriachezza in un luogo pubblico o aperto al pubblico), la cui motivazione faceva leva proprio sul fatto che la fattispecie esauriva il suo carico di lesività in condizioni e qualità individuali, come in una sorta di reato d'autore, "in aperta violazione del principio di offensività del reato, che nella sua accezione astratta costituisce un limite alla discrezionalità legislativa in materia penale"; di contro, più recentemente la Corte ha ritenuto infondato il vaglio di costituzionalità per il reato di clandestinità (art. 10 bis del d.lgs. n 286 del 1998): cfr. sentenza n. 250 del 2010. La sentenza n. 249 del 2010, in materia di aggravante della clandestinità di cui all'art. 61, n. 11, c.p., ha invece ribadito il canone costituzionale della necessaria offensività per la costruzione di fattispecie penali e ha altresì precisato come l'art. 25, comma 2, Cost. costituisce ulteriore limite a tali tipologie di norme perché prescrive in modo rigoroso che un soggetto debba essere sanzionato per le condotte tenute e non per le sue qualità personali. Con la sentenza n. 172 del 2014 la Consulta ha ad esempio dichiarato non fondata la questione di legittimità dell'art. 612 bis c.p. (atti persecutori: c.d. *stalking*), sollevata in riferimento all'art. 25, comma 2, Cost., sottolineando sia alcuni caratteri normativi che concretizzano la fattispecie, sia ancora una volta il decisivo compito del giudice di ricostruire e circoscrivere l'area di tipicità della condotta penalmente rilevante sulla base dei consueti criteri ermeneutici, in particolare alla luce del principio di offensività.

[110] Secondo tale pronuncia non è fondata, in riferimento agli artt. 13, 25 e 27 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 nella parte in cui prevede la illiceità penale della condotta di coltivazione di piante da cui si estraggono sostanze stupefacenti o psicotrope univocamente destinate all'uso personale, indipendentemente dalla percentuale di principio attivo contenuta nel prodotto della coltivazione stessa, sollevata sotto il profilo della violazione del principio della necessaria offensività della fattispecie penale nell'ipotesi in cui la coltivazione dia luogo a quantità (o qualità) di inflorescenze dalle quali non sia ricavabile il principio attivo in misura sufficiente a produrre l'effetto (stupefacente) potenzialmente lesivo nel caso di successiva assunzione. Infatti l'astratta fattispecie del delitto di coltivazione di sostanze stupefacenti implica una legittima valutazione di pericolosità presunta, in quanto inerente a condotta oggettivamente idonea ad attentare al bene della salute dei singoli per il solo fatto di arricchire la provvista esistente di materia prima, e quindi di creare potenzialmente più occasioni di spaccio di droga, nonché di accrescere indiscriminatamente i quantitativi coltivabili. Si tratta quindi di reato di pericolo, connotato dalla necessaria offensività, non essendo irragionevole la valutazione prognostica di attentato al bene giuridico protetto. La configurazione di reati di pericolo presunto non è poi incompatibile con il principio di offensività; nè nella specie è irragionevole od arbitraria la valutazione, operata dal legislatore nella sua discrezionalità,

penale e, in precedenza, le sentenze nn. 133 del 1992, 333 del 1991 e 62 del 1986, nonché, successivamente, le ordinanze nn. 150 del 1996 e 414 del 1996, le quali tutte si sono espresse nel senso della infondatezza delle questioni sollevate. Ancora, deve ricordarsi la sentenza n. 296 del 1996 che sottolinea come l'art. 75 del d.P.R. n. 309 del 1990 estrapoli solo alcune ma non tutte delle condotte di cui al precedente art. 73 per attrarle alla sfera dell'irrilevanza penale qualora rivelino la finalizzazione della condotta dell'agente all'uso personale delle sostanze stupefacenti.

Il secondo requisito (l'offensività in concreto della condotta), che presuppone che un positivo riscontro circa la presenza del primo requisito sia stato già compiuto, si rivolge al giudice, il quale è tenuto ad accertare che il fatto concreto abbia effettivamente leso o messo in pericolo il bene o l'interesse tutelato (offensività in concreto: così si esprimono in particolare Corte Cost. nn. 109 del 2016 e 265 del 2005; in senso conforme le decisioni nn. 360 del 1995, 519 e 263 del 2000, 354 del 2002, 265 del 2005, 225 del 2008). Da tali premesse le sezioni unite del 2008 citate hanno stabilito che spetta al giudice verificare se la condotta sia inidonea a porre a repentaglio il bene giuridico protetto, risultando in concreto inoffensiva. Tale impostazione sembrerebbe più che ragionevole: le sezioni unite però specificano anche che la condotta è "inoffensiva" soltanto se il bene tutelato non è stato leso o messo in pericolo anche in grado minimo (irrilevante è a tal fine il grado dell'offesa), sicché, con riferimento allo specifico caso della coltivazione di sostanze stupefacenti, l'offensività non ricorre soltanto se la sostanza ricavabile non è idonea a produrre un effetto stupefacente in concreto rilevabile. Tale atteggiamento interpretativo, che porta di fatto ad una quasi completa disapplicazione del principio di offensività in concreto (o meglio - come si cercherà di dimostrare meno empiricamente nel quarto paragrafo - a confonderlo con l'assenza di tipicità legale o con il reato impossibile), è peraltro coerente con la restante giurisprudenza di legittimità in tema di principio di offensività, che è stato invocato e applicato in sporadiche sentenze ben poco significative e per fatti in cui il bene giuridico era stato leso in maniera davvero impercettibile e impalpabile[111]. Deve inoltre segnalarsi una parte di pronunce della Cassazione che

della pericolosità connessa alla condotta di coltivazione. Il giudice ordinario è comunque tenuto a verifica in concreto la reale offensività della singola condotta accertata.

[111] Cfr., Cass., sez. V, 9 dicembre 2014 n. 3562, dep. 2015, Lillia, in *C.E.D. Cass.*, n. 262848, secondo cui, ai fini dell'integrazione del delitto di violenza privata (art. 610 c.p.) è necessario che la violenza o la minaccia costitutive della fattispecie incriminatrice comportino la perdita o, comunque, la significativa riduzione della capacità di autodeterminazione del soggetto passivo, essendo, invece, penalmente irrilevanti, in virtù del principio di offensività, i comportamenti costituenti violazioni di regole deontologiche, etiche o sociali inidonei a limitarne la libertà di

sembrano lasciar emergere un paradigma di inoffensività collegato all'inefficacia drogante o psicotropa, peraltro affermato non solo in tema di coltivazione di sostanze stupefacenti ma anche in generale, per qualsiasi illecito avente ad oggetto detenzione o cessione di stupefacenti. E difatti già nel 2001 la Cassazione[112], aveva sostenuto che, in tema di stupefacenti, la valutazione dell'efficacia psicotropa delle sostanze, demandata al giudice nell'ambito della verifica dell'offensività specifica della condotta accertata, è la sola che consente la riconducibilità della fattispecie concreta a quella astratta e va compiuta prendendo in considerazione il quantitativo complessivo di sostanze detenute ai fini di spaccio o cedute, senza arbitrarie parcellizzazioni legate ai singoli episodi di vendita. Sul tema la Cassazione in seguito ha affermato[113] che è necessario dimostrare che il principio attivo contenuto nella dose destinata allo spaccio, o comunque oggetto di cessione, sia di entità tale da poter produrre in concreto un effetto drogante. La motivazione della sentenza in esame ha messo in luce come le affermazioni sulla necessaria

movimento o ad influenzarne significativamente il processo di formazione della volontà; Cass. sez. V, 19 settembre 2014, n. 48698, Demofonti, in *C.E.D. Cass.*, 261284, secondo cui in materia di diffamazione la Corte di cassazione può conoscere e valutare l'offensività della frase che si assume lesiva della altrui reputazione perché è compito del giudice di legittimità procedere in primo luogo a considerare la sussistenza o meno della materialità della condotta contestata e, quindi, della portata offensiva delle frasi ritenute diffamatorie, dovendo, in caso di esclusione di questa, pronunciare sentenza di assoluzione dell'imputato; Cass., sez. III, 24 settembre 2013, n. 42479, Pieri, in *C.E.D. Cass.*, n. 257372, secondo cui il divieto di cui all'art. 96, lett. g), R.D. n. 523 del 1904 (T.U. delle leggi sulle opere idrauliche), relativo a "qualunque opera o fatto che possa alterare lo stato, la forma, le dimensioni, la resistenza e la convenienza all'uso, a cui sono destinati gli argini e loro accessori e manufatti pertinenti", deve essere inteso, come ogni precetto penale, nell'ottica della cosiddetta "concezione realistica" del reato, la quale espunge dalla fattispecie punibile - ancorché astrattamente rispondente alla figura edittale - la condotta che manchi di qualsiasi idoneità a recare pregiudizio o pericolo di pregiudizio all'interesse protetto: la Corte ha escluso il requisito dell'offensività in relazione a opere edili consistite nella mera sostituzione degli elementi di un manufatto preesistente, realizzata in modo da non poter autonomamente incidere sulla sicurezza degli argini di un fiume; Cass., sez. V, 5 giugno 2013 n. 49787, Bellemans, in *C.E.D. Cass.*, n. 257562, secondo cui, in tema di reati fallimentari, la previsione di cui all'art. 2634 c.c. - che esclude, relativamente alla fattispecie incriminatrice dell'infedeltà patrimoniale degli amministratori, la rilevanza penale dell'atto depauperatorio in presenza dei c.d. vantaggi compensativi dei quali la società apparentemente danneggiata abbia fruito o sia in grado di fruire in ragione della sua appartenenza a un più ampio gruppo di società - conferisce valenza normativa a principi - già desumibili dal sistema, in punto di necessaria considerazione della reale offensività - applicabili anche alle condotte sanzionate dalle norme fallimentari e, segnatamente, a fatti di disposizione patrimoniale contestati come distrattivo dissipativi; Cass., sez. III, 17 gennaio 2006, n. 7820, Boscolo, in *C.E.D. Cass.*, n. 233555, secondo cui, in materia di disciplina della pesca, per il principio di necessaria offensività non possono essere puniti comportamenti che non ledono o pongono in pericolo il bene giuridico tutelato, come avviene con la cattura di esigue quantità di novellame rispetto all'obiettivo del ripopolamento marino; Cass., sez. IV, 22 gennaio 2004, n. 16894, Tassone, in *C.E.D. Cass.*, n. 228570, secondo cui in tema di furto, alla luce del principio di offensività, non possono ritenersi configurare l'ipotesi delittuosa comportamenti solo minimamente incidenti sulla cosa - asporto di quantità irrilevanti di sabbia per attività ricreative - che non ledono il bene giuridico e non concretizzano l'illecito penalmente rilevante).

[112] Cass., sez. VI, 12 novembre 2001, dep. 2002, n. 564, Caserta, in *C.E.D. Cass.*, n. 220448.

[113] Cass., sez. VI, 13 dicembre 2011, dep. 2012, n. 6928, Choukrallah, in *C.E.D. Cass.*, n. 252036.

valutazione dell'offensività in concreto della condotta, svolte dalle Sezioni Unite del 2008 e mutuate dalla giurisprudenza costituzionale, attengono a principi che, seppure pronunciati in materia di coltivazione non autorizzata, si proiettano necessariamente sull'intera disciplina degli stupefacenti. Sicché, nel caso in cui l'offensività in concreto accertata dal giudice si riveli inidonea a porre a repentaglio il bene giuridico tutelato, viene meno la riconducibilità della fattispecie concreta a quella astratta perché l'indispensabile connotazione di offensività in generale di quest'ultima implica di riflesso la necessità che anche in concreto l'offensività sia ravvisabile almeno in grado minimo, nella singola condotta dell'agente, in difetto di ciò venendo la fattispecie a rifluire nella figura del reato impossibile (art. 49 c.p.) o venendo meno la stessa tipicità della fattispecie penale[114]. Tuttavia, deve darsi atto che accanto a tale orientamento, già estremamente severo, si incontrano decisioni ancora più rigide[115], che sembrano aver completamente "dimenticato" il principio di offensività in concreto, secondo le quali il reato di cui all'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 è configurabile anche in relazione a dosi inferiori a quella media giornaliera, con esclusione soltanto di quelle condotte afferenti a quantitativi di sostanze stupefacenti talmente minimi da non poter modificare, neppure in maniera trascurabile, l'assetto neuropsichico dell'utilizzatore[116].

Conclusivamente, deve rilevarsi che il principio di offensività, affermato e mai smentito in linea di principio ormai da trent'anni sia dalla Corte costituzionale che dalla Cassazione, ha trovato scarse e poco significative applicazioni concrete da parte di tali Corti. Quanto detto vale anche più specificamente a proposito della coltivazione casalinga di sostanze stupefacenti, relativamente alla quale la Consulta ha ritenuto sussistere l'offensività in astratto e la Cassazione solo in poche ed incerte pronunce ha rilevato l'inoffensività in concreto, peraltro per quantitativi di sostanze stupefacenti davvero minimali.

---

[114] In questo senso anche Corte cost. 20 maggio 2016, n. 109, cit. In tale impostazione generale si riconoscono altresì Cass., sez. IV, 19 gennaio 2016, n. 3787, Festi, in *C.E.D. Cass.*, n. 265740; Cass. sez. IV, 27 ottobre 2015 n. 4324, Mele, dep. 2016, in *C.E.D. Cass.*, n. 265976.

[115] Cass., sez. III, 9 ottobre 2014 n. 47670, Aiman, in *C.E.D. Cass.*, n. 261170 e Cass., sez. IV, 12 maggio 2010, n. 21814, Renna, in *C.E.D. Cass.*, n. 247478.

[116] Anche Cass., sez. V, 4 novembre 2010, n. 5130, dep. 2011, Moltoni, in *C.E.D. Cass.*, n. 249702, ha ritenuto l'irrilevanza del mancato superamento della soglia quantitativa drogante, stante la natura legale della nozione di sostanza stupefacente; nello stesso senso: Cass., sez. IV, 3 luglio 2009, n. 32317, Di Settimio, in *C.E.D. Cass.*, n. 245201 e numerose conformi precedenti sulla scia di Cass., sez. un., 24 giugno 1998, n. 9973, Kremi, in *C.E.D. Cass.*, n. 211073, la quale ha ritenuto che il reato può sussistere anche in occasione di uno spaccio di dosi contenenti un principio attivo al di sotto della soglia drogante.

3. La sussistenza del reato purché sia verificata la "potenziale idoneità" della coltivazione a produrre "in futuro" sostanze stupefacenti; la presunzione di "detenzione a fini di spaccio". – Uno degli orientamenti di legittimità di maggior seguito ha enucleato degli "indicatori" dimostrativi della concreta offensività della condotta di coltivazione non autorizzata di sostanze stupefacenti per uso personale, fra i quali, oltre al quantitativo di principio attivo ricavabile dalle singole piante in relazione al loro grado di maturazione, o l'estensione e la struttura organizzata della piantagione dalle quali possa derivare una produzione di sostanze potenzialmente idonea ad incrementare il mercato, anche la "potenziale idoneità" della coltivazione-produzione di piante di natura stupefacente a produrre "in futuro" tali sostanze[117]. Ulteriori pronunce hanno affrontato la questione sempre con riferimento agli indicatori e caratteri specifici attinenti alla piantagione, affermando, ai fini della punibilità della coltivazione, l'irrilevanza della quantità di principio attivo ricavabile nell'immediatezza, e la rilevanza, invece, della conformità della pianta al tipo botanico previsto e della sua attitudine, anche per le modalità di coltivazione, a giungere a maturazione e a produrre la sostanza stupefacente[118], cosicché l'offensività deve essere esclusa soltanto quando la sostanza ricavabile risulti priva della capacità ad esercitare, anche in misura minima, un effetto psicotropo[119]. E' stata in particolare sottolineata l'irrilevanza del fatto che, al momento dell'accertamento del reato, le piante non siano ancora giunte a maturazione, poiché la coltivazione ha inizio con la posa dei semi, dovendosi invece valutare l'idoneità anche solo potenziale delle stesse a produrre una germinazione ad effetti stupefacenti[120].

[117] Cass., sez. III, 9 maggio 2013, n. 23082, De Vita, in *C.E.D. Cass.*, n. 256174.

[118] Cass., sez. IV, 23 novembre 2016, n. 53337, Trabanelli, in *C.E.D. Cass.*, n. 268695; Cass., sez. VI, 15 marzo 2013, n. 22459, Cangemi, in *C.E.D. Cass.*, n. 255732.

[119] Cass., sez. III, 23 febbraio 2016 n. 23881, Damioli, in *C.E.D. Cass.*, n. 267382

[120] Cass., sez. IV, 8 ottobre 2008, n. 44287, Taormina, in *C.E.D. Cass.*, n. 241991; nello stesso senso anche Cass. sez. VI, 10 maggio 2016 n. 25057, Iaffaldano, in *C.E.D. Cass.*, n. 266974; Cass., sez. VI, 10 febbraio 2016, n. 10169, Tamburini, in *C.E.D. Cass.*, n. 25057, 266513; Cass., sez. VI, 9 gennaio 2014 n. 6753, M., in *C.E.D. Cass.*, n. 258998 secondo le quali l'offensività della condotta non è esclusa dal mancato compimento del processo di maturazione dei vegetali, neppure quando risulti l'assenza di principio attivo ricavabile nell'immediatezza, se gli arbusti sono prevedibilmente in grado di rendere, all'esito di un fisiologico sviluppo, quantità significative di prodotto dotato di effetti droganti, in quanto il "coltivare" è attività che si riferisce all'intero ciclo evolutivo dell'organismo biologico. Infine, Cass., sez. IV, n. 44136 del 27 ottobre 2015, Cinus, in *C.E.D. Cass.*, n. 264910, nell'affermare la sufficienza, ai fini della punibilità, della conformità della pianta al tipo botanico previsto e la sua attitudine, anche per le modalità di coltivazione, a giungere a maturazione e a produrre la sostanza stupefacente, ha precisato che

E' evidente l'eccessiva e irragionevole anticipazione della tutela penale nella repressione, quale reato consumato, della condotta diretta a coltivare piante che solo in un futuro eventuale potrebbero dare vita a della sostanza drogante (tanto che a questo punto è anche difficile ipotizzare un delitto tentato di coltivazione casalinga di marijuana, e in effetti nella pratica giudiziaria tale reato non viene mai contestato): si pensi, per mettere a fuoco l'estrema aleatorietà di questa impostazione, alla rilevanza attribuita nel diritto commerciale al cd. "rischio ambientale", che storicamente ha sempre consentito all'imprenditore agricolo (fisiologicamente esposto al pericolo di perdere l'intero raccolto in virtù di imponderabili futuri eventi climatici) di usufruire, rispetto all'imprenditore commerciale, di una disciplina differenziata e di favore (in tema di iscrizione nel registro delle imprese, necessità di tenere le scritture contabili e sottoposizione alle procedure concorsuali[121]. Tale impostazione è oltretutto contraddittoria anche con un orientamento interno alla stessa Cassazione[122] che esclude la rilevanza penale, anche solo a titolo di tentativo, della semplice detenzione di semi di pianta dalla quale siano ricavabili sostanze stupefacenti, trattandosi di atto preparatorio non punibile in quanto non idoneo in modo inequivoco alla consumazione del reato non potendosi dedurne la destinazione dei semi alla coltivazione. In effetti, una volta riconosciuta la rilevanza penale, quale reato consumato, della coltivazione di piantine ancora lontane dalla maturazione delle loro foglie, non si vede perché il possesso o l'offerta in vendita dei semi non dovrebbe dar luogo per lo meno al tentativo di questo reato, visto che sembra assai difficile riuscire a negare che il possesso di semi di sostanze stupefacenti non costituisca una condotta idonea e diretta in modo non equivoco a produrre sostanza stupefacente.

A favore dell'orientamento secondo cui è sufficiente per la consumazione del reato l'essere sorpresi con delle piantine ancora lontane dalla piena maturazione, sembrerebbe militare la circostanza che la pianta che produce sostanze stupefacenti, essendo un organismo vivente in continua evoluzione, contiene una quantità di principio attivo molto diversa a seconda del

il dato ponderale può assumere rilevanza, al fine di fornire indicazioni sull'offensività in concreto della condotta, soltanto quando la sostanza ricavabile risulti priva della concreta attitudine ad esercitare, anche in misura minima, l'effetto psicotropo.

[121] Cass. civ., sez. I, 8 agosto 2016 n. 16614.

[122] Cass., sez. VI, 19 giugno 2013, n. 41607, Lorusso, in *C.E.D. Cass.*, n. 256802; analogamente anche Cass., sez. un., 18 ottobre 2012, n. 47604, Bargelli, in *Cass. pen*., 2013, 2623, con nota di V. MAGNINI, *Sulla messa in vendita di semi di cannabis*.

momento in cui la si prenda in considerazione e quindi la stessa pianta potrebbe essere ritenuta pressoché innocua in un momento ma molto pericolosa anche poche settimane dopo[123]. Questo ragionamento tuttavia non sembra convincente perché fissa comunque una presunzione di pericolosità eccessivamente anticipata (si sanziona penalmente un "pericolo del pericolo") e dimentica che "il coltivatore" viene pur sempre in ogni caso sanzionato in sede amministrativa.

Sembra dunque maggiormente convincente un diverso indirizzo – minoritario - il quale, affermando l'esigenza che la verifica dell'offensività in concreto avvenga al momento dell'accertamento della condotta, pone l'accento sulla necessità che, ai fini della punibilità, sussista comunque un'effettiva ed attuale capacità drogante del prodotto della coltivazione rilevabile nell'immediatezza, contestando la proiezione nel futuro della verifica di offensività sulla base di un giudizio prognostico di idoneità della coltivazione a giungere a maturazione, secondo il tipo botanico[124]. Tale orientamento sottolinea il pericolo di un'applicazione eccessivamente anticipata della tutela penale, che operi di fatto una totale svalutazione dell'elemento costituito dalla necessaria offensività in concreto della condotta, cioè dalla capacità della stessa di ledere effettivamente i beni giuridici tutelati dalla norma incriminatrice; si individua il punto di compatibilità tra i reati a pericolo presunto, come quello di coltivazione, ed il principio di

[123] Cfr. A. FANELLI, nota a Cass., sez. VI, 21 ottobre 2015, dep. 2016, n. 2618, Marongiu, in *Foro it*., 2016, II, 325, secondo cui ritenendo sussistente il reato solo ove le piante già contengano un apprezzabile quantitativo di principio attivo), si farebbe dipendere la punibilità di questa condotta dal momento, del tutto casuale, in cui viene effettuata la perquisizione da parte delle forze dell'ordine: quelle stesse piantine che al momento del controllo contenevano un quantitativo minimo di principio attivo, dopo qualche mese ne avrebbero posseduto un quantitativo assai maggiore, con idoneità a produrre numerose dosi di stupefacente: non si tratta di una conseguenza futura ed eventuale, ma ragionevolmente certa ove sia accertata la conformità delle piante al tipo botanico previsto dalla legge e la loro idoneità, anche in base alle concrete modalità di coltivazione, a raggiungere la maturazione. In altre parole, ciò che conta è che le piante siano capaci di produrre il principio attivo (cosa che non ricorre sempre, come per es. per le piante c.d. «maschio») e che le modalità di coltivazione siano idonee a far giungere le piante a maturazione. Una volta accertati tali elementi, il ciclo biologico della coltivazione della sostanza vietata è attivato: il fatto che, a voler così ritenere, si giungerebbe ad anticipare eccessivamente la soglia di punibilità (come paventato dalla sentenza in esame) costituisce secondo l'Autore citato un'evenienza già espressamente presa in considerazione dalle sezioni unite che, nella citata sentenza del 2008, Di Salvia, hanno affermato che «la condotta di coltivazione (punibile fino dal momento di messa a dimora dei semi) si caratterizza, rispetto agli altri delitti in materia di stupefacenti, quale fattispecie contraddistinta da una notevole "anticipazione" della tutela penale e dalla valutazione di un "*pericolo del pericolo*", cioè del pericolo, derivante dal possibile esito positivo della condotta, della messa in pericolo degli interessi tutelati dalla normativa in materia di stupefacenti».

[124] Cass., sez. VI, 21 ottobre 2015, dep. 2016, n. 2618, Marongiu, cit.; Cass., sez. VI, 17 febbraio 2016, n. 8058, Pasta, in *C.E.D. Cass.*, n. 266168; Cass., sez. 6, 10 dicembre 2012 dep. 2013, n. 12612, Floriano, in *C.E.D. Cass.*, n. 254891.

offensività, proprio nella verifica concreta del giudice sulla effettiva messa in pericolo dei beni oggetto di tutela, sottraendoli dall'alveo di reati di "mera disobbedienza".

Accanto all'appena descritta presunzione relativa alla "potenziale idoneità" di una coltivazione a produrre "in futuro" marijuana ve ne è un'altra, riguardante più in generale l'intera materia, consistente nella presunzione del fine di spaccio quando la detenzione della quantità drogante superi un certo quantitativo, spesso risibile. Tale presunzione, anch'essa in smaccato contrasto con il principio di offensività, è particolarmente insidiosa perché, osservando la realtà e quindi secondo l'*id quod plrumque accidit*, non è affatto scontato che la detenzione di una quantità anche notevolmente superiore alla dose media giornaliera, in assenza di altre circostanze indizianti (quali intercettazioni telefoniche equivoche, il classico "bilancino" e la carta stagnola o in ipotesi la dimostrazione dell'impossibilità di conservazione della sostanza perché se non consumata entro breve tempo perderebbe l'effetto drogante e quindi valore: si pensi invece che ad esempio la marijuana si conserva agevolmente ben oltre un anno in semplice vasetti di vetro chiusi in un cassetto fresco), provi la volontà di trasferire ad altri tale sostanza, quando è chiaro che un consumatore di sostanze stupefacenti, per evidenti ragioni di comodità e riservatezza, nella stragrande maggioranza delle ipotesi non si reca tutti i giorni da un fornitore di tale sostanza per comprarla. Si pensi altresì che il prezzo non elevatissimo di tale sostanza (intorno a 10 euro a dose, ma i prezzi variano molto a seconda della qualità della sostanza, dei luoghi in cui è venduta e della percentuale di principio attivo contenuto) incoraggia ancor di più il consumatore ad acquistare un quantitativo rilevante di tanto in tanto per poi consumarlo al bisogno senza necessità di dover andare ogni giorno a procurarselo. Non da ultimo occorre considerare che spesso, anche nella pratica giudiziaria, si prende in considerazione il peso della sostanza sequestrata e non quello, assai inferiore, di principio attivo da essa ricavabile, che invece dovrebbe essere l'unico valido parametro di riferimento.

La circostanza più inquietante è che non di rado le due illustrate presunzioni in qualche modo sembrano sommarsi, nel senso che la "potenziale idoneità" della coltivazione a produrre

"in futuro" sostanze stupefacenti consente di pervenire alla conclusione circa la sussistenza di una coltivazione non inoffensiva anche per quantitativi estremamente contenuti di principio attivo[125].

4. L'assenza di offensività quale circostanza che esclude il reato e la causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto: possibilità di individuare diversi livelli di lieve offensività della condotta? – Si è detto che la giurisprudenza di legittimità afferma la sussistenza del principio di offensività in concreto e in particolare il potere-dovere di verifica da parte del giudice circa l'effettiva corrispondenza della fattispecie sottoposta al suo esame con la condotta astratta di reato, nella prospettiva dell'art. 49, comma 2, c.p. (la punibilità è esclusa quando, per l'inidoneità dell'azione o per l'inesistenza dell'oggetto di essa, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso).

Alcune pronunce incentrano la motivazione di inoffensività sulla esiguità del principio attivo e sulla modalità palesemente minima di coltivazione: in un caso[126] ha ripreso il concetto di coltivazione "domestica", che pure era stato superato dalle Sezioni Unite nelle sentenze gemelle delle sezioni unite del 2008 (quale circostanza determinante per escludere la punibilità della condotta), per affermare la non punibilità del fatto con riferimento ad una piantina di canapa indiana contenente principio attivo pari a mg. 16, posta in un piccolo vaso sul terrazzo di casa, in quanto condotta inoffensiva *ex* art. 49 c.p., confondendosi così il concetto di inoffensività con quello di reato impossibile. Successivamente[127], il Supremo Collegio ha ritenuto l'inoffensività in concreto della condotta in un'ipotesi in cui essa era di tale minima entità da rendere sostanzialmente irrilevante l'aumento di disponibilità di droga e non prospettabile alcun pericolo di ulteriore diffusione di essa.

Quest'ultima pronuncia distingue tra inoffensività *tout court* di una condotta di coltivazione di piante stupefacenti e irrilevanza penale del fatto per "tenuità" ai sensi dell'art. 131-bis c.p.,

[125] Cfr. Cass., sez. VI, 10 febbraio 2016, n. 10169, Tamburini, cit., che ha ritenuto sussistere il reato di coltivazione in un'ipotesi di coltivazione "domestica" di nove piantine di marijuana, in parte già produttive di sostanza (per 60 mg individuati, corrispondenti a poco più di due dosi medie singole), con riferimento alle quali ha posto in luce la differenza dall'ipotesi esaminata rispetto a Cass., sez. VI, 8 aprile 2014, n. 33835, Piredda, in *C.E.D. Cass.*, n. 260170, in cui la condotta era stata considerata inoffensiva perché riferita a sole due piantine di marijuana contenenti 18 mg di principio attivo, inferiore alla dose media singola individuata nella misura di 25 mg.

[126] Cass. sez. IV, 17 febbraio 2011, n. 25674, Marino, in *C.E.D. Cass.*, n. 250721.

[127] Cass. sez. VI, 10 novembre 2015, n. 5254, dep. 2016, Pezzato, in *C.E.D. Cass.*, n. 265642.

affermando che l'art. 131 bis c.p. ed il principio di inoffensività in concreto operano su piani distinti, presupponendo, il primo, un reato perfezionato in tutti i suoi elementi, compresa l'offensività, benché di consistenza talmente minima da ritenersi "irrilevante" ai fini della punibilità, ed attenendo invece il secondo al caso in cui l'offesa manchi del tutto, escludendo la tipicità normativa e la stessa sussistenza del reato. In un'altra pronuncia[128] la Cassazione ha analogamente affermato che l'art. 131-bis c.p. riguarda soltanto quei comportamenti non abituali i quali, sebbene non inoffensivi, risultino di così modesto rilievo da non ritenersi meritevoli di ulteriore considerazione in sede penale. Nello stesso senso, anche se con riferimento al reato di guida in stato d'ebbrezza, si sono pronunciate altresì le sezioni unite[129], le quali, nel richiamare la costituzionalizzazione del principio di offensività, hanno evidenziato l'obbligo per l'interprete delle norme penali di adattarle alla Costituzione in via ermeneutica, rendendole applicabili solo ai fatti offensivi in misura apprezzabile. In tale operazione ritengono le sezioni unite che i beni giuridici e la loro offesa costituiscano la chiave per una interpretazione teleologica dei fatti che renda visibile la specifica offesa già contenuta nel tipo legale del fatto. Sul piano ermeneutico e teorico viene così superato lo stacco tra tipicità ed offensività: i singoli tipi di reato vanno ricostruiti in conformità al principio di offensività, sicchè tra i molteplici significati eventualmente compatibili con la lettera della legge si dovrà operare una scelta con l'aiuto del criterio del bene giuridico, considerando fuori del tipo di fatto incriminato i comportamenti non offensivi dell'interesse protetto; è proprio il parametro valutativo di offensività che consente di individuare gli elementi fattuali dotati di tipicità e di dare contenuto tangibile alle espressioni vaghe che spesso compaiono nelle formule legali. Le sezioni unite sottolineano altresì che in questo modo si risponde alle preoccupazioni espresse da chi teme che la nuova figura della causa di non punibilità di cui all'art. 131-bis c.p., consentendo di devitalizzare vicende marginali, finisca con il depotenziare il principio di offensività quale chiave per la congrua restrizione dell'area del penalmente rilevante: il nuovo istituto è infatti esplicitamente e indiscutibilmente definito e disciplinato come causa di non punibilità e costituisce dunque figura di diritto penale sostanziale; esso persegue finalità connesse ai principi di proporzione ed *extrema ratio*; con effetti anche in

[128] Cass., sez. III, 8 aprile 2015, n. 15449, Mazzarotto, in *C.E.D. Cass.*, n. 263308.

[129] Cass., sez. un., 25 febbraio 2016, n. 13681, Tushaj, in *Giur. it.*, 2016, 1731, con nota di R. BARTOLI, *La particolare tenuità del fatto è compatibile con i reati di pericolo presunto*, e, nello stesso senso, Cass. sez. 6, 10 novembre 2015, n. 5254, dep. 2016, Pezzato, cit.

tema di deflazione. Lo scopo primario del 131-bis c.p. è quello di espungere dal circuito penale fatti marginali, che non mostrano bisogno di pena e, dunque, neppure la necessità di impegnare i complessi meccanismi del processo. Il giudizio sulla tenuità del fatto richiede infatti una valutazione complessa che ha ad oggetto le modalità della condotta e l'esiguità del danno o del pericolo valutate ai sensi dell'art. 133 c.p., per cui non esiste un'offesa tenue o grave in astratto, ma è la concreta manifestazione del reato che ne segna il disvalore, tanto che, secondo le sezioni unite del 2016 da ultimo citata, qualunque reato, anche l'omicidio, può essere tenue (ma si ricordi che l'art. 131-bis c.p. è applicabile solo per quei reati la cui pena edittale non supera nel massimo i cinque anni di reclusione), come quando la condotta illecita conduce ad abbreviare la vita solo di poco. Concludono quindi le sezioni unite affermando che la causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto è configurabile quindi anche in relazione al reato di guida in stato di ebbrezza, non essendo, in astratto, incompatibile, con il giudizio di particolare tenuità, la presenza di soglie di punibilità all'interno della fattispecie tipica, rapportate ai valori di tassi alcolemici accertati, anche nel caso in cui, al di sotto della soglia di rilevanza penale, vi è una fattispecie che integra un illecito amministrativo[130].

Si ritiene che, anche se il ragionamento delle sezioni unite è senz'altro in astratto più che condivisibile, la contemporanea sussistenza del principio di offensività e della causa di non

[130] Per un commento ad alcune delle sentenze della Cassazione sull'art. 131-bis c.p. cfr. S. FARINA, *Analisi dell'istituto della particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.) e recenti approdi giurisprudenziali: la suprema Corte su reati urbanistici, reati con soglia di punibilità e rifiuto di sottoposizione all'alcooltest*, in *Dir. giur*., 2016, 77. Un importante aiuto alla soluzione del problema è oggi offerto dal nuovo comma 1-bis dell'art. 75 del d.P.R. n. 309 del 1990 (inserito dall'art. 1, comma 24-quater, lett. b), D.L. 20 marzo 2014, n. 36, convertito, con modificazioni, dalla L. 16 maggio 2014, n. 79), a detta del quale *ai fini dell'accertamento della destinazione ad uso esclusivamente personale della sostanza stupefacente o psicotropa o del medicinale di cui al comma 1, si tiene conto delle seguenti circostanze: a) che la quantità di sostanza stupefacente o psicotropa non sia superiore ai limiti massimi indicati con decreto del Ministro della salute, di concerto con il Ministro della giustizia…, nonché della modalità di presentazione delle sostanze stupefacenti o psicotrope, avuto riguardo al peso lordo complessivo o al confezionamento frazionato ovvero ad altre circostanze dell'azione, da cui risulti che le sostanze sono destinate ad un uso esclusivamente personale; b) che i medicinali contenenti sostanze stupefacenti o psicotrope elencate nella tabella dei medicinali, sezioni A, B, C e D, non eccedano il quantitativo prescritto.* Cfr. Cass. sez. III, 28 settembre 2016, n. 47978, Hrim, in *C.E.D. Cass.*, n. 268699, secondo cui per effetto della espressa reintroduzione della nozione di quantità massima detenibile, ai sensi dell'art. 75, comma 1-bis, d.P.R. n. 309 del 1990, al fine di verificare la sussistenza della circostanza aggravante della ingente quantità, di cui all'art. 80, comma secondo, d.P.R. n. 309 del 1990, mantengono validità i criteri basati sul rapporto tra quantità di principio attivo e valore massimo tabellarmente detenibile; Cass. sez. IV, 12 ottobre 2016, n. 49619, Palumbo, in *C.E.D. Cass.*, n. 268624, conforme alla precedente e che specifica che mantengono validità i criteri basati sul rapporto tra quantità di principio attivo e valore massimo tabellarmente detenibile, da ritenersi "flessibili", soprattutto nel caso di superamento del valore soglia: fattispecie in cui la Corte ha ritenuto configurabile l'aggravante relativamente al trasporto e detenzione di un quantitativo di 30 chilogrammi di marijuana, corrispondente a circa 76.949 dosi medie giornaliere.

punibilità di cui all'art. 131-bis c.p. non potranno non ingenerare confusione e creare in concreto gravi problemi di compatibilità con i principi di legalità e di certezza del diritto.

Peraltro – se le sezioni unite sembrano preoccuparsi soprattutto della compatibilità dei due istituti in relazione a reati in cui sono presenti delle soglie di punibilità - problemi sembrano poter sorgere soprattutto proprio per fattispecie tipiche prive di esse. Le soglie di punibilità infatti hanno il "vantaggio" di attribuire certezza circa la distinzione tra condotte offensive e inoffensive: ad esempio nel caso esaminato dalle sezioni unite o in quello di omesso versamento di IVA[131] l'interprete sa già che il confine tra offensività e inoffensività è stato già tracciato dal legislatore e dovrà collocare la causa di non punibiità di cui all'art. 131-bis c.p. poco sopra tale soglia, tenendo conto, in quest'ultima valutazione, che tale istituto tiene conto non solo dell'offesa al bene giuridico protetto ma anche delle modalità della condotta e del grado di colpevolezza del reo.

Nel caso dei reati privi di soglia di punibilità (si pensi ad esempio al furto o alla coltivazione in casa di sostanze stupefacenti), l'interprete dovrà invece fissare due diverse asticelle: una tendenzialmente "fissa" e riguardante un'offesa al bene giuridico di entità così minima da non recare in concreto alcun danno e l'altra "mobile" (perché dovrà tener conto come detto anche delle modalità della condotta e del grado di colpevolezza) collocata subito al di sopra di quella dell'offensività e tale da comprendere tutte quelle condotte che, se pur offensive, sono però caratterizzate da una particolare tenuità del fatto, operazione che, già dalla semplice valutazione del significato delle parole usate, si mostra assai complessa e inevitabilmente opinabile. Prendiamo ad esempio il furto: potremmo forse dire che la sottrazione di un chicco d'uva è inoffensiva mentre quella di una mela è offensiva ma di particolare tenuità? E nel caso della coltivazione in casa di sostanze stupefacenti per uso personale? La coltivazione di una dose giornaliera probabilmente potrà ritenersi inoffensiva mentre quella di due offensiva ma di particolare tenuità? L'impressione è che, vista la difficoltà di discernere la differenza tra i due istituti, la giurisprudenza finirà, a seconda del reato, per utilizzare l'uno o l'altro soltanto per evitare di cadere in contraddizioni troppo esplicite. La verità è che si è creata una doppia soglia di

[131] Cfr. Cass., sez. III, 20 novembre 2015, n. 13218, dep. 2016, Reggiani Viani, in *C.E.D. Cass.*, n. 266570, in cui si è affermato che l'art. 131-bis è applicabile soltanto alla omissione per un ammontare vicinissimo alla soglia di punibilità, fissata a 250.000 euro dall'art. 10-ter del d.lgs. n. 74 del 2000, in considerazione del fatto che il grado di offensività che dà luogo a reato è già stato valutato dal legislatore nella determinazione della soglia di rilevanza penale: la Corte ha così ritenuto non particolarmente tenue, sul piano oggettivo, l'omesso versamento di 270.703 euro.

valutazione della tenuità del fatto tipico in cui, con la sola eccezione dei rari reati in cui è presente una soglia di punibilità, l'interprete è tenuto discrezionalmente ad individuare un'offesa inesistente (o "piccolissima"?) ed un'altra "piccolissima" (o "piccola"?), con buona pace del principio della certezza del diritto il cui rilevo costituzionale quale principio fondamentale, diretta emanazione del principio di uguaglianza, non è mai stato posto in dubbio dalla Corte costituzionale (cfr ad esempio Corte cost. n. 219 del 2013).

Senza considerare ulteriori complicazioni derivanti dalla presenza di ulteriori leggi che già riconoscevano rilevanza alla tenuità del fatto: attualmente vi è infatti un contrasto in Cassazione circa l'applicabilità dell'art. 131-bis c.p. ai procedimenti davanti al giudice di pace, in quanto mentre per un orientamento[132] l'art. 131-bis c.p. è applicabile anche nei procedimenti relativi a reati di competenza del giudice di pace, atteso che, si tratta di una disciplina diversa e più favorevole a quella di improcedibilità prevista dall'art. 34 d. lgs. n. 274 del 2000[133], per un altro[134] deve invece applicarsi quest'ultima norma, da considerarsi norma speciale (e quindi prevalente) rispetto all'art. 131-bis c.p.

In altri casi la tenuità del fatto è rappresentata da una circostanza attenuante: secondo una pronuncia della Cassazione[135] il mancato riconoscimento della circostanza attenuante della lieve entità relativa al porto di oggetti atti ad offendere (nella specie un'ascia ed alcuni bastoni in legno e ferro) di cui all'art. 4, comma 3, l. n. 110 del 1975, impedisce la declaratoria di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto; un ragionamento del tutto analogo può svolgersi, nei delitti contro il patrimonio, a proposito dell'attenuante di cui all'art. 62, n. 4, c.p., (danno patrimoniale di speciale tenuità). In questi casi, a meno di non voler pervenire ad una *interpretatio abrogans* o del principio di offensività o dell'art. 131-bis c.p., occorre fissare addirittura tre diversi livelli di tenuità: il primo che esclude il reato (furto di un chicco d'uva?), il secondo rappresentato

[132] Cass., sez. IV, 19 aprile 2016, n. 40699, Colangelo, in *C.E.D. Cass.*, n. 267709.

[133] Il fatto è di particolare tenuità quando, rispetto all'interesse tutelato, l'esiguità del danno o del pericolo che ne è derivato, nonché la sua occasionalità e il grado della colpevolezza non giustificano l'esercizio dell'azione penale, tenuto conto altresì del pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento può recare alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta ad indagini o dell'imputato

[134] Cass., sez. 5, 14 luglio 2016, n. 45996, P., in *C.E.D. Cass.*, n. 268144.

[135] Cass., sez. I, 21 maggio 2015, n. 31415, Singh, in *C.E.D. Cass.*, n. 263925.

da una causa di non punibilità (furto di una mela?) e il terzo da una semplice circostanza attenuante (furto di due mele?)[136].

Il problema del "triplice livello" della tenuità dell'offesa emerge anche per il reato di coltivazione di sostanze stupefacenti: in una sentenza la Cassazione afferma che il fatto di lieve entità previsto dall'art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309 del 1990, si ha in presenza di indici concreti che denotino la "minima offensività della condotta", in relazione alla qualità, quantità, mezzi, modalità e circostanze dell'azione[137].

In effetti, secondo Corte cost. n. 109 del 2016, spetta al giudice comune il compito di adeguare la figura criminosa della coltivazione in casa di sostanze stupefacenti al canone dell'offensività "in concreto", nel momento interpretativo ed applicativo: compete cioé al giudice verificare se la singola condotta di coltivazione non autorizzata, contestata all'agente, risulti assolutamente inidonea a porre a repentaglio il bene giuridico protetto e, dunque, in concreto inoffensiva, escludendone in tal caso la punibilità, risultato, questo, conseguibile sia facendo leva sulla figura del reato impossibile (art. 49, comma 2, c.p.) sia tramite il riconoscimento del difetto di tipicità del comportamento oggetto di giudizio. Secondo la Cassazione, ai fini della configurabilità del reato impossibile, l'inidoneità dell'azione va valutata in rapporto alla condotta dell'agente, la quale, per inefficienza strutturale o strumentale del mezzo usato ed indipendentemente da cause estranee o estrinseche, deve essere priva in modo assoluto di determinazione causale nella produzione dell'evento. L'accertamento di tale requisito, che non può prescindere dalla considerazione del caso concreto e dal riferimento alla fattispecie legale, deve, perciò, avere riguardo all'inizio dell'azione la cui inidoneità deve essere assoluta, nel senso che rispetto ad essa il verificarsi dell'evento si profili come impossibile e non soltanto come improbabile[138].

---

[136] cfr. Cass., sez. III, 14 ottobre 2015, dep. 2016, n. 17184, Coppo, in *C.E.D. Cass.*, n. 266754, secondo cui l'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-bis c.p. non può essere dichiarata dal giudice dell'impugnazione in presenza di una sentenza di condanna che si sia limitata ad operare una valutazione di lieve entità del reato, nemmeno se valorizzata dal giudice per quantificare la pena in modo da avvicinarla più ai valori minimi che a quelli massimi; in motivazione la Corte ha precisato che la natura esigua del danno o del pericolo concorre, ai sensi dell'art. 131-bis c.p., a rendere non punibile un fatto, sicché non può essere confusa con le ipotesi di "speciale" o "particolare" o "lieve" entità del fatto che attenuano il reato, senza escluderne l'offensività.

[137] Cfr. Cass. sez. III, 15 gennaio 2016, n. 31415, Ganzer, in *C.E.D. Cass.*, n. 267514.

[138] In questo senso Cass. sez. III, 8 aprile 2015, n. 15449, Mazzarotto e Cass., sez. un. 30 aprile 1983, n. 6218, Bandinelli, in *C.E.D. Cass.*, n. 159724.

Se il principio di offensività deve essere modellato, secondo l'insegnamento della Consulta, sull'istituto del reato impossibile (in cui secondo la Cassazione l'inidoneità dell'azione deve essere "assoluta") o su quello della tipicità legale (e quindi l'azione non corrisponde a quella descritta dalla fattispecie astratta di reato), non si vede però quale sarebbe il *quid pluris* di novità nell'escludere la sussistenza del reato - rispetto a reato impossibile e tipicità legale - offerto dal riferimento al principio di offensività (dovrebbe invece predicarsi in maniera più chiara e netta la necessità che per esservi un reato, oltre al fato tipico descritto dalla norma, il bene giuridico venga offeso in maniera non del tutto insignificante). In altre parole il rischio è quello, anche per "far spazio" all'art. 131-bis c.p., di "dimenticare" il principio di offensività, il quale o si appiattisce su difetto di tipicità legale e reato impossibile o viene inevitabilmente compresso, andando a rappresentare un "livello intermedio", individuabile solo in teoria, tra reato impossibile e difetto di tipicità legale da un lato e art. 131-bis c.p. dall'altro: in entrambi i casi trovando ben poco spazio di applicazione. Nell'ipotesi ricostruttiva del "livello intermedio", si verrebbero a determinare addirittura quattro livelli di offensività/tenuità del fatto: il difetto di tipicità legale/reato impossibile (la cassetta di frutta dove l'ipotetico ladro allunga la mano non contiene neppure un chicco d'uva), il difetto di offensività (si ruba un chicco d'uva), la particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p. (si ruba una mela) e la circostanza attenuante del fatto di lieve entità (si rubano due mele).

5. Persistenza del reato e perdurante disvalore (sociale?) nei confronti del consumatore di marijuana (tossicodipendente?). - Sembra che a favore della perdurante vigenza del reato di coltivazione di sostanze stupefacenti ad uso personale e dell'estrema severità con il quale è individuato dalla giurisprudenza, militi ancora un forte e malcelato disvalore per il "drogato" o "tossicodipendente". In effetti la Corte costituzionale, nella sentenza n. 109 del 2016 (quindi non in una sentenza degli anni sessanta, anni in cui ad esempio la Corte costituzionale ha dichiarato infondata la perdurante vigenza del reato di adulterio - di cui all'epoca vigente art. 559 c.p. - solo se commesso dalla donna: cfr. Corte cost. n. 64 del 1961) così si esprime: "si deve scorgere, di norma, nella figura del tossicodipendente o del tossicofilo una manifestazione di disadattamento sociale, cui far fronte, se del caso, con interventi di tipo terapeutico e riabilitativo"… "la perdurante presenza di un apparato sanzionatorio amministrativo, composto da un ventaglio di

misure non pecuniarie di significativo spessore" (sospensione della patente, del passaporto e del porto d'armi: cfr. art. 75 del d.P.R. n. 309 del 1990), "attesta come anche all'attività di assunzione di sostanze stupefacenti vengano annessi connotati di disvalore: ciò, pur tenendo conto della possibilità, offerta all'autore dell'illecito, di evitare l'applicazione delle sanzioni sottoponendosi, con esito positivo, ad un programma terapeutico e socio-riabilitativo"…. "tra le condotte depenalizzate non risulta inclusa – né mai lo è stata – la coltivazione non autorizzata di piante dalle quali possono estrarsi sostanze stupefacenti (quale la cannabis)"…. "…. pulsioni criminogene indotte dalla tossicodipendenza…." …il legislatore, nell'ottica di prevenire i deleteri effetti connessi alla diffusione dell'abitudine al consumo delle droghe….".

Il rischio è di criminalizzare i tossicodipendenti i quali, proprio per la loro intrinseca debolezza caratteriale, corrono più rischi di altri nel transitare per il circuito carcerario. La legge attualmente in vigore, nella sua interpretazione offerta dai due Supremi organi giudiziari italiani, oltre a non tenere conto di queste (ormai banali) osservazioni, si muove oltretutto in aperto conflitto rispetto agli esiti referendari del 1993. La legge appare in effetti espressione di una concezione non del tutto liberale del diritto penale, utilizzato impropriamente quale strumento di regolamentazione e proibizione di comportamenti ritenuti socialmente pericolosi.

A conferma di questa impressione di disfavore per i "drogati" (anche se consumatori della sola sostanze stupefacenti e anche se non dipendenti dal consumo di tale sostanza) vi è che nel 2006, con un emendamento inserito nel corso dei lavori per la conversione in legge del d.l. n. 272 del 2005 (peraltro riguardante tutt'altra disciplina, ossia le Olimpiadi invernali di Torino), convertito in l. n. 49 del 2006, si sono introdotte delle significative modifiche al d.P.R. n. 309 del 1990 non certo in linea con l'esito del referendum del 1993. In particolare, le novità apportate dal decreto-legge consistono nell'assimilazione, ai fini sanzionatori, delle «droghe leggere» a quelle «pesanti»: tutte le sostanze stupefacenti o psicotrope (dall'oppio, alla cocaina, alla cannabis alle anfetamine) sono cioè ricomprese in un'unica tabella, mentre in un'altra tabella si trovano i medicinali regolarmente registrati in Italia contenenti sostanze stupefacenti o psicotrope, di cui la legge vieta (sebbene con pene minori rispetto a quelle previste per le sostanze "vietate") l'abuso o comunque il consumo, la produzione, l'acquisto, la cessione, ecc., senza autorizzazione o prescrizione medica. Per effetto di tali modifiche le sanzioni per i reati concernenti le cosiddette "droghe leggere" e, in particolare, i derivati dalla cannabis, precedentemente stabilite

nell'intervallo edittale della pena della reclusione da due a sei anni, sono state elevate, prevedendosi la pena della reclusione da sei a venti anni. La sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di tale disciplina, non però sotto il profilo della violazione del principio di uguaglianza per avere il legislatore assimilato il trattamento delle droghe leggere a quelle pesanti, ma, ex art. 77 Cost., per un vizio procedurale nella formazione della legge (disomogeneità delle disposizioni impugnate rispetto al decreto-legge da convertire); la Consulta non accenna infatti ad affermare anche la palese irragionevolezza di questa assimilazione (in ossequio al principio secondo cui occorre trattare in maniera adeguatamente diseguale situazioni diseguali) ma si limita ad osservare che una tale penetrante e incisiva riforma, coinvolgente delicate scelte di natura politica, giuridica e scientifica, avrebbe richiesto un adeguato dibattito parlamentare, possibile ove si fossero seguite le ordinarie procedure di formazione della legge.

Sembra dunque che Legislatore e Corte costituzionale si siano per certi versi sostituiti alla volontà popolare, giudicando socialmente disdicevole la condotta consistente nell'assumere sostanze stupefacenti, eludendo quello sforzo ermeneutico richiesto all'interprete consistente nel dovere di calarsi nella coscienza sociale e di farsene portavoce imparziale. L'idea di pericolosità presunta, che la rivoluzione illuminista avrebbe dovuto travolgere e lasciare alle spalle, sembra continuare invece a tenere il campo e a produrre effetti inquietanti: il coltivatore casalingo di sostanze stupefacenti per uso personale sembra accusato di "pulsioni criminogene" senza alcun accertamento in concreto dell'effettività di tale assunto, in contrasto con l'avvenuta abrogazione, ad opera dell'art. 31 della l. n. 663 del 1986, dell'art. 204 c.p. sulla pericolosità sociale presunta, sostituita dal principio secondo cui le misure di sicurezza personali sono ordinate previo accertamento che chi ha commesso il fatto è persona socialmente pericolosa.

6. Libertà di autoderminazione del consumatore di marijuana e perplessità circa l'effettiva lesione – reale o potenziale - dei beni giuridici protetti. – Afferma Corte cost. n. 139 del 2014, che l'offensività di una condotta va valutata «avuto riguardo alla *ratio* della norma incriminatrice».

Secondo Corte cost. n. 109 del 2016, *ratio* dell'incriminazione delle condotte previste dall'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 è non solo «quello di combattere il mercato della droga,

espellendolo dal circuito nazionale poiché, proprio attraverso la cessione al consumatore viene realizzata la circolazione della droga e viene alimentato il mercato di essa che mette in pericolo la salute pubblica, la sicurezza e l'ordine pubblico»[139] ma anche quello di salvaguardare la salute dei singoli, onde impedire le «…. pulsioni criminogene indotte dalla tossicodipendenza….e «prevenire i deleteri effetti connessi alla diffusione dell'abitudine al consumo delle droghe….».

Per stabilire se una determinata condotta sia effettivamente offensiva e quindi integri il reato di cui all'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990, il problema è dunque quello di stabilire se una coltivazione in casa per uso personale di sostanze stupefacenti leda o metta in pericolo effettivamente qualcuno di questi beni giuridici: salute pubblica e dei singoli, sicurezza e ordine pubblico.

Se la coltivazione della sostanze stupefacenti è per uso personale, e quindi non vi è destinazione al mercato della sostanza stupefacente, viene da sé che la salute pubblica e l'ordine e la sicurezza pubblica non corrono nessun pericolo, a meno di non presumere che al consumo, anche saltuario, di sostanze stupefacenti corrispondano delle pulsioni criminogene, presunzione che, oltre a non avere alcuna base scientifica, è stata comunque confutata nel paragrafo precedente perché determinerebbe la creazione di una figura di pericolosità presunta estranea al nostro ordinamento.

Rimarrebbe dunque il bene giuridico rappresentato dalla salute dei singoli: secondo la Consulta, la fattispecie criminosa considerata poggerebbe su una presunzione di pericolo non irragionevole, inerendo a condotta «idonea ad attentare al bene della salute dei singoli per il solo fatto di arricchire la provvista esistente di materia prima e quindi di creare potenzialmente più occasioni di spaccio di droga»: afferma in particolare la sentenza n. 109 del 2016 che la coltivazione è «comportamento idoneo ad accrescere il quantitativo di stupefacenti presenti sul territorio nazionale». Tali affermazioni fanno riferimento alla coltivazione di sostanze stupefacenti che abbia per finalità la destinazione della stessa al mercato: se però ci concentriamo su quello che a noi interessa, e cioè la coltivazione per uso personale, scopriamo che la Consulta afferma che la salute individuale dell'autore del fatto non «resta estranea agli obiettivi di protezione penale». Anche a voler ammettere che il consumo saltuario di sostanze stupefacenti autoprodotta rechi dei

[139] Come affermato dalle sezioni unite con Cass., sez. un., 24 giugno 1998, n. 9973, Kremi, cit., ampiamente ripresa dalla giurisprudenza di legittimità successiva

significativi danni alla propria salute (idea peraltro priva di basi scientifiche) tale affermazione si pone in deciso contrasto con un indirizzo generale dell'ordinamento diretto a non annettere rilevanza penale ai comportamenti «autolesivi», compreso quello estremo (il tentato suicidio: cfr. Cass. civ., S.U. n. 25767 del 2015, secondo la quale non è punibile il tentato suicidio, anche se, ex art. 580 c.p., costituisce reato l'istigazione o l'aiuto al suicidio). Del resto, se così non fosse, lo Stato dovrebbe allora farsi carico del compito di tutelare la salute del singolo in ogni momento, impedendogli ad esempio di vivere nelle inquinatissime città italiane.

Sembra più in generale che tale orientamento della Corte costituzionale contrasti con il diritto fondamentale della persona umana all'autodeterminazione, strettamente connesso al disposto dell'art. 2 Cost. e del comma 2 dell'art. 32 Cost., secondo cui nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. Ogni persona ha infatti diritto al rispetto di sé e del più intimo ed inviolabile nucleo della propria personalità, derivante dalle convinzioni politiche, etiche, religiose, culturali e filosofiche maturate, dalle esperienze emozionali vissute e dalle conseguenti scelte e determinazioni esistenziali. Nel nostro ordinamento infatti, oltre, come detto, a non costituire reato il tentato suicidio (che certo è un attentato alla salute individuale mille volte più grave rispetto all'assunzione di sostanze stupefacenti), è altresì pienamente legittimo il rifiuto, da parte di ogni essere umano, di ricevere le cure necessarie per impedire la morte. Non integra infatti il reato di omicidio del consenziente il comportamento del medico che lascia morire di inedia un paziente affetto da una grave patologia invalidante, senza imporgli quella nutrizione ed idratazione da questi consapevolmente rifiutate; tale rifiuto è giuridicamente efficace, perché rientrante nell'art. 32, comma 2, cost., per il quale nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non nei casi previsti dalla legge. Pertanto, quando un paziente si oppone ad un determinato trattamento sanitario, la relativa omissione del medico non è tipica e non è penalmente rilevante: viene infatti meno l'obbligo giuridico ex art. 40, comma 2, c.p. di impedire l'evento-morte, e anzi scatta per il medico il precipuo dovere di rispettare la volontà del paziente.

Il diritto costituzionale di rifiutare le cure, riconosciuto in sede giurisdizionale di legittimità, è un diritto di libertà assoluto, efficace *erga omnes* e, quindi, nei confronti di chiunque intrattenga con l'ammalato, anche se in stato vegetativo e alimentato solo artificialmente, il rapporto di cura, sia nell'ambito di strutture sanitarie pubbliche che private. La manifestazione di tale consapevole

rifiuto rende doverosa la sospensione dei mezzi terapeutici, il cui impiego non dia alcuna speranza di uscita dallo stato vegetativo in cui versa la paziente e non corrisponda alla sua volontà; tale obbligo sussiste anche ove sia sospeso il trattamento di sostegno vitale, con conseguente morte del paziente, giacché tale ipotesi non costituisce, secondo il nostro ordinamento, una forma di eutanasia, bensì la scelta insindacabile del malato di assecondare il decorso naturale della malattia sino alla morte[140].

Sembra dunque che non possa ragionevolmente affermarsi che la salute individuale del singolo, nella prospettiva del diritto dell'individuo all'autodeterminazione per quanto riguarda le scelte che non incidono sulla sfera giuridica altrui, possa includersi fra i beni giuridici di rilevanza costituzionale meritevoli di protezione mediante una sanzione penale.

Diverso sarebbe naturalmente il ragionamento se dalla mancata cura del singolo dipendesse un pericolo per la salute pubblica: la Consulta ha più volte ragionevolmente affermato (sentenze nn. 307 del 1990, 132 del 1992, 118 del 1996 e 107 del 2012) che la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost. se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale». Ma così non è: chi fa uso di sostanze stupefacenti non pone in pericolo la salute degli altri come chi non si vaccina.

Sembra dunque che nessuno dei beni giuridici tutelati dall'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 sia leso o posto in pericolo dalla condotta di chi coltivi in casa sostanze stupefacenti per uso personale.

7. L'irrisarcibilità del danno non patrimoniale derivante da reato ma scarsamente offensivo e la ragionevole durata dei processi. – In tema di responsabilità contrattuale l'art. 1455 c.c. afferma che il contratto non si può sciogliere se l'inadempimento ha scarsa importanza:

[140] Cons. Stato, sez. III, n. 4460 del 2014, in *Foro amm*., 2014, 2229; cfr. anche Cass. civ., sez. III, 15 settembre 2008, n. 23676, in *C.E.D. Cass.*, n. 604907, secondo cui il paziente può anche eventualmente rifiutare la terapia e decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale; in senso analogo Cass. sez. IV, 17 gennaio 2014, n. 17801, Conti, non massimata.

ma in ogni caso, e sia in caso di responsabilità contrattuale che extracontrattuale, anche un'offesa minima fa sorgere in capo a chi l'ha subita il diritto al risarcimento del danno.

Una significativa eccezione a questi principi, dettata dalla giurisprudenza, si riscontra tuttavia in tema di danno non patrimoniale.

Secondo la Cassazione civile, il danno non patrimoniale conseguente ad un reato è l'unico risarcibile in tutte le sue componenti (anche, per ipotesi, in quella del danno esistenziale[141]. Il danno da reato appariva e appare pertanto come quello più grave e quindi come il più "meritevole" di un pieno ristoro, anche per la circostanza di essere il più "antico" (in quanto è riconosciuto fin dal 1942, epoca in cui l'unica ipotesi di riconoscimento legislativo o giurisprudenziale del diritto al risarcimento del danno non patrimoniale era l'art. 185 c.p.; le altre invece solo a seguito di leggi speciali successive, degli anni novanta o degli anni duemila) o in virtù dell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., avvenuta nel 2003[142], ed erano pertanto sorti dubbi circa la possibilità di negare in tal caso il risarcimento del danno non patrimoniale di lieve entità, pur in presenza di un *trend* giurisprudenziale diretto, attraverso la massima valorizzazione del principio di solidarietà, a escludere il risarcimento nell'ipotesi di danno non patrimoniale la cui risarcibilità discenda da una legge speciale o da una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c.

Rimaneva infatti non del tutto chiarito, in assenza di chiare affermazioni giurisprudenziali in un senso o nell'altro, se fosse risarcibile il danno non patrimoniale nell'ipotesi in cui da un lato fosse sì conseguenza di un reato ma dall'altro fosse di lieve entità, avesse cioè cagionato un pregiudizio alla vittima futile, non serio, futilità e non serietà da valutarsi secondo quanto ritenuto dalla coscienza sociale. La Cassazione civile a sezioni unite nel 2016[143] ha stabilito la non risarcibilità del danno non patrimoniale di lieve entità che sia conseguenza del reato di cui all'art. 684 c.p. (pubblicazione arbitraria di atti processuali coperti da segreto investigativo) sulla base di varie argomentazioni.

---

[141] In questo senso Cass. civ., sez.un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Giur. it*., 2009, 2196, con nota di A. ANGIULI, *La riduzione delle poste risarcitorie come effetto della configurazione del "nuovo" danno non patrimoniale*, pronuncia che pure - affermando che tale danno non deriva dalla lesione dei diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost. - ne ha ridimensionato notevolmente l'ambito di applicazione.

[142] Cass. civ., sez. III, 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, in *Danno resp*., 2003, 819, con nota di F.D. BUSNELLI, *La Corte di Cassazione e il danno alla persona*; Corte cost. 11 luglio 2003 n. 233.

[143] Cass. civ, sez. un., 25 febbraio 2016, n. 3727, in *Nuova giur. civ. comm*., 2016, I, 1014, con nota di L. DELLI PRISCOLI, *La non risarcibilità del danno non patrimoniale di lieve entità, anche se derivante da reato*.

La prima è che il reato consistente nel trasgredire il divieto di pubblicare atti coperti dal segreto investigativo di cui all'art. 684 c.p. è monoffensivo, e cioè è diretto a tutelare soltanto interessi pubblici legati al buon funzionamento della giustizia e non anche diritti fondamentali quali la reputazione e la riservatezza (ma questa affermazione, se può essere condivisa quando la condotta criminosa sia commessa – come nel caso di specie - dopo la chiusura delle indagini, lascia invece forti perplessità se il reato sia perpetrato quando il segreto investigativo è ancora operante).

Una seconda argomentazione si fonda sul rilievo che la condotta scarsamente offensiva in ragione della modesta entità della riproduzione, non si porrebbe in contrasto con il principio di necessaria offensività (ma su questa affermazione rimangono non pochi dubbi alla luce di quanto in precedenza illustrato circa l'applicazione assai scarsa e per condotte di consistenza veramente irrisoria che ha avuto il principio di offensività nel diritto penale, tanto che la sentenza della Consulta sul punto citata dalla Cassazione da ultimo citata per dimostrare l'esistenza di tale principio in penale[144] cita tale principio non all'interno di una concreta fattispecie criminosa ma in astratto – così come è compito della Corte costituzionale – ossia per discernere se una fattispecie criminosa abbia ragion d'essere alla luce di tale principio (e peraltro giungendo ala conclusione che il reato preso in esame – l'art. 612-bis c.p. – non fosse tacciabile di inoffensività).

Infine, e questa è l'ultima argomentazione delle sezioni unite del 2016, "al principio della necessità offensività penalistico fa da *pendant*, nell'ordinamento privatistico e in virtù dell'art. 2 Cost., quello della irrisarcibilità del danno non patrimoniale di lieve entità": per quanto detto circa la scarsa applicazione del principio di offensività, l'equazione "necessaria offensività" in penale uguale "non risarcibilità del danno non patrimoniale di lieve entità" in civile appare piuttosto forzata.

Sfrondandola però dagli arditi e molto probabilmente imprecisi sconfinamenti nel diritto penale, è proprio quest'ultima l'affermazione della citata sentenza a sezioni unite che, per la circostanza di basarsi su un principio fondamentale quale è l'art. 2 Cost. e per non limitarsi a prendere in considerazione i danni provenienti dall'art. 684 c.p. ma tutti i danni provenienti in genere da reato, ha maggiore rilievo dal punto di vista civilistico, in quanto permette di estendere

[144] Corte cost. 11 giugno 2014, n. 172.

il principio della non risarcibilità del danno di lieve entità a tutti i danni non patrimoniali che siano conseguenza di un qualsiasi reato.

Le sentenza della Cassazione civile a sezioni unite del 2016 afferma infatti che, alla luce del principio costituzionale di solidarietà (che le sezioni unite accostano anche ad un dovere di tolleranza dell'agire altrui invasivo della propria sfera giuridica, e che – secondo quanto affermato dalla Cassazione[145] – costituisce il punto di mediazione che permette all'ordinamento di salvaguardare il diritto del singolo nell'ambito di una concreta comunità di persone che deve affrontare i costi di una esistenza collettiva), il danno non patrimoniale di lieve entità, che pure si ammette essere venuto ad esistenza, non possa però essere risarcito, in quanto non v'è diritto per cui non operi la regola del bilanciamento, in forza della quale, perché si abbia una lesione ingiustificabile e risarcibile dello stesso, non basta la mera violazione delle disposizioni che lo riconoscono, ma è necessaria una violazione che ne offenda in modo sensibile la portata effettiva. Più nel dettaglio, a partire dalla citata sentenza a sezioni unite n. 26972 del 2008, secondo la Cassazione il danno non patrimoniale è risarcibile soltanto se la lesione dell'interesse protetto sia grave e se il danno conseguenza non sia futile. Tale principio è affermato in virtù da un lato dell'esistenza del principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., che impone a tutti i consociati una certa tolleranza nei confronti dei danni non patrimoniali subiti dagli altri e dall'altro dalla constatazione dell'inesistenza di un principio della necessità di risarcire sempre e comunque il danno non patrimoniale (che anzi il 2059 c.c., almeno nella sua interpretazione antecedente quella costituzionalmente orientata del 2003, sembra esprimere proprio il concetto opposto)[146].

Da una lettura delle citate sentenze civili a sezioni unite del 2008 e del 2016, sembra emergere che, nell'ipotesi di reato e negli altri casi di danno non patrimoniale la cui risarcibilità è prevista espressamente dalla legge, mentre il requisito della gravità dell'interesse protetto è implicito nella previsione legislativa (e in penale dovremmo parlare di offensività in astratto), occorre invece sempre comunque dimostrare la non futilità del danno subito (ossia che il danno non sia lieve: in penale saremmo nel campo dell'offensività in concreto), a prescindere dunque dal

[145] Cfr., Cass., 15 luglio 2014, n. 16133, in *Danno resp*., 2015, 339, con nota di M. NITTI, *La valutazione della "gravità della lesione" e della "serietà del danno" nel risarcimento del danno non patrimoniale da violazione della privacy*.

[146] Cfr. Corte cost. 26 luglio 1979 n. 87.

fatto che il danno derivi da reato o dalla lesione di un interesse costituzionalmente rilevante o che possa qualificarsi o meno come esistenziale.

Coerentemente la Cassazione[147] aveva affermato che può ritenersi che il giudizio sulla gravità della lesione, ma non anche quello sulla serietà del danno, sia già definitivamente espresso dal legislatore nella stessa scelta di politica criminale di punire, per il particolare disvalore che lo caratterizza, un fatto come reato. Si pensi del resto all'esempio, offerto in motivazione dalla citata Cassazione a sezioni unite del 2008, quale danno non patrimoniale non risarcibile, di un "*graffio superficiale dell'epidermide*". Tale danno non è considerato risarcibile, pur costituendo pacificamente sia lesione del diritto fondamentale alla salute di cui all'art. 32 Cost. sia conseguenza di un reato (se infatti il graffio non integrasse un reato in quanto conseguenza di una condotta né dolosa né colposa non si porrebbe proprio il problema dell'accertamento della futilità del danno, mancando a monte uno dei requisiti base dell'illecito civile, ossia l'elemento soggettivo). Sembra semmai che la sentenza voglia sottolineare da un lato che quando la lesione di un interesse costituzionalmente protetto sia lieve il relativo danno perda consistenza, ossia non venga più ritenuto meritevole di tutela dalla coscienza sociale e dall'altro che quanto maggiore sia la rilevanza dell'interesse leso tanto minore sarà la tolleranza che si deve avere in caso di sua lesione[148].

[147] Cfr. Cass. 15 luglio 2014 n. 16133, cit.

[148] Cfr. Cass. civ., sez. L, 3 maggio 2016, n. 8709, in *C.E.D. Cass.*, n. 639584, secondo cui il diritto all'immagine professionale del lavoratore rientra tra quelli fondamentali tutelati dall'art. 2 Cost. la cui risarcibilità va riconosciuta anche in presenza di lesioni di breve durata: nella specie la Cassazione ha confermato la decisione di merito che aveva riconosciuto il risarcimento del danno all'immagine professionale ad un lavoratore, privato della funzione di coordinamento, sebbene le mansioni dequalificanti fossero state esercitate per poco tempo, date anche le numerose assenze per malattia; apparentemente contraddittoria è Cass., sez. III, n. 16133 del 2014, cit., secondo cui il danno non patrimoniale risarcibile ai sensi dell'art. 15 del d.lgs. n. 196 del 2003 (cosiddetto codice della privacy), pur determinato da una lesione del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali tutelato dagli artt. 2 e 21 Cost. e dall'art. 8 della CEDU, non si sottrae alla verifica della "gravità della lesione" e della "serietà del danno" (quale perdita di natura personale effettivamente patita dall'interessato), in quanto anche per tale diritto opera il bilanciamento con il principio di solidarietà ex art. 2 Cost., di cui il principio di tolleranza della lesione minima è intrinseco precipitato, sicché determina una lesione ingiustificabile del diritto non la mera violazione delle prescrizioni poste dall'art. 11 del codice della privacy ma solo quella che ne offenda in modo sensibile la sua portata effettiva. In applicazione di tale principio la Cassazione ha cassato la decisione di merito che, sulla base del mero disagio, aveva ritenuto risarcibile il danno alla privacy, caratterizzato dalla possibilità, per gli utenti del *web*, di rinvenire agevolmente su internet - attraverso l'uso di un comune motore di ricerca - generalità, codice fiscale, attività di studio, posizione lavorativa e retributiva della parte attrice. Si tratta di due sentenze che giungono a decisioni opposte (la prima riconosce la risarcibilità del danno, la seconda no) per due ipotesi di danni non patrimoniali di lieve entità: è evidente che il principio di certezza soffre inevitabilmente dell'ampia discrezionalità di cui gode il giudice nel riconoscere o meno la serietà del danno.

Nel caso oggetto dell'attenzione delle Sezioni unite del 2016 sembra che, a prescindere dalla configurabilità o meno del reato di cui all'art. 684 c.p., possa individuarsi un diritto costituzionale leso di particolare importanza (violazione della riservatezza e/o della reputazione). Il problema semmai che si pone quindi è quello di accertare, anche a voler ammettere – diversamente dalle conclusioni cui perviene la sentenza da ultimo citata - che il reato di cui all'art. 684 c.p. sia plurioffensivo in quanto posto a tutela sia dell'interesse al buon funzionamento della giustizia sia (più o meno indirettamente) a tutela della riservatezza e della reputazione, se questa offensività nei confronti dei valori reputazione/riservatezza superi una certa soglia di tollerabilità, ossia se il danno possa considerarsi lieve ove alla limitatezza della riproduzione si accompagni la marginalità del loro contenuto, per il fatto di riferirsi a fatti storici non particolarmente significativi se non addirittura pacifici per il pubblico dei lettori.

Si comprende allora quale diventa il problema creato da una soluzione pur in astratto più che condivisibile, problema per certi versi analogo a quello creato dall'istituto dell'abuso del diritto: il già citato sacrificio della certezza del diritto (che pure è riconducibile al principio di ragionevolezza e quindi all'art. 3 Cost.), in quanto è rimesso alla discrezionalità del giudice nell'interpretare la coscienza sociale lo stabilire quando un danno non patrimoniale sia di "lieve entità" (similmente a quanto avviene in campo contrattuale per l'abuso del diritto, ove il giudice deve decidere quando l'esercizio di un diritto determini uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte).

Per venire incontro a queste esigenze di certezza, si ritiene che il legislatore potrebbe intervenire per fissare un limite pecuniario sotto il quale il danno non patrimoniale non possa essere risarcito, in tal modo consentendo anche al danneggiato di potersi meglio regolare circa le possibilità di ottenere un ristoro alla sua pretesa (che spesso, perlomeno in linea di massima, può già quantificarsi: si pensi in particolare alle tabelle di Milano, mediante le quali il danno biologico, ove si conoscano l'età del danneggiato e la percentuale di invalidità riconosciutagli, è già, a grandi linee, "patrimonializzato"), con conseguenti ricadute positive quindi anche in termini di riduzione delle cause sollevate inutilmente: analogamente potrebbe procedersi in campo penalistico per i reati privi di soglia di punibilità (quali la coltivazione casalinga di sostanze stupefacenti o il furto), sia per quanto riguarda l'offensività che per la causa di non punibilità di cui all'art. 131-bis c.p. (poiché in quest'ultimo caso occorre valutare anche altri parametri oltre a quello dell'offesa al

bene giuridico protetto, potrebbero comunque individuarsi delle soglie sotto le quali la suddetta causa di non puniblità è comunque individuabile a prescindere dagli altri fattori)..

In definitiva, il principio della non risarcibilità in ogni caso del danno non patrimoniale di lieve entità, trova un sicuro riferimento costituzionale nel principio di solidarietà e nella necessità di bilanciarlo con altri diritti che sarebbero sacrificati se tale danno non fosse recato (si pensi, nel caso dell'art. 684 c.p., al citato diritto ad essere informati della collettività), nonché con evidenti ragioni pratiche di impedire l'accesso alla giustizia a liti di scarso valore economico (che trovano un referente costituzionale nell'art. 111 Cost.); al contempo però questa impostazione si scontra inevitabilmente con il principio della certezza del diritto. In effetti, a voler essere coerenti con l'impostazione della sentenza a sezioni unite del 2016, una volta riconosciuto che il danno non patrimoniale in genere è risarcibile ed è pure suscettibile di essere liquidato in denaro, ed è quindi assimilabile in concerto ad un danno patrimoniale, si dovrebbe coerentemente pervenire alla conclusione che anche il danno patrimoniale di lieve entità non possa essere risarcito, a meno di non violare il principio di uguaglianza volendo considerare i danni non patrimoniali come danni "di serie B", ossia "meno meritevoli di risarcimento" di quelli patrimoniali.

Le perplessità esposte in precedenza diventano inquietanti interrogativi ove si consideri che la sentenza da ultimo citata del 2016 della Cassazione non ha operato alcun distinguo per l'ipotesi in cui il danno non patrimoniale sia cagionato volontariamente. Riprendendo l'esempio di danno non patrimoniale non risarcibile fatto dalla sentenza n. 26972 del 2008, relativo al graffio superficiale all'epidermide, non sembra infatti ragionevole che tale danno, pure oggettivamente esiguo e pur se compiuto *una tantum*, debba essere tollerato nel caso in cui esso sia effettuato intenzionalmente (quindi soprattutto non se a titolo di dolo eventuale ma diretto o intenzionale). Del resto l'art. 833 c.c. in tema di divieto di atti d'emulazione vieta persino l'esercizio di un proprio diritto quando esso abbia il solo scopo di nuocere o recare molestia ad altri. Soprattutto l'art. 131-bis, come già sottolineato in precedenza, non prende in considerazione come unico parametro di riferimento l'entità dell'offesa subita dal bene giuridico protetto dalla norma penale ma anche, mediante il rinvio all'art. 133 c.p., l'intensità del dolo o la gravità della colpa.

Potrebbe però sostenersi che il principio di solidarietà debba essere più rettamente inteso non come obbligo nei confronti del danneggiante di tollerarne e sopportarne la maleducazione e l'invadenza, ma come dovere nei confronti dell'ordinamento giuridico, e quindi della collettività,

di non proporre causa per una questione "bagatellare" che appesantirebbe il meccanismo della giustizia, visto che la collettività non può permettersi di sopportare il costo, economico e sociale, di un numero eccessivo di cause, anche alla luce dei principi costituzionali riguardanti la ragionevole durata del processo, dato che l'aumentare del numero delle cause farebbe inevitabilmente rallentare tutte le altre (oltretutto, nella maggior parte dei casi, aventi ad oggetto interessi ben più rilevanti). E' infatti evidente, anche in una prospettiva di analisi economica del diritto, che il costo per la collettività di una causa "bagatellare" può raggiungere – e nella realtà spesso non solo raggiunge ma supera di gran lunga – il valore della causa stessa, e sarebbe pertanto irragionevole che l'ordinamento possa consentire liti simili. In quest'ottica dunque, il principio di solidarietà sposterebbe la prospettiva su un piano più propriamente pubblicistico, mettendo in gioco valori estranei al rapporto prettamente privatistico[149].

Il reato di coltivazione in casa di sostanze stupefacenti per uso personale è perseguibile d'ufficio e normalmente non pone problemi di individuazione della persona offesa e della risarcibilità del danno non patrimoniale. Tuttavia ragionamenti analoghi a quelli svolti in precedenza per l'irrisarcibilità del danno non patrimoniale di lieve entità potrebbero essere presi a prestito: il costo per la collettività – in un Paese dove ogni giorno si prescrivono reati di enorme gravità per carenza di risorse - di un processo penale "bagatellare" quale quello in questione sembra superare l'interesse della collettività a punire il consumatore di sostanze stupefacenti e sembra pertanto irragionevole che l'ordinamento possa permettersi processi simili (che oltretutto devono quasi sempre sopportare il costo della consulenza sul principio attivo effettivamente ricavabile dalle piante). Questo non significa naturalmente che il comportamento in questione non possa e non debba essere scoraggiato e adeguatamente sanzionato - come peraltro lo è anche tuttora (cfr. art. 75 d.P.R. n. 309 del 1990, cit.) - in via amministrativa, in quanto non possono dimenticarsi i costi, notevolissimi, per il servizio sanitario nazionale, determinati dalla cura e dalla riabilitazione dei tossicodipendenti. In questa prospettiva del resto vanno inquadrati e compresi

[149] A proposito del concetto di solidarietà, rileva peraltro la Consulta (Corte cost. 28 febbraio 1992 n. 75) che con l'art. 2 Cost. acquista rilevanza giuridica l'attività collettiva altruistica e disinteressata, con scopi di pura solidarietà…. la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un'autorità, ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa. Quindi né nella definizione della Corte costituzionale (né tanto meno nei lavori dell'assemblea costituente) si rinviene traccia di un principio di solidarietà da intendersi come dovere di tollerare l'altrui attività dolosamente illecita quando essa provochi soltanto danni di "lieve entità".

altri limiti alla libertà di autodeterminazione, quali ad esempio l'obbligo di portare il casco in moto o allacciare le cinture in in auto, obblighi la cui violazione però non è sanzionata penalmente.

In quest'ottica dunque, il principio di solidarietà potrebbe essere interpretato come dovere della collettività di sopportare (o meglio rinunciare alla sanzione penale) condotte che rivestono un disvalore (sociale?), con il vantaggio, rispetto al campo civilistico, che non si porrebbe il problema del mancato risarcimento del danno nei confronti del danneggiato. Sembra dunque che un'ultima chiave di lettura del problema dell'offensività della condotta del reato in questione debba essere proprio quello del giusto processo di cui all'art. 111 Cost.: la sentenza della Consulta n. 139 del 2014 ha esplicitamente accostato il principio di offensività alle esigenze di deflazionare la giustizia penale, e questo obiettivo è senz'altro stato un punto di riferimento anche per l'orientamento giurisprudenziale che nega la risarcibilità del danno non patrimoniale di lieve entità. Se poi si ragiona sul fatto che la sanzione penale, al contrario di quella civile, deve avere la caratteristica dell'*extrema ratio* e che per il reato in questione è, a tutto concedere, rinvenibile non un danno patrimoniale alla collettività ma non patrimoniale (consistente nel disvalore sociale di tale condotta?), non si vede perché tale danno dovrebbe essere ritenuto "risarcibile" (in termini di effettività dell'irrogazione della sanzione penale) quando un analogo danno non verrebbe risarcito in ambito civilistico. Si ritiene dunque che, pur dopo la sentenza della Consulta n. 109 del 2016, vi sia spazio, attraverso una effettiva considerazione del principio di offensività in concreto peraltro richiamato anche da quest'ultima sentenza, per escludere dal circuito penale quelle condotte, quali la coltivazione per uso personale di sostanze stupefacenti, che non mettono realmente in pericolo alcun bene giuridico di rilevanza costituzionale.

ALESSANDRO CENTONZE

L'esercizio della potestà punitiva e l'estinzione della pena per intervenuta prescrizione tra vecchi dubbi ermeneutici e nuove conferme giurisprudenziali

Sommario: 1. La prescrizione della pena e gli effetti del decorso del tempo sulla sentenza di condanna: limiti applicativi e fondamenti di politica criminale. – 2. Il modello di computo del termine di prescrizione della pena previsto dagli artt. 172 e 173 cod. pen. – 3. Il problema dell'individuazione dei termini per il computo della prescrizione della pena e l'intervento regolatore delle Sezioni unite. – 4. Il consolidamento dell'orientamento ermeneutico affermato dalle Sezioni unite e l'individuazione dei termini per il computo della prescrizione della pena. – 5. L'individuazione dei termini di prescrizione della pena nelle ipotesi previste dall'art. 172, comma quinto, cod. pen. – 6. Il computo del termine di prescrizione della pena nelle ipotesi di condizioni preclusive rappresentate dalla condizione di recidivo dell'imputato. – 7. Il computo del termine di prescrizione della pena nelle ipotesi di condizioni preclusive rappresentate dall'intervenuta condanna dell'imputato alla reclusione per un delitto della stessa indole.

1. La prescrizione della pena e gli effetti del decorso del tempo sulla sentenza di condanna: limiti applicativi e fondamenti di politica criminale.

Il tema degli effetti del decorso del tempo sulla sentenza penale di condanna, rilevante ai fini dell'estinzione della pena per intervenuta prescrizione, così come prefigurata dalle disposizioni degli artt. 172 e 173 cod. pen., si ripropone periodicamente all'attenzione della giurisprudenza nostrana, coinvolgendo molteplici profili applicativi, sostanziali e processuali, con i quali questo intervento intende confrontarsi[150].

[150] Per una prima ricognizione sui fondamenti dell'istituto della prescrizione della pena, così come prefigurata nel nostro ordinamento dopo l'entrata in vigore del Codice Rocco, si rinvia agli studi di E. ANTONINI, *Contributo alla dommatica delle cause estintive del reato e della pena*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 14 ss.; A. MOLARI, *Prescrizione del reato e della pena* (voce), in *Noviss. Dig. It.*, UTET, Torino, 1966, XIII, pp. 679 ss.; P. PISA, *Prescrizione (diritto penale)* (voce), in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1986, XXXV, pp. 78 ss.; M. ROSSETTI-G. NANNI, *L'estinzione del reato e della pena*, in AA.VV., *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretta da F. Bricola e V. Zagrebelsky, UTET, Torino, 1996, III, pp. 392 ss.; L. STORTONI, *Estinzione del reato e della pena* (voce), in *Digest. pen.*, UTET, Torino, 1990, IV, pp. 342 ss.

Per completezza, si ritiene utile richiamare gli studi, provenienti dalla dottrina italiana precedente l'entrata in vigore del Codice Rocco, utili per comprendere il dibattito dottrinario su cui si innestava la disciplina normativa degli

L'importanza di questo tema è dimostrata dal periodico interesse che il legislatore mostra nei confronti dell'istituto prescrizionale, sulla scorta delle pressioni dell'opinione pubblica finalizzate a riformare la disciplina normativa degli effetti del decorso del tempo sull'esercizio della potestà punitiva, con particolare riferimento alla prescrizione del reato, rispetto alla quale la prescrizione della pena – sul piano dei fondamenti di politica criminale – presenta molteplici profili di similitudine[151].

Deve, innanzitutto, osservarsi che il tema della funzione di politica criminale della pena deve essere inquadrato in una prospettiva sistematica armonica con i precetti costituzionali, in ragione del fatto che il principio di rieducazione del reo, prefigurato dagli artt. 25 comma 2 e 27, comma 3, Cost., presuppone un percorso di recupero del condannato che il decorso di un lungo periodo dalla condanna può rendere difficoltoso.

La complessità di questa tematica, che coinvolge sia profili di diritto penale sostanziale che profili di diritto processuale penale, impone una ricognizione preliminarmente sui limiti applicativi dell'istituto della prescrizione della pena, che riguardano i delitti puniti con l'ergastolo, le pene accessorie e gli effetti penali della condanna.

Quanto ai delitti puniti con l'ergastolo deve osservarsi che, per questi reati, la pena è imprescrittibile e che tali conseguenze giuridiche discendono dalla sua natura di pena detentiva non temporanea, che non è compresa nell'ambito disciplinatorio degli artt. 172 e 173 cod. pen., esclusivamente applicabili alle pene detentive temporanee della reclusione e dell'arresto e alle pene pecuniarie della multa e dell'ammenda.

L'imprescrittibilità dell'ergastolo, quindi, discende dalla sua natura di pena detentiva non temporanea, rispetto alla quale non assume rilievo la disciplina dell'imprescrittibilità dei reati puniti con tale sanzione, prevista dall'art. 157, ultimo comma, cod. pen., a tenore del quale: «La

artt. 172 e 173 cod. pen., di L.C. CIVOLI, *Trattato di diritto penale*, Società Editrice Libraria, Milano, 1912, I, pp. 345 ss.; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, UTET, Torino, 1921, III, pp. 216 ss.; A. ZERBOGLIO, *Prescrizione penale*, Bocca, Torino, 1893.

[151] In questa prospettiva, ci si sembra utile il rinvio alla ricostruzione storica dei fondamenti della potestà punitiva compiuta da M.A. CATTANEO, *Pena diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 1990; G. LEO, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, in *Dir. pen. contemp.*, 7 gennaio 2014; S. MOCCIA, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Novene, Napoli, 1979; G. VASSALLI, *La potestà punitiva*, UTET, Torino, 1942.

prescrizione non estingue i reati per i quali la legge prevede la pena dell'ergastolo, anche come effetto dell'applicazione di circostanze aggravanti»[152].

L'ulteriore limite all'applicazione dell'istituto prescrittivo al trattamento sanzionatorio riguarda le pene accessorie e gli effetti penali della condanna, a proposito dei quali deve affermarsi l'inapplicabilità della prescrizione – fatta eccezione per quelle pene accessorie che presuppongono una pena principale eseguibile – che deriva dalla previsione degli artt. 172 e 173 cod. pen., che fanno riferimento alle sole pene principali. Ne consegue che, in questi casi, il decorso del tempo dispiega i suoi effetti prescrittivi in modo residuale, nei confronti delle sole pene accessorie che, come nel caso dell'interdizione legale, presuppongono una pena principale eseguibile[153].

La prescrizione della pena, pertanto, esplica i suoi effetti nei confronti delle pene accessorie solo quando, queste, presuppongono la pena principale e non possono durare oltre la sua estinzione, come nel caso dell'art. 32, comma terzo, cod. pen., che disciplina la durata dell'interdizione legale, stabilendo: «Il condannato alla reclusione per un tempo non inferiore a cinque anni è, durante la pena, in stato d'interdizione legale; la condanna produce altresì, durante la pena, la sospensione dall'esercizio della potestà dei genitori, salvo che il giudice disponga altrimenti»[154].

L'esclusione della prescrizione per le pene accessorie, dunque, è la conseguenza di un'opzione di politica legislativa, finalizzata a limitare l'applicazione dell'istituto prescrizionale alle sole pene principali detentive temporanee e pecuniarie e non per l'ergastolo e – salvo le eccezioni di cui si è detto – per le pene accessorie[155].

---

[152] Sull'imprescittibilità dei delitti puniti con la pena dell'ergastolo, da ultimo, sono intervenute le Sezioni unite, con la sentenza Cass. pen., Sez. un., n. 19756 del 24 settembre 2015 (dep. 12 maggio 2016), Trubia, in *C.E.D. Cass.*, n. 266329; si vedano, inoltre, il commento alla pronunzia di legittimità richiamata di P. DIGLIO, *Il rapporto tra ergastolo edittale e prescrizione del reato prima della legge "ex Cirielli",* in *Riv. pen.*, 2016, 7-8, pp. 640 ss.; I. GITTARDI, *Una discutibile sentenza delle Sezioni unite su prescrizione e reati punibili con l'ergastolo commessi prima del 2005,* in *Dir. pen. cont.*, 13 giugno 2016; F. RIPPA, *La prescrizione dei reati punibili con l'ergastolo al vaglio delle Sezioni unite,* in *Dir. pen. proc.*, 2016, 11, pp. 1443 ss.

[153] Su questi temi si rinvia a R. GARGIULO-M. VESSICHELLI, *Art. 172*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, a cura di E. Lupo e G. Lattanzi, Giuffrè, Milano, 2010, V, pp. 482-483.

[154] Su questi temi si rinvia a M. ROSSETTI-G. NANNI, *L'estinzione del reato e della pena*, cit., pp. 392-393.

[155] Su questi profili, si veda la ricostruzione dei fondamenti di politica criminale della prescrizione della pena, nel più ampio contesto del potere punitivo dello Stato, di F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *Quest. crim.*, 1981, pp. 445 ss.; L. EUSEBI, *La « nuova » retribuzione. L'ideologia del retributiva e la disputa sul principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983, pp. 493 ss.

Ne deriva, infine, che, in queste ipotesi, non si tiene conto della previsione generale dell'art. 20 cod. pen., che disciplina gli effetti della sentenza penale di condanna, disponendo: «Le pene principali sono inflitte dal giudice con sentenza di condanna; quelle accessorie conseguono di diritto alla condanna, come effetti penali di essa».

2. Il modello di computo del termine di prescrizione della pena previsto dagli artt. 172 e 173 cod. pen.

Nella cornice sistematica descritta nel paragrafo precedente, alcune precisazioni ulteriori si impongono, allo scopo di inquadrare correttamente il modello di computo dei termini di prescrizione della pena previsto dagli artt. 172 e 173 cod. pen.

Queste precisazioni si rendono indispensabili per inquadrare l'istituto prescrizionale nel più ampio contesto dell'esercizio della potestà punitiva dello Stato e si impongono con specifico riferimento all'applicazione della prescrizione della pena agli istituti dell'indulto, della continuazione e delle misure di sicurezza.

Deve, innanzitutto, rilevarsi che, ai fini del computo dei termini di prescrizione previsti dagli artt. 172 e 173 cod. pen., non si tiene conto della diminuzione della pena conseguente all'applicazione dell'indulto, disposto a norma dell'art. 174 cod. pen., attese le finalità clemenziali sottese a questo istituto[156].

Questo principio può ritenersi espressione di un orientamento consolidato, sul quale la Corte di Cassazione è ripetutamente intervenuta, affermando che, ai fini di cui all'art. 172 cod. pen., per pena inflitta, deve intendersi quella risultante dalla pronunzia di condanna e non anche quella che residua tenendo conto di eventuali cause estintive, quali, per l'appunto, l'indulto[157].

Un'ulteriore questione interpretativa riguarda l'applicazione della prescrizione della pena alle ipotesi di concorso di reati e di continuazione tra reati, così come disciplinate dall'art. 81 cod. pen., che devono essere esaminate congiuntamente, anche se la norma di riferimento,

[156] Sull'istituto dell'indulto, si veda G. MARINI, *Amnistia e indulto nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, UTET, Torino, 1971, XXI, pp. 252 ss.; su questo tema, si veda anche la ricostruzione storica del risalente, ma insuperato, studio di A. ROCCO, *Amnistia, indulto e grazia nel diritto penale romano*, in *Riv. pen.*, 1899, pp. 19 ss.

[157] Si vedano Cass. pen., Sez. I, n. 21867 dell'1 giugno 2006 (dep. 22 giugno 2006), Riva, in *C.E.D. Cass.*, n. 234638; Cass. pen., Sez. V, n. 4988 del 3 ottobre 2003 (dep. 19 febbraio 2004), Iucci, in *C.E.D. Cass.*, n. 227456; Cass. pen., Sez. I, n. 2069 del 14 marzo 1997 (dep. 27 maggio 1997), Seel, in *C.E.D. Cass.*, n. 207740.

rappresentata dall'art. 172, comma sesto, cod. pen., si riferisce espressamente al solo concorso di reati.

Deve, in proposito, evidenziarsi che, in ipotesi di questo genere, conformemente a quanto previsto dall'art. 172, comma sesto, cod. pen., ai fini dell'applicazione della prescrizione della pena, occorre riferirsi a ciascuno dei reati presupposti, anche se le relative pene sono state irrogate nel contesto della stessa decisione.

Da tutto ciò deriva che il principio in esame deve essere applicato tanto nelle ipotesi di concorso di reati quanto nelle ipotesi di continuazione tra reati, alle quali ultime l'art. 172, comma sesto, cod. pen. non fa espressamente riferimento. Né potrebbe essere diversamente, atteso che le ipotesi di reato continuato sono considerate dalla legge, attraverso una finzione giuridica, come un unico reato ai fini della determinazione della pena applicabile, ma, sotto ogni altro profilo, devono essere assoggettate alla disciplina del concorso materiale di reati[158].

Questo principio può ritenersi espressione di una posizione ermeneutica incontroversa, per inquadrare la quale è utile richiamare l'orientamento consolidatosi in seno alla giurisprudenza di legittimità, secondo il quale la disposizione dell'art. 172, comma sesto, cod. pen., prevede che, nel caso di concorso di reati, si ha riguardo, per l'estinzione della pena, a ciascuno di essi, anche se le pene sono state inflitte all'esito di uno stesso procedimento penale. Ne consegue che, nelle ipotesi continuazione, per stabilire il tempo necessario al verificarsi degli effetti della prescrizione della pena, si deve avere riguardo alla pena irrogata per ciascuno dei reati ritenuti in continuazione, in quanto, analogamente al concorso formale di reati, come affermato dalla Suprema Corte, il reato continuato «è fittiziamente considerato dalla legge come un unico reato ai fini della determinazione della pena, ma sotto ogni altro profilo e per ogni altro effetto, esso è soggetto alla disciplina del concorso materiale di reati»[159].

[158] Su questi temi, si vedano R. GARGIULO-M. VESSICHELLI, *Art. 172*, cit., pp. 493-495; P. PISA, *Prescrizione*, cit., pp. 95-96; sui fondamenti di politica criminale degli istituti della continuazione e del concorso di reati si rinvia all'insuperato studio di G. LEONE, *Del reato abituale, continuato e permanente*, Jovene, Napoli, 1933.

[159] La frase riportata nel testo è estratta dalla massima elaborata dall'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione con riferimento alla sentenza Cass. pen., Sez. I, n. 4060 del 10 giugno 1997 (dep. 24 giugno 1997), Gallo, in *C.E.D. Cass.*, n. 207957; sullo stesso tema, si vedano anche Cass. pen., Sez. I, n. 5111 del 22 settembre 1999 (dep. 08 novembre 1999), Visciglio, in *C.E.D. Cass.*, n.; Cass. pen., Sez. V, n. 1775 del 20 marzo 1998 (dep. 4 aprile 1998), Tobia, in *C.E.D. Cass.*, n. 211808.

In stretta connessione con questo profilo, si pone l'ulteriore questione della rilevanza della rideterminazione della pena in sede esecutiva, eventualmente richiesta dal condannato ai sensi dell'art. 671 cod. proc. pen.[160]

Tale questione assume peculiare rilievo nelle ipotesi in cui la rideterminazione deriva da una rivalutazione della continuazione tra reati operata in sede esecutiva, a norma dell'art. 671 cod. pen., per la cui risoluzione occorre fare riferimento alla previsione dell'art. 172, comma quarto, cod. pen., che individua il termine di decorrenza della prescrizione della pena dal giorno in cui la sentenza è divenuta irrevocabile ovvero l'imputato si è volontariamente sottratto alla sua esecuzione. Ne consegue che, in queste ipotesi, il termine al quale occorre fare riferimento non è quello in cui è stata effettuata la rideterminazione del trattamento sanzionatorio dal giudice dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 671 cod. proc. pen., ma quello in cui la pronunzia di condanna è diventata irrevocabile in relazione ai singoli reati oggetto di contestazione.

Si ritiene, in proposito, utile richiamare un risalente arresto della Corte di Cassazione, a tenore del quale l'ordinanza con cui il giudice dell'esecuzione, riconoscendo la continuazione o il concorso formale tra reati, determina la pena da eseguire incide sul trattamento sanzionatorio, ma non sulla decorrenza della prescrizione delle singole sanzioni penali irrogate, i cui termini «in forza della regola stabilita nel quarto comma dell'art. 172 cod. pen., vanno computati dal giorno in cui la condanna è divenuta irrevocabile in relazione alle singole imputazioni contestate»[161].

Residua, infine, un ulteriore problema, riguardante gli effetti della prescrizione della pena sulle misure di sicurezza, per inquadrare il quale occorre prendere le mosse dalla previsione dell'art. 210, comma primo, cod. pen., espressamente dedicato a tale profilo applicativo, secondo cui: «L'estinzione della pena impedisce l'applicazione delle misure di sicurezza, eccetto quelle per le quali la legge stabilisce che possono essere ordinate in ogni tempo, ma non impedisce l'esecuzione delle misure di sicurezza che sono state già ordinate dal giudice come misure

[160] In generale, sul tema dell'esecuzione della pena e sui poteri del giudice dell'esecuzione, si rinvia a G. CANZIO, *La giurisdizione e la esecuzione della pena*, in *Dir. pen. contemp.*, 21 aprile 2016.

[161] Il principio di diritto riportato nel testo è estratto dalla massima elaborata dall'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione con riferimento alla sentenza Cass. pen., Sez. I, n. 18791 del 27 marzo 2013 (dep. 29 aprile 2013), Spadavecchia, in *C.E.D. Cass.*, n. 256027; si vedano, in senso sostanzialmente conforme, anche Cass. pen., Sez. I, n. 18791 del 27 marzo 2006 (dep. 13 febbraio 2007), Soldati, in *C.E.D. Cass.*, n. 253901; Cass. pen., Sez. I, n. 636 del 28 gennaio 2000 (dep. 6 marzo 2000), Landi, in *C.E.D. Cass.*, n. 215493. Su questi temi, si veda anche la posizione dottrinaria espressa da A. ZACCHIA, *La decorrenza della prescrizione nel caso di applicazione della continuazione in sede esecutiva*, in *Cass. pen.*, 2014, 5, pp. 1666 ss.

accessorie di una condanna alla pena della reclusione superiore a dieci anni. Nondimeno, alla colonia agricola e alla casa di lavoro è sostituita la libertà vigilata».

Allo scopo di inquadrare, sul piano sistematico, la previsione dell'art. 210, comma primo, cod. pen., si ritiene utile richiamare l'orientamento ermeneutico affermato dalla Suprema Corte nell'ambito di un arresto, datato ma tuttora insuperato, nel quale si affermava il seguente principio di diritto: «L'estinzione della pena e non già l'espiazione della stessa comporta l'estinzione delle misure di sicurezza»[162].

In questo ambito, la principale eccezione alla regola generale affermata dall'art. 210, comma primo, cod. pen. è costituita dalle misure di sicurezza patrimoniali, così come disciplinate dagli artt. 236, comma secondo e 240, comma secondo, cod. pen., a proposito delle quali, in linea con l'orientamento consolidatosi in seno alla giurisprudenza di legittimità, occorre affermare che l'estinzione del reato o della pena non precludono la confisca delle cose che ne costituiscono il prezzo, prevista come obbligatoria dall'art. 240, comma secondo, n. 1, cod. pen. per effetto della condanna, atteso che il provvedimento ablativo non presuppone l'esistenza di un giudicato formale, ma esclusivamente un accertamento giurisdizionale di natura incidentale[163].

La confisca, infatti, presuppone «unicamente la necessità di un accertamento incidentale equivalente rispetto all'accertamento definitivo del reato, della responsabilità e del nesso di pertinenzialità che i beni oggetto di confisca devono presentare rispetto al reato stesso, a prescindere dalla formula con la quale il giudizio viene ad essere formalmente definito»[164].

3. Il problema dell'individuazione dei termini per il computo della prescrizione della pena e l'intervento regolatore delle Sezioni unite.

[162] Il principio di diritto riportato nel testo è estratto dalla massima elaborata dall'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione con riferimento alla sentenza Cass. pen., Sez. I, n. 41584 dell'1 ottobre 2009 (dep. 29 ottobre 2009), Baldo, in *C.E.D. Cass.*, n. 245567; si vedano, in senso sostanzialmente conforme, anche Cass. pen., Sez. 1, n. 47524 del 2 dicembre 2008 (dep. 22 dicembre 2008), Zonno, in *C.E.D. Cass.*, n. 242073; Cass. pen., Sez. I, n. 13797 dell'11 marzo 2008 (dep. 2 aprile 2008), Mammoliti, in *C.E.D. Cass.*, n. 239799.

[163] Si vedano Cass., Sez. I, n. 39756 del 5 ottobre 2011 (dep. 4 novembre 2011), Ciancimino, in *C.E.D. Cass.*, n. 251195; Cass. pen., Sez. V, n. 48680 del 23 ottobre 2012 (dep. 14 dicembre 2012), Abelkhaki, in *C.E.D. Cass.*, n. 254077; Cass. pen., Sez. VI, n. 31597 del 25 gennaio 2013 (dep. 23 luglio 2013), Cordaro, in *C.E.D. Cass.*, n. 255596.

[164] La frase riportata nel testo è estratta dalla massima elaborata dall'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione con riferimento alla sentenza Cass., Sez. I, n. 39756 del 5 ottobre 2011 (dep. 4 novembre 2011), Ciancimino, cit.

Nella cornice ermeneutica descritta nei due paragrafi precedenti, occorre adesso soffermarsi sulle questioni interpretative di maggiore rilievo in tema di prescrizione della pena, concentrandoci sulla questione dell'individuazione dei termini per il calcolo della prescrizione della pena, che costituisce il problema centrale dell'istituto in esame.

Per inquadrare questo profilo applicativo occorre prendere le mosse dalla previsione normativa del quarto comma dell'art. 172 cod. pen., a tenore della quale: «Il termine decorre dal giorno in cui la condanna è divenuta irrevocabile, ovvero dal giorno in cui il condannato si è sottratto volontariamente alla esecuzione già iniziata della pena»[165].

Per affrontare questo tema occorre muovere dal risalente intervento regolatore delle Sezioni unite, riconducibile alla sentenza "Cellerini" del 1994, che prefigura un modello di computo del termine di prescrizione della pena, che deve ritenersi a tutt'oggi insuperato, al quale si collegano alcuni successivi interventi confermativi di tale orientamento.

Le Sezioni unite, risolvendo il contrasto ermeneutico che ne avevano richiesto l'intervento, innanzitutto, affermavano il seguente principio di diritto: «In tema di estinzione della pena per decorso del tempo, l'art. 172 cod. pen. individua il relativo "dies a quo" nel momento in cui la sentenza di condanna è divenuta "irrevocabile", aggettivo, quest'ultimo, che indica la connotazione della sentenza richiesta dalla legge per la sua concreta utilizzazione come titolo esecutivo»[166].

Queste considerazioni, riguardanti l'individuazione dei termini di prescrizione della pena, a loro volta, si collegano al principio di formazione progressiva del giudicato penale che costituisce un'elaborazione giurisprudenziale fondata sull'interpretazione dell'art. 624, comma 1, cod. proc. pen., secondo la quale: «Se l'annullamento non è pronunciato per tutte le disposizioni della sentenza, questa ha autorità di cosa giudicata nelle parti che non hanno connessione essenziale con la parte annullata».

Con specifico riferimento al principio di formazione progressiva del giudicato di cui all'art. 624, comma 1, cod. proc. pen., nella stessa pronunzia, le Sezioni unite affermavano il seguente

[165] Su questi temi, si vedano R. GARGIULO-M. VESSICHELLI, *Art. 172*, cit., pp. 485-493.

[166] Il principio di diritto riportato nel testo è estratto dalla massima elaborata dall'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione con riferimento alla sentenza Cass. pen., Sez. un., n. 4460 del 19 gennaio 1994 (dep. 19 aprile 1994), Cellerini, in *C.E.D. Cass.*, n. 196889; su questa pronuncia di legittimità si veda il commento di G. ROMEO, *La continuazione ancora senza incertezze,* in *Cass. pen. proc.*, 1994, 8, pp. 2027 ss.

principio di diritto: «In tema di annullamento parziale della sentenza impugnata da parte della cassazione, il principio della formazione progressiva del giudicato – desumibile da una corretta interpretazione del disposto dell'art. 545 comma primo cod. proc. pen. del 1930 (e parallelamente dell'art. 624, comma primo, nuovo cod. proc. pen.) – che ne importa la configurabilità in ordine alle parti non annullate della sentenza concernenti l'esistenza del reato e la responsabilità dell'imputato e non in rapporto di connessione essenziale con quelle annullate, legittima la conclusione che esclude la operatività delle cause di estinzione del reato, relativamente alle parti della decisione sulle quali si è formato il giudicato, non potendo l'art. 152 cod. proc. pen. del 1930 (e l'art. 129 nuovo cod. proc. pen.), che pur prevede l'efficacia di dette cause in ogni stato e grado del procedimento, superare la "barriera del giudicato", essendosi per quelle parti della sentenza che tale autorità hanno acquistato, ormai concluso, in maniera definitiva, il loro "iter" processuale»[167].

Veniva, in questo modo, affermata la necessità di differenziare l'irrevocabilità della pronunzia con la possibilità di eseguirla, in ragione del fatto che il giudicato produce effetti differenti dall'esecutorietà di una decisione, essendo pacifico che possono esservi decisioni aventi autorità di cosa giudicata senza essere eseguibili[168].

Questa distinzione deve essere applicata per tutte le sentenze di condanna, nel periodo di tempo intercorrente tra il momento in cui la decisione è stata pronunciata e quello della sua messa in esecuzione da parte dell'autorità giudiziaria procedente. Tale differenziazione cronologica, al contempo, si può verificare per espressa volontà legislativa, come nelle ipotesi di condanne condizionalmente sospese di cui all'art. 163 cod. pen. e di differimento dell'esecuzione della pena di cui agli artt. 146 e 147 cod. pen.

In questi termini, la possibilità di eseguire una pronunzia di condanna deve essere posta in relazione alla formazione di un titolo esecutivo e alla correlata possibilità di eseguire la decisione coperta da giudicato nei confronti di un soggetto sul presupposto della sua irrevocabilità. Ne

[167] Il principio di diritto riportato nel testo è estratto dalla massima elaborata dall'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione con riferimento alla sentenza Cass. pen., Sez. un., n. 4460 del 19 gennaio 1994 (dep. 19 aprile 1994), Cellerini, in *C.E.D. Cass.*, n. 196886.

[168] Sugli effetti del giudicato penale e sull'eseguibilità della sentenza penale si vedano gli studi di F. CORDERO, *Codice di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 764; G. LEONE, *Manuale di diritto processuale penale*, Jovene, Napoli, 1985, pp. 729 ss.; E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 486 ss.

consegue che l'autorità di cosa giudicata di una sentenza di condanna, collegata alla sua irrevocabilità e attribuita a una o più statuizioni contenute nella stessa decisione, deriva dall'esaurimento del relativo giudizio e permette di fare decorrere da tale momento i termini per la prescrizione della pena previsti dall'art. 172, comma 4, cod. pen.

Questi fondamentali principi venivano richiamati e ulteriormente ribaditi in una successiva pronunzia di legittimità, con cui la Corte di Cassazione tornava ad affrontare il tema dell'individuazione dei termini di prescrizione della pena, affermando che la disposizione dell'art. 172 cod. pen. individua il *dies a quo* ai fini dell'estinzione della pena nel momento in cui la pronunzia di condanna è passata in giudicato e le cause di sospensione di tale termine sono esclusivamente quelle riferite alla sentenza di condanna e non invece quelle riferibili all'attività posta in essere dagli organi deputati all'esecuzione[169].

Si ribadiva, in questo modo, che le connotazioni di esecutorietà di una decisione irrevocabile non sono una caratteristica del provvedimento decisorio sovrapponibile a quella della sua irrevocabilità che, difatti, discende dall'autorità di cosa giudicata della stessa decisione. Occorre, del resto, ribadire, in linea con la dottrina nostrana più autorevole, che ben vi possono essere provvedimenti decisori aventi autorità di cosa giudicata senza essere in tutto o in parte eseguibili[170].

In proposito, si ritiene utile richiamare i passaggi della pronunzia in esame in cui la Suprema Corte, ribadendo ancora una volta la necessità di distinguere irrevocabilità ed esecutività della sentenza, affermava: «In tema di estinzione della pena per decorso del tempo, l'art. 172 c.p. individua il relativo *dies a quo* nel momento in cui la sentenza di condanna è divenuta "irrevocabile", aggettivo quest'ultimo che indica la connotazione della sentenza richiesta dalla legge per la sua concreta utilizzazione come titolo esecutivo […]». E ancora: «L'estinzione della pena è, quindi, da ricollegare non all'eventuale inerzia degli organi esecutivi, bensì al semplice

[169] Si veda Cass. pen., Sez. I, n. 31196 del 17 giugno 2004 (dep. 15 luglio 2004), Giorgetta, in *C.E.D. Cass.*, n. 229286, p. 3; in relazione a questa pronunzia di legittimità si ritiene utile richiamare anche la massima riportata dall'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione, nella quale si afferma: «L'art. 172 cod. pen. individua il *dies a quo* ai fini dell'estinzione della pena nel momento in cui la sentenza di condanna è passata in giudicato e le cause di sospensione di tale termine sono esclusivamente quelle riferite alla sentenza di condanna e non invece quelle riferibili all'attività posta in essere dagli organi deputati alla esecuzione».

[170] Si veda F. CORDERO, *Codice di procedura penale*, cit., pp. 764 ss.

decorso del termine, misurato dal passaggio in giudicato della sentenza di condanna, salve le ipotesi di diversa decorrenza previste nell'art. 172 c.p.»[171].

4. Il consolidamento dell'orientamento ermeneutico affermato dalle Sezioni unite e l'individuazione dei termini per il computo della prescrizione della pena.

Nella cornice descritta nel paragrafo precedente, che possiamo ritenere consolidata già sul finire degli anni Novanta, si inseriscono alcuni ulteriori e più recenti arresti giurisprudenziali che meglio definiscono – sul piano dei parametri ermeneutici di riferimento – la questione della decorrenza dei termini per il calcolo della prescrizione della pena.

In questo ambito, occorre richiamare l'orientamento giurisprudenziale affermatosi sul tema della sottrazione volontaria dell'imputato all'esecuzione della pena irrogata nei suoi confronti, con cui si chiariscono gli elementi di distinzione tra l'ipotesi disciplinata dell'art. 172, comma quarto, cod. pen. e quella disciplinata dal quinto comma della stessa disposizione.

Deve, in proposito, rilevarsi che, secondo la giurisprudenza di legittimità, in tema di estinzione della pena per decorso del tempo, il *dies a quo*, ai sensi dell'art. 172, comma quarto, cod. pen., si individua nel giorno in cui il provvedimento decisorio è divenuto irrevocabile ovvero in quello in cui il condannato si è volontariamente sottratto alla sua esecuzione; mentre, le cause di sospensione di tale termine, previste dal quinto comma della stessa disposizione, sono esclusivamente quelle riferibili alla pronunzia di condanna e non quelle riferibili all'attività – cui si riconnette la possibile inerzia – posta in essere dagli organi deputati all'esecuzione[172].

Queste opzione ermeneutica è stata successivamente confermata in un contesto applicativo affine, quando la Corte di Cassazione, intervenendo in tema di computo dei termini di prescrizione della pena in pendenza di una procedura di estradizione per l'estero, ribadiva i principi che si sono appena esposti con riferimento alla portata applicativa dell'art. 172, comma quarto, cod. pen.[173]

[171] Si veda Cass. pen., Sez. I, n. 31196 del 17 giugno 2004 (dep. 15 luglio 2004), Giorgetta, cit.; sul punto, si vedano anche le considerazioni di F. CORDERO, *Codice di procedura penale*, cit., pp. 764-765.

[172] Si vedano Cass. pen., Sez. VI, n. 21627 del 29 aprile 2014 (dep. 27 maggio 2014), Antoszek, in *C.E.D. Cass.*, n. 259700; Cass. pen., Sez. V, n. 18586 del 4 marzo 2004 (dep. 22 aprile 2004), D'Aria, in *C.E.D. Cass.*, n. 229826; Sez. I, n. 5518 del 18 novembre 1994 (dep. 30 gennaio 1995), Montagna, in *C.E.D. Cass.*, n. 200212.

[173] Si veda Cass. pen., Sez. VI, n. 44604 del 15 settembre 2015 (dep. 4 gennaio 2015), Wozniak, in *C.E.D. Cass.*, n. 265454; in relazione a questa pronunzia di legittimità si ritiene utile richiamare la massima riportata dall'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione, nella quale si afferma: «In tema di estradizione per l'estero, il termine finale per il calcolo della prescrizione della pena, oggetto della sentenza di condanna costituente

Sulla scorta di tale ricostruzione sistematica, occorre affermare conclusivamente che, in tema di estradizione per l'estero, il termine finale per il calcolo della prescrizione della pena, irrogata dalla sentenza di condanna costituente titolo per l'attivazione della procedura di estradizione, è rappresentato dalla data della presentazione della richiesta e non dalla data della decisione con cui l'autorità giudiziaria competente provvede sull'istanza, accogliendola o rigettandola[174].

5. L'individuazione dei termini di prescrizione della pena nelle ipotesi previste dall'art. 172, comma quinto, cod. pen.

Come si è detto, qualora l'esecuzione della pena è subordinata alla scadenza di un termine ovvero al verificarsi di una condizione, il tempo necessario per determinare l'estinzione della pena decorre dal giorno in cui il termine è scaduto o si è verificata la condizione.

Queste ipotesi, in particolare, riguardano il differimento dell'esecuzione della pena, nei casi previsti dagli artt. 146 e 147 cod. pen.; la sospensione condizionale della pena, nei casi previsti dall'art. 163 cod. pen.; la sospensione dell'esecuzione della pena nei casi di indulto condizionato, nei casi previsti dall'art. 174 cod. pen.

Quanto alla portata applicativa delle prime due ipotesi, deve osservarsi che, ai fini dell'emissione di una declaratoria di estinzione della pena, così come prefigurata dall'art. 172, comma quinto, cod. pen., qualora l'esecuzione della sanzione penale sia subordinata alla scadenza di un termine o al verificarsi di una condizione, i termini decorrono dal giorno in cui è divenuta definitiva la decisione che ha accertato la causa della revoca, in quanto solo da quel momento si ha la certezza giudiziale dell'avvenuta verificazione della causa risolutiva[175].

In questo contesto sistematico, peculiare rilievo assumono le ipotesi di sospensione condizionale della pena previste dall'art. 163 cod. pen., per le quali il termine di prescrizione della pena decorre dal giorno in cui è divenuta irrevocabile la pronunzia che ha accertato il verificarsi di

titolo per l'attivazione della procedura di estradizione, è rappresentato dalla data di presentazione della richiesta di estradizione e non da quella di emissione della sentenza con cui la corte di appello dichiara sussistenti le condizioni per il relativo accoglimento».

[174] Si veda Cass. pen., Sez. VI, n. 44604 del 15 settembre 2015 (dep. 4 gennaio 2015), Wozniak, cit.

[175] Si vedano Cass. pen., Sez. I, n. 14939 del 13 marzo 2008 (dep. 9 aprile 2008), Perinelli, in *C.E.D. Cass.*, n. 240145; Cass. pen., Sez. I, n. 38048 del 6 novembre 2006 (dep. 20 novembre 2006), Gattuso, in *C.E.D. Cass.*, n. 235168; Cass. pen., Sez. I, n. 46929 del 17 novembre 2004 (dep. 2 dicembre 2004), Calderino, in *C.E.D. Cass.*, n. 230168.

una causa di revoca del beneficio. Solo a partire da questo momento, infatti, si ha la certezza che il condannato a pena sospesa ha commesso, nei cinque anni successivi al passaggio in giudicato della decisione presupposta, un delitto della stessa indole, per il quale ha riportato condanna irrevocabile, dando luogo alla condizione risolutiva prevista dall'art. 168, comma primo, cod. pen. per la revoca del beneficio sospensivo.

Ne discende che il periodo di estinzione della pena condizionalmente sospesa, nelle ipotesi di sospensione revocata per la commissione di un delitto nei cinque anni successivi al passaggio in giudicato della sentenza, decorre dal giorno in cui è divenuta definitiva la pronunzia che ha accertato la causa della revoca[176].

In senso differente, infine, rilevano le ipotesi in cui l'esecuzione della pena sia subordinata alla revoca del beneficio dell'indulto concesso al reo, per le quali deve richiamarsi l'intervento chiarificatore delle Sezioni unite, riconducibile alla sentenza "Maiorella" del 2014, con cui veniva risolto il contrasto giurisprudenziale sul calcolo del *dies a quo* per i casi di applicazione dell'indulto, affermandosi il seguente principio di diritto: «Nel caso in cui l'esecuzione della pena sia subordinata alla revoca dell'indulto, il termine di prescrizione della pena decorre dalla data d'irrevocabilità della sentenza di condanna, quale presupposto della revoca del beneficio»[177].

6. Il computo del termine di prescrizione della pena nelle ipotesi di condizioni preclusive rappresentate dalla condizione di recidivo dell'imputato.

Occorre, infine, affrontare il tema delle condizioni preclusive dell'applicazione della prescrizione della pena, previste dall'ultimo comma dell'art. 172 cod. pen., secondo cui l'istituto prescrizionale non si applica nelle ipotesi di condannati recidivi, nei casi previsti dai capoversi dell'art. 99 cod. pen., né nelle ipotesi di delinquenti abituali, professionali o per tendenza.

Su queste ipotesi occorre soffermarsi separatamente.

[176] Si vedano Cass. pen., Sez. I, n. 12466 dell'11 marzo 2009 (dep. 19 marzo 2009), Armento, in *C.E.D. Cass.*, n. 243498; Cass. pen., Sez. I, n. 8640 del 10 febbraio 2009 (dep. 26 febbraio 2009), D'Agostino, in *C.E.D. Cass.*, n. 242886; Cass. pen., Sez. I, n. 2998 del 15 aprile 1999 (dep. 11 giugno 1999), Iacofci, in *C.E.D. Cass.*, n. 213589.

[177] Il principio di diritto riportato nel testo è estratto dalla massima elaborata dall'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione con riferimento alla sentenza Cass. pen., Sez. un., n. 2 del 30 ottobre 2004 (dep. 2 gennaio 2015), Maiorella, in *C.E.D. Cass.*, n. 261399.

La condizione preclusiva della recidiva risulta espressamente prevista dall'art. 172, comma settimo, cod. pen., a tenore del quale: «L'estinzione delle pene non ha luogo, se si tratta di recidivi, nei casi preveduti dai capoversi dell'articolo 99 […]».

In questo ambito, un primo elemento di chiarificazione è costituito dalla sede giurisdizionale in cui la condizione di recidivo dell'imputato deve emergere, avendo la giurisprudenza di legittimità costantemente affermato che tale condizione può essere accertata esclusivamente nel processo di cognizione[178].

Su questa tema, è utile richiamare la sentenza "Milacic" del 2013, che costituisce il più recente ed esaustivo intervento della Suprema Corte, con cui si ribadiva che tale condizione processuale deve essere accertata nel processo di cognizione dopo una rituale contestazione in quella sede giurisdizionale.

Nella sentenza "Milacic", sulla rilevanza della recidiva ai fini della declaratoria di prescrizione della pena, innanzitutto, si affermava il seguente principio di diritto: «La recidiva non è un mero "status" soggettivo desumibile dal certificato penale ovvero dal contenuto dei provvedimenti di condanna emessi nei confronti di una persona, sicché, per produrre effetti penali, deve essere ritenuta dal giudice del processo di cognizione dopo una sua regolare contestazione in tale sede. Ne consegue che, in tema di estinzione della pena per decorso del tempo, non è consentito al giudice dell'esecuzione, ai fini dell'applicazione dell'art. 172, settimo comma, cod. pen., desumere la recidiva dall'esame dei precedenti penali, in mancanza di un accertamento in sede di cognizione»[179].

In stretta connessione con questo principio di diritto, la Suprema Corte, affermava ulteriormente: «L'estinzione della pena per decorso del tempo non opera nei confronti dei condannati recidivi di cui ai capoversi dell'art. 99 cod. pen., a condizione che la recidiva venga

[178] Si tratta di una posizione ermeneutica risalente alla sentenza Cass. pen., Sez. VI, n. 1061 del 14 dicembre 1977 (dep. 3 febbraio 1978), Lai, in *C.E.D. Cass.*, n. 137800.

[179] Si veda Cass. pen., Sez. I, n. 256021 del 19 febbraio 2013 (dep. 21 marzo 2013), Milacic, in *C.E.D. Cass.*, n. 256021, in relazione alla quale il principio di diritto richiamato nel testo è estratto dalla massima riportata dall'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione.

accertata in un qualsiasi momento immediatamente precedente al decorso del termine di prescrizione della pena»[180].

La Corte di Cassazione, dunque, muoveva dall'assunto giurisdizionale che era incontroversa l'irrilevanza della condizione preclusiva che si verificava dopo la scadenza del termine di prescrizione della pena, essendo, in questo caso, l'effetto dell'estinzione ormai irreversibile[181].

Si affermava, al contempo, che la disciplina delle cause di esclusione della prescrizione della pena, alla luce della previsione dell'art. 172, comma settimo, cod. pen., accreditava la conclusione «che deve aversi riguardo al momento immediatamente precedente la maturazione del *dies ad quem* del termine della prescrizione, nel senso, appunto, che è sufficiente che alcuna delle cause preclusive risulti perfezionata *illo tempore*, perché la estinzione della pena non abbia luogo»[182].

Secondo la stessa pronunzia di legittimità, tali conclusioni erano avvalorate dalla previsione della residua «causa impeditiva, costituita dalla commissione di un delitto della stessa indole, alla quale la legge annette rilevanza in funzione del dato cronologico della perpetrazione del reato "durante il tempo necessario per l'estinzione della pena" e, dunque, in epoca necessariamente posteriore alla data della condanna che ha inflitto la pena *de qua* e, *a fortiori*, posteriore alla data di commissione del delitto per il quale la pena in questione è stata applicata»[183].

Questa decisione, come detto, si muove sul solco di un orientamento ermeneutico risalente, secondo il quale solo la recidiva accertata nel processo di cognizione può rappresentare una condizione preclusiva all'applicazione dell'istituto prescrizionale, a norma dell'art. 172, comma settimo, cod. pen., anche se una volta accertata in tale ambito giurisdizionale, questa condizione può farsi valere anche per ulteriori condanne riportate dall'imputato, antecedenti o successive[184].

---

[180] Si veda Cass. pen., Sez. I, n. 256021 del 19 febbraio 2013 (dep. 21 marzo 2013), Milacic, in *C.E.D. Cass.*, n. 256022, in relazione alla quale il principio di diritto richiamato nel testo è estratto dalla massima riportata dall'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione.

[181] Si veda Cass. pen., Sez. I, n. 256021 del 19 febbraio 2013 (dep. 21 marzo 2013), Milacic, cit.

[182] La frase riportata nel testo è tratta dalla motivazione della sentenza Cass. pen., Sez. I, n. 256021 del 19 febbraio 2013 (dep. 21 marzo 2013), Milacic, cit., p. 5

[183] La frase riportata nel testo è tratta dalla motivazione della sentenza Cass. pen., Sez. I, n. 256021 del 19 febbraio 2013 (dep. 21 marzo 2013), Milacic, cit., p. 5

[184] Si è detto che tale orientamento giurisprudenziale è riconducibile alla sentenza Cass. pen., Sez. VI, n. 1061 del 14 dicembre 1977 (dep. 3 febbraio 1978), Lai, cit.; si vedano, in senso sostanzialmente conforme, anche Cass. pen., Sez. I, n. 11348 del 16 marzo 2006 (dep. 30 marzo 2006), Boscarolo, in *C.E.D. Cass.*, n. 233469; Cass. pen., Sez. I, n. 44061 del 21 ottobre 2008 (dep. 26 novembre 2008), Cirillo, in *C.E.D. Cass.*, n. 241836; Cass. pen., Sez. I, n. 23878 del 26 maggio 2010 (dep. 22 giugno 2010), Di Muro, in *C.E.D. Cass.*, n. 247673.

In altri termini, la recidiva, per produrre i suoi effetti, deve essere accertata dal giudice di cognizione, ma, una volta compiuto tale vaglio, opera come preclusione per tutte le condanne riportate dal recidivo siano esse antecedenti o successive a quella in riferimento alla quale tale condizione è stata ritenuta[185].

Da ultimo, questa posizione ermeneutica è stato ribadita con specifico riferimento al processo di esecuzione, affermandosi che la recidiva non può essere ritenuta ai fini dell'applicazione della prescrizione della pena nel solo ambito esecutivo.

La Suprema Corte, in particolare, nel ribadire i principi consolidati in tema di interpretazione dell'art. 172, comma settimo, cod. pen., ha escluso che la recidiva potesse essere accertata in sede esecutiva ai fini della prescrizione della pena. Ne consegue che, in sede di verifica delle condizioni preclusive previste dall'art. 172, comma settimo, cod. pen., il giudice dell'esecuzione non può sindacare l'esistenza della recidiva in presenza di un accertamento positivo compiuto in sede di cognizione[186].

D'altra parte, la recidiva non è una condizione soggettiva desumibile dall'anagrafe giudiziaria del condannato e dai provvedimenti di condanna emessi nei suoi confronti, con la conseguenza che deve essere sottoposta a un apposito vaglio da parte del giudice di cognizione, in assenza del quale non può svolgere alcuna funzione preclusiva rispetto all'applicazione dell'art. 172, comma settimo, cod. pen.

Occorre, pertanto, ribadire conclusivamente che, ai fini della prescrizione della pena, il giudice dell'esecuzione non può desumere la condizione di recidivo del condannato dall'esame dei suoi precedenti penali, essendo indispensabile a tal fine un preliminare accertamento in sede di cognizione[187].

---

[185] Si vedano Cass. pen., Sez. I, n. 11348 del 16 marzo 2006 (dep. 30 marzo 2006), Boscarolo, cit.; Cass., Sez. 1, n. 44061 del 21 ottobre 2008 (dep. 26 novembre 2008), Cirillo, cit.

[186] Si vedano Cass. pen., Sez. I, n. 20496 dell'8 aprile 2015 (dep. 18 maggio 2015), Migliore, in *C.E.D. Cass.*, n. 263609; Cass. pen., Sez. I, n. 44612 del 3 novembre 2013 (dep. 5 novembre 2013), Mari, in *C.E.D. Cass.*, n. 257896; Cass. pen., Sez. I, n. 10425 del 2 febbraio 2005 (dep. 16 marzo 2005), Esposito, in *C.E.D. Cass.*, n. 231209.

[187] Si veda Cass. pen., Sez. I, n. 30707 del 16 aprile 2002 (dep. 13 settembre 2002), Triulcio, in *C.E.D. Cass.*, n. 222238; in relazione a questa pronunzia di legittimità si ritiene utile richiamare la massima riportata dall'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione, nella quale si afferma: «La recidiva non è un mero "status" soggettivo desumibile dal certificato penale ovvero dal contenuto dei provvedimenti di condanna emessi nei confronti di una persona, sicché, per produrre effetti penali, deve essere ritenuta dal giudice del processo di cognizione dopo una sua regolare contestazione in tale sede. Ne consegue che, in tema di estinzione della pena per decorso del tempo, non è consentito al giudice dell'esecuzione, ai fini dell'applicazione dell'art. 172, settimo comma, cod. pen., desumere

7. Il computo del termine di prescrizione della pena nelle ipotesi di condizioni preclusive rappresentate dall'intervenuta condanna dell'imputato alla reclusione per un delitto della stessa indole.

A conclusione di questa panoramica sulla prescrizione della pena, occorre prendere in esame la condizione preclusiva costituita dalla condanna alla reclusione per un delitto della stessa indole, per la quale l'art. 172, comma settimo, cod. pen., dispone: «L'estinzione delle pene non ha luogo […] se il condannato, durante il tempo necessario per l'estinzione della pena, riporta una condanna alla reclusione per un delitto della stessa indole».

Per inquadrare tale condizione preclusiva occorre fare riferimento alla categoria dei delitti della stessa indole rilevanti ai fini dell'applicazione dell'art. 172, comma settimo, cod. pen., mediante il richiamo espresso della previsione dell'art. 101 cod. pen.

In questo contesto sistematico, occorre richiamare la posizione recentemente affermatasi in seno alla giurisprudenza di legittimità, secondo la quale, in tema di estinzione della pena, per individuare la nozione di reati della stessa indole, rilevante ai fini della configurabilità della causa ostativa prevista dall'art. 172, ultimo comma, cod. pen., deve farsi riferimento alle connotazioni di identità prefigurate dall'art. 101 cod. pen.[188]

In questa cornice, deve rilevarsi che ricorre il requisito dell'identità dell'indole dei reati sia nell'ipotesi di condotte illecite che violano la stessa disposizione di legge, sia nell'ipotesi in cui le fattispecie poste a confronto presentano connotazioni di omogeneità, rilevanti, sul piano oggettivo, in relazione al bene giuridico tutelato, ovvero, sul piano soggettivo, in relazione ai motivi a delinquere che esplicano efficacia causale sulla decisione criminosa[189].

Il riferimento all'art. 101 cod. pen., infine, impone una puntualizzazione conclusiva, dovendosi evidenziare che, per reati della stessa indole, devono intendersi non soltanto quelli che violano una medesima disposizione di legge, ma anche quelli che, pur essendo previsti da testi

la recidiva dall'esame dei precedenti penali, in mancanza di un accertamento in sede di cognizione, a nulla rilevando la non obbligatorietà della relativa contestazione».

[188] Si veda Cass. pen., Sez. VI, n. 4974 dell'8 settembre 2016 (dep. 8 febbraio 2016), Siepak, in *C.E.D. Cass.*, n. 266264.

[189] Si vedano Cass. pen., Sez. V, n. 52301 del 14 luglio 2016 (dep. 9 dicembre 2016), Petroni, in *C.E.D. Cass.*, n. 268444; Cass. pen., Sez. I, n. 44255 del 17 settembre 2014 (dep. 23 ottobre 2014), Durdev, in *C.E.D. Cass.*, n. 260800.

normativi diversi, per la natura dei fatti che li costituiscono o dei motivi che li hanno determinati, presentano, nei casi concreti, caratteri fondamentali comuni[190].

[190] Si vedano Cass. pen., Sez. I, n. 46138 del 27 ottobre 2009 (dep. 1 dicembre 2009), Greco, in *C.E.D. Cass.*, n. 245504; Cass. pen., Sez. II, n. 40105 del 21 ottobre 2010 (dep. 12 novembre 2010), Apostolico, in *C.E.D. Cass.*, n. 248774; Cass. pen., Sez. VI, n. 53590 del 20 novembre 2014 (dep. 23 dicembre 2014), Genchi, in *C.E.D. Cass.*, n. 261869.

FRANCESCO ENRICO SALUZZO

Divieto di *reformatio in peius*. L'origine, i fondamenti e l'interpretazione di un divieto che affligge l'economia processuale.

➢ **Le origini codicistiche del divieto di *reformatio in peius*** e le resistenze opposte alla previsione dello stesso nell'attuale codice di procedura penale**.**

1) Codice del 1913, art. 480 co. 2:

il divieto si concretava nella previsione secondo cui la sentenza non poteva essere riformata, a danno dell'imputato soltanto nella qualità e misura della pena

2) Codice del 1930, art. 515 co. 3 c.p.p.:

il divieto si estende all'applicazione di misure di sicurezza nuove o più gravi di quelle contenute nella sentenza appellata e al proscioglimento dell'imputato per una causa meno favorevole rispetto alla precedente decisione.

3) Codice del 1988 - iter legislativo:

▪ In sede di elaborazione della legge di delega per la riforma del Codice di procedura penale la Commissione Giustizia alla Camera aveva approvato un emendamento per introdurre - come nuovo principio e criterio direttivo della delega - la "parità tra il Pm e l'imputato in ordine all'eventuale appello incidentale" ma aveva mantenuto il silenzio sul correlativo tema della *reformatio in peius*.

A livello parlamentare si scatenò un ampio dibattito tra i favorevoli all'introduzione e i contrari:

o Tra i favorevoli all'introduzione del divieto di *reformatio in peius*:

- On. Vassalli indicava quel silenzio come una lacuna da colmare;

- Rel. Fortuna: il divieto come espressione di un principio politico del processo di enorme rilievo; la minaccia della *reformatio in peius* sarebbe stata un elemento veramente preoccupante rispetto ai diritti della difesa;

- Rel. Valiante: il divieto è nella linea delle nostre tradizioni giuridiche;

- Parere del Governo: il Governo è convinto che il divieto di *reformatio in peius* sia un principio da nessuno posto in discussione.

o Contrari al divieto:

- On. Padula: "principio strettamente legato al criterio del *tantum devolutum quantum appellatum*. L'obbligatorietà della rinnovazione del dibattimento deve comportare l'esplicita abolizione del principio del divieto della *reformatio in peius*; infatti deve ricadere sulle parti la piena responsabilità delle conseguenze che potranno incontrare nell'esercizio di quella disponibilità che il sistema accusatorio loro confida".

▪ Il d.l. Gonnella (d.l. n. 380/1968) "per la riforma del Codice di procedura penale" non conteneva alcuna indicazione né sul tema della *reformatio in peius*, né sul connesso tema dell'appello incidentale.

▪ L'emendamento Vassalli del 1971 prevedeva il divieto di *reformatio in peius* nel solo caso di appello dell'imputato; l'emendamento tuttavia non completò il suo iter e nel '72 venne riproposto.

▪ Nel 1977 un'apposita sottocommissione con il compito di predisporre il progetto di un testo articolato sulla generale materia delle impugnazioni proponeva un ampliamento dell'ambito operativo del divieto in esame.

▪ Il Parere sul testo completo del Progetto Preliminare per il nuovo c.p.p., steso dalla Commissione consultiva, e pubblicato nel 1979: prevedeva all'art. 558 co. 3 e co. 4, la formulazione "diretta" e "indiretta" del divieto, negli stessi termini che dieci anni dopo verranno consacrati nel vigente art. 597 co. 3 e co. 4 del c.p.p. del 1988; il testo del 1979 tuttavia non venne mai sottoposto all'approvazione del Consiglio dei ministri.

▪ Nel 1982 si addiverrà alla approvazione di un d.l. nel quale venivano riproposte, le stesse direttive del 1974 (esclusione dell'appello incidentale, ammissibilità dei nuovi motivi di impugnazione, divieto di *reformatio in peius* in caso di appello del solo imputato).

Taluno, in sede di discussione, rilevava che l'introduzione dell'appello incidentale di ambedue le parti non valesse come efficace disincentivo all'abuso dell'impugnazione, pertanto una parte della Commissione ministeriale proponeva emendamenti e soluzioni alternative:

1) l'eliminazione del divieto di *reformatio in peius*, riconoscendo la possibilità al giudice di riformare *in peius* la sentenza quando vi è appello del solo imputato e di riformarla *in melius* quando vi è appello del solo PM;

2) limitare l'effetto devolutivo dell'appello ai punti cui si riferiscono i motivi, con la possibilità per il giudice di riformare in meglio o in peggio la sentenza impugnata.

Gli emendamenti suddetti tuttavia non passarono in votazione per questioni procedurali e, pertanto, rimase ferma la previsione del divieto *tout court*.

▪ Il testo della Commissione Giustizia dell'82 venne ripresentato nella legislatura successiva e trasposto nella seconda delega per il Codice di procedura penale: l. 81/1987.

Il Parlamento tuttavia non accoglieva la proposta di soppressione ma anzi nella Relazione preliminare al "nuovo" Codice specificava che il divieto veniva rafforzato rispetto al codice del 1930, prevedendo l'obbligatoria diminuzione della pena complessiva in caso di accoglimento dell'appello in ordine alle circostanze o al concorso di reati.

➢ **Il nuovo art. 597 comma 3 c.p.p.**, nella sua formulazione definitiva apparve fin da subito caratterizzato da una ratio poco nitida e una fisionomia operativa per alcuni aspetti incerta come si evince dalle prospettive ermeneutiche e dalla **vasta e variegata gamma di approdi registrati dalla giurisprudenza di legittimità.**

Il punto dibattuto - oggetto da tempo di dibattito dottrinale e contrasti giurisprudenziali - attiene al raggio operativo del divieto di *reformatio in peius*: ci si domanda se il raggio operativo

del divieto di *reformatio in peius* debba fermarsi alla pena finale e alle sue modalità esecutive, oppure possa coprire anche le singole componenti in modo che non subiscano aggravi tali da compensare variazioni *in melius* su punti diversi.

Si sono, quindi, sviluppati due indirizzi giurisprudenziali sostanzialmente divergenti:

1) L'approccio "**sintetico**":

▪ Cass. Sez. Un. n. 40910 del 27.9.2005 William Morales.

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale, il divieto di *reformatio in peius* non riguarda solo l'entità complessiva della pena, ma anche tutti gli elementi autonomi che concorrono alla sua determinazione.

Si tenga presente che sotto la vigenza del codice di rito penale abrogato, la giurisprudenza applicava il divieto in esame solo alla pena complessivamente inflitta e non anche ai singoli elementi che la compongono e ai calcoli effettuati per giungere ad essa, con la conseguenza che nel caso di appello del solo imputato, il giudice d'appello non poteva "travalicare il limite complessivo della pena già inflitta o modificare in senso peggiorativo la specie, rimanendo, invece, libero di una diversa valutazione della gravità dei fatti o di una non coincidente applicazione dei criteri di cui agli artt. 69 e 133 c.p." (Cass. del 22.11.1985, in ass.pen., 1986, III, p. 656).

2) L'interpretazione **"analitica":**

Il divieto di cui all'art. 597 co. 3 c.p.p. concerne il dispositivo e riguarda solo la pena complessiva; rimangono invece esclusi i singoli elementi che compongono la pena e i calcoli effettuati per giungere alla sua determinazione, ivi compresi gli aumenti e le diminuzioni, per cui, in motivazione, il giudice può rideterminare la pena per il reato base nel massimo edittale in senso sfavorevole all'imputato, sempre che non irroghi una pena complessiva più grave di quella precedentemente irrogata. (Cass. pen., Sez. I, n. 13702 del 13.3.2007, Santapaola)

Il divieto della riforma peggiorativa, dunque, non si estende alla motivazione nella cui formulazione il giudice non può subire condizionamenti (Cass. pen., Sez. III, n. 25606 del 24.3.2010, Capolino e altro).

Nel medesimo senso si è ancora affermato che il divieto possa operare nel caso in cui il giudice d'appello, applicando la disciplina della continuazione, abbia rideterminato la pena base con riferimento ad un reato diverso da quello erroneamente individuato dal primo giudice come reato più grave, pervenendo comunque, per effetto del riconoscimento di una circostanza attenuante, alla riduzione della pena conclusivamente applicata (Cass. pen., sez V, n. 12136 del 2.2.2011, Mannavola).

In definitiva, dal divieto di *reformatio in peius* deriva il vincolo all'irrogazione di una pena complessivamente inferiore a quella già inflitta, ma ciò non vale per le singole componenti, sicchè la pena base potrà essere individuata anche in misura maggiore alla pena irrogata per il reato più grave poi venuto meno (Cass. pen., Sez. VI, n. 31266 del 16.6.2009, Buscemi e altro).

A seguito del contrasto giurisprudenziale appena illustrato è stata rimessa alle Sezioni Unite–che con la **sentenza n. 16208 del 27 marzo 2014** hanno escluso che incorra nella violazione del divieto di *reformatio in peius* il giudice di rinvio che – individuato il reato più grave a norma dell'art. 81 co. 2 c.p. in conformità a quanto stabilito nella sentenza della Corte di Cassazione, pronunciata su ricorso del solo imputato – apporti per uno dei reati in continuazione un aumento maggiore della pena rispetto a quello stabilito dal primo giudice, pur non irrogando una pena di entità complessivamente maggiore.

La sentenza in esame, tuttavia, sottolinea le peculiarità dell'istituto del reato continuato, che nel caso di specie costituiva "l'oggetto su cui deve commisurarsi il raffronto tra i trattamenti sanzionatori". Dipenderebbe dunque, da tali caratteristiche strutturali la diversità tra gli esiti cui approda la decisione *de qua* e le conclusioni raggiunte dalla Cass., Sez. Un., 27.9.2005, espressione dell'approccio sintetico.

In questa sede tale statuizione viene ribadita, ma delimitata nella sua portata applicativa: è destinata ad operare solo laddove il giudice dell'appello o del rinvio sia chiamato a pronunciarsi sulla "stessa sequenza di reati avvinti dal cumulo giuridico", ipotesi nella quale troverebbe una plausibile giustificazione "la preclusione a non rivedere in termini peggiorativi non soltanto l'esito finale del meccanismo normativo di quantificazione del cumulo, ma anche i singoli parametri di commisurazione di ciascun segmento che lo compone".

Nonostante l'indirizzo interpretativo espresso dalle Sezioni Unite del 2013, le più recenti pronunce si sono discostate dal tracciato; in particolare:

- Cass. pen., Sez. II, sent. n. 34387 del 6.5.2016

Nel giudizio d'appello, instaurato a seguito di impugnazione del solo imputato, viola il divieto di *reformatio in peius* il giudice che, riqualificato in termini di minore gravità il fatto sul quale è commisurata la pena base – a seguito del riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche - pur irrogando una sanzione complessivamente inferiore a quella inflitta in primo grado, applica per i reati satellite – già unificati per la continuazione – un aumento di pena maggiore rispetto a quello praticato dal giudice della sentenza riformata, in quanto la struttura del reato continuato non cambia nonostante la mutata qualificazione della violazione più grave.

I continui contrasti della giurisprudenza di legittimità non permettono una chiara e precisa delimitazione dei confini di applicabilità dell'istituto.

- **Le diverse opzioni interpretative prospettate sul fondamento giuridico del divieto**: qual è l'effettiva ratio del divieto?

- Il *favor rei.*

In tal senso, il *favor rei* viene considerato come un super-principio normativo che discende dalla presunzione di innocenza sancito dalla Costituzione. Tale derivazione costituzionale del principio del *favor rei* potrà, tuttavia, affermarsi in ordine al riconoscimento della responsabilità e non anche relativamente agli effetti dell'appello.

Peraltro il principio in oggetto non può essere inteso come principio generale normativo bensì come principio generale "informatore", capace come tale solo di esprimere una funzione interpretativa, indicando di scegliere, tra le diverse letture possibili di una norma, quella più favorevole all'imputato; in punto di valutazione della responsabilità consentirà, quindi, la "razionalizzazione" di un dubbio, ma in tema di impugnazioni potrebbe potenzialmente determinare un irrazionale squilibrio tra il pieno esercizio della potestà punitiva e l'interesse dell'imputato.

- Il diritto di difesa.

Il diritto di difesa si manifesta nelle modalità di formazione e valutazione della prova il cui esito finale può tradursi in un diritto ad essere assolti, in un diritto a una pena equa e inferiore a quella comminata in primo grado, ma non necessariamente a una pena "bloccata" anche laddove la valutazione globale del Tribunale possa ritenersi errata.

- Principio della domanda: *tantum devolutum quantum appellatum*.

Le Sezioni unite lo riconducono al principio della domanda, osservando che altrimenti sarebbe consentito al giudice di appello andare oltre il *petitum* sostanziale perseguito attraverso il gravame ed introdurre nel panorama decisorio effetti "novativi", determinando un aggravamento della posizione dell'imputato, senza domanda della parte pubblica.

In realtà, non esiste alcuna relazione di dipendenza tra devoluzione e divieto di riforma in peggio: la prima opera a livello di cognizione, il secondo sul piano della decisione.

Occorre interrogarsi sulla stessa sussistenza, nel nostro ordinamento, del menzionato "principio della domanda": l'appello può essere identificato con una "domanda", tale da limitare conseguentemente il potere dell'organo giudicante? Se così fosse, come potrebbe spiegarsi la possibilità per il giudice di irrogare una sanzione minore anche laddove ciò non sia compreso tra i motivi di impugnazione?

In effetti, la devoluzione parziale non vincola il giudice al riscontro della fondatezza dei motivi proposti, conferendogli invece pieni poteri di conoscere i punti investiti dai motivi. Se davvero l'oggetto del "riesame" di merito fosse la domanda dell'impugnante, una volta riscontratone il fondamento, il giudice non potrebbe che decidere in conformità con le richieste formulate. Come se fosse configurabile un potere dell'imputato unico appellante, di devolvere al suo giudice, e così condizionandolo, il potere di decidere, ed anzi il dovere di non decidere, e dunque un contro-potere di interdizione.

Al contrario, la devoluzione parziale dovrebbe consentire all'organo giudicante di rescindere la precedente pronuncia, sostituendovi *in parte qua* la propria: a una nuova cognizione dovrebbe pertanto fare seguito un nuovo giudizio e una nuova – non limitata – decisione.

"Lo scollamento tra cognizione e decisione che si realizza in forza del divieto di riforma in peggio non permetta al giudice di modificare nel merito gli esiti del processo, assecondando il

proprio libero convincimento, ma lo costringe negli angusti confini di una motivazione in *malam partem*. Più in generale, potrebbe persino profilarsi un attrito con il principio di legalità, ponendosi il divieto come momento di rottura tra accertamento, responsabilità e pena, in contrasto con l'indefettibilità della giurisdizione" (H. Belluta, "L'odissea del divieto di reformatio in peius: la parola torna alle sezioni unite", in www.penalecontemporaneo.it).

I diversi orientamenti che vogliono ricondurre il fondamento del divieto di *reformatio in peius* all'uno o all'altro principio dell'ordinamento processual-penalistico non risultano coerenti e corretti. Parte della dottrina, pertanto, abbandonando ogni tentativo di addivenire ad una razionale collocazione dell'istituto ha preferito ripiegare nella comoda e tralaticia soluzione della sua **configurazione in temini di principio di portata generale**.

Complice di questo nuovo orientamento è sicuramente una pronuncia della Corte Costituzionale che nella sentenza n. 3 del 14 gennaio 1974, annoverò tra i principi fondamentali del processo penale: "i principi fondamentali del processo penale, dalla contestazione dell'accusa, all'esercizio del diritto di difesa, al doppio grado di giurisdizione, al divieto di *reformatio* in *peius* in difetto di impugnazione del pubblico ministero".

In realtà tale configurazione del divieto di riforma in peggio in termini di principio generale dell'ordinamento non è stata oggetto di riconoscimento unanime da parte della giurisprudenza ed ha suscitato perplessità nella dottrina che ne rinveniva i caratteri di eccezionalità.

Volgendo lo sguardo alla Carta Costituzionale si deve notare che, pur ipotizzandosi una pluralità di gradi nel procedimento giudiziario (ex art. 24.2) non si configura sul piano delle garanzie un giudizio di merito di secondo grado ("il doppio grado di giurisdizione, così diffuso e tradizionale nell'orientamento italiano, non è oggetto di un diritto elevato a rango costituzionale" - Corte Cost. 280/1995).

A maggior ragione nel testo costituzionale manca una qualsiasi previsione relativa alla configurazione, in sede di giudizio di appello, di un eventuale divieto, in sede di appello, di *reformatio in peius*.

Anche nelle Convenzioni internazionali non si riscontra alcun riferimento che consenta di riconoscere al divieto di *reformatio in peius* la portata di principio generale.

Nel Patto sui diritti civili e politici dell'ONU (1966) si fa solo riferimento, a favore di ogni individuo condannato per un reato, al "diritto a che l'accertamento della sua colpevolezza e la condanna siano riesaminate da un tribunale di seconda istanza in conformità della legge".

Ugualmente in ambito comunitario, manca un qualsiasi riferimento normativo cui possa trovare appiglio la previsione di un principio generale di divieto di riforma in peggio. L'art. 2 del Protocollo n. 7 della CEDU (ratificato con l. 98/1990), ribadisce quanto già affermato nel Patto sui diritti civili e politici dell'ONU del 1966 affidando peraltro alla legislazione interna il compito di determinare le modalità concernenti l'esercizio del diritto ad attivare l'esame da parte della non meglio precisata giurisdizione superiore; la norma non legittima un'interpretazione per cui il riesame ad opera di un tribunale superiore debba coincidere con un giudizio di merito (C. Cost. 288/1997).

Nonostante i plurimi tentativi di inquadramento, il divieto, dal punto di vista logico-giuridico non ha fondamento, essendo invece ispirato da una ragione esclusivamente politica.

Il riconoscimento del divieto di *reformatio in peius*, peraltro, e come già accennato, si scontra con alcuni principi fondamentali del nostro ordinamento:

L'art. 101 comma 2 Cost. prevede che "Ogni giudice è soggetto soltanto alla legge".

In virtù di tale assunto l'organo pubblico, PM, non ha il potere neanche in primo grado di condizionare o limitare i poteri del giudice. Il giudice potrà nonostante le difformi richieste del PM assolvere o condannare l'imputato o condannarlo ad una pena diversa da quella richiesta. Qualora poi, in secondo grado a farsi promotore dell'appello sia il PM, il giudice potrà adottare "ogni provvedimento imposto o consentito dalla legge" ex art. 597 co. 2 c.p.p.

Alla luce della disciplina contenuta nei commi 3 e 4 dell'art. 597 c.p.p., non potrà farlo allorquando appellante è il solo imputato. Non potrà irrogare una pena più grave per specie e quantità, nè revocare benefici salva la facoltà di dare al reato, entro i limiti delineati per i poteri di cognizione una diversa definizione anche più grave, purchè non venga superata la competenza del

giudice di primo grado; non potrà neanche applicare una misura di sicurezza nuova o più grave o prosciogliere l'imputato per una causa meno favorevole di quella enunciata nella sentenza appellata.

Il giudice sarà quindi limitato per effetto dell'esercizio di "un contro potere riconosciuto al privato, che in tal modo mette in soggezione addirittura il giudice. Lo può fare in forza di una legge e quindi in ossequio formale all'art. 101 Cost. ma si tratta di una legge che si morde la coda, depotenziata, nella sua scarsa razionalità istituzionale".

Quindi si afferma la potenzialità neutralizzatrice del potere giurisdizionale da parte del contropotere dell'imputato unico appellante che spesso sarà anche già condannato.

Mentre è rimasto fermo il divieto di *reformatio in peius* relativamente all'appello del solo imputato, al contempo è però ritenuta possibile la riforma *in melius* per l'imputato, in presenza del solo appello antagonistico da parte del PM.

Il potere di delimitare l'ambito di cognizione del giudice d'appello è stata, tuttavia, considerata una **delimitazione sostenibile in quanto strettamente correlata con le esigenze di economia processuale**.

Pur superando le critiche volte a rilevare l'asimmetria che caratterizzerebbe in tal modo il processo tra parti, una rapida occhiata alla tabella contenente i dati ministeriali con oggetto il numero di procedimenti penali pendenti dinnanzi alle Corti d'Appello dimostra come gli intenti politici non siano soddisfatti nella realtà giudiziaria.

Rispetto al dato del primo grado e della cassazione (in aumento, ma in termini fisiologici) l'aumento della pendenza in appello è quasi del 200%.

Ribadire l'incentivo all'impugnativa rappresenta una contraddizione foriera di un nuovo intasamento delle procedure in contrasto con le esigenze di economia processuale.

Il divieto di *reformatio in peius* è sicuramente un incentivo all'impugnativa da parte del solo imputato; del resto è come proporre di giocare a "testa o croce" alle seguenti condizioni: "Se vince testa, vinci tu. Se vince croce, pareggiamo". Il malcapitato non soltanto non potrebbe mai vincere e soprattutto passerebbe le giornate a giocare; questo è il ruolo del PM nel nostro sistema delle impugnazioni.

È un aggiramento sofistico del divieto affermare che lo stesso non sia diretto ad attribuire all'imputato un trattamento sotto ogni profilo più favorevole rispetto a quello derivante dal precedente grado ma che abbia il solo scopo di impedirgli di subire un trattamento sanzionatorio più severo di quello riservatogli dal primo giudice.

L'imputato condannato avrà sempre un interesse a proporre appello. Non rischierà sostanzialmente nulla in caso di appello infondato o dilatorio. L'abuso del processo da parte dell'imputato è la diretta conseguenza; la speranza di far decorrere i termini massimi di prescrizione alimenta questa tendenza all'impugnativa.

L'assenza di effettivi limiti alla proposizione degli appelli determina sul sistema conseguenze drastiche tanto in tema di economia processuale quanto a livello economico.

Occorre far si che si muti radicalmente la valutazione "costi/benefici" rispetto alla scelta di proporre appello e ciò sarà possibile con una riforma a costo zero, che possa coniugare il pieno esercizio del diritto di difesa con forme efficaci di disincentivazione di appelli pretestuosi e dilatori: l'abolizione dell'art. 597 comma 3 c.p.p.

GIOVANNI MARIA FLICK

Efficienza a costo zero: l'abolizione del divieto di *reformatio in peius*[191]

Sommario: 1. L'abolizione del divieto di reformatio in peius: un passo indietro non a costo zero. - 2. Appello, princìpio di legalità e diritto di difesa. - 3. Il consolidamento del divieto ... - 4. (segue) ...e il suo fondamento. - 5. La funzione dell'appello incidentale. - 6. Rimodulare l'appello invece di comprimere il diritto di difesa.

1. Nel quadro di una riflessione complessiva sui profili organizzativi del processo penale e sulla sua risposta di efficienza, oggi largamente carente, il Congresso dedica una domanda specifica e stimolante alla possibilità di rispondere a talune disfunzioni dell'appello con l'abolizione del divieto di *reformatio in peius*, a "costo zero".

La domanda non è nuova. Sotto forme diverse - in questo caso il risparmio di spesa per incentivare l'efficienza - ripropone un tema che ciclicamente viene ad abbattersi sul mondo del processo e della sua riforma, quando alcune condizioni ne assecondino l'emersione.

Oggi, quelle condizioni sono rappresentate dal paludoso arresto, nelle sabbie mobili parlamentari, delle iniziative sulla riforma del processo penale in genere e della prescrizione in particolare: prescrizione - va detto - che è causa della vergognosa vanificazione di tanti processi e delle censure che ci provengono a livello comunitario, specie dopo il noto caso Taricco, recentemente scrutinato dalla nostra Corte costituzionale con un esito di *non liquet* allo stato.

In sostanza, dal momento che l'appello costituisce indubbiamente una strettoia processuale, all'interno della quale si incanalano pressoché automaticamente tutte le pronunce sfavorevoli all'imputato; e poiché le risorse della giustizia sono quello che sono (in termini di risorse e di personale), i tempi tecnici di definizione dei processi subiscono una diluizione consistente; con gli ovvii epiloghi che ne scaturiscono sul piano della prescrizione dei reati, specie della fascia medio bassa di gravità.

In questo quadro, come è evidente, si assiste ad esempio - tra le varie patologie che ne conseguono - ad una sostanziale vanificazione di tutto l'apparato contravvenzionale; con la

[191] * Intervento nella terza sessione del Congresso Nazionale di Magistratura Indipendente, Quale giustizia? Le proposte di MI. Torino, 4 febbraio 2017.

conseguenza di indurre verso un "innalzamento" della risposta sanzionatoria, a discapito di sistemi sanzionatoli più flessibili e di pronta attuazione. O si assiste ad una rincorsa verso l'alto delle previsioni attuali di pena edittale per delitti di particolare allarme sociale, a scopo emblematico e soprattutto di ostacolo al maturare della prescrizione.

Il tema di una seria riforma delle impugnazioni in genere e dell'appello in specie è sotto l'attenzione dei giuristi da moltissimi anni. Il problema della "coerenza" dell'appello è rimasto intonso dai tempi del codice Rocco, poiché il codice Vassalli non ha introdotto significative modifiche a questo rimedio, solo concettualmente "parzialmente devolutivo". Tuttavia la risposta - secondo il parere di alcuni - è soltanto quella di rendere in sé "rischioso" questo mezzo di gravame, attraverso la eliminazione del più che tradizionale (non a torto, vista la nostra cultura di ispirazione liberale, non scardinata neppure dalle deformazioni massimaliste dell'epoca fascista) principio del divieto di *reformatio in peius*.

Se vuoi appellare - sostengono gli assertori di questa tesi - devi pagare il "dazio" di un possibile riesame sfavorevole della sentenza, a prescindere dal contenuto della domanda impugnatoria che idealmente dovrebbe costituire l'oggetto del giudizio. Chiedi giustizia sollecitando un abbassamento della pena o la concessione di attenuanti; ti si risponde "picche" aggravando la pena inflitta o applicando una aggravante che il primo giudice aveva escluso. Il tutto sulla base di un "potere di giudizio" del tutto officioso (essendo rimasta silente sul punto la parte pubblica), che - come incisivamente afferma Cordero - degraderebbe il primo giudizio ad una mera "ipotesi" di sentenza. C'è qualcosa che evidentemente non toma.

Si tratta a ben vedere di un piccolo - ma non tanto - passo indietro che non può essere giustificato neppure dall'apprezzabile intento di recuperare efficienza a "costo zero", facendo leva sulla mancata costituzionalizzazione della garanzia del secondo grado di giudizio di merito. Esistono infatti alcuni valori di fondo nel processo che costituiscono altrettanti punti fermi di sistema, con i quali ci si deve necessariamente misurare.

Il primo - e, a mio avviso, fondamentale - fra essi è che il processo "tollera" la assoluzione "ingiusta," mentre non tollera la condanna "ingiusta". H principio di legalità deve infatti assistere la condanna, che può essere pronunciata soltanto in base ad una "legge" che deve essere "legalmente" applicata attraverso un "giusto processo". Ed il processo è "giusto" solo se e nei

limiti in cui condanni un determinato soggetto "giustamente" oltre che legalmente, per un fatto previsto dalla legge come reato.

Il secondo di tali valori, più in generale, è rappresentato dal rifiuto di una logica esasperata di efficientismo (non di efficienza) e di profitto. La prima rischia di risolvere l'amministrazione della giustizia soltanto in risultati statistici, trascurando la componente umana e valoriale. La seconda logica rischia di risolverla, ad esempio, soltanto in una negoziazione sull'esercizio dell'azione penale o sul patteggiamento e sul risarcimento del danno, alla luce di certe esperienze di oltreoceano nel contesto del rapporto fra la giustizia e l'impresa; o alla luce di certe forme di risarcimento pecuniario di recente introduzione, per l'espiazione della pena detentiva in condizioni di sovraffollamento contrarie al senso di umanità.

2. Il *favor rei*, non è un paradigma meramente teorico privo di base normativa e soprattutto costituzionale, dal momento che è la stessa Carta fondamentale e le varie Carte sui diritti dell'uomo che pongono l'imputato in una condizione ontologicamente protetta da garanzie che - in senso inverso - non potrebbero trovare le stesse giustificazioni e la stessa base giuridica. D princìpio di parità delle parti è, quindi nel processo penale un criterio soltanto orientativo, per misurare i diversi poteri processuali; ma non ha nulla a che vedere con una dimensione sostanziale dei livelli di protezione.

Ciò è tanto vero che il nostro sistema - non da oggi - prevede la revisione soltanto in favor, a differenza di quanto avviene in altri Paesi - ad esempio la Gran Bretagna - ove in determinati casi è possibile un nuovo giudizio in sfavor. Allo stesso modo, la riparazione per gli "errori" giudiziari viene vista come un naturale corollario del diritto di difesa, al punto da trovare sede costituzionale proprio nell'art. 24, mentre 1'"errore di assoluzione" è in sé privo di risalto costituzionale.

In questo quadro di riferimento sembra, dunque, più che coerente mantenere una regola la quale impedisca di utilizzare strumentalmente l'appello del solo imputato, per conseguire riforme sfavorevoli della sentenza da lui solo impugnata; una regola che impedisca di avvalersi di tale strumentalizzazione per riconvertirla in uno spauracchio altrettanto strumentale di segno opposto, teso a comprimere il ricorso a quel rimedio impugnatorio.

Ma, ovviamente, qualcosa di più si può dire proprio sul piano del sistema. D processo moderno è, come tutti sappiamo, un processo di parti: e il giudice è chiamato a misurarsi sulle

pretese fatte valere dai protagonisti necessari, i quali sollecitano la sua pronuncia su un tema che vede ciascuna delle parti animata da una prospettiva peculiare.

Il pubblico ministero - come titolare del *munus* della azione penale - è portatore di una prospettiva di legalità (l'azione penale è per definizione il "motore propulsivo" della legalità sostanziale). Poiché l'esercizio della azione presuppone la coltivabilità della accusa in dibattimento, è del tutto evidente che - una volta intervenuta la pronuncia di primo grado - l'impugnazione si proietti come semplice prosecuzione di quella stessa istanza di legalità che costituisce l'anima del potere di agire. Ciò prescinde ovviamente dallo specifico tipo di domanda impugnatoria che lo stesso pubblico ministero intenda proporre al giudice del gravame. Il principio, infatti, non soffre limitazioni anche nella ipotesi in cui, per avventura, il pubblico ministero ritenesse di proporre una impugnazione "in favore" dello stesso imputato.

L'imputato invece è portatore del diritto di difesa, nel cui ambito si colloca e si giustifica il diritto di impugnazione. La domanda di appello è ontologicamente una richiesta di revisione del precedente giudizio, saldata alla integralità della sfera entro cui quel diritto può trovare espressione secondo il diritto positivo.

Concettualmente, dunque, non è il contenuto in sé di quella domanda a rappresentare il limite del potere del giudice della impugnazione; questo lo può stabilire il legislatore, tracciando appunto il limite del *tantum devolutum quantum appellatum*. Il vero confine "sistematico" dell'appello è invece rappresentato proprio dal diritto che quella domanda esprime.

Se quel diritto è rappresentato dal diritto costituzionale di "difendersi provando", non v'è dubbio che - starei per dire "ontologicamente" - il diritto di difesa preclude al giudice dell'appello qualsiasi riforma "in peggio" della sentenza di primo grado, appellata "in propria difesa" dal solo imputato. In parole semplici, la diversità ontologica delle due forme di appello del pubblico ministero e dell'imputato è legata al fatto che Luna è volta a soddisfare il princìpio di legalità sostanziale di cui è portatore il pubblico ministero. L'altra è volta a soddisfare il diritto della difesa dell'imputato.

Discende da questa duplice e differente premessa il corollario secondo cui riconoscere al giudice dell'appello sua sponte il potere di aggravare la posizione dell'imputato finisce per non soddisfare né le esigenze e le attese di legalità del pubblico ministero; né quelle di difesa dell'imputato. Non possono essere entrambe surrogate dalla iniziativa del giudice; in realtà e in

ultima analisi, la *reformatio in peius* finisce per annullare e vanificare il significato della sentenza di primo grado.

L'eliminazione del divieto di *reformatio in peius* d'altra parte renderebbe davvero incongrua la pretesa del codice di richiedere, anche nei casi di appello del solo imputato, il requisito della specificità dei motivi. Un simile requisito suonerebbe incongruo ove al giudice fosse consentito uno spazio officioso di totale devoluzione, al punto da poter integralmente sovvertire la pronuncia di primo grado. I motivi di impugnazione finirebbero in tal modo per degradarsi a mera occasione di pronuncia, più che rilevare quale oggetto di pronuncia.

Per altro verso, risulterebbe totalmente frustrato lo stesso diritto al contraddittorio. Un potere integrale di revisione in capo al giudice del gravame renderebbe impossibile all'imputato di interloquire sulle ragioni (sconosciute prima della sentenza) che possono militare a favore di una pronuncia sfavorevole nei suoi confronti.

Last but non least, risulterebbero del tutto vanificate le numerose cautele che la nostra giurisprudenza di legittimità e quella della CEDU mostrano per il caso in cui, su impugnazione del pubblico ministero avverso una sentenza di proscioglimento, il giudice di appello ritenga di condannare l'imputato, ove si ammettesse il superamento della regola del divieto di *reformatio in peius*. Il tutto, a testimonianza di come l'ordinamento non possa fare a meno di quella garanzia, figlia dei principi che si sono dianzi indicati.

3. La tradizione del divieto della *reformatio in peius* conferma questa impostazione, nella sua breve ma complessa storia a partire dal c. p. p. del 1913 il cui art. 480 prevedeva il divieto di *reformatio in peius* in danno dell'imputato, quando non vi fosse appello del pubblico ministero.

Il divieto venne invece contestato dal Guardasigilli nel progetto di c.p.p. del 1930, che propose di riconoscere al giudice d'appello il potere-dovere di aumentare la pena inflitta in primo grado - se da esso fosse stata ritenuta inadeguata - una volta mantenuto in vita il processo ancorché per scelta dell'imputato: sia per una ragione logico-giuridica; sia per ragioni d'ordine pratico. Si voleva così eliminare la possibilità di esercitare la facoltà di appello senza rischio; anzi, col vantaggio di differire comunque l'esecuzione della pena.

A fronte delle decise e molteplici opposizioni rispetto a questa soluzione drastica, il Guardasigilli riconobbe che effettivamente il piano in tal modo proposto per gli appelli "temerari e dilatori" avrebbe vanificato - su decisione unilaterale della parte privata - la portata decisoria della sentenza di primo grado. Propose quindi al posto dell'eliminazione del divieto di *reformatio in peius* l'introduzione dell'appello incidentale; essa venne accolta allo specifico e dichiarato fine di limitare comunque la portata del divieto di *reformatio in peius*.

Le polemiche che accompagnarono l'istituto dell'appello incidentale - sia allora; sia nei successivi lavori di riforma del c.p.p. fino al progetto definitivo di riforma ed al c.p.p. vigente - non incisero tuttavia sul divieto di *reformatio in peius* in caso di appello del solo imputato. Esso anzi venne annoverato fra i «princìpi fondamentali del processo penale», in un *obiter* estremamente sintetico della sentenza n. 3 del 1974 della Corte Costituzionale.

Inoltre la nuova disciplina del divieto nell'art. 597 3° comma c.p.p. - rispetto al precedente dell'art. 515 c.p.p. 1930 - estese la sua portata all'applicazione di misure nuove o più gravi di quelle contenute nella sentenza appellata e al proscioglimento dell'imputato per una causa meno favorevole rispetto alla precedente decisione. Tale disciplina previde altresì la diminuzione della pena complessivamente irrogata, qualora fosse stato accolto l'appello dell'imputato su circostanze o reati concorrenti (art. 597 4° comma c.p.p.).

Come è stato osservato, non v'è dunque un semplice "travaso passivo" e tralati ciò del divieto da un codice all'altro, ma un suo ampliamento con l'aggiunta della preclusione a introdurre delle situazioni di svantaggio giuridico o di fatto per l'appellante a quella di modificare *in peius* la pena.

Allo stato il divieto di *reformatio in peius* appare perciò consolidato nella storia del processo penale, nonostante il suo carattere di eccezionalità e la disarmonia che esso introduce in un processo che dovrebbe essere ispirato ai princìpi di oralità e di immediatezza. Ma questo è un problema più ampio; è legato al ripensamento dell'appello, attraverso un suo contenimento che non ne intralci la funzione di controllo della sentenza impugnata. E un problema che richiederebbe perciò di riconoscere al controllore gli stessi poteri di cognizione e di decisione attribuiti al controllato, di fronte a sentenze frutto di errore o di ingiustizia.

In questa prospettiva soltanto potrebbe trovare accoglimento l'eliminazione del divieto di *reformatio in peius*, come ad esempio è previsto dalla Direttiva n. 8 di un Progetto di riforma

inedito, elaborato in sede universitaria e presentato nel 2011 (.Appello e giusto processo: odierne aporie e prospettive di riforma, a cura di Bargis e Belluta). È un progetto ispirato alla logica del contenimento del secondo grado di giudizio e della sua razionalizzazione, eliminando il vincolo ai poteri decisori del giudice: così da trasformare anche l'appello del solo imputato in un controllo effettivo sulla prima decisione e da evitare la proposizione di appelli strumentali per ritardare l'esecutività della sentenza.

4. La ricerca del fondamento del divieto di *reformatio in peius* sembra condurre a conclusioni analoghe a quelle che vengono suggerite dal suo tradizionale consolidamento nel sistema dell'appello.

Secondo la tesi più tradizionale, il divieto si fonda sul princìpio dispositivo che non consente al giudice di pronunciarsi *ultra petita*. La specifica richiesta dell'appellante - circoscritta nell'ambito di una modifica *in mitins* della precedente decisione - in mancanza di un'impugnazione del Pubblico Ministero "consolida" la sentenza appellata a favore dell'imputato.

Tuttavia è agevole replicare che il princìpio dispositivo e l'iniziativa di parte sono condizioni di esercizio del potere del giudice nel processo civile; non in quello penale, nel quale il potere decisorio non è vincolato *ad unpetitum* in senso tecnico e ad una istanza.

E agevole replicare altresì alla tesi di chi rinviene il fondamento del divieto nell'interesse ad impugnare. L'interesse in questione è presupposto e limite della ammissibilità della domanda, ma non può produrre limitazioni nel potere dell'organo chiamato a decidere.

In realtà, secondo l'orientamento dominante, a fondamento del divieto sembra doversi porre una previsione eccezionale ispirata al *favor rei* e rivolta a rafforzare le garanzie del doppio grado di giurisdizione nel merito. Si tratta di una ulteriore espressione del diritto di difesa, attraverso una limitazione del potere decisionale del giudice, fondata su una espressa disposizione di legge ed avente una natura eccezionale rispetto alla simmetria tra poteri cognitivi e poteri decisori.

A conferma del carattere eccezionale e di strumento difensivo del divieto si possono richiamare almeno due corollari significativi. Per un verso i limiti posti al giudice dell'appello riguardano esclusivamente il dispositivo e non la motivazione e le valutazioni e qualificazioni in essa contenute, né la correttezza di queste ultime sotto il profilo giuridico. Per un altro verso il divieto ha il solo scopo di impedire un trattamento sanzionatorio più severo di quello inflitto dal

primo giudice. Si pensi ad esempio alla possibilità - riconosciuta dalla giurisprudenza di legittimità al giudice di appello - di ravvisare una responsabilità dell'imputato a titolo di dolo anziché a titolo di colpa, a differenza di quanto ritenuto dal giudice di primo grado.

H riferimento prioritario dell'art. 596 3° comma c.p.p. alla "pena più grave per specie o quantità"; la tipizzazione normativa esplicita delle ulteriori ipotesi di divieto; i contrasti e l'elaborazione giurisprudenziale sulla casistica di tale divieto: sono tutti sintomi evidenti del suo carattere difensivo e in certo qual modo della sua posizione compromissoria rispetto al potere-dovere di decisione del giudice d'appello.

5. Conclusioni identiche a quelle desumibili dalla ricerca del fondamento del divieto di *reformatio in peius* si traggono infine dal rapporto fra esso e l'istituto dell'appello incidentale. La storia di quest'ultimo - più complessa di quella del divieto di *reformatio in peius* - è efficacemente sintetizzata dalla sentenza n. 280 del 1995 della Corte Costituzionale in sé e nel suo collegamento con tale divieto.

Anche l'appello incidentale venne proposto nell'elaborazione del c.p.p. del 1913, ma non venne accolto a differenza del divieto di *reformatio in peius* ad esso antagonista; fu poi oggetto di contestazioni nell'elaborazione del c.p.p. del 1930. Venne introdotto in quest'ultimo all'art. 515, per frenare comunque la facoltà di impugnazione dell'imputato, al fine di consentire una *reformatio in peius* su appello del pubblico ministero che non lo avesse originariamente proposto; per consentire l'aumento di pena, la revoca di benefici o l'applicazione di pene accessorie, con riferimento ai soli capi della decisione di primo grado investiti dall'appello principale dell'imputato.

L'appello incidentale del pubblico ministero non venne modificato con la riforma del processo introdotta con L. n. 517 del 1955. Venne invece dichiarato incostituzionale nel contesto di alterne vicende, con la sentenza n. 177 del 1971. Fu successivamente reintrodotto nella stesura definitiva del c.p.p. vigente, estendendolo a tutte le parti diverse dal pubblico ministero e prevedendone la perdita di efficacia nel caso di inammissibilità o rinuncia all'appello principale.

Ad avviso della Corte Costituzionale «è del tutto fuorviante... guardare all'appello incidentale con la stessa ottica con cui si guarda all'appello principale...». Non si può considerare quell'appello soltanto come un «deterrente» riconosciuto al Pubblico Ministero per scoraggiare la

presentazione dell'appello principale da parte dell'imputato al fine di migliorare la propria posizione; o quanto meno al fine di perseguire la prescrizione del reato, senza correre il rischio di perdere il risultato già acquisito con la sentenza di primo grado.

Una simile conseguenza per la Corte è di «scarso rilievo... un effetto collaterale e non necessario dell'istituto dell'appello incidentale del Pubblico Ministero». Invece le due forme di appello esprimono poteri e momenti diversi: il primo (l'appello principale) guarda al passato e agli effetti della sentenza impugnata; il secondo (l'appello incidentale) guarda al futuro e alla prevenzione di ulteriori e diversi effetti possibili come conseguenza della riforma della sentenza.

Secondo la Corte ciascuna delle parti può impugnare la decisione di primo grado che non risponda alle sue aspettative o farvi acquiescenza. Invece, di fronte alla sentenza di secondo grado resa possibile dall'appello di una parte, è giustificato che la parte in precedenza risoltasi a fare acquiescenza abbia a disposizione lo strumento dell'appello incidentale, se non intende sacrificare le proprie ragioni al di là di quanto già accettato con la propria acquiescenza. In ultima analisi, la Corte considera l'appello incidentale del Pubblico Ministero come un onere rivolto a cercare di impedire gli eventuali effetti favorevoli che potrebbero derivare per l'imputato dall'accoglimento del suo appello principale; non come uno strumento per disincentivare la proposizione di quell'appello.

6. La nuova prospettiva formulata dalla Corte Costituzionale per l'appello incidentale consente di guardare al divieto di *reformatio in peius* come espressione del *favor rei*, al pari delle prospettive desumibili rispettivamente dal suo consolidamento nel processo e dal suo fondamento. Secondo tale prospettiva quel divieto è un'ulteriore proiezione del diritto di difesa; è un suo rafforzamento voluto dal legislatore per la garanzia offerta dal doppio grado di giurisdizione di merito, ancorché non costituzionalizzato.

Non è in sé una scelta costituzionalmente imposta; ma è comunque perseguita dal legislatore attraverso la delimitazione esplicita del potere decisorio *in peius* del giudice d'appello. Quel potere è sottratto - secondo uno sviluppo logico e coerente dell'indicazione della Corte Costituzionale - alla volontà di introdurre un meccanismo limitativo delle possibilità di scelta difensiva dell'imputato. Non è prevista la sua trasformazione in una sorta di "ricatto" o quanto

meno di un ostacolo all'esercizio del diritto di difesa dell'imputato, che vengano rimessi alla discrezionalità del pubblico ministero.

Quest'ultimo, per proporre un appello incidentale come quello principale, per decidere se impugnare la sentenza, «deve interrogare la propria coscienza... e determinarsi secondo gli interessi generali della giustizia», al pari di quanto gli è prescritto per l'appello principale: con riferimento specifico, per l'appello incidentale, alle conclusioni cui potrebbe pervenire la sentenza di secondo grado in accoglimento di quello principale dell'imputato. Così si esprime la sentenza n. 280 del 1995 della Corte Costituzionale, a proposito del potere di impugnazione del pubblico ministero. Esso non è in alcun modo collegato dalla Corte con l'obbligo di esercitare l'azione penale; ma non sembra neppure suscettibile di collegarsi con un potere e tanto meno con un obbligo di ridurre lo spazio dell'esercizio del potere di difesa da parte dell'imputato.

A questo punto diventa agevole la risposta negativa alla domanda con cui si sono introdotte la terza sessione del nostro incontro e la presente riflessione: se la riduzione del contenzioso derivante dalla abolizione a "costo zero" del divieto di *reformatio in peius* debba essere considerata «un'inaccettabile compressione del diritto di difesa costituzionalmente garantito o una semplice e auspicabile rimodulazione dell'ergonomia procedimentale».

Non sembra proprio che in questo caso si possa parlare di una semplice "rimodulazione", ma piuttosto di una "compressione" che anche formalmente assume un rilievo paradossale: per limitare una forma di abuso dell'appello da parte dell'imputato se ne introduce un'altra antagonista da parte del pubblico ministero. E ciò invece di razionalizzare l'appello dell'imputato introducendovi dei limiti; o trasformandolo in un controllo effettivo sulla prima decisione ed in un esame sulla fondatezza dei motivi d'appello in vista di un reale interesse alla riforma di merito della decisione impugnata, anziché in un intervento strumentale ai fini della prescrizione del reato; oppure ed infine intervenendo direttamente su quest'ultima.

CESARE PARODI

La riforma "Orlando": la delega in tema di "captatori informatici"

Sommario**:** 1. Premessa - 2. L'utilizzo dei captatori informatici: le indicazioni delle S.U. - 3. I profili tecnici contenuti dalla delega - 4. L'ambito di applicazione delle disposizioni - 5. Il coordinamento con le disposizioni di natura procedurale.

1. Premessa.

Parebbe – ma il condizionale è d'obbligo- in dirittura di arrivo l'approvazione del DDL 2067, "*Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi e per un maggiore contrasto del fenomeno corruttivo*" . Il provvedimento, dopo il maximendamento approvato il 15 marzo 2017 al Senato- è approdato alla Camera e potrebbe essere approvato in tempi brevi.

Tra gli innumerevoli aspetti sui quali il provvedimento interviene- direttamente o prevedendo deleghe – uno dei più delicati e discussi riguarda certamente la materia delle intercettazioni, per la disciplina della quali è prevista un'articolata delega.

A partire dall'agosto 2016, la delega, rispetto alla precedenti versioni del disegno di legge, si è notevolmente arricchita, avendo inglobato almeno due tematiche nuove, delicate ed urgenti: la disciplina in tema di **deposito degli atti e tutela della riservatezza** (già prevista, ma con ben minore portata) e quella sull'uso dei cdd " captatori informatici" o "**trojan".**

Originariamente il termine per l'esercizio della delega era di un anno per tutti gli interventi, ma il testo approvato prevede un termine di soli tre mesi per i decreti legislativi su alcuni tematiche delle intercettazioni, disciplinate- come vedremo *infra* - al comma 84 alle lettere a b,c,d,e.

Le prese di posizione e le polemiche che hanno accompagnato il dibattito sul tema giustificano evidentemente – o forse addirittura impongono- ulteriori riflessioni, per altro del tutto comprensibili, vista le peculiarità della materia.

In un'epoca di globale ripensamento dei delicati equilibri tra esigenze di accertamento di fatti penalmente rilevanti e rispetto dei diritti dei cittadini, la disciplina delle intercettazioni telefoniche assume un particolare significato.

L'assoluta centralità alla tutela della libertà e segretezza delle comunicazioni quale espressione primaria della personalità dei singoli si scontra in effetti, alle volte con drammatica intensità, con rilevanti quanto legittimi "sacrifici" di tali diritti, ogni qual volta la repressione (nonché in alcuni casi la prevenzione) di fatti di penale rilevanza può risultare condizionata da un corretto, tempestivo ed esaustivo utilizzo dello strumento di ricerca della prova costituito dalle intercettazioni.

Poche altre disposizioni, previste dal codice di procedura, possono essere considerate in grado di determinare, con altrettanta efficacia, l'effettiva possibilità di accertamento di un reato. Conseguentemente, prevedere la possibilità "astratta" di intercettare significa ammettere – in concreto - una ragionevole possibilità di repressione di uno specifico comportamento penalmente rilevante. Non è - in tutta franchezza- cosa da poco.

Il regime particolarmente rigoroso delle intercettazioni di comunicazioni e conversazioni - sia sotto il profilo dei presupposti sostanziali che di quelli strettamente formali- si giustifica proprio in relazione alle gravi forme di "compressione" di diritti riconosciuti dalla carta costituzionale, che costituiscono l'inevitabile corollario della previsione di ammissibilità delle stesse.

Una compressione che si verifica in relazione al diritto alla "libertà e segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione", definite "inviolabili" dall'art.15, 1° co., Cost, e per le quali il secondo comma del medesimo articolo prevede che forme di limitazione possano avvenire "*soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria*" con le garanzie stabilite dalla legge.

Occorre in questo senso considerare sul piano strettamente giuridico – nonché su quello logico e psicologico - il ruolo del pubblico ministero.

Il rappresentante dell'accusa deve contemperare la massima legittima "espansione" di tale strumento di accertamento delle responsabilità non solo con l'assoluto e rigoroso rispetto delle norme, ma anche con gli interessi dei soggetti coinvolti nell'attività di intercettazione; ciò sia nel caso in cui tali soggetti risultino estranei ai fatti che laddove ne sia ipotizzabile un coinvolgimento

diretto, ogniqualvolta gli elementi accertati non rilevino ai fini dell'indagine. E ciò a fronte di un quadro normativo che indubbiamente presenta lacune sul piano della "scansione" sulla verifica degli interessi che – al contrario- dovrebbero essere globalmente garantiti.

Non sono possibili valutazioni di sintesi - che non suonino come ovvietà- circa le prospettive di utilizzo in generale delle intercettazioni quale mezzo di ricerca della prova, anche e soprattutto in rapporto alle recenti e vivace polemiche inerenti l'incidenza di tali atti sulla vita di relazione e sulla privacy di soggetti estranei ad ambienti delinquenziali "incidentalmente" intercettati, direttamente o all'atto di comunicazioni effettuate su utenze o account poste sotto controllo.

Sul punto si può solo rilevare come sempre meno frequentemente coloro che "professionalmente" esercitano attività criminose utilizzino di fatto lo strumento telefonico o telematico quale mezzo di comunicazione; e allora, proprio le intercettazioni rivolte ad acquisire elementi "indiretti" di prova - ove possibili- devono ritenersi, in prospettiva, quelle caratterizzate dalla maggiore oggettiva utilità.

Più' che una modifica legislativa, parrebbe opportuno un chiarimento sui principi che dovrebbero improntare l'applicazione della vigente legge.

Si deve partire da un presupposto difficilmente confutabile: il legislatore non ha posto - e si deve presumere per una precisa scelta- limiti inerenti ai soggetti da intercettare, in presenza di particolari presupposti procedurali e di specifiche e tassative tipologie di reati; né, come vedremo, tali limiti paiono essere oggetto della delega contemplata dal DDL 2067..

Rebus sic stantibus, il P.M. non ha una semplice facoltà, ma verosimilmente un preciso obbligo di porre in essere tutte le attività di ricerca della prova consentite dalla legge che possano consentire un corretto, efficace e tempestivo esercizio dell'azione penale, alla luce dell'art.112 Cost; obbligo che non può essere confuso o frainteso con la verifica del presupposto della "*assoluta indispensabilità ai fini delle indagini*" prevista dall'art. 267, 1° co., c.p.p..

Certamente il pubblico ministero- e il giudice per le indagini preliminari – devono valutare se i risultati delle investigazioni possano essere ottenuti con strumenti meno "invasivi" per le persone coinvolte negli accertamenti, nonché se i risultati stessi possano rivelarsi rilevanti ed innovativi- piuttosto che semplicemente confermativi – rispetto al quadro probatorio già venutosi a determinare.

Al contrario non pare condivisibile la tesi che vorrebbe subordinare l'attività di captazione al fatto che "sia conveniente l'impiego delle intercettazioni telefoniche in relazione alla gravità ed all'allarme sociale suscitato dai rati su cui si sta investigando" (V. GREVI "*Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte Costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*", GiC, 1973, 326). Invero, si tratta di una valutazione aprioristicamente effettuata dal legislatore, per la quale supporre opportune o addirittura necessarie ulteriori valutazioni discrezionali da parte degli organi giurisdizionali- tenuti sul punto piuttosto ad una "obbligazione di mezzi"- non può ritenersi conforme alla spirito generale del sistema.

Deve piuttosto essere valorizzato- e in effetti la riforma interviene sul punto- il momento di "scelta" degli atti rilevanti ai fini dell'accusa e della difesa, da effettuare con le procedure del contraddittorio e con uno specifico controllo da parte del giudice sull'ipotetica pretestuosità o irrilevanza nel merito di intercettazioni , il cui inserimento nel "circuito" processuale potrebbe nuocere a terzi senza giovare in alcun modo alle parti.

Resta sullo sfondo il problema delle cd. "fughe" di notizie derivanti da intercettazioni non ancora formalmente trascritte o per le quali comunque sia ancora in corso la valutazione sull'utilizzabilità e sulla stessa rilevanza: si tratta in realtà di un vizio patologico, e non strutturale del sistema, la cui risposta sino a oggi non poteva che trovare luogo nelle opportune sedi penali e/o disciplinari e per il quale, al contrario, nuove prospettive si aprono con la delega di cui al DDL 2067.

Il problema, tuttavia, non è ovviamente solo nelle manifestazioni "patologiche", quanto in quelle fisiologiche, derivanti dall'uso di intercettazioni depositate e come tale non più coperta da segreto, il cui uso "improprio"- *rectius* extraprocessuale- può essere tale da determinare gravi forme di nocumento ai soggetti nelle medesime coinvolti, siano essi imputati come privati estranei alle contestazioni.

Quest'ultima notazione, soprattutto in chiave di deontologia personale da parte dell'organo dell'accusa, impone allo stato- anche in una possibile ottica *de iure condendo* - di riflettere sul fatto che l'attività di intercettazione, la cui legittimità risulta condizionata all'autorizzazione di un organo giurisdizionale, risulta tuttavia di esclusiva competenza- a livello di richiesta, esecuzione, modalità ed utilizzo dei risultati – da parte del pubblico ministero.

Numerosi sono stati negli ultimi venti anni i progetti di intervento "globale" sul tale materia. Nondimeno, salvo alcune "correzioni" specifiche, l'impianto generale del sistema non è stato di fatto sostanzialmente modificato rispetto a quanto originariamente stabilito con il codice di procedura vigente.

Con la presente legge, il legislatore ha deciso di intervenire – o meglio, di programmare un intervento- su alcuni specifici aspetti, aventi a oggetto in particolare il regime di deposito delle intercettazioni- anche con riguardo alla fase cautelare- e i mezzi tecnici utilizzati per alcune particolari forme di captazioni.

Sul primo punto, come vedremo- dovranno essere predisposte norme per evitare la pubblicazione di conversazioni irrilevanti ai fini dell'indagine e comunque riguardanti persone completamente estranee attraverso una selezione del materiale intercettativo nel rispetto del contradditorio tra le parti e fatte salve le esigenze di indagine.

Non è stato inserito alcun "intervento" sulle tipologia di reato per le quali la captazione è ammessa, e anzi è stata indicata- in termini per la verità allo stato criptici- una semplificazione del ricorso alle intercettazioni per alcuni reati contro la pubblica amministrazione. Inoltre, non vi è stata inserita alcuna previsione di pene carcerarie a carico dei giornalisti, circostanza questa che non è servita a "smorzare" esaustivamente le polemiche su natura e finalità della riforma.

È prevista, infine, nella delega una sanzione sino a 4 anni a fronte della diffusione delle captazioni fraudolente di conversazioni tra privati al solo fine di recare a taluno danno alla reputazione e all'immagine. In tali casi la punibilità sarebbe tuttavia esclusa quando le riprese costituiscono prova di un processo o in un procedimento amministrativo o sono utilizzate per l'esercizio del diritto di difesa o di cronaca.

2. L'utilizzo dei captatori informatici: le indicazioni delle S.U.

L'ampiezza e complessità del dibattito suscitato dell'utilizzo dei cd " trojan" – o captatori informatici- in materia di intercettazioni, ha indotto il legislatore a prevedere nel comma 84 un ulteriore punto- lett. e) - della delega, con oggetto la disciplina delle *"intercettazioni di comunicazioni o conversazioni tra presenti mediante immissione di captatori informatici in dispositivi elettronici portatili*".

Si tratta, molto semplicemente "del" problema, essenziale per il presente e per il futuro – sul piano della legittimità come dell'efficacia- dello strumento di ricerca della prova "intercettazioni".

Un numero sempre maggiore di comunicazioni (numero destinato a crescere) avvengono con modalità "criptate", tali da vanificare l'utilizzo di un'intercettazione con forme tradizionali. In tutti questi casi l'unica intercettazione efficace è quella a mezzo di "trojan" o programmi similari, installati sul dispositivo nella disponibilità del soggetto intercettato; programmi con i quali è possibile monitorare – con modalità occulte ed in continuo - sia il flusso di comunicazioni riguardanti sistemi informatici o telematici, sia il contenuto, consentendo l'acquisizione, mediante copia, di dati presenti o futuri all'interno delle memorie di un dispositivo informatico.

Le due modalità sono state definite *online surveillance* e *online search;* la prima consente un monitoraggio costante delle attività compiute in rete- ossia di un flusso di dati trasmessi da un sistema telematico, compresi chat, sms, messaggi su social network e simili - laddove la seconda permette l'acquisizione, mediante copia, di dati contenuti all'interno delle memorie di un dispositivo informatico .

A fronte di un contrasto giurisprudenziale e in assenza di una normativa specifica, sul tema sono intervenute di recente le S.U. (Cass. S.U., 28.4.2016, n. 26889, CED 266905) che avevano puntualizzato tra fondamentali aspetti.

Per arrivare ad affermare tre importanti principi di diritto, la S.C. non ha voluto trascurare una serie di aspetti che fornisco un corretto inquadramento della problematica. La sentenza, in primo luogo, si preoccupa non soltanto di definire- quale "captatore informatico" - il dispositivo in oggetto, descrivendone la natura (ossia un software costituito da due moduli principali: un primo programma di piccole dimensioni che infetta il dispositivo bersaglio e un secondo funzionale a controllare il dispositivo stesso) ma ne elenca nel dettaglio le potenzialità (captazione traffico dati, attivazioni di microfoni e web cam, possibilità di perquisizione e duplicazione delle memorie interne, visualizzazione di ciò che viene digitato sulla tastiere). Un elenco che impone di rilevare come il soggetto intercettato e le persone a quest'ultimo "vicine" possano essere sottoposte ad "penetrante controllo".

Per altro, la Cassazione ha sostanzialmente accolto sul punto le considerazioni espresse dalla Procura Generale sul tema, ove si afferma che " *Se ..... è legittimo nutrire preoccupazioni per le accresciute potenzialità scrutatrici ed acquisitive dei virus informatici , suscettibili di ledere*

riservatezza, dignità e libertà delle persone, è del pari legittimo ricordare che solo siffatti strumenti sono oggi in grado di penetrare canali " criminali" di comunicazione o di scambio di informazioni utilizzati per la commissione di gravissimi reati contro le persone.

Così che, se si valuta l'impiego dei virus informatici in una delle loro molteplici funzionalità, quella relativa alle intercettazioni di conversazioni (l'unica peraltro che viene in rilievo nel presente giudizio di legittimità) si può ben sostenere che essi consentono più che un potenziamento, un recupero dell'efficacia perduta o compromessa delle tecniche tradizionali."

E invero, l'assoluta "attualità" della tematica viene poi sottolineata con un puntuale richiamo alle recenti proposte di legge che hanno inteso disciplinare la materia; proposte che non sono state approvate, ma la cui reiterazione in tempi brevi evidenzia la non "differibilità" di risposte forti e esaustive a fronte di un panorama tecnologico e di modalità di comunicazione che poco o nulla hanno a che vedere con quelle che aveva presenti il legislatore, che pure con la l. n 547/1993 aveva disciplinato le intercettazioni telematiche, inserendo nel codice di procedura l'art. 266 bis c.p.p.

Il punto fondamentale della decisione è quello delle "intercettazioni tra presenti" poste in essere grazie all'installazione di un virus informatico in un apparecchio elettronico portatile in uso ad una persona; una tipologia di intercettazioni che sono necessariamente prive di una preventiva indicazione dei luoghi dove deve avvenire la relativa captazione .

In questo senso, nella sua argomentazione, la S.C. precisa che la nozione di "intercettazioni ambientali" elaborata da dottrina è giurisprudenza, non ha in realtà una base normativa nel sistema: il codice di rito non le contempla, in quanto formula riferimento alle " **intercettazioni di comunicazioni tra presenti**" (art. 266 , u.c. c.p.p.) nonché alle intercettazioni di comunicazioni destinate ad avvenire "**nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p."** (norma incriminatrice delle diverse fattispecie del reato di violazione del domicilio che a sua volta menziona le abitazioni, gli altri luoghi di privata dimora e le relative appartenenze).

Un rapporto *genus a species*, considerando che non tutte le intercettazioni tra presenti avvengono in luoghi di privata dimora. Una distinzione di fondamentale rilevanza, che è il presupposto delle risposte che la S.C. ha fornito, in quanto la disciplina delle intercettazioni tra presenti non implica che il provvedimento di autorizzazione indichi i luoghi nei quali le stesse potranno essere legittimamente svolte.

Una valutazione che non solo ha avuto il conforto del giudice delle leggi, ma che è stata ritenuta altresì conforme alla disciplina CEDU e in particolare all'art. 8 della Convenzione. La disamina delle decisioni della Corte CEDU consente di ritenere che – con riguardo a provvedimenti quali quelli esaminati nella decisione in oggetto- non sia necessario che nel provvedimento autorizzativo delle intercettazioni siano indicati i luoghi in cui le stesse devono svolgersi, purché ne venga identificato chiaramente il destinatario, dovendosi ritenere alternativi tra di loro i due requisiti contenutistici di tale provvedimento – e cioè la specifica persona da porre sotto sorveglianza oppure l'unico insieme dei luoghi rispetto ai quali viene ordinata l'intercettazione.

Al contrario, deve escludersi la possibilità di compiere intercettazioni nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p., con il mezzo indicato in precedenza, al di fuori della disciplina derogatoria per la criminalità organizzata di cui all'art. 13 d.l. n. 152/1991, convertito in legge n. 203 del 1991, non potendosi prevedere, all'atto dell'autorizzazione, i luoghi di privata dimora nei quali il dispositivo elettronico sarà introdotto, con conseguente impossibilità di effettuare un adeguato controllo circa l'effettivo rispetto del presupposto, previsto dall'art. 266, 2° co., c.p.p. , che in detto luogo "*si stia svolgendo l'attività criminosa".*

Un presupposto non richiesto dall'art. 13 del d.l. n. 152/1991. Norma per la quale: *" In deroga a quanto disposto dall'articolo 267 del codice di procedura penale, l'autorizzazione a disporre le operazioni previste dall'articolo 266 dello stesso codice è data, con decreto motivato, quando l'intercettazione è necessaria per lo svolgimento delle indagini in relazione ad un delitto di criminalità organizzata o di minaccia col mezzo del telefono in ordine ai quali sussistano sufficienti indizi…….Quando si tratta di intercettazione di comunicazioni tra presenti disposta in un procedimento relativo a un delitto di criminalità organizzata e che avvenga nei luoghi indicati dall'articolo 614 del codice penale l'intercettazione è consentita anche se non vi è motivo di ritenere che nei luoghi predetti si stia svolgendo l'attività criminosa."*

La scelta della S.C. è espressiva indubbiamente di un bilanciamento di interessi tra le esigenze di accertamento di penali responsabilità e tutela della sfera "privata", che viene risolta dal legislatore in senso differente laddove l'accertamento abbia ad oggetto gravi e specifiche ipotesi di reato. In questo senso non possono essere rilevate assolute preclusioni riguardanti le intercettazioni effettuate mediante captatore informatico in procedimenti come quelli per delitti di

criminalità organizzata, in ordine ai quali appare indiscutibilmente rispettato il principio di proporzione tra l'incisività del mezzi usati e la "regolata" compressione dei diritti fondamentali delle persone che ne deriva, a fini di tutela di esigenze vitali di uno Stato democratico di diritto" (così il parere della P.G. nel caso di specie).

Sulla base delle indicazioni della S.C. si poteva pertanto ritenere che:

- di regola, il decreto autorizzativo delle intercettazioni tra presenti deve contenere la specifica indicazione dell'ambiente nel quale la captazione deve avvenire solo quando si tratti di luoghi di privata dimora (in cui tali intercettazioni ambientali possono essere effettuate, in base alla disciplina codicistica, soltanto se vi è fondato motivo di ritenere che in essi si stia svolgendo l'attività criminosa);

- per le intercettazioni tra presenti da espletare in luoghi diversi da quelli indicati dall'art. 614 c.p. (quali carceri, capanni adibiti alla custodia di attrezzi agricoli, luoghi pubblici e simili) è sufficiente che il decreto autorizzativo indichi il destinatario della captazione e la tipologia di ambienti dove essa va eseguita; l'intercettazione resta utilizzabile anche qualora venga effettuata in un altro luogo rientrante nella medesima categoria.

3. I profili tecnici contenuti dalla delega

Le indicazioni della delega – nel momento nel quale saranno tradotte in legge- imporranno una rilettura del quadro delineato dalla S.C.

Il legislatore si è fatto espressamente carico di alcuni problemi evidenziati da alcune recenti decisioni sul tema e delle perplessità espresse dalla dottrina, con particolare riguardo alla possibilità "indiscriminata" di captazione, anche in luoghi di privata dimora e in " assenza" del presupposto della commissione del reato.

In questo senso si è previsto che:

- l'attivazione del microfono potrà avvenire solo in conseguenza di **apposito comando** inviato da remoto e non con il solo inserimento del captatore informatico, nel rispetto dei limiti stabiliti nel decreto autorizzativo del giudice;

- la registrazione audio deve essere avviata dalla polizia giudiziaria o dal personale incaricato ai sensi dell'articolo 348, 4° co., c.p.p., su indicazione della polizia giudiziaria operante tenuta a indicare l'ora di inizio e fine della registrazione, secondo circostanze da attestare nel

verbale descrittivo delle modalità di effettuazione delle operazioni di cui all'articolo 268 del medesimo codice;

Un'attività, quindi, che si può definire "a uomo presente"; non, pertanto, un'applicazione iniziale con conseguente indiscriminato utilizzo, ma un controllo costante sul monitoraggio. Inutile dire che tali indicazioni comportano, ove applicate, un "dispendio" di personale di straordinario rilievo, ma che le stesse aumentano il rischio che il soggetto intercettato (o qualcuno a lui " vicino") possa percepire la presenza della p.g..

Due ulteriori indicazioni hanno poi una specifica valenza tecnica.

In primo luogo, il trasferimento delle registrazioni dovrà essere effettuato "*soltanto verso il server della Procura così da garantire originalità ed integrità delle registrazioni*"; inoltre al termine della registrazione il captatore informatico dovrà essere venga disattivato e reso definitivamente inutilizzabile su indicazione del personale di polizia giudiziaria operante. Si vuole quindi che non ci sia soluzione di continuità nella " catena di custodia" dei dati informatici e on si è voluto correre il rischio che captatori possano essere lasciati "disattivati" ma pronti a essere resi nuovamente operativi su *device* dei soggetti intercettati.

Dovranno poi essere utilizzati soltanto programmi informatici conformi a requisiti tecnici stabiliti con decreto ministeriale da emanarsi entro 30 giorni dalla data di entrata in vigore dei decreti legislativi menzionati dalla delega. L'indicazione prosegue evidenziando la necessità che si tenga "*costantemente conto dell'evoluzione tecnica al fine di garantire che tale programma si limiti a effettuare le operazioni espressamente disposte secondo standard idonei di affidabilità tecnica, di sicurezza e di efficacia*".

Il fatto che il legislatore, visti i tempi di obsolescenza tecnologica, abbia dato tali indicazioni al riguardo è certamente scelta logica e condivisibile. Resta da capire come un decreto da emanare entro una specifica data possa tenere " costantemente conto" dell'evoluzione della tecnica. Verosimilmente la volontà del legislatore era quella- come accade in altri settori- di prevedere una revisione delle indicazioni tecniche a mezzo di una emanazione periodica di decreti.

4. L'ambito di applicazione delle disposizioni

La soluzione proposta dalle S.U. – sopra citata- ha costituito una significativa limitazione all'utilizzo del captatore informatico, in quanto ha escluso la possibilità di disporre in termini

generali l'attività, con riguardo a quelle destinate a svolgersi in luoghi di privata dimora; la stessa decisione, tuttavia, è in qualche modo venuto incontro alle esigenze investigative, proponendo un'interpretazione "estensiva" del concetto di delitti in tema di criminalità organizzata, non rigidamente declinato sul piano normativo.

In questo senso, l'uso di intercettazioni captate attraverso i cd "*trojan*" è stato ritenuto legittimo nei procedimenti relativi alla criminalità organizzata, intendendosi per crimine organizzato non soltanto reati di mafia e terrorismo, ma tutti quelli "facenti capo a un'associazione per delinquere, correlata alle attività criminose più diverse".

Pertanto, per procedimenti relativi a delitti di criminalità organizzata, in base alla indicazioni delle S.U., devono intendersi sia quelli elencati nell'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p., quanto quelli comunque facenti capo a un'associazione per delinquere, con esclusione del mero concorso di persone nel reato, dovendosi ritenersi al riguardo sufficiente la costituzione di un apparato organizzativo, la cui struttura sia tale da assumere un ruolo preminente rispetto ai singoli partecipanti (Cass. S.U., n. 17706, 11.5.2005, CED 230895)

L'indicazione della delega, tuttavia, non è sintonica rispetto a quella della S.C.; il legislatore ha stabilito che l'attivazione del dispositivo potrà sempre essere ammessa nel caso in cui si proceda per i delitti di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p. e, fuori da tali casi, nei luoghi di cui all'articolo 614 del codice penale **soltanto qualora ivi si stia svolgendo l'attività criminosa,** nel rispetto dei requisiti di cui all'articolo 266, 1° co., c.p.p. . E' stata così esclusa un'interpretazione "estensiva" del concetto di associazione per delinquere.

Un'ulteriore garanzia sul piano formale deve essere inoltre ravvisata laddove si è stabilito che il decreto autorizzativo del giudice deve – parrebbe in ogni caso- indicare le ragioni per le quali tale specifica modalità di intercettazione sia necessaria per lo svolgimento delle indagini.

5. Il coordinamento con le disposizioni di natura procedurale

La delega in tema di intercettazione è "corredata" dall'intervento su alcuni aspetti strettamente procedurali: taluni scontati; altri, al contrario, di grande momento.

In questo senso, pur avendo il legislatore espressamente ribadito con la formula "fermi restando i poteri del giudice nei casi ordinari " (per certi aspetti non necessaria sul piano logico-sistematico) è stata richiamata la possibilità (connaturata al sistema in generale) per il pubblico

ministero, ove ricorrano concreti casi di urgenza, di disporre le intercettazioni di cui alla presente lettera, "*limitatamente ai delitti di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater del codice di procedura penale, con successiva convalida del giudice entro il termine massimo di quarantotto ore, sempre che il decreto d'urgenza dia conto delle specifiche situazioni di fatto che rendano impossibile la richiesta al giudice e delle ragioni per le quali tale specifica modalità di intercettazione sia necessaria per lo svolgimento delle indagini".*

Al riguardo, si rileva tuttavia, non senza stupore, che l'intercettazione in via di urgenza non è prevista per le intercettazioni ordinarie, neppure laddove si possa presumere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa; una "lacuna" – sul piano sistematico - che potrebbe creare, in specifiche quanto delicate situazione investigative , non poche criticità.

Di grande rilievo l'indicazione di cui al punto 7 della lett e), che stabilisce che " i risultati intercettativi così ottenuti possano essere utilizzati a fini di prova soltanto dei reati oggetto del provvedimento autorizzativo e possano essere utilizzati in procedimenti diversi a condizione che siano indispensabili per l'accertamento dei delitti di cui all'articolo 380 del codice di procedura penale".

Se la seconda indicazione ricalca la logica generale dell'art. 270 c.p.p., dirompente è al contrario la prima, destinata a creare un "doppio binario" in tema di utilizzabilità. In concreto, per le intercettazioni a mezzo di captatore si verrebbe a escludere la possibilità di utilizzare le stesse- laddove legittimamente disposte e nell'ambito del medesimo procedimento - ove al termine delle indagini sia modificato il titolo di reato in contestazione, con previsione di reati che non avrebbero consentito tale forma di captazione. Una scelta tanto chiara quanto potenzialmente foriera di situazione – sul piano investigativo- certamente discutibili.

Ciò considerando che si tratterebbe di atti per i quali non è messa in discussione la legittimità della valutazione *ex ante*, quanto dichiarato non utilizzabili sulla base di elementi sopravvenuti. Al riguardo, si sottolinea che in termini generali devono ritenersi

utilizzabili i risultati delle intercettazioni disposte in riferimento ad un titolo di reato per il quale le medesime sono consentite, anche quando al fatto venga successivamente attribuita una diversa qualificazione giuridica con la conseguente mutazione del titolo in quello di un reato per cui non sarebbe stato invece possibile autorizzare le operazioni di intercettazione (Cass., Sez.I , n.

19852, 20.2.2009, CED 243780; conf. Cass., Sez.I , n. 24163, 19 maggio 2010, CED 247943; Cass., Sez. VI , n. 22276 , 5 aprile 2012 , CED 252870).

I risultati, infine, di tali captazioni non potranno essere " in alcun modo conoscibili, divulgabili e pubblicabili" laddove "abbiano **coinvolto occasionalmente** soggetti estranei ai fatti per cui si procede".

Quest'ultima indicazione si fonda quindi su una duplice condizione negativa: i soggetti non dovranno solo essere " estranei" ai fatti ma anche " occasionalmente " coinvolti (laddove è evidente che soggetti stabilmente prossimi agli intercettati- anche se estranei- non potrebbero non essere coinvolti, anche solo per una questione di " collocazione". Non chiarissimo poi l'oggetto del divieto, atteso che non è semplice individuare in cosa potrebbe consistere una "conoscibilità" differente ed alternativa alla "divulgabilità e pubblicabilità".

FRANCESCO POLINO

Il contrasto alle nuove forme di terrorismo internazionale

Sommario: 1. La normativa in vigore in Italia - 2. Il D.L. n. 374/2001 convertito nella L. n. 438/2001 - 3. Il D.L. n. 144/2005 convertito nella L. n. 155/2005 - 4. Il D.L. n.7/2015 convertito nella L. n. 43/2015 - 5. La Legge 28 luglio 2016 n. 153 - 6. La recente giurisprudenza in tema di art. 270 bis cp - 7. Relazioni fra web e terrorismo - 8. I foreign fighters - 9. I lupi solitari - 10. I mezzi utilizzati per le comunicazioni - 11. Osservazioni finali

1. La normativa in vigore in Italia

La normativa di contrasto al terrorismo internazionale prevista nel codice penale, nel codice di procedura penale e nelle leggi speciali non è il risultato di una ragionata valutazione della necessità di introdurre nel nostro ordinamento un'organica legislazione antiterrorismo, essendo invece scaturita a partire dall'anno 2001 sotto la forma della decretazione d'urgenza sull'onda e in risposta immediata a gravi attentati terroristici commessi all'estero; in particolare sono tre i decreti legge che sono stati emanati in risposta al grave allarme sociale che ne era conseguito e che ad oggi, con le modifiche apportate nelle leggi di conversione, costituiscono l'ossatura della legislazione di prevenzione e contrasto al terrorismo internazionale.

Il decreto legge 18 ottobre 2001 n. 374, poi convertito con modifiche nella legge 15 dicembre 2001 n. 438, è stato emanato in seguito agli attentati di New York dell'11 settembre 2001 in danno delle Torri Gemelle.

Il decreto legge 27 luglio 2005 n. 144, poi convertito con modifiche nella legge 31 luglio 2005 n. 155, è stato emanato in seguito agli attentati di Londra del 7 luglio 2005 in danno della rete dei trasporti pubblici.

Il decreto legge18 febbraio 2015 n. 7, poi convertito con modifiche nella legge 17 aprile 2015 n. 43, è stato emanato in seguito agli attentati di Parigi del 7 gennaio 2015 in danno della sede del settimanale satirico Charlie Hebdo e alla successiva fuga degli autori durante la quale sono rimaste uccise altre persone.

Di recente è stata poi emanata la legge 28 luglio 2016 n. 153 che ha introdotto nuove fattispecie penali in modo da rafforzare il contrasto al fenomeno del terrorismo internazionale; la prossimità con l'attentato terroristico di Nizza del 14 luglio 2016 stavolta è solo casuale perché la legge in questione ha per oggetto la ratifica e l'esecuzione del contenuto di alcune convenzioni e protocolli internazionali.

Le quattro leggi sopra citate hanno innovato complessivamente la normativa di contrasto al terrorismo dato che sino all'anno 2001 questa era parametrata in funzione dei fenomeni di terrorismo interno sia di estrema sinistra che di estrema destra che, come è noto, si sono tragicamente manifestati in quel periodo storico comunemente denominato come quello degli " anni di piombo ".

2. Il d.l. n. 374/2001 convertito nella l. n. 438/2001

Con il presente provvedimento legislativo, adottato come si è detto, quale pronta reazione agli attentati terroristici dell'11 settembre 2001, la normativa italiana antiterrorismo ha iniziato ad attribuire rilevanza anche al profilo internazionale.

La più significativa modifica introdotta a tal proposito è quella relativa alla rimodulazione **dell'art. 270 bis cp** che così supera l'originaria formulazione prettamente nazionale.

Invero, originariamente l'art. 270 bis cp, così come introdotto dal decreto legge 15 dicembre 1979 n. 625 convertito nella legge 6 febbraio 1980 n. 15, prevedeva al comma 1 la punizione di " chiunque promuove, costituisce, dirige o organizza associazioni che si propongono il compimento di atti di violenza con fini di eversione dell'ordine democratico "; al comma 2 era prevista anche la punizione del semplice partecipante all'associazione.

Come si può ben notare, trattasi di una norma penale rivolta al contrasto e alla repressione dei fenomeni terroristici a carattere nazionale che in quel dato periodo storico si erano ripetutamente manifestati in modo violento.

Con la legge n. 438/2001 la norma è stata profondamente innovata a cominciare dalla rubrica che ora recita: " **art. 270 bis cp – Associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico** ".

La prima differenza con il precedente testo è data dal fatto che ora è punito non solo chi promuove, costituisce, organizza e dirige l'associazione, ma anche chi la finanzia; è stata, altresì,

introdotta, in aggiunta alla finalità di eversione dell'ordine democratico, anche la finalità di terrorismo.

Ma la vocazione internazionale della nuova norma si coglie soprattutto dal comma 3 che così precisa: " **Ai fini della legge penale, la finalità di terrorismo ricorre anche quando gli atti di violenza sono rivolti contro uno Stato estero, un'istituzione e un organismo internazionale".**

La legge n. 438/2001 ha altresì introdotto **l'art. 270 ter cp (Assistenza agli associati)** che punisce chiunque, fuori dai casi di concorso nel reato o di favoreggiamento, dà rifugio o fornisce vitto, ospitalità, mezzi di trasporto, strumenti di comunicazione a taluna delle persone che partecipano alle associazioni indicate negli articoli 270 e 270 bis; è prevista una circostanza aggravante se l'assistenza è prestata continuativamente nonchè la non punibilità di chi commette il fatto in favore di un prossimo congiunto.

La fattispecie penale in questione è formulata sul modello dell'analogo reato previsto **dall'art. 418 cp** richiamandone il testo pedissequamente; la sola differenza è che l'art. 418 cp si riferisce agli associati ex artt. 416 e 416 bis cp.

Anche sotto il profilo processuale sono state introdotte significative innovazioni.

In particolare all'art. 4 è stata disciplinata l'attività sotto copertura relativa all'acquisizione di elementi di prova in ordine ai delitti commessi con finalità di terrorismo prevedendo per gli Ufficiali e agenti di polizia giudiziaria designati la possibilità, anche per interposta persona, di acquistare, ricevere, sostituire od occultare denaro, armi, documenti, stupefacenti, beni ovvero cose che sono oggetto, prodotto, profitto o mezzo per commettere il reato, o altrimenti ostacolare l'individuazione della provenienza o consentirne l'impiego; in tutti questi casi, fermo quanto già disposto dall'art. 51 cp, è prevista la non punibilità degli operanti i quali, peraltro , sono autorizzati ad utilizzare documenti, identità o indicazioni di copertura.

La norma in questione è stata formalmente abrogata ma comunque nella sostanza riassunta dall'art. 9 della legge 16 marzo 2006 n. 146 che ha ridisegnato complessivamente la disciplina delle operazioni sotto copertura.

A sostegno della riservatezza della identità di copertura è stata pure introdotta un'apposita fattispecie di reato che punisce chiunque indebitamente rivela ovvero divulga i nomi degli ufficiali o agenti di polizia giudiziaria che effettuano le operazioni sotto copertura.

La legge n. 438/2001 ha innovato anche la disciplina delle notifiche penali mediante l'introduzione del comma 2 bis all'art. 148 cpp con il quale è stato stabilito che notifiche e avvisi ai difensori siano di norma eseguite con mezzi tecnici idonei; in tempi recenti è stata data ampia attuazione a tale disposizione con l'avvento delle notifiche da eseguirsi a mezzo posta elettronica certificata.

La ragione di tale innovazione è stata quella di sollevare la polizia giudiziaria, tranne pochi casi residuali, dalla esecuzione delle notifiche in modo da consentirle di potersi dedicare in modo esclusivo alle investigazioni di contrasto alla criminalità ivi compresa quella terroristica.

Da ultimo estremamente significativa è stata, sulla falsariga di quanto già previsto dalle direzioni distrettuali antimafia, la cd. distrettualizzazione dei reati con finalità di terrorismo mediante l'introduzione del comma 3 quater all'art. 51 cpp che ha previsto per tale tipologia di procedimenti la competenza del pubblico ministero distrettuale onde garantire la specializzazione nelle relative indagini preliminari; come naturale conseguenza è stata pure prevista per gli anzidetti procedimenti la competenza distrettuale del Gip e del Gup.

3. Il d.l. n.144/2005 convertito nella l. n. 155/2005

Il decreto legge n.144/2005 si caratterizza per i rapidissimi tempi di conversione in legge (appena 4 giorni), essendo il d.l. stato emanato il 27 luglio 2005 e la legge di conversione approvata il successivo 31 luglio 2015.

Vediamo le più significative innovazioni introdotte.

All'art. 18 della legge 26 luglio 1975 n. 354 (Ordinamento Penitenziario) è stato aggiunto il comma 1 bis, prevedendo anche per la materia dell'Antiterrorismo la possibilità di effettuare colloqui a fini investigativi con detenuti e internati al fine di acquisire appunto informazioni utili per la prevenzione e la repressione dei delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale e di eversione dell'ordine democratico.

Con la legge n. 155/2005 è stata pure introdotta la facoltà per il Ministro dell'Interno o per il competente Prefetto delegato di espulsione immediata dello straniero quando ricorrano fondati motivi per ritenere che la sua permanenza nel territorio dello Stato possa in qualsiasi modo agevolare organizzazioni o attività terroristiche anche internazionali.

L'utilizzo di tale strumento di prevenzione è stato particolarmente intensificato negli ultimi tempi tanto è vero che dal mese di gennaio 2015 e sino al 25 febbraio 2017 risultano emessi dal Ministro dell'Interno ed eseguiti 147 decreti di espulsione nei confronti di altrettanti soggetti ritenuti in qualche modo contigui ad organizzazioni terroristiche.

Il provvedimento legislativo in questione ha introdotto le nuove fattispecie penali di seguito menzionate al fine di offrire agli operatori più efficaci strumenti nel contrasto e nella repressione delle nuove forme di terrorismo.

L'art. 2 bis della legge 2 ottobre 1967 n. 895 punisce chiunque fornisce istruzioni in qualsiasi forma anche anonima o per via telematica sulla preparazione o sull'uso di materiali esplosivi, di armi da guerra, di aggressivi chimici o di sostanze batteriologiche nocive o pericolose e di altri congegni micidiali; la norma , non richiedendo la finalità di terrorismo, è a dolo generico e in ciò si differenzia dal reato di cui **all'art. 270 quinquies cp** di cui si parlerà a breve.

L'art. 497 bis cp punisce il possesso e la fabbricazione di documenti falsi validi per l'espatrio; come vedremo più avanti il reato in questione rientra fra quelli denominati "**spia** " ed ha subito delle modifiche con la legge n. 43/2015 che ne ha inasprito la pena e ne ha previsto l'arresto obbligatorio in flagranza.

L'art. 270 quater cp (Arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale) punisce chiunque arruola una o più persone per il compimento di atti di violenza ovvero di sabotaggio di servizi pubblici essenziali con finalità di terrorismo anche se rivolti contro uno Stato estero, un'istituzione o un organismo internazionale; in un primo momento la norma puniva sola la condotta dell'arruolatore ma , onde porre rimedio ad una evidente asimmetria, la legge n. 43/2015 ha esteso la punibilità anche al soggetto arruolato.

L'art. 270 quinquies cp (Addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale) punisce chiunque addestra o comunque fornisce istruzioni sulla preparazione o sull'uso di materiali esplosivi, di armi da fuoco o di altre armi, di sostanze chimiche o batteriologiche nocive o pericolose, nonché di ogni altra tecnica o metodo per il compimento di atti di violenza ovvero di sabotaggio di servizi pubblici essenziali, con finalità di terrorismo, anche se rivolti contro uno Stato estero, un'istituzione o un organismo internazionale; la pena prevista si applica anche alla persona addestrata.

La norma in questione prevede un duplice dolo specifico perché, oltre alla finalità di terrorismo, è richiesta anche quella del compimento di atti di violenza o di sabotaggio.

Come si vedrà più avanti, la fattispecie penale in esame è stata integrata dalla legge n. 43/2015 con la previsione della punibilità anche del soggetto che, avendo acquisito autonomamente le istruzioni, si autoaddestra senza avere contatto alcuno con l'addestratore.

L'art. 270 sexies cp, la cui rubrica recita "**Condotte con finalità di terrorismo**" non contiene alcuna fattispecie di reato , limitandosi ad enucleare quali condotte possono essere considerate con finalità di terrorismo; trattasi dunque di una sorta di interpretazione autentica che il legislatore ha voluto fornire agli operatori del diritto in modo da ovviare anche alle oscillazioni giurisprudenziali che si erano manifestate sino a quel momento.

La norma così recita: " sono considerate con finalità di terrorismo le condotte che, per la loro natura o contesto, possono arrecare grave danno al Paese o ad un'organizzazione internazionale e sono compiute allo scopo di intimidire la popolazione o costringere i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto o destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di un'organizzazione internazionale, nonché le altre condotte definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo da convenzioni o altre norme di diritto internazionale vincolanti per l'Italia ".

L'ultima parte della norma contiene una cd. " clausola di chiusura in bianco " allorquando viene fatto riferimento a convenzioni o ad altre norme di diritto internazionale vincolanti per l'Italia; ciò consente, senza che sia necessario alcun provvedimento legislativo, l'automatico adeguamento dell'ordinamento nazionale alle eventuali ulteriori definizioni di terrorismo che potranno essere introdotte in futuro da convenzioni internazionali vincolanti per il nostro paese.

Significativa è la circostanza che all'interno delle condotte con finalità di terrorismo sono ora ricomprese anche quelle con finalità di eversione, che invece sino a quel momento erano state sempre distinte da quelle di terrorismo (v. ad esempio l'art. 270 bis cp o la circostanza aggravante ad effetto speciale prevista dall'art. 1 comma 1 legge n. 15/1980)

Infine **all'art. 414 cp (Istigazione a delinquere)** è stato aggiunto il comma 4 che prevede una nuova circostanza aggravante ad effetto speciale (aumento sino alla metà) se l'istigazione o l'apologia riguarda delitti di terrorismo o crimini contro l'umanità.

4. Il d.l. n. 7/2015 convertito nella l. n. 43/2015

Il presente provvedimento legislativo si presenta particolarmente ricco avendo introdotto rilevanti modifiche e integrazioni sia sotto il profilo delle norme penali sostanziali e processuali che riguardo al profilo della prevenzione e del coordinamento investigativo.

Qui di seguito succintamente si segnalano le principali novità.

In relazione al fenomeno dei **foreign fighters** la legge in questione ha aggiunto un comma all'art. 270 quater cp (**arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale**) prevedendo la pena della reclusione da cinque a otto anni per la persona arruolata con finalità di terrorismo internazionale; lo stesso articolo già prevedeva al primo comma la pena della reclusione da sette a quindici anni per la figura dell'arruolatore.

Con la previsione di una pena anche per l'arruolato si è provveduto ad eliminare una evidente asimmetria perché sino a quel momento era prevista la punizione del solo arruolatore, mentre non era contemplata una sanzione per il soggetto arruolato.

Tenuto conto delle severe pene previste è da ritenersi che per la consumazione del reato sia necessaria l'effettiva adesione volontaria ad una milizia armata già costituita per il compimento di atti di terrorismo con l'assunzione per l'arruolato degli obblighi di sottoposizione gerarchica; di contro è da ritenersi che per l'arruolamento non siano necessarie particolari formalità o cerimonie solenni.

Sempre sullo stesso tema è rilevante l'introduzione del nuovo reato di **organizzazione di trasferimenti per finalità di terrorismo (art. 270 quater.1 cp)** che prevede la pena della reclusione da cinque a otto anni per chi organizza, finanzia o propaganda viaggi in territorio estero finalizzati al compimento di condotte aventi scopo di terrorismo; la norma richiama il modello già previsto **dall'art. 600 quinquies cp (Iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile)** che punisce chiunque organizza e propaganda viaggi finalizzati alla fruizione di attività di prostituzione a danno di minori.

La nuova fattispecie penale anticipa la soglia della rilevanza penale della condotta richiesta perché sanziona anche il semplice comportamento di organizzare, finanziare o propagandare il viaggio all'estero senza che sia poi necessario che lo spostamento abbia effettivamente luogo.

Da notare che in sede di conversione in legge è stato aggiunto l'inciso " **in territorio estero** " onde evitare la punibilità di viaggi in territorio nazionale che, oltre ad estendere a dismisura la rilevanza penale delle condotte, mal si sarebbe conciliata con lo scopo preminente del provvedimento legislativo di contrastare il terrorismo internazionale.

Integrazioni sono state anche apportate al reato di cui all'art. 270 quinquies cp (**addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale**) che già puniva con la pena della reclusione da cinque a dieci anni sia la figura dell'addestratore che quella del soggetto addestrato.

In particolare, sulla falsariga del modello francese che già prevede la fattispecie di **impresa terroristica individuale**, viene ora anche punito con la medesima sanzione il soggetto che, avendo anche autonomamente acquisito istruzioni (quindi senza entrare in contatto con alcun addestratore), si autoaddestra ponendo in essere comportamenti univocamente finalizzati al compimento di condotte di terrorismo così come indicate nell'art. 270 sexies cp; l'inciso **univocamente** è stato inserito con la legge di conversione onde limitare l'estensione del raggio d'azione della condotta richiesta e non rendere punibili condotte poco significative o comunque connotate da incertezza.

L'introduzione di tale norma è finalizzata a contrastare il fenomeno dei **"lupi solitari"**, cioè di quei soggetti di cui si parlerà diffusamente più avanti che senza entrare in contatto con i referenti dell'organizzazione terroristica decidono in modo autonomo a seguito della loro radicalizzazione ideologica di auto addestrarsi per compiere attentati.

All'art. 270 quinquies cp è stato infine aggiunto il comma 2 che prevede una circostanza aggravante se l'addestratore/istruttore si avvale di strumenti informatici o telematici.

L'utilizzo di strumenti informatici o telematici è stato aggiunto quale circostanza aggravante anche per i reati di istigazione a delinquere rispettivamente previsti dagli artt. 302 e 414 cp.

Ancora in tema di contrasto al fenomeno dei **foreign fighters** è da segnalare l'inasprimento della pena prevista dall'art. 497 bis co. 1 cp (**Possesso e fabbricazione di documenti di identificazione falsi)** che dalla iniziale reclusione da uno a quattro anni è stata elevata da due a cinque anni; inasprimento opportuno poichè le più recenti esperienze investigative hanno consentito di accertare che frequentemente dietro al possesso di un documento valido per

l'espatrio falso si può celare un soggetto in qualche modo coinvolto in fatti di terrorismo internazionale.

Invero, tale fattispecie penale rientra a pieno titolo nella categoria denominata dei **"reati-spia"**, cioè di quei reati che, pur non essendo ontologicamente tipici reati di terrorismo, costituiscono un campanello d'allarme per l'operatore di polizia e per lo stesso pubblico ministero che sono chiamati a mettere in atto un adeguato approfondimento onde verificare eventuali legami fra il soggetto detentore del documento falso e settori del terrorismo.

La rilevanza attribuita dal legislatore al reato di cui all'art. 497 bis cp è anche desumibile dalla circostanza che ora è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza di reato (prima era solo facoltativo).

Sotto il profilo processuale la legge n. 43/2015 ha introdotto nuovi strumenti che consentono di contrastare i fenomeni di proselitismo e di propaganda terroristica a mezzo della rete Internet prevedendo interventi graduali dell'Autorità giudiziaria; in particolare su richiesta dell'A.g. procedente i fornitori di connettività inibiscono l'accesso ai siti utilizzati per le attività e le condotte incriminate dall'art. 270 bis cp ovvero aggravate ex art. 270 sexies cp.

La legge n. 43/2015 ha anche introdotto l'ordine di rimozione a firma del pubblico ministero dei contenuti dei siti web riconducibili alle fattispecie di reato previste dagli artt. 270 bis, 270 ter, 270 quater, 270 quinquies e 270 sexies cp ; destinatari dell'ordine di rimozione sono i fornitori dei servizi i quali hanno obbligo di provvedervi entro 48 ore dalla notifica; nel caso di inadempimento può essere disposta l'interdizione dell'accesso al dominio internet interessato con le forme del sequestro preventivo emesso dal Gip ai sensi dell'art. 321 cpp.

Anche in tema di misure di prevenzione sono state introdotte rilevanti modifiche sia per l'aspetto personale che per quello patrimoniale.

Innanzitutto le misure di prevenzione personali sono ora applicabili anche ai **foreign fighters** ed anzi il legislatore ha fornito una interpretazione autentica della relativa nozione giuridica definendoli testualmente come coloro che prendono parte "**ad un conflitto in territorio estero a sostegno di un'organizzazione terroristica che persegue le finalità terroristiche di cui all'articolo 270 sexies del codice penale**" (art. 4 comma 1 lettera d del decreto legislativo n. 159/2011 - Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione).

In tale contesto è stata pure introdotta la facoltà per il Questore competente di disporre d'urgenza il temporaneo ritiro del passaporto e la sospensione della validità ai fini dell'espatrio di altro documento equipollente in relazione ai soggetti indicati nell'appena citato art. 4 comma 1 lettera d) nei confronti dei quali sia stata presentata proposta di applicazione della misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno; a garanzia dei soggetti interessati è comunque previsto il successivo intervento dell'Autorità giudiziaria (Pubblico ministero distrettuale e Presidente del Tribunale capoluogo di provincia) che, ricorrendone i presupposti, dovrà provvedere alla convalida del provvedimento d'urgenza al massimo entro novantasei ore dall'emissione.

A sostegno dei suindicati provvedimenti d'urgenza la legge in questione ha pure introdotto una nuova fattispecie di reato (art. 75 bis decreto legislativo n. 159/2011) prevedendo la pena della reclusione da uno a cinque anni per chi viola il divieto di espatrio imposto in via d'urgenza.

La legge n. 43/2015 ha pure inserito fra i soggetti titolari ad esercitare l'azione di prevenzione patrimoniale anche il Procuratore Nazionale antimafia e antiterrorismo nell'esercizio delle funzioni di impulso e di coordinamento nazionale previste dall'art. 371 bis cpp; si è così provveduto a venire incontro ad una esigenza manifestata a più riprese dagli addetti ai lavori poiché in precedenza il Procuratore Nazionale era solo legittimato a proporre misure di prevenzione di carattere personale.

Da notare tuttavia che, a differenza delle proposte di applicazione di misure di prevenzione personali in ordine alle quali non è prevista alcuna condizione, per le proposte patrimoniali il Procuratore Nazionale deve muoversi nell'esercizio delle funzioni previste dall'art. 371 bis cpp; tale specificazione rischia però di attenuare la portata dell'innovazione normativa potendo restringere la legittimazione alle sole situazioni riferibili alle funzioni di impulso e di coordinamento nazionale.

Infine la legge in questione ha introdotto il coordinamento nazionale sui procedimenti concernenti la criminalità terroristica, affidandolo alla nuova figura del Procuratore Nazionale Antimafia e Antiterrorismo.

L'esigenza di individuare, così come era stato già fatto per i procedimenti in materia di criminalità organizzata, una Autorità sovraordinata alla quale fosse demandato il coordinamento dei procedimenti in materia di Antiterrorismo era da tempo avvertita dalle varie Procure

Distrettuali Antiterrorismo; tuttavia, in mancanza di tale figura, il relativo coordinamento investigativo era di fatto affidato alle spontanee iniziative dei singoli Uffici che però potevano esercitarlo solo in forma orizzontale.

In seguito all'attentato di Parigi del 7 gennaio 2015 alla sede del settimanale Charlie Hebdo le Autorità di Governo hanno valutato che fosse giunto il momento di istituire il coordinamento nazionale anche nella materia dell'Antiterrorismo ritenendo oramai necessario un tale Ufficio per poter meglio fronteggiare le nuove modalità di manifestazione del terrorismo internazionale.

A quel punto si presentavano due opzioni: la prima era quella di creare *ex novo* una autonoma Autorità, mentre la seconda era quella di avvalersi della positiva ultraventennale esperienza della Direzione Nazionale Antimafia estendendone le competenze anche alla materia dell'Antiterrorismo.

E' opportunamente prevalsa la seconda opzione con l'istituzione della Direzione Nazionale Antimafia e Antiterrorismo; in tal modo si sono accelerati i tempi di entrata in vigore del nuovo coordinamento potendosi immediatamente sfruttare una collaudata struttura già esistente.

5. La legge 28 luglio 2016 n. 153

La legge in questione è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 185 del 9 agosto 2016 ed è entrata in vigore il 24 agosto 2016; come già evidenziato, contiene alcune nuove fattispecie penali che rafforzano il contrasto al terrorismo internazionale.

E' stato introdotto **l'art. 270 quinquies.1 cp (Finanziamento di condotte con finalità di terrorismo)** che punisce con la reclusione da sette a quindici anni chiunque, al di fuori dei casi di cui agli artt. 270 bis e 270 quater.1, raccoglie, eroga o mette a disposizione beni o denaro, in qualunque modo realizzati, destinati a essere in tutto o in parte utilizzati per il compimento delle condotte con finalità di terrorismo indicate nell'art. 270 sexies cp; la norma precisa che ai fini della consumazione del reato non è necessario l'effettivo utilizzo dei fondi raccolti, erogati o messi a disposizione.

Il comma 2 dell'art. 270 quinquies prevede pure la punibilità di chiunque deposita o custodisce i beni o il denaro sopra indicati (reclusione da cinque a dieci anni).

L'art. 270 quinquies.2 cp (Sottrazione di beni sottoposti a sequestro) punisce chiunque sottrae, distrugge, disperde, sopprime o deteriora beni o denaro sottoposti a sequestro per

prevenire il finanziamento delle condotte con finalità di terrorismo previste dall'art. 270 sexies; la struttura della norma richiama in qualche modo quella di cui all'art. 334 cp ma ha la particolarità di riferirsi ai fondi destinati al terrorismo.

Di grande rilievo è infine l'introduzione **dell'art. 280 ter cp (Atti di terrorismo nucleare)** che punisce al comma 1 con la reclusione non inferiore ad anni quindici chiunque, con finalità di terrorismo, procura a se' o ad altri materia radioattiva ovvero crea un ordigno nucleare o ne viene altrimenti in possesso; il successivo comma 2 prevede la punibilità con la reclusione non inferiore ad anni venti di chiunque, sempre con l'anzidetta finalità, utilizza materia radioattiva o un ordigno nucleare ovvero utilizza o danneggia un impianto nucleare in modo tale da rilasciare o con il concreto pericolo che rilasci materia radioattiva.

Il comma 3 per ultimo precisa che la punibilità è prevista anche quando le condotte prima descritte abbiano per oggetto materiali o aggressivi chimici o batteriologici.

6. La recente giurisprudenza in tema di art. 270 bis c.p.

L'interpretazione della nozione della finalità di terrorismo ha spesso presentato problemi con oscillazioni giurisprudenziali anche all'interno della stessa Corte regolatrice tanto è vero che il legislatore, come si è prima osservato, ha sentito il bisogno di intervenire direttamente fornendo agli operatori del diritto una interpretazione autentica mediante l'introduzione di un'apposita norma (l'art. 270 sexies cp - Condotte con finalità di terrorismo).

In tema di finalità di terrorismo internazionale si è di recente pronunciata ancora una volta la Corte di Cassazione (V^ Sezione penale – sentenza n. 48001/2016 del 14 luglio 2016, depositata il 14 novembre 2016) indicando i requisiti per poter ritenere la sussistenza del reato associativo di cui all'art. 270 bis cp.

La vicenda processuale è quella relativa all'arresto avvenuto nell'anno 2013 di quattro cittadini tunisini ideologicamente radicalizzati poi condannati sia in primo che in secondo grado per il reato associativo in parola .

La corte territoriale di merito aveva ritenuto sufficiente per la sussistenza del reato l'attività, posta in essere da costoro, di proselitismo e indottrinamento finalizzata ad indurre i destinatari a fornire una disponibilità ad unirsi ai combattenti per la causa islamica ed anche ad immolarsi per la stessa.

La Corte di legittimità ha invece valutato come insufficienti tali elementi ritenendoli solo una precondizione ideologica per la costituzione di un'associazione effettivamente funzionale al compimento di atti terroristici che però necessita, in ossequio ai criteri indicati dall'art. 270 sexies cp, anche di ulteriori concreti elementi quali l'individuazione quanto meno della tipologia degli atti terroristici obiettivo dell'organizzazione e la capacità operativa della struttura a dare agli stessi effettiva realizzazione; ha, altresì osservato che la mancanza di tali ulteriori elementi era desumibile anche dalla circostanza che le ultime conversazioni intercettate risalivano a quattro anni prima.

Alla luce dei suindicati principi la sentenza in esame, avendo quindi ritenuto gli elementi acquisiti nel procedimento di merito adeguati solo per l' eventuale applicazione di una misura di prevenzione ma non per una condanna in sede penale, ha disposto l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata con la conseguente liberazione degli imputati che sino a quel momento si trovavano in stato di custodia cautelare.

Come si può ben notare, la pronuncia in esame è indicativa di come non sia affatto facile nei procedimenti in materia di terrorismo internazionale acquisire adeguati elementi probatori tali da poter resistere al rigoroso vaglio del giudice di legittimità tenuto conto che spesso non vi è una chiara demarcazione fra le pulsioni ideologiche di proselitismo e indottrinamento e la concreta operatività terroristica di un gruppo di persone.

7. Relazioni fra web e terrorismo

Le relazioni tra la rete Internet e le organizzazioni terroristiche sono particolarmente fitte essendo lo strumento telematico quello più utilizzato per il proselitismo e la propaganda ideologica e per veicolare istruzioni e messaggi; a tal proposito come si è evidenziato prima , la legge n.43/2015 ha opportunamente introdotto una circostanza aggravante quando determinati fatti di terrorismo sono compiuti avvalendosi di strumenti informatici o telematici.

La stessa legge, come si è visto, ha anche previsto agili strumenti di pronto contrasto alla propaganda terroristica a mezzo Internet mediante l'introduzione dei nuovi provvedimenti della richiesta di inibizione, dell'ordine di rimozione e del sequestro preventivo nel caso di inadempimento al predetto ordine.

Nell'ambito della prevenzione alle varie forme di terrorismo internazionale si ritiene decisivo un efficace monitoraggio della rete Internet a cura di personale specializzato avente ottima conoscenza della lingua araba poiché è attraverso tale strumento che vengono veicolate il più delle volte istruzioni generiche, ma talvolta anche specifiche, a soggetti più o meno ideologicamente radicalizzati che poi si prestano alla esecuzione di attentati anche a costo della propria vita.

I soggetti che vengono raggiunti da tali indicazioni non necessariamente hanno contatti diretti con le strutture verticistiche dell'organizzazione terroristica, potendo anche decidere di agire autonomamente (cc.dd. Lupi solitari).

Nel nostro ordinamento il monitoraggio della rete internet con finalità preventive della minaccia terroristica sia interna che internazionale è affidato al Comitato di Analisi Strategica Antiterrorismo (C.A.S.A.) istituito presso il Ministero dell'Interno e che è presieduto dal Direttore Centrale della Polizia di Prevenzione.

L'attività di prevenzione si presenta più difficoltosa proprio con riferimento ai sopra richiamati **Lupi solitari** la cui individuazione non è affatto agevole trattandosi di soggetti non formalmente aderenti all'organizzazione terroristica che anzi, il più delle volte, conducono un tenore di vita apparentemente regolare senza dare evidenti segni esterni della loro avvenuta radicalizzazione.

Uno degli strumenti di diffusione del credo terroristico, di istruzioni pratiche e in genere di comunicazione più usati dai vertici delle organizzazioni è quello delle riviste *on line* pubblicate in più lingue; in particolare nelle riviste in questione, alcune delle quali vengono menzionate più avanti, possono essere indicati obiettivi generici da colpire, suggerimenti circa le modalità di esecuzione degli attentati, in taluni casi anche obiettivi specifici.

INSPIRE è un magazine *on line* riconducibile alla nota organizzazione terroristica **AL QAEDA** pubblicato in inglese dal mese di luglio del 2010 a beneficio dei lettori residenti in Occidente; in esso, oltre ad una massiccia campagna a favore della radicalizzazione ideologica, sono state riportate anche istruzioni per la fabbricazione *fai da te* di bombe ed esplosivi (significativo a tal proposito è il titolo dell'articolo " *Come costruire una bomba nella cucina di vostra mamma").*

Si ritiene che tali istruzioni siano state utilizzate nell'esecuzione dell'attentato alla maratona di Boston del mese di aprile 2013 allorquando gli attentatori si sono avvalsi di due pentole a pressione opportunamente trasformate in ordigni esplosivi proprio sulla base delle indicazioni contenute nella rivista in questione; analogo strumento pare sia stato utilizzato anche in occasione del recente attentato di New York dello scorso 18 settembre 2016.

DABIQ è il magazine *on line* ufficiale dell'**ISIS** (l'autoproclamato Stato Islamico) pubblicato in più lingue occidentali dal mese di luglio 2014 (cioè immediatamente dopo l'autoproclamazione che è avvenuta il 29 giugno 2014) e prende il proprio nome dalla città siriana situata non molto lontano dal confine con la Turchia, conosciuta secondo la tradizione islamica quale " Villaggio della profezia " in ragione del posto ove dovrebbe avere luogo la battaglia finale fra Cristiani e Musulmani **;** anche esso si contraddistingue per la campagna in favore della radicalizzazione, indicando pure obiettivi occidentali da colpire e pronunciando colorite minacce contro Roma e la Chiesa cattolica.

Gli articoli pubblicati tendono ad evidenziare le grandi disponibilità economiche del cd. Stato Islamico e la conseguente possibilità di acquisto di qualsiasi cosa; in particolare in un articolo intitolato *" Una tempesta perfetta* " viene fatto riferimento alla intenzione di dotarsi di armamenti atomici e comunque di distruzione di massa acquistabili in Asia per vie illecite e al successivo catastrofico attacco all'Occidente (viene usata la terminologia biblica *Armageddon*).

RUMIYAH è il magazine *on line* più recente, essendo stato pubblicato il primo numero all'inizio del mese di settembre 2016 con edizioni in sette lingue diverse (inglese, francese, tedesco, turco, indonesiano, pashtun e uyguro); non intende sostituirsi a DABIQ ma rispetto a questo si presenta in un formato più agile e leggero con circa la metà di pagine.

Significativo è il titolo del magazine (in lingua araba RUMIYAH vuol dire Roma) per evocare in modo inquietante che l'obiettivo finale è proprio la conquista della capitale italiana, sede principale della cristianità.

Già dal primo numero si intravedono chiaramente gli scopi della pubblicazione che sono sempre quelli della radicalizzazione, degli stili di vita occidentali da colpire con l'indicazione di obiettivi specifici; eloquente a tal proposito il titolo dell'articolo " *Il sangue del miscredente è lecito per voi, quindi spargetelo*".

Si ritiene che l'autore dell'attentato terroristico posto in essere a Berlino lo scorso 19 dicembre 2016 si sia giovato del numero di RUMIYAH pubblicato nel mese di novembre 2016 al fine di individuare il veicolo più idoneo da utilizzare nell'esecuzione; in particolare nel servizio apparso alla pagina 10 e ss., con il corredo di numerose fotografie, venivano fornite dettagliate informazioni sulle caratteristiche dei mezzi pesanti che meglio si prestavano a rendere più gravi le conseguenze di un attentato da eseguire in una zona affollata.

KOSTANTINIYYE è il magazine *on line* dell'**ISIS** pubblicato in lingua turca e rivolto appunto alle popolazioni turche con contenuti ricchi di propaganda e di proselitismo.

Anche in questo caso il titolo è altamente simbolico perché KOSTANTINIYYE vuol dire Costantinopoli, sede dell'Impero Romano d' Oriente; così come è parimenti simbolica anche la data di pubblicazione del primo numero (29 maggio 2015) che, non a caso, evoca quella del 29 maggio 1453, giorno in cui, dopo un lungo assedio, le truppe dell'Impero Ottomano conquistarono Costantinopoli.

E' altamente plausibile che anche l'autore dell'attentato realizzato ad Istanbul all'interno di una discoteca nella notte di capodanno 2017 abbia trovato ispirazione proprio dagli articoli pubblicati nella rivista in parola.

Sul terreno della prevenzione viene quindi ritenuto assolutamente necessario uno scrupoloso monitoraggio della rete Internet da affidare a personale particolarmente esperto che sia in grado di analizzare i contenuti delle riviste *on line* unitamente ed in comparazione con altri dati sia sempre reperibili sul Web tradizionale (blog e forum specializzati d'area, agenzie di stampa, social network, ebook, chat, etc…) che su quello sommerso (cd. Deep web) ma anche desumibili da altre fonti (spostamenti di persone, movimentazione di denaro, mappatura di quartieri ad alta densità islamica e altro).

In tale contesto sarebbe di grande utilità individuare prima le strategie complessive delle organizzazioni terroristiche internazionali in un dato momento storico e poi le attività preparatorie poste in essere in ragione degli obiettivi specifici che le stesse intendono colpire.

8. I foreign fighters

Fra le nuove forme di terrorismo internazionale è particolarmente significativa la figura dei **foreign fighters**, letteralmente combattenti stranieri; costoro sono soggetti che, pur non

appartenendo geograficamente ai paesi nei quali è sorto e opera l'ISIS, decidono di affiliarsi all'autoproclamato Stato Islamico condividendone l'ideologia e i metodi di combattimento con la prospettiva del miglioramento e della valorizzazione della propria vita.

Secondo gli studi sociologici svolti i **foreign fighters** provengono dai più diversi strati sociali (indifferentemente da famiglie povere o benestanti), possono essere sia uomini che donne, possono avere diversi livelli di istruzione scolastica (il tasso di scolarità è irrilevante) e possono essere sia musulmani di nascita che convertiti alla religione islamica in età adulta; quello che comunque li accomuna è il processo di radicalizzazione ideologica che li porta a considerare la **jihad** quale unica ragione della propria esistenza.

Nei loro confronti è stata coniata l'espressione inglese " **from zero to hero**" che lascia ben intendere quale sia il loro atteggiamento psicologico in relazione all'arruolamento e al conseguente per loro salto di qualità della propria vita; in sintesi ritengono che l'adesione alla **jihad** comporti il passaggio da un tenore vita assolutamente grigio e anonimo ad uno in cui sarà possibile acquisire alta stima e grande considerazione da parte della comunità alla quale hanno aderito.

In virtù di tali ideali i **foreign fighters** accettano quindi senza riserve di allontanarsi dalla propria famiglia, di essere arruolati fra le fila dell'ISIS, di essere sottoposti a severi addestramenti e conseguentemente di combattere al fianco dello Stato Islamico in Medio Oriente; non è comunque escluso, anzi si è spesso verificato, il ritorno dopo un certo periodo di tempo in Occidente con la finalità di preparare ed eseguire attentati terroristici.

Secondo le statistiche fornite dal Ministero dell'Interno con dati aggiornati al 5 gennaio 2017 sono stati individuati 110 soggetti riconducibili al nostro territorio nazionale (non necessariamente quindi tutti cittadini italiani) che hanno scelto di diventare **foreign fighters**; di questi 99 sono uomini e 11 donne.

Sempre secondo dati forniti dal Ministero dell'Interno ed aggiornati al 5 gennaio 2017 i **foreign fighters** rientrati in Italia sono 17; come è intuitivo, trattasi di soggetti estremamente pericolosi per aver acquisito nel periodo in cui sono rimasti nelle zone teatro di guerra elevate conoscenze in ordine alle tecniche di esecuzione di attentati terroristici.

In relazione al fenomeno dei **foreign fighters** la legge n. 43/2015 ha aggiunto un comma all'art. 270 quater cp prevedendo la pena della reclusione da cinque a otto anni per la persona

arruolata con finalità di terrorismo internazionale; lo stesso articolo già prevedeva al primo comma la pena della reclusione da sette a quindici anni per la figura dell'arruolatore.

Sempre sullo stesso tema è rilevante l'introduzione con la legge n. 43/2015 del nuovo reato di **organizzazione di trasferimenti per finalità di terrorismo (art. 270 quater.1 cp)** che prevede la pena della reclusione da cinque a otto anni per chi organizza, finanzia o propaganda viaggi in territorio estero finalizzati al compimento di condotte aventi scopo di terrorismo.

Infine la citata legge ha reso applicabili le misure di prevenzione personali anche ai **foreign fighters** ed anzi il legislatore ha fornito una interpretazione autentica della relativa nozione giuridica definendoli testualmente come coloro che prendono parte "**ad un conflitto in territorio estero a sostegno di un'organizzazione terroristica che persegue le finalità terroristiche di cui all'articolo 270 sexies del codice penale**" (art. 4 comma 1 lettera d del decreto legislativo n. 159/2011 - Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione).

In tale contesto è stata pure introdotta la facoltà per il Questore competente di disporre il temporaneo ritiro del passaporto e la sospensione della validità ai fini dell'espatrio di altro documento equipollente in relazione ai soggetti indicati nell'appena citato art. 4 comma 1 lettera d) nei confronti dei quali sia stata presentata proposta di applicazione della misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno; a garanzia dei soggetti interessati è comunque previsto il successivo intervento dell'Autorità giudiziaria (Pubblico ministero distrettuale e Presidente del Tribunale capoluogo di provincia) che, ricorrendone i presupposti, dovrà provvedere alla convalida del provvedimento d'urgenza al massimo entro novantasei ore dall'emissione.

A sostegno dei suindicati provvedimenti d'urgenza la legge in questione ha pure introdotto una nuova fattispecie di reato (art. 75 bis decreto legislativo n. 159/2011) prevedendo la pena della reclusione da uno a cinque anni per chi viola il divieto di espatrio imposto in via d'urgenza.

9. I lupi solitari

L'autorevole rivista statunitense di politica internazionale **Foreign Policy** ha condotto uno studio accurato in ordine alle varie modalità di reclutamento, di preparazione e di esecuzione degli attentati terroristici jihadisti degli ultimi anni ed ha enucleato quattro possibili diversi scenari che così possono essere sintetizzati:

1) organizzazione di attentati con obiettivi specifici già individuati e con precise istruzioni agli esecutori (rientrano in questa tipologia l'attentato alla sala di concerto Bataclan e agli altri locali di Parigi del 13 novembre 2015 e quelli di Bruxelles del 22 marzo 2016 all'aeroporto e alla stazione della metropolitana Maalbeek);

2) reclutamento attraverso la rete internet ad opera di soggetti appositamente addetti al monitoraggio del web che attraverso un'attenta osservazione riescono ad individuare potenziali esecutori ai quali indicare obiettivi da colpire e modalità di esecuzione;

3) soggetti già reclutati che hanno dunque già contatti con i referenti dell'Isis ai quali però non viene impartita alcuna istruzione ne tantomeno indicati obiettivi: godono pertanto della più ampia autonomia operativa;

4) infine, soggetti estremamente radicalizzati che non hanno alcun tipo di contatto con i vertici dell'Isis e che quindi possono agire a loro discrezione e in totale autonomia dallo Stato Islamico che poi, nel caso in cui l'attentato venga compiuto, rivendica comunque come propria l'azione.

In quest'ultima categoria rientrano quelli che vengono comunemente chiamati **Lupi solitari** e l'esempio più eclatante di come costoro possano imprevedibilmente agire risale al 14 luglio 2016, data in cui è stato compiuto l'attentato di Nizza sulla Promenade des Anglais; anche la strage compiuta a Orlando (USA) il 12 giugno 2016 all'interno di un locale frequentato dalla comunità gay è attribuibile all'azione di " lupo solitario ".

Come già accennato, a differenza del **foreign fighter** che lascia necessariamente qualche traccia della propria condotta (i rapporti con l'arruolatore, i rapporti con l'addestratore, il trasferimento verso i luoghi teatro di guerra, eventuali rimesse di denaro, etc…), l'attività di prevenzione si presenta più difficoltosa proprio con riferimento ai sopra richiamati **Lupi solitari** la cui individuazione non è affatto agevole trattandosi di soggetti non formalmente aderenti all'organizzazione terroristica che anzi, il più delle volte, conducono un tenore di vita apparentemente regolare senza dare evidenti segni esterni della loro avvenuta radicalizzazione se non proprio a ridosso del compimento dell'attentato terroristico.

A questa categoria di persone si rivolge spesso la campagna di incitamento dello Stato Islamico a compiere attentati, così come peraltro è stato fatto nel mese di agosto 2016 allorquando

tramite il network jihadista Al-Thabaat è stato diffuso un video di propaganda denominato " Come on rise " contenente l'esplicito invito a colpire con qualsiasi mezzo negli Usa e in Europa, ivi compreso il nostro paese; ancora più di recente, il 3 novembre 2016, è stato diffuso un file audio dello stesso tenore attribuibile personalmente al Califfo dell'autoproclamato Stato Islamico.

Gli esperti di terrorismo internazionale ritengono oramai sufficientemente provato il dato secondo cui l'attività dell'**ISIS** di individuazione e di reclutamento di soggetti da utilizzare per il compimento di attentati terroristici è demandata ad una struttura denominata **EMNI** riconducibile in tutto e per tutto ad un servizio segreto; la struttura in questione è ben organizzata e si articola in diverse aree territoriali essendo previsti un servizio "affari europei", un servizio "affari asiatici" e un servizio "affari arabi".

Per contrastare il fenomeno dei "**Lupi solitari**" sono state anche apportate integrazioni al reato di cui all'art. 270 quinquies cp (**addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale**) che già puniva con la pena della reclusione da cinque a dieci anni sia la figura dell'addestratore che quella del soggetto addestrato; in particolare, sulla falsariga del modello francese che già prevede la fattispecie di **impresa terroristica individuale**, viene ora anche punito con la medesima sanzione il soggetto che, avendo anche autonomamente acquisito istruzioni (quindi senza entrare in contatto con alcun addestratore), si autoaddestra ponendo in essere comportamenti univocamente finalizzati al compimento di condotte di terrorismo così come indicate nell'art. 270 sexies cp

10. I mezzi utilizzati per le comunicazioni

Altro aspetto meritevole di approfondimento è quello delle modalità adottate dai vari aderenti alle organizzazioni terroristiche per comunicare tra di loro , modalità che privilegia la segretezza dei contenuti e la impossibilità di captazione da parte di terzi estranei.

E' risaputo che i vertici dell'ISIS consigliano e incoraggiano l'uso di applicazioni che consentono comunicazioni che non possono essere intercettate da terzi in modo da garantire la segretezza dei dati trasmessi.

In esecuzione di tale direttiva i soggetti riconducibili all'organizzazione terroristica fanno ampiamente uso dell'applicazione di messaggistica denominata **Telegram** di creazione russa; in detta applicazione è prevista in particolare una funzione chiamata "chat segreta" che garantisce

appunto la segretezza delle comunicazioni, essendo basata su una cifratura *end to end* aperta esclusivamente al mittente e al destinatario della comunicazione.

Il contenuto delle comunicazioni non viene dunque salvato nel server dei gestori dell'applicazione e a maggior tutela della segretezza è pure prevista la funzione di autodistruzione che può essere programmata temporalmente dall'utente e che consente appunto di eliminare definitivamente la comunicazione su entrambi i dispositivi di mittente e destinatario.

La tecnologia sopra descritta comporta una grave menomazione alle investigazioni in quanto impedisce di norma di procedere alle intercettazioni delle comunicazioni per cui l'auspicio è che la scienza telematica possa al più presto individuare le eventuali vulnerabilità della chat segreta di **Telegram** in modo da consentire la captazione delle comunicazioni; sin da ora appare tuttavia possibile in certe condizioni favorevoli acquisire il dato trasmesso mediante la procedura dello *screenshot*, cioè la cattura istantanea della schermata del dispositivo utilizzato.

Gli ideatori di **Telegram**, i fratelli russi Durov, confidano comunque ciecamente sulla impenetrabilità della chat segreta tanto da aver messo a disposizione la somma di 200.000 dollari in bitcoin in favore di chi riuscirà a decifrare le comunicazioni criptate di una chat segreta; ebbene, ad un anno di distanza nessuno è riuscito nell'impresa tanto è vero che i Durov hanno rilanciato elevando la ricompensa a 300.000 dollari in bitcoin.

11. Osservazioni finali

Come già evidenziato, un'efficace opera di prevenzione alle nuove forme di terrorismo internazionale non può prescindere da uno scrupoloso monitoraggio della rete Internet e questo viene già svolto in modo attento dal C.A.S.A..

Altro aspetto fondamentale nell'ambito delle attività di prevenzione e contrasto è quello relativo al coordinamento sia nazionale che internazionale delle varie Autorità che si occupano della materia e che dovrebbe garantire un puntuale e tempestivo scambio di informazioni.

Se il problema può dirsi definitivamente risolto a livello nazionale con l'istituzione della Direzione Nazionale Antimafia e Antiterrorismo, lo stesso non può dirsi per il profilo internazionale ove manca un'analoga struttura in grado di svolgere le delicate funzioni di raccordo investigativo e di sollecita circolazione delle notizie.

E' noto infatti che in tempi recenti e soprattutto in occasione della consumazione di gravi attentati terroristici in Europa alcuni paesi particolarmente esposti non hanno condiviso o comunque hanno fatto circolare in ritardo dati e informazioni che sarebbero stati utili sia sotto il profilo della prevenzione dei reati che sotto quello della individuazione degli spostamenti di soggetti in qualche modo coinvolti od anche sotto quello della movimentazione di somme di denaro destinate alla causa terroristica.

La soluzione di tale problema potrebbe essere quella di istituire la Procura Europea di cui si discute da diversi anni ma il cui varo non si presenta affatto facile soprattutto per l'atteggiamento e le resistenze di più di uno Stato che teme di perdere parte della propria sovranità in seguito alla costituzione di una simile struttura.

Una spinta per incentivare il coordinamento e la cooperazione internazionale potrà comunque derivare dalla nuova direttiva europea in materia di contrasto al terrorismo in corso di approvazione da parte del Consiglio dell'Unione Europea che, fra le altre disposizioni, prevede pure norme rafforzate per garantire lo scambio di informazioni e la cooperazione tra gli Stati membri.

In tema di contrasto al terrorismo internazionale quello che bisogna evitare è comunque l'associare con una superficiale equivalenza l'intero mondo islamico alle organizzazioni terroristiche poiché ciò costituirebbe un grave errore di impostazione e di metodo.

E' risaputo infatti che la gran parte dell' Islam, a tutti i livelli, ha preso le distanze dagli autori dei gravi attentati verificatisi negli ultimi anni partecipando anche alle manifestazioni organizzate in solidarietà alle vittime e respingendo comunque fermamente con chiarezza ogni forma di violenza.

RODOLFO PICCIN

Circolazione stradale e principio di affidamento nella giurisprudenza di legittimità[192]

Alcune attività rischiose, fra le quali rientra quella relativa alla circolazione stradale, sono svolte in concomitanza con le attività di altri soggetti: in tali situazioni si pone il problema di stabilire se la diligenza dell'agente debba estendersi sino alla valutazione delle condotte incaute altrui.

E' evocato il cd. principio di affidamento: a ciascuno è attribuita la possibilità di fare affidamento sull'altrui diligenza, quale osservanza delle regole cautelari proprie del contesto in cui l'agente opera; tale potere è espressione della natura personale e rimproverabile della responsabilità colposa, circoscrivendola entro limiti ragionevoli allo scopo di evitare la paralisi ogni azione i cui effetti dipendano anche dal comportamento altrui.

Il principio di affidamento trova pacifica affermazione nell'ambito della responsabilità medica in *equipe*: nell'organizzato svolgimento di attività complesse e plurisoggettive, che implicano l'esercizio di conoscenze multidisciplinari, ciascun agente deve poter confidare sul fatto che gli altri specialisti si comportino in modo appropriato[193].

Un simile contenimento della responsabilità è dalla giurisprudenza attenuato con la ricorrente affermazione per la quale il principio di affidamento trova limitazione nei casi in cui siano presenti altrui errori evidenti e non specialistici, tali cioè da poter essere governati dal professionista dotato delle comuni competenze, come tali rilevabili ed emendabili con l'ausilio

[192] l'articolo compendia gli studi di BASILE, *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica,* in *Diritto penale contemporaneo*, Milano, 2012, disponibile in http://www.penalecontemporaneo.it (accesso del 2 aprile 2017); EUSEBI, *Appunti del corso di diritto penale per l'a.a. 2015-2016,* Milano 2015-2016, disponibile in http://www.pul.it/cattedra/upload_files/11588/pul%202016%20-%20diritto%20penale%20I.pdf (accesso del 2 aprile 2017); LATTANZI-LUPO, *Codice penale*, Milano, 2010, II, 494 ss; a tali AUTORI va riconosciuto ogni merito per gli insuperabili contributi scientifici qui utilizzati e riportati.

[193] LATTANZI-LUPO, *op. cit.*, 507 ss.

delle comuni conoscenze scientifiche del professionista ordinario (Sez. 4, n. 30991 del 06/02/2015 - dep. 16/07/2015, Pioppo e altro, Rv. 264315).[194]

Diverso è l'orientamento della giurisprudenza in tema di circolazione stradale, laddove si registra la tendenza a escludere la praticabilità del principio di affidamento: poiché le norme sulla circolazione stradale impongono severi doveri di prudenza e diligenza proprio per fare fronte a situazioni di pericolo, anche quando siano determinate da altrui comportamenti irresponsabili, la fiducia di un conducente nel fatto che altri si attenga alle prescrizioni comandate dal Codice della Strada, se mal riposta, costituisce di per sé condotta negligente (Sez. 4, n. 32202 del 15/07/2010 - dep. 20/08/2010, Filippi, Rv. 24835401).

Su tali basi si è stata ritenuta la responsabilità dell'automobilista che alla guida della propria vettura aveva effettuato un repentino cambio dalla corsia di sorpasso a quella di destra senza segnalare per tempo la sua intenzione, andando a collidere con un motociclo che sopraggiungendo dietro di lui aveva tentato imprudentemente di sorpassarlo a destra (Sez. 4, n. 5691 del 02/02/2016 - dep. 11/02/2016, Tettamanti, Rv. 265981); del guidatore per omicidio colposo di un pedone il quale, sceso dalla portiera anteriore dell'autobus in sosta lungo il lato destro della carreggiata, era passato davanti all'automezzo ed era stato investito dall'imputato, che aveva rispettato il limite di velocità ma non aveva provveduto a moderarla in ragione delle condizioni spazio-temporali di guida, segnatamente della presenza in sosta del pullman (Sez. 4, n. 12260 del 09/01/2015 - dep. 24/03/2015, Moccia e altro, Rv. 263010); del conducente di autovettura entrata in collisione con la motocicletta occupata un carabiniere in servizio, che percorreva contro mano e a sirene spiegate la strada ove si era verificato l'impatto (Sez. 4, n. 8090 del 15/11/2013 - dep. 20/02/2014, P.M. in proc. Saporito, Rv. 25927701); dell'automobilista che favorito dal semaforo verde, non si era accertato della presenza, anche colpevole, di pedoni che si attardavano nell'attraversamento (Sez. 4, n. 12789 del 18/10/2000 - dep. 07/12/2000, Cerato G, Rv. 218473).

[194] nel testo sono ripresi ampi passaggi della giurisprudenza di volta in volta citata, con l'eventuale indicazione dell'ESTENSORE per il dovuto riconoscimento del suo apporto

A tale ampia configurazione della responsabilità è stato apposto il limite della imprevedibilità: si è detto che in tema di circolazione stradale il principio dell'affidamento trova un temperamento nell'opposto principio secondo il quale l'utente della strada è responsabile anche del comportamento imprudente altrui purché questo rientri nel limite della prevedibilità degli eventi, oltre il quale non è consentito parlare di colpa (Sez. 4, n. 5691/2016, *cit*.; Sez. 4, n. 12260/2015, *cit*.; per una prima affermazione, Sez. 4, n. 3903 del 08/03/1983 - dep. 28/04/1983, Franco, Rv. 158790).

In proposito, vale la pena ripercorrere il tracciato argomentativo esposto dalla recente giurisprudenza [195]: senza dubbio quello della circolazione stradale è un contesto meno definito di quello del lavoro medico in *equipe:* si configura infatti un'impersonale, intensa interazione che mostra frequenti violazioni delle regole di prudenza; d'altra parte, il Codice della Strada presenta norme che sembrano estendere al massimo l'obbligo di attenzione e prudenza, sino a comprendere il dovere di prospettarsi le altrui condotte irregolari: l'art. 141 impone di regolare la velocità in relazione a tutte le condizioni rilevanti, in modo che sia evitato ogni pericolo per la sicurezza; e di mantenere condizioni di controllo del veicolo idonee a fronteggiare ogni: "[...] *ostacolo prevedibile*"; l'art. 145 pone la regola della massima prudenza nell'impegnare un incrocio; l'art. 191 prescrive la massima prudenza nei confronti dei pendoni, sia che si trovino sugli appositi attraversamenti, sia che abbiano comunque già iniziato l'attraversamento della carreggiata.

Tali norme tuttavia non possono essere lette in modo tanto estremo da enucleare l'obbligo generale di prevedere e governare sempre e comunque il rischio da altrui attività illecita.

Tale soluzione non solo sarebbe irrealistica, ma condurrebbe a risultati non conformi al principio di personalità della responsabilità, prescrivendo obblighi talvolta inesigibili e – come è stato acutamente osservato - votando l'utente della strada al destino del colpevole per definizione o, se si vuole, del capro espiatorio (Sez. 4, n. 6967 del 16/12/2011 – dep. 22/02/2012); né può esercitare un'influenza contraria il fatto che gli altrui comportamenti imprudenti siano tanto gravi

[195] Sez. 4, n. 12260 del 09/01/2015 - dep. 24/03/2015, Moccia e altro, Rv. 26301001; Presidente: ZECCA G. Estensore: D'ISA C. Relatore: D'ISA C.

quanto diffusi – si pensi a quello di ciclomotoristi che sorpassano sulla destra veicoli fermi, del ciclista che percorra la carreggiata contromano, del pedone che valichi la strada distante dall'attraversamento pedonale e improvvisamente -: un tale approccio condurrebbe all'effetto paradossale di svuotare la forza cogente della disciplina positiva e di generare un patologico affidamento inverso da parte dell'agente indisciplinato sulla altrui attenzione anche nel prevedere le proprie intemperanze comportamentali.

Per tentare di definire la concreta portata del principio di affidamento nell'ambito della circolazione occorre considerare che i contesti fattuali possibili sono assolutamente indeterminati: non è quindi realistico che l'affidamento concorra a definire i cd. modelli di agenti, le cd. sfere di rischio e di responsabilità in modo categoriale, come invece accade nel ben più definito contesto del lavoro medico in *equipe* - e, entro confini peraltro assai limitati, nell'ambito della sicurezza del lavoro o della responsabilità di collegi -.

Il riferimento è alla figura del cd. agente modello o, secondo più recente terminologia, al cd. agente omologo: come puntualizzato dalla più sensibile dottrina, in tema di responsabilità per colpa il giudizio di prevedibilità dell'evento offensivo andrà effettuato: "[…] *sulla base delle conoscenze note e delle prassi comportamentali riconosciute come valide all'epoca della condotta nella cerchia di coloro che svolgono l'attività o la professione della quale si discuta, avuto riguardo al contesto effettivo in cui abbia agito l'agente concreto*"[196]

E' qui il caso di accennare alle molte difficoltà che insorgono nell'individuazione del cd. agente modello: basti pensare al rischio di un'autentica idealizzazione del cd. agente modello, che finisce per traguardare il giudizio di prevedibilità ad un soggetto ideale disancorato dal: "[…] *contesto situazionale concreto in cui abbia operato il soggetto agente e nella prospettiva di quanto sia stato conosciuto* a posteriori"[197]; oppure alla difficoltà di costruzione stessa dell'agente modello, secondo procedimento che richiede di partire da talune note distintive desunte dalla persona dell'agente concreto, per individuare il gruppo di persone a lui omologhe, all'interno del

[196] EUSEBI, *op. cit*., 20
[197] EUSEBI, *op. loc. cit.*

quale infine pensare, immaginare mentalmente un agente modello quale esponente – non già medio e nemmeno sapientissimo ed espertissimo, ma – coscienzioso ed avveduto di tale gruppo[198]: con il rischio di perimetrale tali cerchie in modo eccessivamente espansivo o restrittivo, con l'affanno di restituire significato ai caratteri della coscienziosità e dell'avvedutezza.

Ciò che conta in questa sede è ribadire che le accennate esigenze della vita di relazione e di personalizzazione della responsabilità che fondano il principio in esame concorrono comunque a modellare la colpa, orientano la misura ed i limiti del dovere normativo di prevedere, ridimensionano il pervasivo dovere di prevedere sempre e comunque le altrui condotte irregolari.

D'altra parte, pure sul versante più squisitamente soggettivo della colpa il principio ha un suo rilevante spazio di azione: esso impone di valutare se nelle condizioni date l'agente dovesse e potesse realisticamente prevedere e di conseguenza se egli si potesse concentrare sulla possibile violazione da parti di altri delle dovute regole di cautela.

Le esigenze di limitazione del dovere di prudenza sono scorte dalla giurisprudenza che, come si è visto, richiede che l'altrui irregolarità sia prevedibile: un limite che naturalmente assume diversa ampiezza in relazione alle diverse norme, più o meno rigide, più o meno rigorose, che possono entrare in questione; in tale contesto, risulta problematico il confronto non solo con le norme di diligenza non positivizzate, ma anche con quelle norme cautelari che benché ascritte al paradigma della colpa specifica di fatto risultano assai generiche: fra di esse, proprio quella posta dall'art. 141, comma 1, CdS, la cui fattispecie descrittiva - come evidenziato da autorevole dottrina - è tanto ampia da rendere praticamente impossibile per il soggetto agente di poter far conto sulla correttezza della propria condotta.

E' tuttavia importante che tale limite sia enunciato, che esso sia scorto come un attributo che modella la colpa; che soprattutto ne siano definiti i tratti essenziali: non una prevedibilità astratta che risulterebbe in fin dei conti insignificante, ma piuttosto concreta, rapportata alle circostanze del caso concreto.

[198] BASILE, *op. cit.*, 10 ss.

Occorre, in breve, che le circostanze di ciascun accidente mostrino segni, indizi anche tenui che consentano di rendere concretamente non insignificante la probabilità di condotte inosservanti.

La giurisprudenza di legittimità ha in numerose occasioni sottolineato il ruolo fondante della prevedibilità ed evitabilità dell'evento: proprio nell'ambito della circolazione stradale che qui interessa, è stata ripetutamente affermata la necessità di tener conto degli elementi di spazio e di tempo, e di valutare se l'agente abbia avuto qualche possibilità di evitare il sinistro: la prevedibilità ed evitabilità vanno cioè valutate in concreto (Sez.. 4, n. 26239 del 19/03/2013 - dep. 14/06/2013, Gharby e altri, Rv. 255695).

Tali enunciazioni generali abbisognano di un chiarimento: l'esigenza della prevedibilità ed evitabilità in concreto dell'evento si pone in primo luogo e senza incertezze nella colpa generica, poiché in tale ambito la prevedibilità dell'evento ha un rilievo decisivo nella stessa individuazione della norma cautelare violata; ma anche nell'ambito della colpa specifica la prevedibilità vale non solo a definire in astratto la conformazione del rischio cautelato dalla norma, ma rileva pure in relazione al profilo squisitamente soggettivo, al rimprovero personale, imponendo un'indagine rapportata alle diverse classi di agenti modello ed a tutte le specifiche contingenze del caso concreto.

Certamente tale spazio valutativo è pressoché nullo nell'ambito delle norme rigide la cui inosservanza da luogo quasi automaticamente alla colpa; ma nell'ambito di norme elastiche che indicano un comportamento determinabile in base a circostanze contingenti, vi è spazio per il cauto apprezzamento in ordine alla concreta prevedibilità ed evitabilità dell'esito antigiuridico da parte dell'agente modello; ciò che conta è che non sia escluso che contingenze particolari possano rendere la condotta inosservante non soggettivamente rimproverabile a causa, ad esempio, della imprevedibilità della condotta di guida dell'altro soggetto coinvolto nel sinistro (cfr. Sez. 4, n. 46741 del 08/10/2009 - dep. 04/12/2009, P.C. in proc. Minunno, Rv. 245663).

E' allora possibile affermare che la limitazione della responsabilità per colpa introdotta dal cd. principio di affidamento conosce alcune eccezioni volte ad evitare esasperate parcellizzazione delle responsabilità: in particolare, la possibilità di fare affidamento sul altrui diligenza e prudenza viene meno quando in relazione a particolari circostanze concrete sia possibile prevedere che altri non si attrarrà alle regole cautelari che disciplinano la sua attività; in tal caso all'agente incombe l'obbligo di adottare le misure cautelari per ovviare ai rischi generati dall'altrui condotta.

In conclusione: nello specifico campo della circolazione il principio di affidamento trova temperamento nell'opposto canone secondo il quale l'utente della strada è responsabile anche del comportamento imprudente altrui: ma pur tuttavia è richiesto che tale condotta rientri nel limite della prevedibilità (Sez. 4, n. 12260 del 09/01/2015 - dep. 24/03/2015, Moccia e altro, Rv. 263010; Sez. 4, n. 8090 del 15/11/2013 - dep. 20/02/2014, P.M. in proc. Saporito, Rv. 259277; Sez. 4, n. 32202 del 15/07/2010 - dep. 20/08/2010, Filippi, Rv. 248354), nel senso che l'autista può contare sulla correttezza del comportamento degli altri utenti della strada sino a che circostanze concrete non rendano prevedibile una condotta scorretta.

Qualora la condotta imprudente degli altri utenti della strada si configuri quale eventualità del tutto estranea non solo al normale decorso della circolazione stradale ma anche a ricorrenti decorsi irregolari che la guida su strada può far prevedere - quali ad esempio l'eccesso di velocità del veicolo antagonista in prossimità dell'incrocio, un sorpasso azzardato, lo sbandamento del ciclista che sopravanza – si esula dal campo della normale prevedibilità e la cui rimproverabilità in capo all'agente ridurrebbe la violazione delle norme che regolano la circolazione stradale a inammissibile imputazione per responsabilità oggettiva.

GIOVANNI ROSSI

La direttiva 2012/29/UE: vittima e giustizia riparativa nell'ordinamento penitenziario

Sommario 1. Considerazioni introduttive. - 2. La vittima nella giustizia penale: un ospite inquietante. - 3. Il diritto a garanzie nel contesto dei servizi di giustizia riparativa: il principio del superiore interesse della vittima. - 4. La partecipazione ai procedimenti di giustizia riparativa nella Raccomandazione n° R(99)19 e nella Direttiva. - 5. Gli spazi applicativi della giustizia riparativa nell'ordinamento penitenziario. - 6. Giustizia riparativa e liberazione condizionale. - 7. ***(Segue)*** La successiva giurisprudenza di legittimità. - 8. ***(Segue)*** Polarità giurisprudenziali. - 9. ***(Segue)*** Pentimento/perdono e mediazione. - 10. Giustizia riparativa e affidamento in prova al sevizio sociale. - 11. ***(Segue)*** La prescrizione di «adoperarsi in favore della vittima» e la possibile attività di mediazione. - 12. ***(Segue)*** Il riconoscimento dei fatti essenziali. - 13. Per concludere.

1. Considerazioni introduttive.

La Direttiva 2012/29/UE (d'ora innanzi "Direttiva") stabilisce norme minime[199] «in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato», sostituendo la meno ampia e articolata Decisione-quadro 2001/220/GAI UE[200] «sulla posizione della vittima nel procedimento penale», fatte salve le precedenti direttive per particolari categorie di vittime.

L'art. 2 intende per «vittima»[201] «una persona fisica che ha subito un danno, anche fisico,

[199] «Gli Stati membri possono ampliare i diritti da essa previsti al fine di assicurare un livello di protezione più elevato»: cfr. considerando 11.

[200] L'Italia non ha provveduto all'attuazione della Decisione Quadro: v. SAVY, ***Il trattamento delle vittime dei reati nella nuova disciplina dell'Unione Europea,*** in ***Dir. un. eu,*** 2013, 613 ss. Per un inquadramento storico della sensibilità europea (e non solo) nei confronti della vittima di cui la Direttiva è vincolante epilogo, cfr. DEL TUFO, voce ***Vittima del reato,*** in ***Enc. Dir.,*** XLVI, Milano, 1993, 996 ss.

[201] Cfr. art. 2 della Direttiva. «Vittima» è termine divisivo nella politica penale, forse per le sue connotazioni emotive, le cui radici, come spesso accade, risalgono ad una metaforica sorgente sempre attiva e, se non avvertita, scivolosa: cfr. ZANOBIO, ***La vittima nella storia,*** in ***Tutela della vittima e mediazione penale,*** a cura di Riponti, Milano, 1995. Non è un caso che il termine compaia due volte nella sola legge n. 354 del 1975, negli artt. 47 (affidamento in prova al servizio sociale) e 73. Se ne prende atto, riservandone l'uso alla sola fase dell'esecuzione della pena, mentre, prima della sentenza definitiva di condanna, si ricorrerà alla più neutra e meno estensiva locuzione «persona offesa» accolta di norma dal nostro legislatore (cui, per brevità, non antepone "presunta").

mentale o emotivo, o perdite economiche che sono stati causati direttamente da un reato»[202], estendendo la definizione sino ad includervi anche la c.d. vittima indiretta (non specificamente contemplata, invece, dalla succitata Decisione Quadro), ovvero «il familiare di una persona la cui morte è stata causata direttamente da un reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona»[203].

Il provvedimento riconosce alla vittima numerosi diritti in tutto l'arco processuale comprendendovi anche l'esecuzione penitenziaria: dal diritto ad ottenere dettagliate informazioni sul proprio caso al diritto di accesso ai servizi di assistenza, dai significativi diritti di partecipazione al procedimento penale al diritto ad una protezione. Tra i presidi la Direttiva riconosce alla vittima «il diritto a garanzie nel contesto dei servizi di giustizia riparativa».

La Direttiva, all'art. 2, co. 1, d), definisce poi la «giustizia riparativa»[204] come «ogni procedimento che permette alla vittima e all'autore del reato[205] di partecipare attivamente, se vi acconsentono liberamente, alla risoluzione delle questioni [*difficultés/matters*] sorte dal reato con l'aiuto di un terzo imparziale *[tiers indipendan/impartial thrd party]»*[206]*:* definizione orientata alle riparabili conseguenze del reato, pressoché identica a quella della Raccomandazione n°R (99)19

[202] In ordine alla c.d. "vittimizzazione primaria", v. PEPINO, SCATOLERO, ***Vittime del delitto e vittimolo- gia,*** in ***Dei delitti e delle pene,*** 1992, n. 1, 188-189 e DE CATALDO NEUBURGER, ***Lo stress psicologico da vittimizzazione,*** in ***Dalla parte della vittima,*** a cura di Gulotta, Vagaggini, Milano, 1980, 105-106.

[203] Per «familiare» la Direttiva intende non solo il coniuge, ma anche il convivente ***more uxorio,*** nonché «i parenti in linea diretta, i fratelli e le sorelle, e le persone a carico della vittima».

[204] Materia oggetto, dunque, non più solo di raccomandazioni ***(soft laW),*** ma di un atto legislativo ***(hard laW)*** e di una Direttiva, più vincolante e dettagliata della sostituita Decisione Quadro, rivelatasi insufficiente a garantire i diritti delle vittime, anche nel contesto della giustizia riparativa.

[205] La Direttiva (considerando 12) chiarisce espressamente che con la locuzione «autore del reato si riferisce a una persona che è stata condannata per un reato», ma anche «ad una persona indagata o imputata prima dell'eventuale dichiarazione di responsabilità o della condanna» (fatta «salva la presunzione di innocenza»): sicché l'uso della locuzione, a fini di praticità espositiva, è riferito all'intero arco del procedimento penale.

[206]La Raccomandazione del 1999 adotta lo stesso sintagma ***«tiers indipendant/impartial thirdparty.»*** **-** con l'aggiunta tra parentesi di ***«mediateur/mediator*** (§.I) - chiarendo poi (§.V.3.26) che «la mediazione dovrebbe essere condotta in modo imparziale ***[maniere impartiale/impartial mamiei***] sui fatti della controversia e in funzione delle esigenze e volontà delle parti». Analogamente l'art. 25.4 della Direttiva, con riferimento agli «operatori dei servizi di giustizia riparativa», ne richiede «una adeguata formazione, di livello appropriato al tipo di contatto che intrattengono con le vittime» e l'espletamento dell'attività «in modo imparziale ***[impartialité/impartialmarrnei\,*** rispettoso e professionale». La Decisione-Quadro del 2001, che (come la Raccomandazione del 1999) si riferiva alla «mediazione di una persona», più sobriamente limitandosi a predicarne la "competenza" ***(«personne compétente/competentperson>)*** (art 1 e), e così sottolineando la decisività del profilo professionale del mediatore, che non decide/risolve secondo legge un conflitto tra le parti, ma deve limitarsi ad aiutarle, se vogliono, in un percorso di chiarificazione e di gestione non distruttiva, ma responsabile del loro conflitto

«sulla mediazione in materia penale»[207], e riferita, dunque, solo a questo particolare «servizio di giustizia riparativa». L'Unione Europea, infatti, preso atto che il concetto e la portata della mediazione in materia penale si sono nel tempo articolati ed è emersa la necessità di una più ampia, comprensiva categoria, fa riferimento ai "servizi di giustizia riparativa"[208], «fra cui ad esempio la mediazione [*mediation entre la victime et l'auteur de l'infraction/victim-offender mediation*], il dialogo esteso ai gruppi parentali e i consigli commisurativi» (considerando 46)[209].

2. La vittima nella giustizia penale: un ospite inquietante.

Per un corretto inquadramento del tema in esame, appare opportuna qualche preliminare riflessione di profilo diacronico della Direttiva, per provare a confutare un'interpretazione restrittiva degli spazi riservati ai «procedimenti di giustizia riparativa» all'interno del «procedimento penale», spazi di cui, invece, sembra auspicabile una graduale, strutturata estensione, pur con tutte le garanzie per le parti e senza snaturanti confusioni delle due distinte declinazioni della giustizia.

Le "norme minime" scolpiscono non più solo cosa l'Europa propone, ma cosa oggi ritiene indefettibile a proposito (tra l'altro) della riparazione *verso* la vittima nel contesto penale, e, più in generale, come ripensa lo stesso reato, che, muovendo proprio dalla vittima, definisce «non solo un torto alla società, ma anche una violazione dei diritti individuali delle vittime, che, come tali, dovrebbero essere riconosciute e trattate in maniera rispettosa, sensibile e professionale, senza discriminazioni di sorta» (considerando 9).

Ebbene, non si può comprendere appieno la portata di questi assunti senza soffermarsi sulla prodromica, pregnante Raccomandazione R (85) 11, adottata dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa il 28 giugno 1985, che ha affrontato, per la prima volta, in termini generali, il

[207] Cfr. la coincidente definizione di cui alla Risoluzione ONU 12/2002 - "Principi base sull'uso dei programmi di giustizia in materia penale".

[208] Cfr. §.6 ***Introduzione*** alle Linee-guida del CEPEJ (Strasburgo, il 7 dicembre 2007) «per una migliore attuazione» della Raccomandazione n. R (99) 19.

[209] Cfr. considerando 46. Nel nostro Paese è la «mediazione ***[mediation entre la victime et l'auteur de rinfraction/victim-offender mediation***]» il «servizio di giustizia riparativa» di gran lunga più conosciuto e attuato, soprattutto in ambito minorile. Per tal ragione, ed anche in quanto nucleo essenziale degli altri servizi indicati, ad essa farò riferimento nel prosieguo della trattazione come sinonimo antonomastico di «servizio di giustizia riparativa». Sul «dialogo esteso ai gruppi parentali ***[conférence en groupe fami- lia]/family group conferencing]»*** e sui «consigli commisurativi ***[cercles de déterminaion de la pei- ne/sentencing circles***]» v. MANNOZZI, ***La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia ripara- tiva e mediazione penale***, Milano, 2003, 151 ss.

tema della «posizione della vittima nell'ambito del diritto e della procedura penale».

Nei *consideranda,* infatti, l'autorevole Consesso, constatata la tendenza del sistema tradizionale della giustizia penale ad accrescere, più che a ridurre, la sofferenza della vittima, afferma che «una funzione fondamentale della giustizia penale deve essere quella di soddisfare le esigenze e salvaguardare gli interessi della vittima», di cui è necessario «tenere maggiormente in conto[...] il danno fisico, psicologico, materiale e sociale subito». Sul rilievo, poi, che ogni misura a tal fine, oltre a facilitare «una eventuale riconciliazione tra la vittima e l'autore del reato», non può che concorrere a realizzare le tradizionali funzioni «del diritto e del processo penale, come ad esempio il rafforzamento delle norme sociali e il reinserimento degli autori di reato», il Comitato raccomanda ai governi degli Stati membri di «rivedere le loro legislazioni e prassi», valorizzando, fra l'altro, «ogni serio sforzo riparativo» «in tutte le fasi», ed in tal quadro auspicando il più ampio ventaglio di soluzioni: riparazione come sanzione autonoma, sanzione sostitutiva della pena o misura con essa concorrente, ma anche condizione determinante nelle decisioni di *probation* e *diversion*, esaminando a tal fine anche «i possibili vantaggi dei meccanismi di mediazione e conciliazione»[210].

Certo, può generare disorientamento il reato inteso soprattutto come offesa alla vittima, ed ancora di più il suo ripensamento quale tassello del nuovo modello di giustizia riparativa, ma è un disorientamento che svela il ripensamento dell'azione lesiva in un contesto ben diverso da quello noto[211]. Ed è un disorientamento rispetto alla "evidenza" del processo penale così come costruito dalla tradizione occidentale[212], incentrato sul rapporto tra Stato (monopolista della forza) ed autore

[210] Insomma l'an e il ***quomodo*** (in relazione alla gravità del reato e/o a particolari esigenze di prevenzione speciale) della pena non possono che dipendere da un «serio sforzo riparativo» (per obbligo, onere, o per consenso nell'ambito di un possibile «procedimento di giustizia riparativa»). Una operazione che può portarci a meditare sia su ***poinè,*** da cui ***pena*** deriva, che sul suo apparentamento con ***pharmakon***: sull'origine, v. CURI, ***Diritto penale minimo,*** a cura di Curi, Palombarini, Roma, 2002, 408 ss.; sulla pena come ***pharmakon,*** che può curare solo intossicando, si leggano le brillanti pagine di RESTA, ***La certezza e la speranza,*** Bari, 1992, 23-36 e ID., ***Il diritto fraterno,*** Bari, 2002, 89 e ss., pur fortemente critico sulle strategie riparative in ambito penale.

[211] Cfr. la nota introduttiva dei curatori FIANDACA, VISCONTI, in ***Punire mediare, riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei confitti individuali,*** Torino, 2009, ove, si chiarisce, con efficace sintesi, come l'idea della riparazione-mediazione potrebbe essere considerata sia una costante antropologica nel suo nucleo significativo essenziale, sia una variabile culturale per le differenze di volta in volta riscontrabili nelle sue forme storiche di realizzazione».

[212] Cfr., volendo, ROSSI, ***La riparazione nell'ordinamento penale italiano,*** in ***Mediazione, Conciliazione, Riparazione - Giustizia penale e sapere psicoanalitico,*** a cura di Brutti, Torino, 1999.

del reato per neutralizzare i sentimenti di vendetta della vittima[213] ed a partire dall'età illuministica - dopo il «processo offensivo»[214] - per sottrarre il reo all'arbitrio punitivo. È noto come questa evoluzione abbia portato alla graduale emarginazione della vittima[215], perturbante figura ideologicamente apparentata - almeno in tempi risalenti - ad una vendetta affidata alle passioni di una parte, che andava razionalizzata attraverso una pena ristabilizzatrice, una volta per tutte, dell'ordine sociale vulnerato dal reato[216].

Ma, se la sottrazione del reo alla privata vendetta e poi all'arbitrio del sovrano, e infine la rieducazione quale finalità della pena[217], rappresentano un irreversibile progresso di civiltà giuridica, la sensibilità moderna rende l'attuale sistema penale non più in sintonia con la dignità della vittima, spesso non protetta, se non vittimizzata anche dal processo, in cui è parte ai fini della sola pretesa risarcitoria[218], nei limiti della rara capienza dell'offensore e comunque all'esito di processi annosi, sui cui passaggi/epiloghi non è, se non di rado, neppur informata. Una vittima così vessata - talora amplificando la propria voce tramite i *mass media,* dai quali è ancora una volta usata e, così, ulteriormente vittimizzata - non può che esprimere rancorose istanze di spicci accertamenti e pene esemplari, al pari della collettività, che con essa (oggetto di algofobiche proiezioni) si identifica, e così orienta politiche penali che rischiano di minare proprio quel progresso, che invece si vuole da taluno minacciato dal "ritorno" della vittima nel processo penale[219]. La Direttiva consapevole del pericolo indica un chiaro cambiamento di rotta,

[213] Su questo epocale passaggio non si può che segnare il passo sull'insuperabile riflessione di Eschilo nelle ***Eumenidi.*** Per una rigorosa analisi filosofica dell' ***Orestea,*** v. SEVERINO, ***Il giogo,*** Milano, 1989.

[214] E da ***«Dei delitti e delle pene.»*** di Cesare Beccaria che si mutua questa efficace locuzione.

[215] Questo è sinteticamente il tradizionale scenario della "neutralizzazione" della vittima, ***ab intra,*** ovvero muovendo da una concezione "pura" della giustizia penale in cui la vittima sarebbe sostanzialmente intrusa quanto la sua riparazione, ma non sono mancate anche istanze in tal senso mosse da una opposta esigenza di non contaminazione. Per RESTA, ***Fiducia nella Giustizia,*** in ***Min. giust,*** 1996, 68-71: bisogna «lavorare per le riconciliazioni e per soluzioni non punitive, ma nella comunità» e «pensare in termini di codice affettivo ma prima e fuori del codice del diritto», sul rilievo che «la fiducia [...] non può essere inserita in contesti di strategie punitive».

[216] E nel pensiero giuridico "classico" che si cristallizza l'evoluzione dalla vendetta della vittima alla razionale, regolata, uniforme "retribuzione" del giudice. Ben diversamente la pensa GIRARD, ***La violenza e l sacro,*** Milano, 1992, 32, secondo cui il sistema giudiziario «non sopprime la vendetta: la limita ad una rappresaglia unica il cui esercizio è affidato a una autorità suprema e specializzata nel suo campo», le cui «decisioni si impongono sempre come l'ultima parola della vendetta». Ad una visione storicistica s'oppone, con profonda consapevolezza filosofico-antropologica, COSI, ***Ordine, vendetta, pena,*** in ***Fare giustizia. Due scritti sulla vendetta,*** coautore S. Berni, Milano, 2014.

[217] Dall'ottocentesco affermarsi della pena carceraria se ne tentano finalità correzional-terapeutiche e, nell'ultimo scorcio del secolo scorso, di recupero sociale anche con pene alternative.

[218] La Direttiva si sofferma anche sul tema del «risarcimento», che mantiene ben distinto da quello della consensuale «giustizia riparativa»: cfr. ***consideranda*** 49, 62 e artt. 4, 9, soprattutto l'art. 16.

[219] Sul tema cfr. CERETTI, CORNELLI, ***Oltre la paura,*** Bologna, 2013, 11-18, 169 ss., 195 ss.

occupandosi della dignità umana[220] delle vittime di reato, «rafforzandone i diritti, il sostegno e la tutela», «in particolare nei procedimenti penali».

3. Il diritto a garanzie nel contesto dei servizi di giustizia riparativa: il principio del superiore interesse della vittima.

In tale prospettiva, la Direttiva riconosce che «i servizi di giustizia riparativa [...] possono essere di grande beneficio per le vittime» (considerando 46), ma impone agli Stati membri di adottare misure tali da garantire che «la vittima» che «scelga di partecipare a procedimenti di giustizia riparativa» sia «protetta» da «vittimizzazione secondaria[221] o ripetuta[222]»

(anche) all'interno di questi percorsi (art. 12, co. 1)[223]. E, in tema, prevede norme minime in ordine al diritto della vittima «a garanzie nel contesto dei servizi di giustizia riparativa» («disponibili» e «operanti nel corso del procedimento penale» in senso lato inteso, ovvero «dal primo contatto con l'autorità competente» all'esecuzione penitenziaria), stabilendone, al citato art. 12, le «condizioni» essenziali d'accesso. Preliminarmente appare opportuno sottolineare che la Direttiva impone dette condizioni minime in ordine a tutti i «servizi di giustizia riparativa» contestualmente ad una inedita quanto doverosa messa a fuoco del senso della riparazione, da intendersi sia come significato che come direzione. Infatti «si ricorre ai servizi di giustizia riparativa soltanto se sono nell'interesse della vittima» (§1.a dell'art. 12 cit.), questo il valore intrinseco del «procedimento di giustizia riparativa», ben distinto dal valore strumentale che può attribuirgli il

[220] Il rispetto della dignità umana dell'«autore del reato» è strettamente connesso con quello della dignità della «vittima», che oltre ad essere paritetica a quella dell'autore, può, se valorizzata nel sistema penale, far da volano per l'interiorizzazione collettiva dei principi di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 27 Cost.

[221] Con l'espressione «vittimizzazione secondaria» si designa il complesso di sofferenze psicologiche che possono derivare dall'inadeguato trattamento degli operatori coinvolti nella giustizia penale, soprattutto nei confronti di vittime vulnerabili o di particolari tipologie di reati: cfr. SAPONARO, ***Vitimologia, Origine - concetti - tematiche,*** Milano, 2004, spec. 185 ss.

[222] La letteratura sull'argomento definisce il termine «vittimizzazione ripetuta» ***(repeat victimizaiom*** come la commissione di reati a danno dei medesimi obbiettivi (persone o cose). I rischi di tale vittimizzazione variano secondo il tipo di delitto e il contesto ma i più alti livelli si trovano tra i delitti contro la persona quali i reati intrafamiliari, i reati sessuali, l'abuso di anziani e bambini, il bullismo e le minacce: cfr. CIAPPI, ***La Nuova Punitività. Gestione dei conflitti e governo dell'insicurezza,*** Catanzaro, 2008.

[223] La Direttiva esige più rispetto delle condizioni ed esigenze della vittima ed una sua protezione da rischi di ulteriore vittimizzazione «in tutti i contatti con un'autorità competente operante nell'ambito di un procedimento penale e con qualsiasi servizio» (consideranda 9 e 46). Già la citata Raccomandazione del 1999, all'art. 15, evidenziava la necessità di prendere in considerazione, prima di decidere l'invio alla mediazione, «le disparità evidenti concernenti taluni fattori quali l'età, la maturità o la capacità intellettiva delle parti»; seguita dalle Linee Guida CEPEJ, cit., che includevano, tra i temi di particolare rilievo e delicatezza, quello degli «squilibri di potere tra vittime e rei» (§ 16).

sistema penale: ogni effetto di prevenzione speciale da questo riconosciuto è subordinato rispetto al superiore «interesse della vittima».

Tale rilievo, lungi dall'essere scontato, va meditato alla luce del possibile condizionamento/snaturamento del «procedimento di giustizia riparativa» nell'esecuzione penitenziaria, orientata alla tutela e alla rieducazione dell'autore del reato, ma anche nel processo penale ove la riparazione della vittima potrebbe essere strumento deflattivo, per tacere della giustizia penale minorile, in cui le esigenze educative del minore giustificano al suo "superiore" interesse il «procedimento di giustizia riparativa».

Peraltro, il nostro Paese, a differenza di altri Stati dell'Unione Europea[224], non ha attuato la citata Decisione-quadro del 2001 e tantomeno accolto le precedenti Raccomandazioni del Consiglio d'Europa, e così non ha creato strutturati spazi all'interno della nostra giustizia penale per significative esperienze di «giustizia riparativa», che altrove invece hanno portato a indicare la necessità di rimedi alle relative "cattive" prassi.

E opportuna peraltro un'ultima considerazione a margine della centralità dell'«interesse della vittima», per sottolineare che non va unilateralmente enfatizzata nel particolare, delicatissimo, ambito dei "delitti di relazione"[225], spesso in progressione e agli inizi sottovalutati. In particolare, nei delitti familiari, il danno ne può preannunciare altri e più gravi e non si limita solo alla vittima diretta della condotta delittuosa, estendendosi di frequente ai figli della "diade criminale", nonché allo stesso offensore ed al suo ambito parentale in legame vitale con gli stessi. Ebbene, nel considerando 18[226], la Direttiva si occupa della «violenza nelle relazioni strette», ma, concentrandosi sul solo particolare danno che ne deriva alla vittima, ovvero sul «trauma fisico e psicologico sistematico dalle gravi conseguenze in quanto l'autore del reato è una persona di cui la vittima dovrebbe potersi fidare», traendone la pur necessaria conclusione che quest'ultima può «aver bisogno di speciali misure di protezione», disciplinate nel Capo 4. Ma non può sfuggire il nesso che stringe una efficace protezione alla partecipazione, ove possibile, a procedimenti di

[224] Cfr. FLOR, MATTEVI, ***Giustizia riparativa e mediazione in materie penali in Europa,*** in ***www.penalecontemporaneo.it***

[225] Sulla categoria cfr. KAISER, ***Criminologia,*** Milano, 1985, 119-120, 305, 313. Può essere utile qui anche rammentare che da un rapporto della Organizzazione Mondiale della Sanità, su 80 Paesi nel mondo, risulta che la metà delle morti violente che si verificano ogni anno sono dovute a suicidi, mentre la maggior parte degli omicidi sono commessi all'interno dei nuclei familiari e solo un quinto delle morti è causato da guerre. Cfr. ***World Report on Violence and Health, World Health Organizaion Publica- tion***, Ginevra, 2002.

[226] Cfr. anche il considerando 38.

giustizia riparativa in chiave di lungimirante strategia preventiva, soprattutto nella fase iniziale del procedimento penale[227].

Detto altrimenti, pur non potendosi sottovalutare, in alcune ipotesi, la necessità di una iniziale particolare protezione cautelare, questa è di breve periodo, mentre, quando è possibile, la tempestiva promozione di un servizio di giustizia riparativa ha incomparabili possibilità di prevenire una pericolosa *escalation,* che invece può essere favorita dalle dinamiche processuali[228]. Invero, i delitti familiari sono attraversati da conflitti ingestibili direttamente dal giudice, che non può che trascurarne la essenziale componente "emotiva o passionale", per usare proprio le parole del nostro codice penale: questa ormai diffusa consapevolezza chiama il diritto a dar ampio spazio a procedimenti di giustizia riparativa, nel rispetto delle garanzie di entrambe le parti. Peraltro, in questa tipologia criminosa, la partecipazione a detti procedimenti presenta un maggior gradiente, e per un duplice profilo: da un lato, i vitali sentimenti/interessi condivisi dalle parti possono indurle ad una maggiore disponibilità alla mediazione e ad un accordo riparativo del danno "sistemico-familiare", idoneo a ricucire i fondamentali legami e, così, alla prevenzione di ulteriori reati, anche a parti inverse; dall'altro, la vittima, nei casi in astratto meno gravi, può essere consapevole della limitatissima rivalsa penale perseguita con il processo, percependola bensì come occasione per ulteriori offese nel suo tormentato *iter*.[229]

[227] Cfr. BATTACCHI, CODISPOTI, ***La vergogna,*** Bologna, 1992, 73 ss.

[228] In proposito, è forse interessante evocare una pronuncia del 2011 della Corte di Giustizia dell'UE che si è espressa sull'interpretazione della Decisione Quadro del 2001 in materia di violenza domestica, in relazione ad un conflitto tra la volontà delle vittime di riprendere il rapporto di convivenza con gli autori di reato e le disposte misure giudiziarie di divieto di contatto con gli stessi/di allontanamento, seppur pene accessorie nel caso di specie e non provvedimenti cautelari. La Corte si è pronunciata per la conformità della normativa interna con il diritto dell'Unione, riconoscendo agli Stati membri discrezionalità nell'individuare le tipologie di reato a cui è possibile applicare la mediazione, ed in particolare ritenendo conforme la scelta dello Stato membro remittente di escludere il ricorso alla mediazione per tutti i reati commessi nelTambito familiare, purché sorretta da criteri oggettivi (cfr. PISAPIA, ***La protezione europea garantita alle vittime della violenza domestica,*** in ***Cass. pen.,*** 2014, 1866), che, nella fattispecie, appaiono discutibili per quanto argomentato nel testo.

[229] Il cd. delitto di relazione è dunque l'ambito elettivo della mediazione, che ridà alle parti quella possibilità di parola assente prima del passaggio all'atto aggressivo quanto repressa nel processo: in tale tipologia criminosa gli eventi in causa sono spesso il prodotto di un intreccio diacronico di variegate, bilaterali responsabilità, e coloro che in vario modo ne sono coinvolti solo in un contesto mediativo acco- giente e riservato possono cogliere sollecitazioni a riconoscere la propria parte nel conflitto. Sul sapiente rilievo dato alla natura relazionale della contesa nel mondo antico, cfr. ZAGREBELSKY, Il CruciUge e la democrazia, Torino, 1995, 25 ss

4. La partecipazione ai procedimenti di giustizia riparativa nella Raccomandazione n° R(99)19 e nella Direttiva.

Nell'art. 12 cit., la Direttiva stabilisce «almeno [...] le seguenti condizioni» per accedere ai «servizi di giustizia riparativa»: ricorso «soltanto [...] nell'interesse della vittima, in base ad eventuali considerazioni di sicurezza»; consenso «libero», «revocabile in qualsiasi momento» e «informato» («in merito al procedimento stesso», al «suo potenziale esito», alle «modalità di controllo dell'esecuzione di un eventuale accordo», che, «raggiunto volontariamente», «può essere preso in considerazione in ogni eventuale procedimento penale ulteriore»); «riservatezza» delle «discussioni [...] che hanno luogo nell'ambito di procedimenti di giustizia riparativa», successivamente «divulgabili», di regola, «solo con l'accordo delle parti»; «riconoscimento» da parte dell'«autore del reato» dei «fatti essenziali del caso».

Tra le precedenti fonti europee, appare la citata Raccomandazione del 1999 (elaborata sulla base di annosa sperimentazione), per cui è opportuna qualche schematica riflessione sui passaggi, seppur *per saltum,* da questa fonte alla Direttiva, con particolare riferimento alle condizioni prese in considerazione dall'art. 12 della Direttiva medesima, non prima di un preliminare chiarimento. Mentre la Raccomandazione si riferisce alla (sola) «mediazione in materia penale» secondo un'ottica neutrale *(nec utrum*), ossia dal punto di vista dell'istituzione giudiziaria che la può promuovere, occupandosi dei potenziali benefici per entrambe le parti e per lo stesso buon andamento del sistema penale, la Direttiva, invece, in una prospettiva radicalmente diversa, si occupa dei presupposti, della struttura e delle finalità del «servizio di giustizia riparativa» nell'ambito di una ben più ampia tutela della vittima[230] nel corso del procedimento penale, nel complesso delle relazioni «con servizi di assistenza alle vittime o di giustizia riparativa o con un'autorità competente operante nell'ambito di un procedimento penale» (art. 1, co. 1).

Alcuni passaggi dalla Raccomandazione alla Direttiva meritano, a questo punto, di essere rilevati.

Anzitutto, in ordine alle finalità del procedimento di giustizia riparativa, se la Raccomandazione del 1999, nel preambolo ed in primo luogo, riconosce «l'interesse legittimo delle vittime [...] a comunicare con l'autore del reato ed ad ottenerne le scuse e una riparazione»,

[230] Questa prospettiva è anticipata dalla Raccomandazione (2006)8, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa nel giugno 2006 «sull'assistenza alle vittime dei reati»: cfr. §.13.

questo profilo è ancor più nettamente indicato nella Direttiva[231]. Difatti, se la Raccomandazione s'affretta a soggiungere come la mediazione sia anche «un'occasione importante per stimolare negli autori del reato il senso di responsabilità e [...] offrir loro concrete possibilità di fare ammenda *[s'amender/make amends],* onde facilitarne la reintegrazione e la riabilitazione» in vista di epiloghi «più costruttivi e meno repressivi» della giustizia penale, la Direttiva non si occupa affatto delle possibili declinazioni in termini di effetti di prevenzione specialpositiva, pur apprezzati e progressivamente riconosciuti anche dal nostro sistema penale penitenziario, non per un deficit di consapevolezza, quanto per l'esigenza di evitare una "ipersoluzione", ovvero che, in concreto, la «scelta di partecipare a procedimenti di giustizia riparativa» possa poi rivelarsi per la vittima un'ulteriore occasione di "vittimizzazione"[232].

Ancora, come la Direttiva, anche la Raccomandazione, pur rivolgendosi ad entrambe le parti, invoca il principio assiale del consenso (*limes*, più che *li-* men), libero, sempre revocabile[233] e informato[234], e l'altrettanto fondamentale principio di riservatezza, al precedente strettamente connesso[235]. infine, il dato che preme indicare è il «riconoscimento dei fatti essenziali del caso»: formula sulla quale non si registra uno scarto significativo tra Raccomandazione (« *faits pnncipaux de l'affaire/basic facts of the* case»)[236] e Direttiva (« *faits essentiels de l'affaire/basic facts of the case»)*[237].Tuttavia, mentre la Raccomandazione postula - almeno *«en principe»/normally»* - un

[231] Come si è già illustrato con particolare riferimento al considerando 46 ed all'art. 12.1.a.

[232] Questo il senso della valorizzazione esclusiva dell'«interesse della vittima» di cui all'art. 12 lett. a), ovvero il pregnante rilievo che ogni altra finalità rilevante per il sistema penale non può che avere carattere subordinato in un corretto spazio di giustizia riparativa all'interno del processo penale, che nondimeno, in un'ottica complessiva, potrà trarne benefici.

[233] Cfr. le regole 1 e 11 della Raccomandazione.

[234] Cfr. la regola 10 della Raccomandazione: «Prima di accettare la mediazione, le parti dovrebbero essere pienamente informate dei loro diritti, della natura del processo di mediazione e delle possibili conseguenze della loro decisione». Sul punto le Linee-guida CEPEJ, cit., così articolano al § 33: «Le parti in mediazione dovranno, in particolare, essere rese pienamente edotte delle possibili conseguenze della mediazione sul procedimento di decisione giudiziale, inclusa la interruzione ***[intenupti- on/discontinuatiom]*** del procedimento penale, la sospensione o l'attenuazione ***[suspension ou l'atténuation/suspension or miigaion***] della sanzione» (cfr. anche § 15). E evidente quanto questa informazione possa incidere su un consapevole consenso delle parti.

[235] Cfr. la regola 2 ***(Principi generali):*** «le discussioni in mediazione sono confidenziali e non possono essere utilizzate successivamente, se non con l'accordo delle parti». Le succitate Linee-guida CEPEJ riprendono il tema della «confidenzialità», che garantisce l'effettiva libertà di scambio (anche in termini veritativi), condizione essenziale per un esito positivo dell'incontro, e ne auspicano una disciplina con legge che ne preveda deroghe ma in chiave di ***extrema ratio*** (cfr. §§ 17 e 18).

[236] Cfr. IV. §14.

[237] Cfr. art. 12, co. 1, lett. c. In uno sforzo acribico esseniel mi pare la più esatta traduzione di basic, che ricorre in entrambi i documenti

accordo delle parti sui fatti essenziali, ovvero testualmente «il riconoscimento di entrambe le parti [par *les deux parties/by both parties*]», la Direttiva richiede perentoriamente (senza usare *modalizzatori* il «riconoscimento dei fatti essenziali» al solo «autore del reato *[auteur de l'infraction/offendei\».* Ebbene, la Direttiva si muove con scelte chiare in ordine ad una giustizia riparativa attivabile (ove possibile e sulla base del consenso delle parti) nel contesto di un procedimento penale, distinta da una giustizia riparativa non complementare, ma alternativa al sistema penale, che prenda le mosse da situazioni problematiche non integranti tipiche fattispecie di reato. E la Direttiva impone il «riconoscimento» da parte dell'«autore del reato», quale necessaria «condizione di accesso» per proteggere la vittima da ulteriore vittimizzazione, che potrebbe ragionevolmente (anche) derivarle dal vedersi direttamente riproposta, in un contatto diretto, una narrazione radicalmente contraddittoria rispetto a quella denunciata/veicolata in una imputazione/accertata in una sentenza, con ricadute negative quanto alla bontà dell'esito riparativo.

5. Gli spazi applicativi della giustizia riparativa nell'ordinamento penitenziario.

Come abbiamo già chiarito, la mediazione reo-vittima è uno dei possibili servizi di consensuale giustizia riparativa - ancora in sperimentazione nel nostro Paese - il cui esito positivo può condizionare anche la fase dell'esecuzione penitenziaria. Appare a questo punto opportuna l'indicazione delle norme e applicazioni del diritto vivente al fine di operare un raccordo della giustizia riparativa con il trattamento e la giurisdizione rieducativa.

Si limiterà l'esame alla liberazione condizionale e all'affidamento in prova al servizio sociale[238], perché offrono, pur faticosi, varchi normativi per un possibile percorso di giustizia riparativa, supposto come concluso dalla prima, da intraprendere per il secondo, comunque postulato - *de praeterito* o *de futuro* — di una offerta di ulteriore opportunità trattamentale, prevista in generale dall'art. 27 del Regolamento «recante norme sull'ordinamento penitenziario», introdotto con il D.P.R. n. 230 del 2000 (d'ora innanzi reg. penit.). Del resto si tratta di un'opportunità che, se accolta dal condannato, ed ove la vittima sia disponibile, può dar corpo ad un significativo elemento valutabile ai fini della concessione della liberazione condizionale e del giudizio di esito positivo del periodo di prova, nel rispetto dei diversi parametri di legge.

[238] Farò cenni anche all'istituto della «sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato», introdotto con la legge 28 aprile 2014, n. 67.

Può apparire singolare il seguente ordine di trattazione, che antepone la liberazione condizionale all'affidamento in prova al servizio sociale: almeno nell'originario conio, infatti, questa misura è collocata nella fase iniziale, mentre la prima nella fase terminale del progressivo trattamento di risocializzazione del condannato a pena detentiva. E, tuttavia, proprio alla liberazione condizionale è necessario dedicare prioritaria attenzione, sul rilievo delle articolate analisi della giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di cassazione circa i nessi tra il "sicuro ravvedimento" e l'azione di riparazione verso la vittima (o i suoi familiari).

Mentre infatti la liberazione condizionale, soprattutto nei casi in cui afferisce ad una pena per delitti di estrema gravità (e, talvolta, per modalità o particolari contesti, fonte di un forte e persistente turbamento anche sociale), postula, ai fini del sicuro ravvedimento, una compiuta revisione critica del fatto, di cui non può che costituire assai significativo riscontro proprio un concreto atteggiamento riparativo, l'affidamento in prova al servizio sociale si limita ad innescare, ove possibile, attività che stimolino il condannato ad «adoperarsi in favore della vittima», salva la valutazione finale del periodo di prova alla stregua del giudizio di «esito positivo»[239].

6. Giustizia riparativa e liberazione condizionale.

Ai fini della comprensione del senso della giustizia riparativa può essere utile prendere le mosse dall'esame della sentenza n. 138 del 2001 della Corte costituzionale in tema di liberazione condizionale, e del sotteso avvalorato prevalente indirizzo della Corte di cassazione.

Occorre ricordare che, circa un anno prima di questa sentenza, è stato varato il nuovo Regolamento penitenziario, cui si è già fatto cenno, che, all'art. 27, pone le basi per un'innovativa integrazione del tradizionale trattamento di risocializzazione del condannato[240], aperto all'innesto, nei c.d. delitti a vittima individuale, della giustizia riparativa come intesa dalla Direttiva, ma, ove non possibile verso le vittime «dirette» o «indirette» - tema specifico di questa parte dello scritto -,

[239] «L'esito positivo del periodo di prova» corrisponde essenzialmente alla inverata prognosi di cui al co. 2 dell'art. 47 cit. In termini più espliciti, si ha esito positivo quando il provvedimento di ammissione alla misura dell'affidamento, anche attraverso le sue individualizzate prescrizioni, ha contribuito alla rieducazione del condannato, e questi non ha commesso altri reati. Conferma indiretta dell'assunto si può cogliere nella lettura di Cass., Sez. I, 2 febbraio 2005, Fiorentino, in ***Mass. Uff.,*** n. 230927.

[240] La legge n. 354 del 1975 si ispira al cosiddetto paradigma eziologico: trattamento rieducativo, tendente al reinserimento sociale e adeguato ai particolari bisogni di ciascun soggetto in relazione alle cause dei disadattamento rilevate nell'osservazione, svolto avvalendosi principalmente dell'istruzione, del lavoro, della religione, delle attività culturali, ricreative e sportive (art. 15), della partecipazione all'azione educativa della comunità esterna (art. 17).

verso "vittime surrogate"[241] e, nei reati con vittima collettiva/diffusa, di un «lavoro [...] non retribuito al servizio della collettività a titolo di riparazione effettiva o simbolica di un pregiudizio causato dal delinquente», per usare l'espressione della Raccomandazione R(2010)1(adottata dal Comitato dei Ministri il 20 gennaio 2010), "Regole del Consiglio d'Europa in materia di *probation",* lavoro possibilmente connesso ai beni giuridici presidiati dalle norme penali violate.

Ebbene, l'art. 27, al co. 1, ultimo periodo, recita: «sulla base dei dati giudiziari acquisiti, viene espletata, con il condannato o l'internato, una riflessione sulle condotte antigiuridiche poste in essere, sulle motivazioni e sulle conseguenze negative delle stesse per l'interessato medesimo e sulle possibili azioni di riparazione delle conseguenze del reato, incluso il risarcimento dovuto alla persona offesa». E «la riflessione» è inquadrata nell'«osservazione della personalità» sulla base dei cui risultati sono formulate «indicazioni in merito al trattamento rieducativo» (art. 13 ord. penit.).

L'enunciato normativo appare ben articolato sia nel profilo cronologico che sul versante psicologico, soprattutto con riferimento ai reati con una vittima individuale, peraltro partendo da un rilievo di buon senso: una "riparazione" della vittima non meramente strumentale postula la "riparazione" dell'autore del reato, che sia disponibile anche a farsi aiutare a rielaborare la percezione del fatto per scoprirne eventuali lacune e falsificazioni che impediscono un processo di riconoscimento della sofferenza della vittima e di assunzione delle proprie responsabilità[242].

La succitata sentenza della Corte costituzionale muove la propria argomentazione dal presupposto del «sicuro ravvedimento», esplorandone anche gli impliciti nessi con la co-testuale

[241] Cfr. Cfr. MANNOZZI, ***Commento a Tribunale di Sorveglianza di Venezia, Ordinanza 7gennaio 2012, n. 5 - Pres. Pavarin - Imp. M.O.,*** in ***Dir. pen. proc.,*** 2012, 838 e ss. Analogo discorso vale anche per l'assegnazione «a prestare la propria attività a titolo volontario e gratuito a sostegno delle famiglie delle vittime dei reati da loro commessi», secondo il comma 4 ***ter*** del provvido - di recente novellato - art. 21 ord. penit.. Come già evidenziato, la Direttiva estende le condizioni di accesso ad un servizio di giustizia riparativa anche alle «vittime indirette» e quindi, ove non possibile, potrebbe essere esperita anche in questo contesto attività riparativa verso "vittime surrogate", sussumibile nella prestazione di «attività a titolo volontario e gratuito [...] nell'esecuzione di progetti di pubblica utilità in favore della collettività», prevista dall'art. 21 cit., co. 4, primo periodo, che, invece, senza sforzo interpretativo s'attaglia ai cd. reati senza vittima.

[242] Solo dopo questa «riflessione», che è uno dei possibili percorsi rieducativi, può esser sondata la disponibilità della vittima: il contatto non va lasciato a prescrizioni dal giudice rivolte al condannato, e tantomeno ad iniziative dello stesso, ma attivato, da parte ***deW equipe*** del trattamento o dall'ufficio di esecuzione penale esterna (U.E.P.E.), tramite un centro pubblico o privato di giustizia riparativa presente sul territorio. Va da sé, infatti, che la vittima, dopo molti anni dal fatto, magari con conseguenze gravi e permanenti, incluso il lungo e doloroso ***iter*** processuale, può non esser propensa a un contatto con l'autore del reato, a maggior ragione se non esperito con le più rispettose e adeguate modalità.

condizione dell'«adempimento delle obbligazioni civili»[243]. E in tale esigente quadro normativo, la Consulta rileva anzitutto che il giudice non può limitarsi alla valutazione della «mera astensione da violazioni delle norme penali e di disciplina penitenziaria» da parte del condannato, ma deve estenderla anche ai suoi «comportamenti positivi che rivelino la acquisita consapevolezza [...] dei valori fondamentali della vita sociale, tra i quali la solidarietà sociale», di cui «indice» particolarmente significativo è rappresentato proprio dall'«atteggiamento assunto dall'autore del reato anzitutto nei confronti della vittima».

La Corte mette poi a tema la condizione normativa dell'«adempimento delle obbligazioni civili derivanti dal reato», che viene «in rilievo, nell'economia dell'istituto, non solo per la sua funzione oggettiva di reintegrazione patrimoniale, ma anche e soprattutto come indice soggettivo dell'intervenuto ravvedimento», proprio sotto il profilo dell'estensione della valutazione del giudice all'«atteggiamento assunto dall'autore del reato nei confronti della vittima» e per l'argomento già esposto. Soggiunge, altresì, la Consulta che risulta perfettamente in linea con l'art. 27, co. 3, Cost. la costante lettura della norma data dalla Corte di cassazione, quando esige che, nella verifica dei risultati del percorso rieducativo, in caso di impossibilità (anche relativa, ovvero pur quando non dipenda da una condizione di assoluta povertà) di adempimento delle obbligazioni civili, «il condannato dimostri solidarietà nei confronti della vittima, interessandosi delle sue condizioni e facendo quanto è possibile per lenire il danno provocatole, pur nei limiti delle concrete possibilità del reo (e, cioè, di quanto da lui realisticamente esigibile)».

Nel concludere, il "Giudice delle leggi" evidenzia come tale interpretazione sia anche in linea con il principio di uguaglianza, assicurandone, anzi, il sostanziale rispetto, sul rilievo che quell'indice del ravvedimento, che per il condannato che ne ha la capacità viene ricavato dall'effettivo ed integrale adempimento delle obbligazioni civili, per «il condannato che non ha mezzi adeguati è tratto da alternative forme di interessamento per le sorti delle persone offese»[244].

Alla luce di tutto ciò, la Consulta ha ritenuto l'interpretazione dell'art. 176 C.p. offerta dalla

[243] Presupposto e condizione stabiliti, rispettivamente, nel primo e quarto comma del art. 176 C.p.

[244] Cfr. Cass., Sez. I, 20 dicembre 1999, Campana, in Cass. pen., 2001, 505, per la quale possono essere valutate «le manifestazioni di effettivo interessamento dello stesso per la situazione morale e materiale delle persone offese dal reato e i tentativi fatti, nei limiti delle sue possibilità, di attenuare, se non riparare interamente i danni provocati», e nei suddetti limiti, precisa poi Cass., Sez. I, 1 marzo 1999, Soddu, ibidem, 1209, rientra «l'indisponibilità [...] ad accettare» le azioni riparative da parte della vittima, nel «rispetto della personale riservatezza e delle autonome decisioni di questa».

Corte di cassazione[245]pienamente conforme agli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost.

7. (Segue) La successiva giurisprudenza di legittimità.

La giurisprudenza di legittimità che ne è seguita sembra solo in parte confermare l'indirizzo giurisprudenziale sotteso alla pronuncia della Corte costituzionale, imperniata su un perspicuo inquadramento sistematico, facendo laico riferimento al valore costituzionale della solidarietà sociale ed anzitutto verso le vittime dirette o indirette del reato[246]. L'acquisizione di tale valore, per il "Giudice delle leggi", trova importante riscontro nella concreta azione riparativa (o suo idoneo tentativo), che sembra ragionevole ritenere abbia come implicito presupposto il riconoscimento dei fatti essenziali da parte dell'autore del reato (ovviamente, ove vi si ritenga coinvolto), se non la piena ammissione di colpevolezza. Nella successiva giurisprudenza di legittimità, detto indice viene ritenuto, antipodalmente, talvolta indefettibile[247], talaltra defettibile[248]; in genere, è considerato apprezzabile nell'ambito di una "valutazione globale" della condotta del soggetto nell'arco dell'intero trattamento rieducativo[249].

In quasi tutte le pronunce, ai fini del giudizio sul ravvedimento, oggetto di valutazione non è un insondabile "atteggiamento interiore", ma l'insieme degli «atteggiamenti concretamente tenuti ed esteriormente manifestati dal soggetto durante il tempo dell'esecuzione della pena, incluso il comportamento di fattiva disponibilità del condannato a fornire alla vittima del reato ogni possibile assistenza, compatibile con il doveroso rispetto della personale riservatezza e delle

[245] Cfr. Cass., Sez. I, 20 dicembre 1999, Campana, cit., assunta dal rimettente Tribunale di sorveglianza in termini di diritto vivente e così oggetto del giudizio della Consulta.

[246] Questo inquadramento costituzionale, a mio avviso non coltivato adeguatamente nella successiva giurisprudenza di legittimità, mi appare fondamentale anche per l'individuazione del riferimento costituzionale dell'incontro tra la giustizia penale e la giustizia riparativa sia nei confronti della vittima individuale, di cui si occupa la Direttiva, che verso della collettività, in linea con la R(2010)1 cit., anche in chiave di moderna declinazione del principio di rieducazione della pena.

[4] Cfr. Cass., Sez. I, 29 maggio 2009, B.P.A., in ***Mass. Uff.,*** n. 244654; Id., Sez. I, 7 ottobre 2010, L., ***ivi,*** n. 248984; Id., Sez. I, 17 luglio 2012, S., ìì, n. 253183.

[248] Implicitamente, Cass., Sez. I, 10 dicembre 2004, Micaletto, in ***Mass. Uff.,*** n. 230543 e Id., Sez. I, 27 giugno 2013, C., ***ivi,*** n. 257005; espressamente, Id., Sez. I, 18 maggio 2005, p.g. in proc. Senzani, ***ivi,*** n. 232001.

[249] Cfr. Cass., Sez. I, 24 aprile 2007, B., in ***Mass. Uff.,*** n. 237365; Id., Sez. I, 16 gennaio 2007, T.E., ***ivi,*** n. 235796; Id., Sez. I, 1° febbraio 2007, P.M., ìì, n. 236548; Id., Sez. I, 15 febbraio 2008, I.D., ìì, n. 239182; Id., Sez. I, 4 febbraio 2009, M.F., ***ivì,*** n. 243419.

autonome decisioni di questa»[250].

in genere, poi, i concreti comportamenti tenuti dal condannato debbono essere obiettivamente idonei ad avvalorare talvolta un giudizio di avvenuta "revisione critica" delle pregresse scelte criminali, unitamente[251] alla «prognosi di pragmatica conformazione della futura condotta di vita al quadro di riferimento ordinamentale e sociale»[252], talaltra la raggiunta revisione critica[253], ed altre volte ancora la «prognosi di non recidivanza»[254]. Si può forse scorgere, nei casi in cui l'approdo del giudizio è solo retrospettivo una maggiore valorizzazione dell'atteggiamento riparativo[255] e, per converso, nei casi in cui il compendio degli elementi vada a corroborare il solo giudizio prospettico, una sottovalutazione dell'interessamento per la vittima e/o del riconoscimento delle proprie responsabilità[256].

8. (Segue) Polarità giurisprudenziali.

Appare utile l'attenzione sulla prassi applicativa che veicola posizioni interpretative contraddittorie, non solo contrarie, utile proprio per la loro polarità, anche alla luce della sentenza della Corte costituzionale e dell'art. 27 reg. penit., da cui si sono prese le mosse, per poi tentarne

[250] Condizione innovativa (disponibilità della vittima, con conseguente apertura ad un giustizia riparativa conforme alla Direttiva), espressa ***in terminis*** in Cass., Sez. I, 16 gennaio 2007, T.E., cit.; Id., Sez. I, 1° febbraio 2007, P.M., cit.; Id., Sez. I, 15 febbraio 2008, I.D., cit.

[251] La distinzione tra rieducazione e prognosi di non recidivanza, se non presente nell'art. 176 c.p, lo è in termini espliciti nell'art. 47 ord. penit., ove, al secondo comma, si individua un duplice parametro di giudizio: il provvedimento di «affidamento al servizio sociale» è adottato nei casi in cui il provvedimento stesso, da un lato, «contribuisca alla rieducazione del reo» (che l'art. 176 postula già ***sicuramente*** raggiunta, di cui è indice fondamentale la compiuta «revisione critica»), dall'altro, «assicuri la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati», formula sostanzialmente coincidente con quella usata dalla Cassazione in esame.

[252] Cfr. Cass., Sez. I, 24 aprile 2007, B., cit.; Id., Sez. I, 4 febbraio 2009, M.F., cit.; Id., Sez. I, 17 luglio 2012, S.E., in ***Mass. Uff.,*** n. 253183.

[253] Cfr. Cass., Sez. I, 16 gennaio 2007, T.E., cit.; id., Sez. I, 1° febbraio 2007, P.M., cit.; Id., Sez. I, 29 maggio 2009, B.P.A., cit.

[254] Cfr. Cass., Sez. I, 10 dicembre 2004, Micaletto, cit.; Id., Sez. I, 28 aprile 2005, P.M. in proc. Pietro- belli, in ***Mass. Uff.,*** n. 231804; Id., Sez. I, 18 maggio 2005, p.g. in proc. Senzani, cit.

[255] Si veda per tutte Cass., Sez. I, 29 maggio 2009, B.P.A., cit., sulla quale v. supra. Cfr. anche Id., Sez. I,

17 luglio 2012, cit., in cui, ***a contralio,*** una «qualsiasi forma di concreta resipiscenza, obiettivamente dimostrativa della seria e univoca volontà di alleviare le sofferenze delle parti offese» è considerata condizione necessaria ai fini di un giudizio di «effettivo ravvedimento»; Cass., Sez. I, 7 ottobre 2010, L., cit. (ove si evidenzia che la ***taciturnitas***, pur comprensibile, priva il giudice di un elemento di valutazione decisivo ai fini del giudizio in ordine al «ravvedimento»).

[256] Cfr. Cass., Sez. I, 10 dicembre 2004, Micaletto, cit.; Id., Sez. I, 28 aprile 2005, P.M. in proc. Pietro- belli, cit., seppur con positivo riferimento alla valutazione del Tribunale di sorveglianza, che, tra gli altri elementi, aveva tenuto conto anche della «resipiscenza» e del «senso di colpa per il reato commesso».

un aggancio al tema qui in oggetto[257].

Ebbene, in un recente arresto[258], centrato sulla sola «prognosi di pragmatica conformità della [...] futura condotta di vita al quadro di riferimento normativo ordina mentale», si afferma che alla «natura e limiti» di detto giudizio devono ritenersi «estranei e non funzionali [..] il sindacato sul grado di intima accettazione della condanna o della pena ed ogni investigazione circa l'interiore adesione ai valori espressi dall'assetto normativo-istituzionale o l'effettiva condivisione morale dei modelli comportamentali a quell'assetto sottesi, così come ogni pretesa di formale abiura o ripulsa delle pregresse condotte devianti» ed anche «la mancata ammissione di colpevolezza da parte del condannato»[259].

All'opposto si colloca un successivo arresto[260], nel quale, evidenziata la necessità di valutazione della «complessiva condotta [...] al fine di verificare il compiuto ravvedimento della condannata all'esito di una revisione critica della propria vita anteatta», la Corte ha ritenuto «non [...] sufficiente lo svolgimento [...] di attività lavorativa e di volontariato, né la revisione critica dei gravissimi comportamenti antisociali in precedenza posti in essere», condividendo pienamente la motivazione del Tribunale di sorveglianza, che aveva «correttamente rilevato che il sicuro ravvedimento di cui all'art. 176, co. 1, c.p. presupponeva indefettibilmente che la ricorrente si attivasse in modo concreto e con atti positivi ed esteriormente rilevabili per avvicinare le persone offese dai gravissimi reati di sangue da essa commessi ed in tal modo mostrare un effettivo interessamento per la loro situazione morale e materiale». La sentenza in esame ha quindi concluso che «tale esternazione di intento conciliativo, certamente non facile, in quanto non è

[257] Ovvero a ciò che intende la Direttiva per «giustizia riparativa» - con riguardo ad una delle sue più delicate condizioni di accesso: l'ammissione dei fatti essenziali - ed al suo possibile raccordo, nel rispetto delle reciproche esigenze, con il sistema penale, in questo paragrafo in rilievo nella fase esecutiva della pena.

[258] Si fa riferimento alla Cass., Sez. I, 10 dicembre 2004, Micaletto, cit., che, in premessa, prende le distanze dal «contrastante indirizzo» che «individua quale condizione del ravvedimento l'intervenuta modifica ideologica e psicologica della personalità del condannato, accompagnata da sincero pentimento, dal riconoscimento degli errori e delle colpe, dalla riprovazione dei delitti commessi». L'elenco sembra frettolosamente accomunare inso ndabili «atteggiamenti interiori» ad atti ben concreti quali «il riconoscimento dei fatti essenziali» e la conseguente riflessione sulle concrete «possibili azione di riparazione», che, come qualsiasi altra offerta trattamentale, può confluire, con la disponibilità del condannato, nel «programma di trattamento» (art. 27 del reg. penit.).

[259] Sul punto, argomenta Cass., Sez. I, 27 giugno 2013, C., cit.: «anche al condannato, non soltanto all'imputato» spetta «il diritto di non essere costretto a confessare gli addebiti, perché, diversamente, la prospettiva di accesso alla liberazione condizionale potrebbe indurre a strumentali e non spontanee ammissioni di colpevolezza», peraltro ammettendo che «l'atteggiamento negazionistico assunto rispetto al reato» può rilevare «quale sintomo di una non compiuta adesione all'opera rieducativa», seppur mai esaustivo della valutazione.

[260] Ci si riferisce alla già citata Cass., Sez. I, 29 maggio 2009, B.P.A., cit.

affatto scontato che le persone offese dai gravi reati di sangue commessi dalla ricorrente siano disposte ad accettare di confrontarsi con quest'ultima, non costituisce, come sostenuto dalla difesa della ricorrente, un comportamento illegale, un *quid plurìs* imposto dal Tribunale di Sorveglianza [...] ma rappresenta al contrario un comportamento doveroso, in quanto non può parlarsi di ravvedimento senza pentimento», che «esige indefettibilmente che venga chiesto perdono alle persone che hanno duramente sofferto per le scelte sbagliate fatte dalla persona ravveduta. Ciò è da ritenere imposto dalle basilari e fondamentali regole della convivenza sociale, brutalmente violate dall'odierna ricorrente».

Si può quindi notare che, se il Tribunale si era limitato ad affermare che il ravvedimento si manifesta nel «pentimento per il dolore causato», la Cassazione nell'ultimo passaggio argomentativo ha messo in scena il "perdono", in qualche modo associato alla mediazione (cui la ricorrente si era resa indisponibile, pur per ragioni «condivise e apprezzate» dai mediatori) quale occasione per «chiedere perdono». Questo dunque l'iter logico, in sintesi e a ritroso: dalla richiesta di perdono (occasione possibile: la mediazione) si "abduce" il pentimento, e da questo il ravvedimento.

9. *(Segue)* Pentimento/perdono e mediazione.

L'introduzione del tema del perdono, in qualche modo collegato alla mediazione, suggerisce, peraltro, una breve riflessione.

Ed invero, pur se la vulgata mediatica è riuscita ad includere nella mediazione il perdono della vittima, invero si tratta di categorie distinte e distanti[261]. La mediazione mira ad un recupero della relazione umana reo/vittima, ad uno scambio positivo, ed è essenzialmente uno strumento di giustizia riparativa della vittima, con riflessi apprezzabili dalla giustizia penale per la loro ritenuta idoneità a favorire, a seconda dei contesti, la conciliazione processuale tra le parti o la responsabilizzazione dell'autore del reato, mentre il perdono - nella variegata elaborazione millenaria teologico-filosofica, qui rozzamente sintetizzata - è fuori dallo schema relazione/scambio.

Il perdono, ed in particolare quello cristiano che fa da sfondo, è possibile solo nella coscienza e solo da parte di chi ha subito l'offesa, è incondizionato e libero anche dal pentimento

[261] Cfr. BOUCHARD, MIEROLO, ***Offesa e riparazione,*** Milano, 2005, 65.

di chi l'offesa ha arrecato, ponendosi come massimo dono, gratuito in quanto totalmente fuori dallo schema dello scambio ammissione/pentimento-perdono, e di ogni altro scambio, anche solo verbale (a maggior ragione se assimilato al vocabolario della legge)[262].

Per contro, il tema giuridico-penale in esame ci porta in una dimensione altra, fitta di condizioni, scambi, giudizi: v'è la condizione dell'ammissione dei fatti essenziali da parte del condannato per l'accesso alla giustizia riparativa - oggi fermamente richiesta dalla Direttiva -; v'è l'onere del risarcimento o di attività riparativa anche con valenza rieducativa; v'è inoltre la prospettiva di benefici di legge e, dall'altro, l'invito rivolto alla vittima, in un momento che non è suo, ad un incontro riparatorio, di cui sa qualche positiva conseguenza legale per l'autore del reato.

In questa chiave, e tornando allo specifico istituto normativo, si può semplicemente rilevare che, seppur ostativa ad un percorso di «riflessione» sulle «condotte antigiuridiche poste in essere» e, ove possibile, di (conseguente) «procedimento di giustizia riparativa» per come l'intende la Direttiva, dalla sola mancata ammissione d'ogni addebito (che può essere dettata dai più svariati motivi, anche dal fatto che il condannato sia o si creda incolpevole, nonostante l'avverso giudicato) non possono derivare al condannato, che abbia fatto domanda di liberazione condizionale, conseguenze negative diverse dal rifiuto di una qualsiasi altra offerta di trattamento rieducativo: è inviolabile il diritto di ogni uomo di essere sé stesso e di rimanere tale, subendo la pena inflittagli o facendo richiesta di misure meno esigenti. Per converso, da una ammissione almeno dei fatti essenziali sottesi alla condanna, dalla «riflessione» sugli stessi e, ove possibile, dall'azione riparativa che correttamente la corrobori, non può che trarsi un positivo elemento di valutazione, come nel caso di adesione ad ogni altra offerta trattamentale.

10. Giustizia riparativa e affidamento in prova al sevizio sociale.

Anche una disamina della giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia di affidamento in prova al servizio sociale, peraltro chiamata ad occuparsi in massima parte del

[262] Si rinvia alle acute pagine di DERRIDA, ***Perdonare,*** Milano, 2004. Per una raffinata analisi filosofico-teologica, BOUCHARD, FERRARIO, ***Sul perdono. Storia della clemenza umana e frammenti teologici,*** Milano, 2008. Razionalmente insondabile è il «sottosuolo» di queste parole lontane dal «paese sincero» di Dante, ***a fortiori***nel contesto giudiziario. Dal punto di vista poetico-filosofico, mi sembra imperdibile l' apologo di BORGES, ***Leggenda,*** in ***Elogio dell'ombra,*** Torino, 1998, 105.

risarcimento del danno[263], oggetto di prescrizione nell'ambito di detta misura, appare utile per illuminare di senso concreto la disciplina in esame, sottolineando sin d'ora che, in taluni arresti, la Cassazione si è dovuta pronunciare su temi che le hanno consentito alcuni spunti notevoli verso una visione del «procedimento di giustizia riparativa» conforme al dettato della recente Direttiva[264].

11. *(Segue)* La prescrizione di «adoperarsi in favore della vittima» e la possibile attività di mediazione.

La formula dell'affidamento in prova è innovativa, solo oggi "attuale", ma all'epoca del suo conio criticata per la sua elasticità: propone infatti un innovativo passaggio simbolico dalla riparazione di qualcosa alla riparazione da fare a qualcuno, e non scindendone l'aspetto "morale" da quello materiale. Il giudice di sorveglianza «può» stabilire «che l'affidato si adoperi in favore della vittima del suo delitto», così recitava l'originario co. 6 dell'art. 47 della citata legge n. 354, mentre l'attuale co. 7 - come novellato dalla legge 10 ottobre 1986, n. 663 - lo riproduce con variazioni che vincolano la discrezionalità del giudice, che «deve» imporla «in quanto possibile».

---

[263] Sul punto si propone qui una breve sintesi: se «la concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale non è subordinata al risarcimento del danno in favore della vittima, difettando una disposizione prescrittiva in tal senso», tuttavia «l'ingiustificata indisponibilità del condannato a risarcire la vittima dei danni arrecatele rientra tra gli elementi di segno negativo valutabili per il diniego della misura»: Cass., Sez. I, 9 luglio 2001, Legiani, in ***Cass. pen,*** 2002; cfr. anche, Id., Sez. I, 25 settembre 2007, A.D., in ***Mass. Uff.,*** n. 237740 e Id., Sez. I, 8 febbraio 2008, A.F., iì, n. 240586. Per contro, il risarcimento del danno può essere oggetto di prescrizione, ai sensi deU'art. 47, co. 7, ord. penit. (ex ***plurìmis,*** cfr. Cass., Sez. I, 20 novembre 2000, Fratini, in ***Cass. pen.,*** 2002, 2896; Cass., Sez. I, 8 marzo 2001, Gammaidoni, ***ibidem,*** 2897; Cass., Sez. I, 8 febbraio 2008, A.F., cit.), ma solo previo accertamento sulla capacità economica del condannato (Cass., Sez. I, 23 febbraio 2012, P.D., in ***Mass. Uff.,*** n. 252922 e Cass., Sez. V,

21 gennaio 2014, ***ivi,*** n. 258884). Infine, la mancata osservanza della prescrizione può comportare la revoca dell'affidamento in prova al servizio sociale e, a maggior ragione, il giudizio negativo finale circa l'esito dell'esperimento, «potendo assumere rilievo, in tale specifica ipotesi, il fatto costituito dall'accerta- ta possibilità che il condannato avrebbe avuto di osservare, senza insopportabile sacrificio, la suddetta prescrizione» (cfr. Cass., Sez. I, 19 giugno 2003, Guidetti, in ***Riv. pen.,*** 2003, 977). La Direttiva si sofferma anche sul tema del «risarcimento» ***(consideranda*** 49, 62 e artt. 4, 9 e soprattutto 16 c. 2), che mantiene ben distinto da quello della giustizia riparativa ***sticto sensu***.

[264] Si può subito evidenziare che la citata Raccomandazione R(2010)1, per sua stessa preliminare affermazione, «complementare alle collegate disposizioni [,..]della Raccomandazione n° R(99)19», chiarito, all'art.1, che «i servizi di ***probaion*** hanno lo scopo di ridurre la perpetrazione di ulteriori reati instaurando rapporti positivi con gli autori di reato, al fine di assicurarne la presa in carico [...], di guidarli e assisterli per favorire la riuscita del loro reinserimento sociale», nel preambolo soggiunge che, «a seconda del sistema nazionale», il lavoro di tali servizi «può anche comprendere [...] interventi di giustizia riparativa; ed offerta di assistenza alle vittime dei reati». Ma chiarisce come la «giustizia riparativa» sia una «risposta al reato» diretta a «riparare, per quanto possibile, il danno provocato alla vittima», e soltanto in secondo luogo a far «comprendere» agli autori di reato «che gli atti da loro commessi non sono accettabili e che hanno reali conseguenze per la vittima e per la società», con conseguente «assunzione di responsabilità» (cfr. ***appendice*** II «glossario dei termini utilizzati»).

Invero, l'inciso aggiunto «in quanto possibile» è implicito in ogni prescrizione risarcitorio-riparativa, ma nel contesto della disposizione non può essere certo inteso solo come modulativo della doverosità della prescrizione con riferimento alle possibilità economiche del condannato, in quanto il risarcimento ne è solo uno dei mezzi (e se varia il mezzo, varia anche il fine), potendo l'adoperarsi consistere infatti in qualsiasi forma di sostegno morale o materiale attuabile nel caso concreto[265] e, ove implichi un incontro con la vittima, deve esser preceduto dalla verifica della metodologia imposta sia dall'art. 27 reg. penit. che dalla Direttiva, nei termini sopra chiariti.

Prima dell'annunciata analisi di taluni significativi arresti della Cassazione, non posso non rilevare come il dato che le condotte riparatorie in favore della vittima nell'ambito del *probation* penitenziario siano promosse con prescrizione del giudice abbia indotto taluni commentatori a ritenerla "paradossale"[266]: l'adoperarsi in favore della vittima non potrebbe che prosperare nella spontaneità e svanire di senso se prescritto dal giudice soprattutto nella finale articolazione esecutiva della giustizia penale fortemente connotata dalla premialità.

Ma a ben vedere, quando ci si muove in prospettiva mediativa nel contesto di un articolato *probation*, la prescrizione non può che assumere valenza di autorevole incoraggiamento, e nella consapevolezza, sì, della possibilità di adesioni strumentali e non solo da parte dell'autore di reato[267], ma anche della impossibilità di certificare la purezza della motivazione a mediare-riparare, al pari della motivazione a qualsiasi altra opera rieducativa in ambito penale, salva la valutazione *(in itinere* o finale) dell'effettivo svolgimento della prova.

A mio giudizio, è ragionevole non opporre l'atteggiamento strumentale a quello spontaneo in valorizzazioni contraddittorie[268], ma piuttosto analizzarne le interazioni, le rispettive funzionalità, in ordine ad un accettabile progetto (educativo e se possibile) di riparazione. Bisogna

[265] Così Cass., Sez. I, 23 novembre 2001, Posterà, in ***Mass. Uff.,*** n. 220438.

[266] Per tutti, WATZLAWICK, WEAKLAND, FISCH, ***Change: la formazione e la soluzione dei problemi,*** Roma, 1974, 80 s. e 97 s., con riferimento agli elementi chiave del trattamento rieducativo.

[267] Il referente più crudo di una adesione utilitaristica da parte dell'autore di reato - non il solo, ma almeno il più sospettabile - può esser costituito dal tentativo di evitare il processo e, se condannato, il carcere o, nei casi più gravi, che si protragga. Ma non è irragionevole ipotizzare anche il caso in cui la vittima, attraversata da vissuti vendicativi e certo non serena rispetto all'autenticità dell'azione riparativa da parte dell'offensore, possa a sua volta, strumentalizzare il percorso riparativo, approfittando della posizione di forza rispetto all'«autore di reato», per ottenere un risarcimento economico non proporzionato o anche solo per esperire un "ribaltamento di ruolo".

[268] Peraltro, questo atteggiamento non solo può indurre a decisioni cognitivamente inaffidabili chi deve proporre un «procedimento di giustizia riparativa» o valutarne la fattibilità, ma viepiù vena di ipocrisia antieducativa l'adesione al percorso da parte dell'autore del reato.

abbandonare una visione "pura" e astratta della ri-educazione/riparazione, per accedere invece alla realistica comprensione dei variegati meccanismi che strutturalmente intrecciano l'inevitabile "duplice" atteggiamento condannato (ma in termini non dissimili il tema si presenta nel *probation* processuale). In particolare, non vanno sottovalutate le dinamiche virtuose e responsabilizzanti che possono scaturire dal riservato contesto mediativo, con un lavoro intenso e prudente con l'offensore e con l'offeso sulla reciproca motivazione, sempre garantendo la loro dignità e che agiscano con reciproco rispetto.

A questo punto possono essere segnalate due sentenze del 2001[269], ove si inquadra la prescrizione di cui all'art. 47, co. 7, ord. penit., posta a confronto con l'obbligo risarcitorio di cui all'art. 176 C.p.

Ebbene, la sentenza n. 407, premesso che la prescrizione è «obbligatoria, ma di carattere elastico», potendosi esplicare «mediante qualsiasi forma di sostegno morale o materiale realizzabile nel caso concreto», precisa poi che «l'integrale adempimento delle obbligazioni civili - salva sempre l'ipotesi di materiale impossibilità - è condizione per il più ampio beneficio della liberazione condizionale (art. 176 C.p.)[270], che presuppone il già conseguito ravvedimento del condannato. L'istituto dell'affidamento in prova implica invece che il processo di rieducazione sia ancora *in fieri,* e quindi la solidarietà verso la vittima assume la veste di obbligo accessorio che - attesa l'ampiezza della previsione legislativa - può realizzarsi durante lo svolgimento della misura con qualsiasi intervento fattibile ed utile, di carattere non necessariamente patrimoniale, ma anche personale». Non sempre «le modalità di esplicazione dell'attiva solidarietà saranno determinabili *a priori,* e talora dovranno essere individuate, in relazione alle esigenze ed alla disponibilità dell'offeso, alle capacità dell'autore del reato e ad ogni altra circostanza del caso concreto, nel corso stesso della misura».

La sentenza n. 410, poi, ritiene la prescrizione di «adoperarsi in favore della vittima» «svuotata di contenuto quando - per indisponibilità della persona offesa o per altra ragione - l'attiva solidarietà risulti [...] effettivamente e sotto qualsiasi forma, inattuabile in concreto». In tal

[269] Cass., Sez. I, 23 novembre 2001, Posterà, cit. e Cass., Sez. I, 23.11.2001, Contin, in ***Mass. Uff.,*** n., n. 220439.

[270] La lettura dell'obbligo risarcitorio di cui all'art.176 c.p. non fa riferimento, neppur in via cursoria agli sviluppi della precedente giurisprudenza di legittimità in materia di liberazione condizionale, avvalorata poi dalla Consulta.

caso, pertanto, «nessuna modalità sostitutiva è prevista dalla legge, né può essere introdotta mediante l'obbligatorio svolgimento di un'attività, seppure di generica utilità sociale, a favore di enti o soggetti diversi dalla persona offesa, sia per l'eterogeneità e il diverso significato ed orientamento finalistico di tale prescrizione, sia perché essa avrebbe un contenuto restrittivo ed afflittivo supplementare, non giustificato dalla condotta del soggetto e dall'andamento della prova»[271]. orbene, va sottolineato come le due sentenze appaiano precocemente in linea con la Direttiva, sia in ordine alla necessità del fondamentale consenso della vittima che alla estensione del concetto di riparazione, e, tuttavia, se ne distanziano quando sembrano affidare l'operazione riparativa all'iniziativa, del condannato: sul punto siamo quindi fuori da un «procedimento di giustizia riparativa», che, come già rilevato, prevede, tra l'altro, l'essenziale interposizione di «un terzo imparziale».

Tale questione presenta particolare interesse a seguito della legge n. 67 del 2014, introduttiva dell'istituto della messa alla prova dell'imputato[272] - su sua richiesta ed anche nel corso delle indagini preliminari -, che, pur bisognoso di urgenti, serie correzioni per una sua più efficiente e significativa applicazione, tuttavia valorizza vittima e riparazione, ed impegna in modo particolare (seppur, allo stato, *ultra vires*) il medesimo servizio sociale coinvolto nell'implementazione dell'affidamento in prova. Tale coincidenza potrebbe avere virtuosi riflessi sulle prassi relative a questa misura alternativa, ponendo premesse corrette per un suo necessario assestamento normativo. Ebbene, l'istituto qui in rapido esame, per come si articola nel co. 2 dell'art. 168-bis c.p., comporta «la prestazione di condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato, nonché, ove possibile, il risarcimento del danno

[271] Nella prassi tale «attività in favore della collettività» è prescritta dai giudici di sorveglianza nelle ordinanze di ammissione con la seguente ricorrente formula: in caso di impossibilità o di difficoltà di adempimento del risarcimento, il condannato deve prestare attività a favore della collettività presso l'ente o struttura, individuata con la collaborazione dell'U.E.P.E. e che sarà comunicata al Magistrato di Sorveglianza. Tale formula sembra dunque implicitamente ancorata al comma 7 dell'art. 47, ove siano "impossibili" «azioni di riparazione delle conseguenze del reato, incluso il risarcimento dovuto alla persona offesa» (cfr. art 27 cit.), ma proprio perché così concepita correttamente respinta dalla giurisprudenza di legittimità, in quanto non prevista dalla legge. Tuttavia, anche in assenza di una auspicabile, aggiornata base normativa, la prescrizione potrebbe rientrare nell'ampia discrezionalità del Tribunale di sorveglianza (cfr. co. 2, 5, 6, art. 47 cit.), purché imposta quale idoneo mezzo rispetto all'esclusivo fine di contribuire alla «rieducazione del reo», come al fine di una sicura «prevenzione che egli commetta altri reati» può pacificamente imporre divieti che limitano la libertà personale (cfr. in part. art. 47, comma 6, cit.).

[272] Il giudice può applicare l'istituto soltanto nei procedimenti per reati puniti con pene di bassa entità (art. 168-&s c.p., al co. 1), mentre nel processo minorile può disporre la ***messa alla prova*** per un «periodo» massimo che varia a seconda della gravità edittale del reato, ma per qualsiasi tipologia di reato.

dallo stesso cagionato», ma anche «l'affidamento dell'imputato al servizio sociale» per lo svolgimento di un «programma di trattamento, elaborato d'intesa con l'ufficio di esecuzione penale esterna», che, per l'art. 464-bis c.p.p., deve (tra l'altro) prevedere «le condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa»[273]. È sin troppo evidente l'opportunità di una analoga formulazione integrativa della prescrizione di cui al co. 7, in particolare quanto alla mediazione, in raccordo con l'art 27 reg. penit.

L'intervento legislativo si impone a maggior ragione alla luce del comma 3 dell'art. 168-bis c.p. cit., che subordina la concessione della messa alla prova alla «prestazione di lavoro di pubblica utilità», contenuto dunque *ex lege* necessario. Anche su tal versante sarebbe opportuna una individuazione legislativa «più precisa e variegata della prescrizione»[274], avente ad oggetto anche una «prestazione di lavoro di pubblica utilità», sia quale «modalità sostitutiva» ove l'«adoperarsi in favore della vittima» (anche indiretta, secondo Direttiva) non sia possibile che «a titolo di riparazione effettiva o simbolica del pregiudizio causato» alla collettività dall'autore di cd. reati senza vittima individuale[275].

12. *(Segue)* Il riconoscimento dei fatti essenziali.

Sul tema della confessione del condannato con riferimento all'affidamento in prova al servizio sociale, la Corte di cassazione si è pronunciata più volte affermando che non è richiesta dalla legge per l'ammissione alla misura e, talora, nell'enunciare che il condannato ha «il diritto di

[273] E nell'art. 29, co. 4, d.lgs. 28.8.2000, n. 274 che fa esordio nell'ordinamento penale la mediazione, di cui il giudice di pace - quando il reato è perseguibile a querela - può avvalersi «qualora sia utile per favorire la conciliazione [...] ove occorra».

[274] Così PRESUTTI, in ***Ordinamento Penitenziario. Commento articolo per articolo,*** GREVI, GIOSTRA, DELLA CASA. (a cura di), Padova, 1997, 354; si veda anche SCARDACCIONE, ***Ipotesi di applicabilità nel contesto socio-giuridico italiano nella misura consistente in prestazioni lavorative in favore della comunità,*** in ***Rassegna penitenziaria e criminologica,*** 1998, 125 ss. Sulle connotazioni costituzionali lavoro di pubblica utilità v. FASSONE, ***La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria,*** Bologna, 1980, 292.

[275] Ben distinto, e certo non pone problema, l'«impegno» a svolgere «attività di volontariato» che il condannato voglia «assumere» nell'avanzare istanza di ***affidamento in prova,*** impegno più consentaneo al ***probation*** processuale (cfr. artt. 27, co. 2, lett. b, ***disp. att. min.*** e 464-bis, co. 4, lett. b c.p.). Sul punto si sofferma anche la R(2010)1 cit., che precisa che se «i servizi di ***probation*** cercano quanto più possibile il consenso informato e la collaborazione degli autori di reato per tutti gli interventi che li riguardano» previsti nella decisione (da noi) giudiziaria, «ogni intervento che precede il riconoscimento definitivo della colpevolezza deve essere effettuato con il consenso informato dell'autore del reato e non deve violare la presunzione di innocenza» (cfr. Appendice I, parte prima, ***sub*** definizioni, in particolare sanzioni ***e misure applicate in area penale esterna, ma anche arti. 1, 6 e 7).***

non ammettere le proprie responsabilità»[276], anche dopo il passaggio in giudicato di una condanna, ha motivato il principio sul rilievo della «possibilità di una revisione di essa»[277], sempre che non sia stata assunta «alcuna iniziativa processuale per ottenerla[278]

La Cassazione ha tuttavia affermato che, se l'eventuale «atteggiamento di negazione dell'addebito», in taluni arresti sottilmente distinto dalla «mancanza di senso critico»[279], non configura in sé una ragione ostativa all'ammissione al beneficio, può invece rilevare negativamente ove si traduca «nel rifiuto dell'istante di prendere coscienza della gravità dell'accusa e di partecipare all'opera rieducativa»[280] o, in altri termini[281], nella non «accettazione della sentenza e quindi [...] della sanzione a lui inflitta» e della «dovuta collaborazione nel percorso rieducativo», o ancora «in un persistente atteggiamento mentale del condannato giustificativo del proprio comportamento antidoveroso, e quindi sintomatico di una mancata risposta positiva al processo di rieducazione»[282]. In ogni caso, il contegno incide, «in un contesto di analisi globale della personalità», sulla valutazione della «idoneità della misura alternativa a contribuire al reinserimento sociale del condannato ed a contenerne la pericolosità sociale», di cui non può essere univocamente sintomatica l'assenza di confessione, che «può essere dettata dai più svariati motivi»[283].

Se però, almeno in via per così dire automatica, è pacifico che la negazione dell'addebito non rileva ai fini dell'ammissione all'affidamento in prova, ove si traduca nella negazione anche del "nudo" fatto[284], potrebbe essere di impedimento, pur in costanza di prognosi di non

[276] Cfr. Cass., Sez. I, 11 giugno 2013, Pantaleo, in ***Mass. Uff.,*** n. 257001; Id., Sez. I, 5 marzo 2013, B.G., ***ivi,*** n. 255653; Id., Sez. I, 8 febbraio 2008, A.F., cit.

[277] Cass., Sez. I, 28 marzo 2000, Romano, in ***Cass. pen.,*** 2001, 1016.

278 ., seppur in materia di semilibertà, Cass., Sez. I, 3 aprile 2000, Ferrante, in ***Cass. pen.,*** 2001, 1618.

[279] Cass., Sez. I, 28 marzo 2000, Romano, cit., che sembra distinguere la valutabile «mancanza di senso critico», «espressione della persistenza di un atteggiamento mentale del condannato giustificativo del proprio comportamento antidoveroso, e quindi sintomatico di una mancata risposta positiva al processo di rieducazione», dalla neutra «mancanza di senso critico» che sia invece «frutto di una protesta di innocenza».

[280] Cfr. Cass., Sez. I, 5 marzo 2013, B.G., cit.

[281] Cfr. Cass., Sez. I, 11 giugno 2013, P.M., cit., che censura l'omessa valutazione del risarcimento del danno, «primo segno tangibile di una volontà riconciliativa».

[282] Cfr., Cass., Sez. I, 28 marzo 2000, Romano, cit.; Id., Sez. I, 9 aprile 2008, Cesarini, in ***Mass. Uff.,*** n. 240306, nonché Id., Sez. I, 8 febbraio 2008, A.F., cit., per la quale può confluire nella complessiva valutazione negativa «il rifiuto del condannato di affrontare un problema grave quale è l'accusa di abusi sessuali e quindi di partecipare all'opera di rieducazione, anche al di fuori della confessione che non può essere pretesa».

[283] Cfr. Cass., Sez. I, 11 giugno 2013, P., cit.; Cass., Sez. I, 9 aprile 2008, C., cit.

[284] Sul punto appare utile anche un cenno all'indirizzo giurisprudenziale formatosi sulla messa alla prova minorile, ispirata a quella elaborata con riferimento al più risalente ***affidamento in prova*** (Cass., Sez. I,

recidivanza, ad un giudizio di idoneità della misura a contribuire alla rieducazione del reo attraverso una prescrizione riparativa ritenibile essenziale, nel caso concreto, per il trattamento rieducativo in libertà, nondimeno per far sì che la predetta prognosi poi si inveri concretamente, e non solo per meri meccanismi di coazione indiretta.

E infatti alla prescrizione di adoperarsi in favore della vittima può farsi luogo solo se l'autore del reato, se non ammetta la colpevolezza, almeno «riconosca i fatti essenziali del caso», premessa logicamente ineludibile per una «riflessione» sugli stessi e quindi sulle «azioni di riparazione» *ex* art 27 reg. penit. [285], possibili poi ove la vittima sia consenziente e in grado di accoglierle.

In altri termini, se la prescrizione risarcitoria, salvo accertamento della capacità economica di chi ne sarà destinatario, può soddisfare la doverosa applicazione della norma di cui al co. 7 dell'art. 47, ove detta prescrizione sia impossibile il Tribunale di sorveglianza «deve» pur sempre prescrivere che il condannato «si adoperi» altrimenti in favore della vittima «in quanto possibile», oggi confluendo in tale inciso le dettagliate garanzie di cui all'art. 12 della Direttiva, tra le quali appunto, oltre alla valutazione dei profili di opportunità ed al consenso da parte dell'autore del reato, anche il previo «riconoscimento dei fatti essenziali del caso»[286].

---

5 marzo 2013, R., in ***Mass. Uff.,*** n. 255267), anche in attesa di un pronunce giurisprudenziali - difficilmente difformi - per quanto concerne il ***probation*** processuale introdotto dalla recente legge n. 67 cit. Ebbene, l'imputato ha il diritto di non ammettere le proprie responsabilità, ma, se chiede la messa alla prova, non può negare «le evidenze fattuali, pur ridimensionando o riqualificando l'episodio» (Cfr. Cass., Sez. IV, 12 aprile 2013, P., in ***Mass. Uff.,*** n. 255521, particolarmente perspicua e articolata); d'altro canto, una sua almeno parziale ammissione dell'addebito assume un significativo valore sintomatico ai fini della prognosi che la misura sia idonea a favorire «l'evoluzione della personalità» dell'imputato (cfr. Cass., Sez. III, 6 giugno 2008, A., in ***Mass. Uff.,*** n. 240825, sostanzialmente seguita dalle successive pronunce), dovendosi fondare, in una valutazione globale, su vari indicatori, tra i quali «il riconoscimento delle proprie responsabilità» e l'atteggiamento tenuto nei confronti della persona offesa.

[285] A prescindere dalla partecipazione della vittima ad un possibile procedimento di giustizia riparativa, è certo comunque che il percorso di «riflessione» sulle «condotte antigiuridiche poste in essere», che ne la non recisa negazione, è un' offerta di trattamento rieducativo, al parti di altre, e l'adesione o meno del condannato è oggetto della valutazione complessiva del giudice di sorveglianza, con il diverso peso che può avere, a seconda del caso concreto, sulla decisione sia in ordine alla eventuale concessione che nella scelta della misura commisurata ai diversi, più o meno esigenti parametri di legge.

[286] Invero, nell'esecuzione penitenziaria il mediatore può intervenire per lo meno se v'è il «riconoscimento dei fatti essenziali». Ed infatti, mentre prima del definitivo accertamento del reato, e soprattutto nella fase iniziale del procedimento, la persona offesa, ancora non cristallizzata nel ruolo di «vittima», può ragionevolmente accettare un confronto sul "nudo" evento, appare improbabile che ciò possa accadere in sede di esecuzione della misura alternativa, dopo molti anni dalla commissione del reato, se non quando convinta da una confessione del condannato e da una sua credibile disponibilità a «possibili azioni riparatìve». Peraltro non si pongono problemi di garanzia (come nel ***probaion*** processuale) in ordine a una acquisizione del «riconoscimento dei fatti essenziali» da parte dell'U.E.P.E.

Si può infine valorizzare la prudente, equilibrata formula usata dalla Direttiva[287], ben distinta dalla richiesta di una confessione, anche ricorrendo alle precisazioni di un autorevolissimo logico[288]: «due persone possono essere in disaccordo sul fatto che sia o no accaduto qualcosa» («disaccordo nella credenza») e «d'altra parte [...] possono essere d'accordo sul fatto che un dato evento si sia effettivamente verificato [...] eppure assumere atteggiamenti profondamente diversi - o addirittura opposti - nei confronti dell'evento stesso», manifestando così «una divergenza di opinione circa la valutazione dell'evento in questione» («disaccordo nell'atteggiamento»). Ebbene, è sulla base di un «accordo nella credenza», ovvero quando la narrazione della vittima possa almeno convergere sui «fatti essenziali del caso» riconosciuti dall'autore del reato, che un «servizio di giustizia riparativa» può tentare di aiutare le parti consenzienti ad affrontare il «disaccordo nell'atteggiamento».

13. Per concludere.

Le risorse? Almeno una doverosa[289] specifica competenza senza la quale l'obiettivo non è

o del «gruppo di osservazione e trattamento», di cui poi dar sintetico conto al Tribunale nell'ambito dell'inchiesta o della relazione penitenziaria che compendia i dati dell'osservazione.

[287] La formula è particolarmente felice con riferimento al ***probaion*** processuale, in cui presenta profili di maggiore complessità il tema dell'atteggiamento dell'imputato rispetto ai fatti a lui addebitati, in relazione ai principi di presunzione di innocenza e del connesso ***nemo 16161x11 se detegere,*** viepiù ove si ponga

il tema di una possibile attività di mediazione. Non si può che condividere il giudizio di A. Ceretti e C. Mazzucato, ***Mediazione e giustizia riparativa tra Consiglio d'Europa e ONU,*** in ***Dir. pen. proc.,*** 2001, 772-776, a proposito della pressoché coincidente espressione del Consiglio d'Europa del 1999 ***(«faits principaux de l'affaire/basic facts of the case***»), per i quali costituisce un punto di equilibrio tra l'inammissibilità della confessione e l'impossibilità di un previo accertamento giudiziale. Si può ulteriormente osservare che solo se la Direttiva avesse richiesto una confessione, si sarebbe potuta muovere l'obiezione garantistica di un'accusa e di un giudizio condizionati da una sorta di presunzione di colpevolezza nell'ipotesi di mediazione non riuscita. Peraltro, la Direttiva afferma che il diritto della vittima a «garanzie nel contesto dei servizi di giustizia riparativa» deve comunque far «salva la presunzione d'innocenza» (considerando 12), e una modalità di salvaguardia di tale principio viene articolata dalla citata Raccomandazione del 1999 con l'inutilizzabilità della partecipazione alla «mediazione» come prova dell'«ammissione della colpevolezza» nell'eventuale prosieguo del procedimento penale.

[288] Cfr. COPI, ***Introduzione alla logica,*** Bologna, 1964, 54-60 e 116 ss. Sul punto, anche con rinvio al predetto MANNOZZI, ***La mediazione nell'ordinamento giuridico italiano: uno sguardo d'insieme,*** in ***Mediazione e diritto penale: dalla punizione del reo alla composizione con la vittima,*** a cura di Mannozzi, Milano, 2004, 38-43, che, premesso come nella mediazione non sia «ovviamente in discussione la definizione penalistica del conflitto» e neppure «il fatto», da cui, «almeno nel suo nucleo oggettivo essenziale», «normalmente [...] la mediazione prende le mosse», conclude che «il conflitto che nasce da un disaccordo sull'atteggiamento rispetto ad un fatto è il campo di elezione della mediazione», che lavora anche «sulla percezione dei fatti».

[289] La Direttiva, all'art. 25, ha previsto l'obbligo per gli Stati membri di provvedere alla formazione dei «funzionari» che possano avere contatti con le vittime («gli agenti di polizia ed il personale giudiziario»), di promuoverne l'accesso anche da parte dei magistrati e degli avvocati, nonché di incoraggiare, «attraverso i loro servizi

pensabile. Come Nestore ricorda al figlio Antìloco, nell'imminenza di una gara di carri che lo vede tra i concorrenti: «Tu sai girare bene intorno alla mèta. Ma i tuoi cavalli son tardi a correre; e penso che sarà un guaio. Son più veloci i cavalli degli altri. Essi però non sanno molte più astuzie di te. Tu dunque, mio caro, tutta mettiti in cuore l'arte, ché i premi non ti debban sfuggire. Per l'arte più che per forza [...] l'auriga può superare l'auriga»[290].

pubblici o finanziando organizzazioni che sostengono le vittime», iniziative finalizzate ad «un'adeguata formazione» degli operatori dei «servizi di assistenza e di giustizia riparativa».

290 Iliade, libro XXIII, vv. 309-318

Espulsione dell'imputato dal territorio dello Stato e improcedibilità dell'azione penale (Tribunale di Roma, 6.10.2014)

"Vi è violazione dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ipotesi in cui un soggetto venga processato nonostante sia stato espulso dal territorio dello Stato e senza che sia stata provata in modo inequivocabile la sua rinuncia al diritto a partecipare personalmente al processo. Ne consegue che, qualora in sede dibattimentale, venga appurata anche d'ufficio l'avvenuta espulsione dell'imputato dal territorio dello Stato senza che risulti la rinuncia al suddetto diritto, il Giudice dovrà emettere sentenza di non doversi procedere per essere l'azione penale improcedibile"

Nel senso dell'inviolabilità assoluta del diritto dell'imputato di partecipare personalmente al processo, vedasi anche Corte Europea dei diritti dell'uomo 3.10.2000 (Pobornikoff c. Austria) e 1.3.2006 n. 56581 (Sejdovic c.Italia) e Cass, sez.V penale, 17.10.2006 n.36260 in rv 235227), nonché Decisione Quadro del Consiglio d'Europa 26.2.2009.

Tribunale di Roma

(omissis)

Con decreto di citazione diretta l'imputato veniva sottoposto al giudizio di questo Tribunale.

Preliminarmente si appurava, tramite ricerche effettuate presso l'Ufficio Immigrazione della locale Questura, che l'imputato era stato espulso dal territorio dello Stato.

In particolare, nella nota datata *****, si dava atto che l'imputato era stato accompagnato alla frontiera lasciando coattivamente il territorio dello Stato il *****.

Le parti richiedevano pronunciarsi sentenza di non luogo a procedere stante l'impossibilità dell'imputato di partecipare al processo.

***

Alla luce di quanto sopra dev'essere pronunciata sentenza di non luogo a procedere.

A tal fine va *in primis* rilevato che in base all'art.6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata con l. 4 agosto 1955 n. 848, ogni accusato ha diritto di partecipare al processo, difendendosi anche personalmente, ossia messo in condizioni di dare la sua versione sui fatti per cui è causa, indicando e consentendo la sua difesa anche a mezzo di testimoni da lui indicati ed avvalendosi eventualmente di un difensore di sua fiducia.

Proprio in virtù di tale fondamentale principio, peraltro già espresso in termini più generali anche dall'art. 24 della Costituzione repubblicana, si ritiene che il legislatore sia intervenuto con legge ordinaria, e in particolare con il d.lvo 25.7.1998 n. 286 come modificato dalla l. 30 luglio 2002 n.189, a disciplinare la materia dei processi a carico di imputati che nel corso del procedimento penale siano stati espulsi dal territorio dello Stato.

Con la legge da ultimo citata è stato infatti introdotto, nell'art.13, il comma 3 *quater* il quale dispone che, acquisita la prova dell'avvenuta espulsione, se non è stato ancora emesso il provvedimento che dispone il giudizio, il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere.

Proprio in virtù di questo disposto, a parere di questo Giudice meritevole *de iure condendo* di una rivisitazione legislativa, ma soprattutto dei principi generali di cui in apertura, ritiene questo Giudice che qualora prima dell'emissione del provvedimento che dispone il giudizio non sia stata accertata tale circostanza o qualora l'organo dell'accusa abbia esercitato l'azione penale con riti diversi da quello ordinario (quale la citazione diretta a giudizio) senza tale accertamento positivo o senza richiedere ai competenti organi permesso di soggiorno per motivi di giustizia, si debba necessariamente procedere ad appurare – ove evidentemente si sia in presenza di una situazione che anche a livello indiziario lasci supporre una probabile o anche solo possibile avvenuta espulsione dell'imputato dal territorio dello Stato – tale eventuale situazione per stabilire le sorti del procedimento a carico dell'imputato onde evitare di lasciare compromessi i suoi elementari diritti di difesa.

Rimane sempre evidentemente ferma la possibilità dell'organo dell'accusa di richiedere l'estradizione dell'imputato al solo fine di partecipare al processo nonché quella di procedere a

richiesta di revoca della pronunciata sentenza di non luogo a procedere qualora successivamente venga appurato il rientro dell'imputato nel territorio dello Stato, senza dunque che con tale interpretazione risulti intaccato alcun diritto o dovere statuale di segno opposto.

P.Q.M.

visto l'art.529 c.p.p.

DICHIARA

non luogo a procedere nei confronti di ***** per essere lo stesso stato espulso dal territorio dello Stato.

Roma, 6.10.2014

Il Giudice
dr. Clementina Forleo

Videoriprese investigative e provvedimento autorizzativo dell'autorità giudiziaria: la casa di riposo è un "ambiente domiciliare"? (Tribunale di Rieti, 22.3.2016).

Le sezioni unite della Suprema Corte (sent. 28-03-2006, Prisco) hanno stabilito che a differenza delle riprese visive in luoghi pubblici, le videoregistrazioni di comportamenti non comunicativi in ambito domiciliare, siccome acquisite in violazione dell'art. 14 Cost., sono illegittime e processualmente inutilizzabili, né esse possono essere a tal fine qualificate come prova atipica *ex* art. 189 c.p.p., perché tale categoria presuppone comunque la formazione lecita della prova come necessaria condizione della sua ammissibilità: secondo la predetta sentenza esiste, poi, un regime intermedio tra le videoriprese effettuate in luoghi pubblici ed in ambienti domiciliari, costituito dalle videoriprese effettuate in luoghi che, seppure diversi dal domicilio, vengono usati per attività che si vogliono mantenere riservate: in tal caso le videoriprese sono consentite ma solo all'esito di autorizzazione motivata dell'autorità giudiziaria.

Il decreto emesso dal Gip di Rieti in data 22.3.2016 afferma che le videoriprese da effettuarsi all'interno di una casa di riposo per anziani (che si ipotizzava essere vittime di maltrattamenti da parte degli inservienti) rientrano nel predetto regime intermedio e dunque sono consentite su autorizzazione dell'autorità giudiziaria.

Il giudice reatino perviene a tale conclusione sostenendo che una casa di riposo non costituisce ambiente domiciliare per gli inservienti che vi lavorano, ma unicamente per gli ospiti della struttura. Ebbene, tenuto conto del fatto che secondo la giurisprudenza della Suprema Corte le videoriprese in ambiente domiciliare possono essere effettuate con il consenso del titolare del domicilio (trattandosi di diritto disponibile), nel caso di specie l'assenza di consenso da parte delle persone offese (a differenza di una eventuale manifestazione espressa di dissenso) può essere superata dal provvedimento autorizzativo dell'autorità giudiziaria, nell'ottica di un bilanciamento fra gli interessi in gioco, in quanto il provvedimento dell'autorità giudiziaria è diretto a tutelare l'incolumità personale dei titolari del domicilio, il che giustifica la compressione dell'interesse, di rango inferiore, alla inviolabilità del domicilio.

TRIBUNALE DI RIETI

UFFICIO DEL GIUDICE PER LE INDAGINI PRELIMINARI

Il giudice per le indagini preliminari, dott. Andrea Fanelli,

visti gli atti del proc. pen. suindicato iscritto nei confronti di ignoti per i reati di cui agli artt. 110, 572 e 605 c.p.;

vista la richiesta depositata dal p.m. in data *****, con la quale si chiede l'autorizzazione a disporre le operazioni di intercettazione ambientale audio-video all'interno della comunità alloggio ********* (mediante l'utilizzazione del sistema di videosorveglianza interno alla struttura), in cui si verificherebbero i maltrattamenti agli anziani oggetto del presente procedimento;

vista la nota n. prot. ***** dell'****** dei carabinieri della stazione di*********, qui da intendersi integralmente richiamata;

visto il precedente decreto emesso in data ***** con cui venivano autorizzate le riprese visive delle conversazioni e comunicazioni che sarebbero avvenute all'interno dei locali adibiti all'attività amministrativa e di ufficio della struttura;

ritenuto che sussistano gravi indizi in ordine ai reati di cui agli artt. 110, 572 e 605 c.p., per i quali si richiama espressamente il contenuto dei citati decreti del 24.9.2015 e dell'11.2.2016;

rileva quanto segue.

Con la richiesta avanzata in data *****, il p.m. chiede che vengano autorizzate le operazioni di intercettazione audio-video all'interno della struttura mediante le telecamere del sistema di videosorveglianza già esistente all'interno della struttura. Nella citata nota dei carabinieri della stazione di******* dell' ***** si precisa che le predette telecamere sono installate in ogni ambiente, incluse le stanze degli ospiti. In proposito, i responsabili della struttura hanno dichiarato che il sistema di videosorveglianza è stato ideato proprio per tutelare gli ospiti della casa di riposo con l'accordo dei loro familiari, i quali hanno firmato apposita liberatoria per l'installazione delle telecamere.

Ciò posto, deve rilevarsi che la Suprema Corte, anche a sezioni unite, afferma che a differenza delle riprese visive in luoghi pubblici, le videoregistrazioni di comportamenti non comunicativi in ambito domiciliare, siccome acquisite in violazione dell'art. 14 Cost., sono illegittime e processualmente inutilizzabili, né esse possono essere a tal fine qualificate come

prova atipica *ex* art. 189 c.p.p., perché tale categoria presuppone comunque la formazione lecita della prova come necessaria condizione della sua ammissibilità (cfr. Cass. pen., sez. un., 28-03-2006, Prisco e, successivamente, Cass. pen., sez. VI, 28-09-2010, n. 37751; Cass., sez. VI, 23-10-2012 n. 44936; Cass. pen., sez. VI, 08-11-2012, n. 1287; Cass. pen., sez. VI, 12-03-2013, n. 16595).

In particolare, la pronuncia delle sezioni unite (sent. 28-03-2006, Prisco) ha delineato una triplice tipologia di situazioni, assicurando un minor livello di tutela ai soggetti ripresi in luoghi pubblici o aperti al pubblico, passando per un regime intermedio nel caso di riprese effettuate in luoghi che, seppure diversi dal domicilio, vengono usati per attività che si vogliono mantenere riservate, per giungere infine alla tutela, massima, del domicilio.

Segnatamente, le sezioni unite hanno stabilito che nessuna limitazione incontra la facoltà di effettuare riprese nei luoghi appartenenti alla prima categoria, cosicché le riprese video in luoghi pubblici o aperti al pubblico non necessitano di alcuna autorizzazione. Le videoriprese nei luoghi «riservati», come sopra delineati (ad esempio, i camerini di un *night club* o un bagno pubblico), devono invece essere assoggettate ad autorizzazione motivata dell'autorità giudiziaria, e costituiscono prove atipiche ai sensi dell'art. 189 c.p.p.

Nel domicilio, invece, sono ammesse soltanto le riprese finalizzate alla acquisizione di comportamenti comunicativi, che vengono in concreto assimilate alle intercettazioni tra presenti (c.d. ambientali) anche con riferimento alla disciplina loro applicabile; non possono invece ritenersi legittime, a norma dell'art. 14 della Costituzione, le videoriprese di comportamenti non comunicativi all'interno del domicilio.

Nel caso oggetto del presente procedimento, deve ritenersi che la richiesta del p.m. sia finalizzata, prevalentemente, alla videoripresa di comportamenti non comunicativi, che sarebbero rappresentati dagli ipotizzati maltrattamenti ai danni degli ospiti della struttura.

Occorre, dunque, accertare se e in che limiti la casa di cura per anziani, al cui interno si dovrebbero effettuare le riprese video, costituisca un ambiente domiciliare.

A questo proposito – come affermato anche nella citata sentenza delle sezioni unite – sulla nozione di domicilio, a norma dell'art. 14 Cost. così come su quella di privata dimora, a norma dell'art. 614 c.p. (richiamato dall'art. 266, comma 2, c.p.p. in tema di intercettazioni ambientali e dall'art. 615 *bis* c.p. in tema di interferenze illecite nella vita privata), non vi sono nella

giurisprudenza e nella dottrina indicazioni univoche e si dubita pure che ci sia coincidenza tra l'ambito della garanzia costituzionale e quello della tutela penale. In linea di grande approssimazione si può dire che da parte di alcune decisioni si fa riferimento prevalentemente alla utilizzazione del luogo per lo svolgimento di manifestazioni della vita privata (come il riposo, l'alimentazione, il tempo libero) di chi lo occupa e anche a una certa durata del rapporto tra il luogo e la persona, mentre da parte di altre si pone l'accento sul carattere esclusivo (lo *ius excludendi alios*) e sulla difesa della *privacy*. Deve, inoltre, osservarsi che in giurisprudenza c'è una certa tendenza ad ampliare il concetto di domicilio in funzione della tutela penale degli artt. 614 e 615 *bis* c.p., mentre si tende a circoscriverlo quando l'ambito domiciliare rappresenta un limite allo svolgimento delle indagini.

Ciò posto, deve rilevarsi che la prevalente giurisprudenza tende ad escludere che gli ambienti di lavoro in senso stretto possano costituire luoghi di privata dimora nel senso anzidetto (anche se non mancano pronunce che estendono il concetto di domicilio anche a tali luoghi): cfr., *ex plurimis*, Cass. pen., sez. IV, 24-01-2013, n. 11490 (che ha escluso la configurabilità del reato di cui all'art. 624 *bis* c.p. in caso di furto in una tabaccheria durante l'orario di chiusura); Cass. pen., sez. VI, 08-05-2012, n. 18200, che ha escluso il reato di cui all'art. 624 *bis* c.p. in relazione alla condotta di colui che si impossessa della merce sottratta in un negozio; Cass. pen., sez. VI, 10-11-2011, n. 1707, che ha ritenuto utilizzabili le videoregistrazioni effettuate nel corso delle indagini all'interno di un bar e di una cornetteria; Cass. pen., sez. II, 09-11-2010, che ha escluso il reato di cui all'art. 624 *bis* c.p. in relazione ad un furto commesso in un edificio adibito ad attività commerciale durante l'orario di chiusura; Cass. pen., sez. I, 13-05-2010, n. 24161, che ha escluso che possa essere considerato luogo di privata dimora, ai fini dell'ammissibilità delle intercettazioni di comunicazioni tra presenti, l'ufficio tecnico di un comune; Cass. pen., sez. VI, 24-11-2009, n. 47304, che, ai fini dell'ammissibilità delle intercettazioni di comunicazioni tra presenti, ha ritenuto che non possa essere considerato luogo di privata dimora l'ufficio commerciale ubicato all'interno dei locali di un'impresa individuale.

Si veda, inoltre, Cass. pen., sez. VI, 13-05-2009, n. 22836, secondo cui la stanza di degenza di un ospedale non è una privata dimora, ma è un luogo *lato sensu* pubblico, poiché è posto sotto il diretto controllo del personale ospedaliero, e alle persone ricoverate non compete un indifferenziato *ius excludendi alios*, non avendone il «possesso» esclusivo: pertanto, per

l'ammissibilità delle intercettazioni ambientali in tale luogo, non occorre che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa; le riprese visive, non essendo l'ospedale riconducibile alla nozione di «domicilio», sono legittime quando sono autorizzate dall'autorità giudiziaria con provvedimenti congruamente motivati.

Ora, come detto in precedenza, le telecamere del sistema di videosorveglianza presenti nella comunità alloggio********* sono ubicate in tutti gli ambienti, incluse le stanze ove alloggiano gli anziani: ebbene, anche ove si voglia ritenere che detti ambienti non possano essere assimilati alle stanze di degenza di un ospedale e che, pertanto, costituiscano luoghi di privata di dimora, ciò varrebbe unicamente per gli ospiti che occupano dette stanze e non anche per gli inservienti e gli altri dipendenti della struttura.

Invero, come affermato anche nella ricordata sentenza Prisco delle sezioni unite, quello che rileva ai fini della qualificazione di un luogo come domicilio è il *rapporto esistente tra quel luogo ed un determinato soggetto*, cosicché quello che è un domicilio per una persona, può certamente non esserlo per un'altra, come per esempio nel caso di attività lavorativa svolta all'interno dell'abitazione altrui, o di visite di cortesia, o in casi analoghi.

Deve ritenersi, pertanto, che le stanze ove dimorano gli ospiti della struttura non possano essere considerate – con riguardo ai presunti autori dei maltrattamenti – ambiente domiciliare in cui, come tale, sarebbe vietata la ripresa video di comportamenti non comunicativi. Da ciò discende, a parere di questo giudice, la autorizzabilità di dette riprese.

In proposito, deve rilevarsi che si afferma in giurisprudenza che le videoregistrazioni di condotte non comunicative disposte dalla polizia nel corso delle indagini preliminari, in luoghi riconducibili al concetto di domicilio, e quindi generalmente meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 14 Cost., sono qualificabili come prova atipica disciplinata dall'art. 189 c.p.p., ed utilizzabili senza alcuna necessità di autorizzazione preventiva del giudice, *se le riprese sono state eseguite con il consenso del titolare del domicilio* (Cass. pen., sez. II, 07-07-2015, n. 41332; Cass. pen., sez. III, 21-05-2014, n. 25177; Cass. pen., sez. II, 13-12-2007, Napolano).

Ebbene, è evidente che in relazione alle stanze utilizzate dagli ospiti di una casa di riposo per anziani, i titolari del domicilio sarebbero gli stessi ospiti e non i soggetti che vi lavorano: nel caso di specie, nella citata nota n. prot. ***** dell' ***** dei carabinieri della stazione di********* si dà atto che il sistema di videosorveglianza esistente all'interno della

struttura******** è stato ideato proprio per tutelare gli ospiti della struttura con l'accordo dei loro familiari, i quali hanno firmato apposita liberatoria per l'installazione delle telecamere.

Ciò posto, seppure le predette liberatorie non costituiscano idonea manifestazione del consenso del titolare del domicilio (salvo il caso in cui il familiare ricoprisse anche l'incarico di tutore o di amministratore di sostegno dell'ospite della struttura), deve comunque ritenersi che le riprese video nei predetti luoghi siano ammissibili, quali prove atipiche, previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria.

Invero, mentre l'assenza di consenso del titolare del domicilio non può essere superata nemmeno dal provvedimento autorizzativo del giudice ove il titolare sia il soggetto indagato (o indagabile, nel caso di procedimento contro ignoti), atteso che il diritto-dovere di perseguire le condotte penalmente illecite non può spingersi sino al punto di comprimere l'inviolabilità del domicilio di detti soggetti, diverso è il discorso ove il titolare del domicilio sia la persona offesa dal reato: in questo caso l'assenza di consenso (e non, si badi, la manifestazione espressa di dissenso) può essere superata dal provvedimento autorizzativo dell'autorità giudiziaria, nell'ottica di un bilanciamento fra gli interessi in gioco; il provvedimento dell'autorità giudiziaria, invero, è diretto, in questo caso, a tutelare l'incolumità personale dei titolari del domicilio, il che giustifica la compressione dell'interesse, di rango inferiore, alla inviolabilità del domicilio, atteso che questo, come affermato dalle citate pronunce della Cassazione, costituisce un diritto disponibile e dunque non sottoposto ad una tutela incondizionata.

Quest'ultima situazione, pertanto, appare rientrare in una categoria intermedia tra quella delle videoriprese di comportamenti non comunicativi da effettuarsi in ambienti domiciliari (non consentite) e quelle da effettuarsi in luoghi pubblici o aperti al pubblico (consentite), e cioè in una categoria assimilabile a quella dei luoghi «riservati» enucleata dalla citata sentenza Prisco delle sezioni unite, la quale ha ritenuto ammissibili le riprese video in tali ambienti purché previamente autorizzate dall'autorità giudiziaria.

In conclusione, si ritiene di autorizzare le videoriprese (mediante le telecamere del sistema di videosorveglianza già esistente) all'interno dei locali adibiti all'attività amministrativa e di ufficio della struttura (già oggetto del decreto autorizzativo emesso in data *****), nonché all'interno delle stanze degli ospiti e degli altri locali della struttura ad eccezione di quelli riservati

alle attività private del personale e dei responsabili della casa di riposo (ad es., alloggi, spogliatoi, ripostigli, ecc.).

Quanto alle audioriprese (equivalenti ad intercettazioni di conversazioni tra presenti) non si pongono problemi, atteso che ai sensi dell'art. 266 comma 2 c.p.p. esse sono consentite nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p., con i limiti di cui al comma 1, qualora, come nel caso di specie, vi sia fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa.

P.Q.M.

Autorizza il p.m. a disporre, per la durata di giorni 15, le operazioni di intercettazione audio-video – mediante il sistema di videosorveglianza già esistente nella struttura – delle conversazioni e comunicazioni che avverranno all'interno della comunità alloggio********** ad eccezione dei locali riservati alle attività private del personale e dei responsabili della struttura nei termini precisati in premessa.

Manda alla cancelleria per l'immediata restituzione degli atti al p.m.

Rieti, 22.3.2016

IL CANCELLIERE IL GIUDICE

MARIA FRANCESCA RUSSO

Ambiente e liberalizzazioni

SOMMARIO: 1. La libertà d'iniziativa economica e il limite del rispetto dell'ambiente tra lavori preparatori e proposte di riforma. – 2. La tutela dell'ambiente e l'utilità sociale nella giurisprudenza costituzionale del ventunesimo secolo: uno strumento di protezione dei diritti fondamentali della collettività. - 3. L'art. 41 Cost. come norma che, unitariamente considerata, esprime l'esigenza di un bilanciamento di valori, alla luce dei principi di ragionevolezza e solidarietà sociale, e con il limite del rispetto del nucleo essenziale dei diritti fondamentali. – 4. La CEDU e la rinnovata attenzione per l'ambiente e i diritti fondamentali da parte della Corte costituzionale. – 5. Liberalizzazioni, posizione dominante e barriere all'entrata su di un mercato. - 6. Liberalizzazioni e servizi di interesse generale. - 7. Liberalizzazioni, concorrenza e Corte costituzionale. - 8. – Conclusioni.

1. La libertà d'iniziativa economica e il limite del rispetto dell'ambiente tra lavori preparatori e proposte di riforma. -- Scopo di questo studio è il tentativo di spiegare il paradosso consistente nella contemporanea prepotente e recente affermazione di principi apparentemente opposti, ossia da un lato l'esaltazione del valore della tutela dell'ambiente di cui all'art. 9, comma 2, Cost. ("*la Repubblica tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione*") e 117, comma 2, lett. *s*), Cost., (la "*tutela dell'ambiente*" è materia di competenza esclusiva statale[291]), nonché dell'utilità sociale di cui al comma 2 dell'art. 41 Cost. e dei diritti fondamentali in genere; dall'altro l'emersione di un valore e un obiettivo allo stesso tempo, quello delle liberalizzazioni (che possono essere ricondotte al comma 1 dell'art. 41 Cost.), che fino a pochi anni fa incontrava freddezza e diffidenza. Tutela dell'ambiente, utilità sociale e diritti fondamentali sono il simbolo di uno Stato interventista in economia; le liberalizzazioni, al contrario, sono la tipica espressione di uno Stato liberista.

[291] Cfr. però le sentenze n. 210 del 2016 e 207 del 2002 della Corte costituzionale secondo cui l'ambiente non può identificarsi con una materia in senso stretto, dovendosi piuttosto intendere come un valore costituzionalmente protetto.

Occorre dunque necessariamente partire dall'art. 41 Cost., che è il frutto dell'accordo ("compromesso" è la parola che usa Togliatti) tra le tre anime presenti in sede di Assemblea Costituente, quella liberale (si pensi a Luigi Einaudi), di cui è espressione il co. 1 (libertà d'iniziativa economica), quella cattolica (si pensi a Alcìde De Gasperi), di cui è espressione il co. 2 (l'utilità sociale e i c.d. limiti "negativi" alla libertà d'iniziativa economica), quella comunista/socialista (si pensi a Palmiro Togliatti) di cui è espressione il co. 3 (c.d. limiti "positivi" alla libertà d'iniziativa economica).

La scelta dei Costituenti è stata nel senso di considerare l'iniziativa economica come libera, ma al contrario di molte libertà civili essa non è qualificata come inviolabile[292] (si vedano invece gli artt. 13, 14, 15 Cost., in tema rispettivamente di libertà personale, domicilio, corrispondenza); sono inoltre apprestati vincoli assai più rigidi e penetranti (cfr. co 2 e 3 dell'art. 41 Cost.) di quelli previsti per le libertà civili; infine la Corte costituzionale non ha mai qualificato l'iniziativa economica come diritto fondamentale. Questi dati hanno fornito il fondamento giustificativo di quelle ricostruzioni che hanno assegnato alla predetta libertà uno status di libertà "dimidiata", di un rango diverso ed inferiore rispetto alle libertà civili, non configurabile come diritto fondamentale[293].

[292] Non può poi non citarsi la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (c.d. CEDU che, pur essendo subordinata alla Costituzione, ha comunque un valore superiore rispetto agli atti avente forza di legge: cfr. Corte Cost. nn. 348 e 349 del 2007), il cui art. 16 stabilisce che "è riconosciuta la libertà d'impresa, *conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali*": nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo quest'ultimo inciso determina la possibilità di una severa e significativa limitazione della libertà d'impresa in nome di una migliore protezione dei diritti fondamentali dell'uomo. Così, ad esempio, riguardo alle incapacità personali connesse allo stato di fallito, con specifico riferimento agli artt. 50 e 143 della legge fallimentare all'epoca vigente, la Corte di Strasburgo (sentenza 23 marzo 2006, Vitiello c. Italia, ric. n. 77962/01), ha ritenuto le disposizioni della legge fallimentare lesive dei diritti della persona, perché incidenti sulla possibilità di sviluppare le relazioni col mondo esteriore e foriere, quindi, di un'ingerenza «non necessaria in una società democratica». La Corte di Strasburgo ha affermato, in particolare, che «a causa della natura automatica dell'iscrizione del nome del fallito nel registro e dell'assenza di una valutazione e di un controllo giurisdizionali sull'applicazione delle incapacità discendenti dalla suddetta iscrizione e del lasso di tempo previsto per ottenere la riabilitazione, l'ingerenza prevista dall'art. 50 L.F. nel diritto al rispetto della vita privata dei ricorrenti non è necessaria in una società democratica, ai sensi dell'art. 8, § 2, della Convenzione». Cfr. DELLI PRISCOLI, *La rilevanza dello status nella protezione dei soggetti deboli nel quadro dei principi europei di rango costituzionale*, in *Riv. dir. comm*., 2012, 322.

[293] Cfr. in questo senso LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 582.

Fin dall'inizio l'art. 41 Cost., soprattutto per quanto riguarda il limite dell'"utilità sociale" ha avuto numerose critiche[294], per la sua formulazione "pericolosamente generica, troppo ampia, inconoscibile, indeterminata e indeterminabile: una norma che non ha significato è una norma per definizione anticostituzionale e arbitraria. Qualunque interpretazione darà il legislatore futuro alla norma essa sarà valida. Nessuna Corte giudiziaria potrà negarle validità, perché tutte le leggi saranno conformi a ciò"[295].

Proprio sull'onda di queste critiche mai sopite alla norma, cominciate già durante i lavori della Costituente e arrivate ai giorni nostri, nella scorsa legislatura è stato oggetto di esame presso la Commissione Affari costituzionali un disegno di legge costituzionale del Governo, presentato il 7 marzo 2011 (A.C. 4144), che recava la **modifica dell'art. 41 Cost.,** finalizzato a rafforzare la garanzia costituzionale della libertà economica (il nuovo comma 1 dell'art. 41 così avrebbe recitato: "L'iniziativa *e l'attività* economica privata *sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge*": le parti in corsivo costituiscono le modifiche**).** Sono però mancati i tempi tecnici per approvare la riforma in quella legislatura[296].

Peraltro l'obiettivo perseguito con quei progetti di riforma è stato in parte già raggiunto mediante una serie di decreti legge recenti, poi convertiti in legge[297], che hanno affermato, quanto

[294] Cfr. CHELI, *Libertà e limiti dell'iniziativa economica privata*, in *Rass. dir. pubbl*., 1960, I, 300, che definisce la norma "indeterminata nel suo nucleo politico centrale" e "anfibologica", suscettibile cioè di essere sviluppata in opposte direzioni.

[295] Cfr. Einaudi e il suo intervento nella seduta del 13 maggio 1947, in A.C., II, 39337-38. Egli affermava che le libertà civili e le libertà economiche sono reciprocamente dipendenti: ciascuna forma di libertà emerge solo in presenza delle altre e che una eccessiva compressione delle libertà economiche avrebbe inevitabilmente compromesso le altre.

[296] Non sono peraltro mancate le critiche – più che condivisibili – al tentativo di modifica della Costituzione, in quanto già l'attuale testo costituzionale permette una piena esplicazione della libertà d'impresa, con il solo limite del rispetto dei valori di rango costituzionale. Cfr. ad esempio LIBERTINI, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del «Decreto Alitalia»*, in *Giur. cost*., 2010, 3296, il quale parla esplicitamente di "superficialità dell'effimero dibattito" che si era aperto di recente.

[297] Cfr. l'art. 1 del D.L. n. 1del 2012, conv. in legge n. 27 del 2012: il cui art. 1 (*Liberalizzazione delle attività economiche e riduzione degli oneri amministrativi sulle imprese*) afferma che "… in attuazione del principio di libertà di iniziativa economica sancito dall'art. 41 Cost. e del principio di concorrenza sancito dal Trattato dell'Unione europea, sono abrogate….: a) le norme che prevedono limiti numerici, autorizzazioni, licenze, nulla osta o preventivi atti di assenso dell'amministrazione comunque denominati per l'avvio di un'attività economica non giustificati da un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario nel rispetto del principio di proporzionalità; [omissis] 2. Le disposizioni recanti divieti, restrizioni, oneri o condizioni all'accesso ed all'esercizio delle attività economiche sono in ogni caso interpretate ed applicate in senso tassativo, restrittivo e ragionevolmente proporzionato alle perseguite finalità di interesse pubblico generale, alla stregua dei principi costituzionali per i quali l'iniziativa economica privata è libera secondo condizioni di piena concorrenza e pari opportunità tra tutti i soggetti, presenti e futuri, ed ammette solo i limiti, i programmi e i controlli necessari ad evitare

ai limiti alla libertà di iniziativa economica privata, il principio della riserva di legge (è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge). Peraltro, già dal 1964 (sentenza n. 40) la Corte costituzionale si era espressa nel senso che la riserva di legge nell'art. 41 Cost., pur senza che si possa negare una sua certa modulazione, rappresenta una costante, se non altro per l'espressione utilità sociale, la cui indubitabile indeterminatezza ne rende quanto meno complessa l'immediata operatività, implicando l'opportunità, se non la necessità, dell'intermediazione del legislatore. La novità di questa recente disciplina sta dunque nell'ancorare i limiti imponibili all'iniziativa economica alla protezione di ben definiti valori costituzionali, quali il lavoro, l'ambiente e la salute: non è sufficiente una qualsiasi legge dunque per porre un freno all'attività economica, occorre anche che quella legge abbia il chiaro obiettivo di tutelare i predetti valori.

2. *La tutela dell'ambiente e l'utilità sociale nella giurisprudenza costituzionale e della Casssazione: uno strumento di protezione dei diritti fondamentali della collettività*. -- L'esame della giurisprudenza costituzionale evidenzia innanzitutto un dato statistico incontrovertibile, ossia la circostanza che negli ultimi anni sono notevolmente incrementate le questioni poste alla Corte costituzionale nelle quali la tutela dell'ambiente e l'utilità sociale sono indicati quali parametri alla luce dei quali valutare la legittimità costituzionale di una norma. Più limitato invece è l'uso che della tutela dell'ambiente e dell'utilità sociale fa la Cassazione, per lo più proprio solo nel richiamare il contenuto di sentenze della Corte costituzionale[298].

possibili danni alla salute, all'ambiente, al paesaggio, al patrimonio artistico e culturale, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e possibili contrasti con l'utilità sociale, con l'ordine pubblico, con il sistema tributario e con gli obblighi comunitari ed internazionali della Repubblica. L'art. 3 del D.L. n. 138 del 2011 conv. in legge n. 148 del 2011 (*Abrogazione delle indebite restrizioni all'accesso e all'esercizio delle professioni e delle attività economiche*) – norma che ricorda l'art.4 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789, secondo cui "La libertà consiste nel poter fare tutto ciò che non nuoce ad altri" – afferma che 1. Comuni, Province, Regioni e Stato, entro il 30 settembre 2012, adeguano i rispettivi ordinamenti al principio secondo cui l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge nei soli casi di: a) vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali; b) contrasto con i principi fondamentali della Costituzione; c) danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e contrasto con l'utilità sociale; d) disposizioni indispensabili per la protezione della salute umana, la conservazione delle specie animali e vegetali, dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio culturale; e) disposizioni relative alle attività di raccolta di giochi pubblici ovvero che comunque comportano effetti sulla finanza pubblica.

[298] Cfr. ad es. Cass. S.U. 20 giugno 2012 n. 10130, che a proposito dell'indennità di espropriazione richiama la sentenza n. 348 del 2007 e conseguentemente il «ragionevole legame» con il valore di mercato; Cass. 1° giugno 2012 n. 8834, che a proposito del contratto di autotrasporto di cose e del relativo sistema di tabelle tariffarie (c.d. "a forcella", ossia con limiti massimi e minimi), richiama la sentenza n. 386 del 1996). Deve però citarsi Cass. 3 giugno 2011 n. 12131, secondo cui in tema di collocamento obbligatorio di centralinisti telefonici non vedenti della Regione

D'altro canto non va sottovalutato il fatto che anche la libertà di iniziativa economica ha avuto un notevole aumento di citazioni, sia nella legislazione che nelle sentenze della Consulta, pur confermandosi della stessa sempre la stessa definizione: "il legislatore costituzionale ha opportunamente costruito tale libertà non come assoluta (ma del resto tutti i diritti fondamentali sono suscettibili di essere oggetto di bilanciamento con altri diritti fondamentali), ma l'ha subordinata, fra l'altro, al vincolo costituito dal mancato contrasto con l'utilità sociale" (es. sentenza n. 289 del 2010).

La Costituzione non definisce né l'ambiente né l'utilità sociale; anche la Corte costituzionale evita di farlo, si limita volta per volta a affermare cosa vi rientri e cosa no, affermando che un certo interesse costituzionalmente riconosciuto ha una valenza ambientale e di utilità sociale e come tale deve essere adeguatamente tutelato. E i confini dei concetti di tutela dell'ambiente e di utilità sociale sembrano ai nostri giorni diventati così ampi che si corre concretamente il rischio di tendere ad identificare il concetto di utilità sociale con quello generico di interesse pubblico, della collettività, degli altri, siano essi singoli, una collettività più o meno grande o un gruppo di persone portatrici di un interesse omogeneo: sono gli interessi di tutti coloro che, direttamente o indirettamente, vengono colpiti dall'iniziativa economica altrui: ad es. i lavoratori, i consumatori, i cittadini che abitano vicino ad un'industria e ne respirano i fumi velenosi. Potrebbe ben affermarsi che così facendo tali espressioni perdono probabilmente un reale contenuto precettivo. Ma forse questo rischio vale la pena di essere corso, perché con il riferimento alla tutela dell'ambiente e all'utilità sociale nella Costituzione si è proprio voluto attribuire dignità costituzionale al concetto – sicuramente generico e vago ma non per questo non importante - degli interessi della collettività che, volente o nolente, si trova ad interagire con colui che esercita un'attività economica.

Sicilia e con riferimento al rifiuto di assunzione da parte del datore di lavoro, afferma che il rapporto tra l'art. 10 della legge Regione Sicilia n. 12 del 1991 e la legge statale n. 68 del 1999, deve essere risolto alla luce del principio di cedevolezza delle disposizioni regionali che non siano compatibili con i principi ed interessi generali cui si informa la legislazione dello Stato contenuti nella legislazione statale sopravvenuta, improntata ad una serie di controlli, pienamente compatibili con l'art. 41, co. 2, Cost., posto che si coniugano con l'utilità sociale, come rettamente intesa dal legislatore costituzionale, attento ai valori della libertà, anche dal bisogno, e della dignità umana dei concittadini, nella specie, non vedenti. La Cassazione qui propone un criterio di lettura del rapporto tra norme di principio dello Stato e norme di dettaglio della Regione di cui all'art. 117, co. 3, Cost. (tutela e sicurezza del lavoro) ispirato dalla ricerca della normativa più rispondente a valori costituzionali quali l'utilità sociale.

Fatto sta che nel ventunesimo secolo la Corte costituzionale parla di utilità sociale non solo a proposito di ambiente, ma anche di salute, lavoro, autonomia contrattuale, proprietà: con riferimento in particolare all'ambiente, a proposito di condono edilizio, esigenze di finanza pubblica e tutela dell'ambiente[299]; limiti all'iniziativa economica in nome della tutela dell'ambiente[300]; limiti al commercio itinerante e tutela dei centri storici delle città d'arte[301]; limitazioni al diritto di proprietà in nome di esigenze di rilievo pubblico[302].

L'utilità sociale è un concetto che racchiude altresì la tutela di "diritti sociali" "ritenuti di fondamentale importanza sul piano della dignità umana", quali quello all'abitazione (cfr. in questo senso la citata giurisprudenza costituzionale in tema di condono edilizio), il diritto al lavoro (cfr. sentenza 200 del 2012 e n. 270 del 2010, 50 del 2005: quest'ultima parla di "diritto sociale al lavoro")[303], il diritto allo studio (sentenza n. 219 del 2002)[304] e soprattutto il diritto alla tutela

[299] Sentenze n. 9 del 2008, n. 196 del 2004, secondo cui il bilanciamento che nel caso di specie verrebbe in considerazione è quello tra i valori tutelati in base all'art. 9 Cost. e le esigenze di finanza pubblica; in realtà, la Corte, nella sua copiosa giurisprudenza in tema di condono edilizio, ha più volte riconosciuto - in particolare nella sentenza n. 85 del 1998 - come in un settore del genere vengano in rilievo una pluralità di interessi pubblici, che devono necessariamente trovare un punto di equilibrio, poiché il fine di questa legislazione è quello di realizzare un contemperamento dei valori in gioco: quelli del paesaggio, della cultura, della salute, della conformità dell'iniziativa economica privata all'utilità sociale, della funzione sociale della proprietà da una parte, e quelli, pure di fondamentale rilevanza sul piano della dignità umana, dell'abitazione e del lavoro, dall'altra.

[300] Cfr. sentenze n. 190 del 2001 e 196 del 1998, secondo cui al limite della utilità sociale, a cui soggiace l'iniziativa economica privata in forza dell'art. 41 Cost., non possono dirsi estranei gli interventi legislativi che risultino non irragionevolmente intesi alla tutela dell'ambiente. Ebbene, la disposizione censurata, contrariamente a quanto ritenuto dal remittente, lungi dal sopprimere la libertà di iniziativa economica in relazione all'attività di acquacoltura, si limita a regolarne l'esercizio, ponendo condizioni che, finalizzate come sono alla tutela dell'ambiente, non appaiono irragionevoli.

[301] Sentenza n. 247 del 2010.

[302] Sentenza 200 del 2010 (oneri amministrativi per il fascicolo del fabbricato per ragioni di utilità sociale); sentenza 167 del 2009 (bilanciamento tra diritto di proprietà e l'utilità sociale correlata alla libera raccolta dei tartufi); sentenza n. 167 del 1999 (servitù coattiva a favore di disabili e diritto di proprietà).

[303] Secondo la sentenza n. 200 del 2012 una regolazione delle attività economiche ingiustificatamente intrusiva genera inutili ostacoli alle dinamiche economiche, a detrimento degli interessi degli operatori economici, dei consumatori e degli stessi lavoratori e, dunque, in definitiva reca danno alla stessa utilità sociale.

[304] Il diritto allo studio comporta non solo il diritto di tutti di accedere gratuitamente alla istruzione inferiore, ma altresì quello - in un sistema in cui "la scuola è aperta a tutti" (art. 34, co. 1, Cost.) - di accedere, in base alle proprie capacità e ai propri meriti, ai "gradi più alti degli studi" (art. 34, co. 3): espressione, quest'ultima, in cui deve ritenersi incluso ogni livello e ogni ambito di formazione previsti dall'ordinamento. Il legislatore, se può regolare l'accesso agli studi, anche orientandolo e variamente incentivandolo o limitandolo in relazione a requisiti di capacità e di merito, sempre in condizioni di eguaglianza, e anche in vista di obiettivi di utilità sociale, non può, invece, puramente e semplicemente impedire tale accesso sulla base di situazioni degli aspiranti che - come il possesso di precedenti titoli di studio o professionali - non siano in alcun modo riconducibili a requisiti negativi di capacità o di merito. A tale diritto si ricollega altresì quello di aspirare a svolgere, sulla base del possesso di requisiti di idoneità, qualsiasi lavoro o professione, in un sistema che non solo assicuri la "tutela del lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni" (art. 35, co. 1, Cost.), ma consenta a tutti i cittadini di svolgere, appunto "secondo le proprie possibilità e

dell'ambiente. Si tratta a ben vedere più che di diritti soggettivi, ossia della singola persona, di interessi della collettività considerata nel suo insieme e che per essere concretamente realizzati hanno bisogno di molto denaro, che molto spesso però lo Stato non ha o non si può permettere[305]. Ecco dunque che la tuela dell'ambiente e l'utilità sociale ritornano per ricordare che nel necessario e inevitabilmente "crudele" bilanciamento tra esigenze dei singoli (a pagare meno imposte possibili) e diritti della collettività, questi ultimi non possono passare in secondo piano. La tutela dell'ambiente e dell'utilità sociale appaiono dunque lo strumento che consentono una protezione dei diritti fondamentali in una fase per così dire collettiva della loro esistenza, quando cioè sono messi in pericolo non tanto in quanto riferiti a un singolo individuo, ma in un orizzonte più ampio, con riguardo ad una collettività più o meno ampia e definita di persone. Ed in effetti vi sono diritti fondamentali che, senza neppure dover far riferimento all'utilità sociale, vivono in una dimensione individuale e in una collettiva allo stesso tempo. Così, ad esempio, a proposito del diritto fondamentale alla salute di cui all'art. 32 Cost., la sentenza n. 107 del 2012, in tema di vaccinazioni[306], ha affermato che la salute è al contempo un diritto fondamentale dell'individuo (lato «individuale e soggettivo») e un interesse della intera collettività (lato «sociale e oggettivo»).

---

la propria scelta", un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società (art. 4, co. 2, Cost.): ciò che a sua volta comporta, quando l'accesso alla professione sia condizionato al superamento di un *curriculum* formativo, il diritto di accedere a quest'ultimo in condizioni di eguaglianza. Il diritto di studiare, nelle strutture a ciò deputate, al fine di acquisire o di arricchire competenze anche in funzione di una mobilità sociale e professionale, è d'altra parte strumento essenziale perché sia assicurata a ciascuno, in una società aperta, la possibilità di sviluppare la propria personalità, secondo i principi espressi negli artt. 2, 3 e 4 Cost.

[305] Sentenza n. 223 del 2012: la Costituzione non impone affatto una tassazione fiscale uniforme, con criteri assolutamente identici e proporzionali per tutte le tipologie di imposizione tributaria; ma esige invece un indefettibile raccordo con la capacità contributiva, in un quadro di sistema informato a criteri di progressività, come svolgimento ulteriore, nello specifico campo tributario, del principio di eguaglianza, collegato al compito di rimozione degli ostacoli economico-sociali esistenti di fatto alla libertà ed eguaglianza dei cittadini-persone umane, in spirito di solidarietà politica, economica e sociale (artt. 2 e 3 Cost.). Pertanto, il controllo della Corte in ordine alla lesione dei principi di cui all'art. 53 Cost., come specificazione del fondamentale principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., consiste in un «giudizio sull'uso ragionevole, o meno, che il legislatore stesso abbia fatto dei suoi poteri discrezionali in materia tributaria, al fine di verificare la coerenza interna della struttura dell'imposta con il suo presupposto economico, come pure la non arbitrarietà dell'entità dell'imposizione» (sentenza n. 111 del 1997). L'eccezionalità della situazione economica che lo Stato deve affrontare è, infatti, suscettibile senza dubbio di consentire al legislatore anche il ricorso a strumenti eccezionali, nel difficile compito di contemperare il soddisfacimento degli interessi finanziari e di garantire i servizi e la protezione di cui tutti cittadini necessitano. Tuttavia, è compito dello Stato garantire, anche in queste condizioni, il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, il quale, certo, non è indifferente alla realtà economica e finanziaria, ma con altrettanta certezza non può consentire deroghe al principio di uguaglianza, sul quale è fondato l'ordinamento costituzionale.

[306] Cfr. sentenza n. 307 del 1990: la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost. se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri

La dimensione collettiva dell'ambiente è fatta propria anche dalla Suprema Corte, secondo cui l'ambiente, bene unitario ma anche immateriale, è espressione di un autonomo valore collettivo, ed è oggetto, come tale, di tutela da parte dell'ordinamento, che non si è realizzata soltanto a partire dalla legge n. 349 del 1986, il cui art. 18, sebbene sia norma non retroattiva, ha avuto soltanto una funzione ricognitiva di un assetto che già trovava radice nella Carta costituzionale (artt. 2, 3, 9, 32, 41 e 42 Cost.) e, ai fini di una tutela piena ed organica, nell'art. 2043 c.c.[307], là dove il citato art. 18 è intervenuto a definire e tipizzare l'illecito ambientale, richiedendo, quale elemento costitutivo, una condotta dolosa o colposa che sia violatrice "di disposizioni di legge o di provvedimenti adottati in base a legge, che comprometta l'ambiente, ad esso arrecando danno, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte". Pertanto, ai fini dell'integrazione della responsabilità civile per danno ambientale in relazione a fatti anteriori alla legge n. 349 del 1986 - e, dunque, ai sensi dell'art. 2043 c.c. - il danno ingiusto (ossia l'evento lesivo della modificazione, alterazione o distruzione dell'ambiente naturale considerate da un mero punto di vista obiettivo, nella sua materialità) deve essere determinato da una condotta, attiva od omissiva, sorretta dall'elemento soggettivo intenzionale e cioè dal dolo o dalla colpa[308]; La Cassazione si mostra altresì consapevole da un lato sia del particolare valore riconosciuto all'ambiente, relativamente al quale è esclusa la risarcibilità per equivalente[309] e la responsabilità di tutti gli autori dell'illecito per l'intero evento causato in caso di azioni od omissioni concorrenti alla concretizzazione di un'unitaria condotta di danneggiamento dell'ambiente[310], sia lo stretto e inevitabile collegamento tra tutela dell'ambiente e tutela della salute[311].

---

[307] Cfr., tra le altre, Cass., 3 febbraio 1998, n. 1087; ma, analogamente, per l'affermazione che l'art. 18 cit. non ha introdotto nel nostro ordinamento una nozione di danno ambientale, Cass., 10 ottobre 2008, n. 25010 e Cass., 7 marzo 2013, n. 5705.

[308] Cass., 19 febbraio 2016, n. 3259, relativa ad una fattispecie in tema di inquinamento.

[309] Cfr. Cass. 13 agosto 2015, n. 16806, secondo cui ai giudizi pendenti alla data di entrata in vigore della legge n. 97 del 2013, anche se riferiti a fatti anteriori alla data di applicabilità della direttiva comunitaria recepita da tale legge, è applicabile l'art. 311 del d.lgs. n. 152 del 2006, nel testo modificato, da ultimo, dall'art. 25 della legge n. 97 cit., ai sensi del quale resta esclusa la risarcibilità per equivalente, dovendo ora il giudice individuare le misure di riparazione primaria, complementare e compensativa ivi prescritte e, per il caso di loro omessa o incompleta esecuzione, determinarne il costo, in quanto solo quest'ultimo (ovvero il suo rimborso) potrà essere oggetto di condanna nei confronti dei danneggianti. Ne consegue che non residua alcun danno ambientale risarcibile ogniqualvolta, avutasi la riduzione al pristino stato, non persista la necessità di ulteriori misure sul territorio, da verificarsi alla stregua della nuova normativa.

[310] *Sez.* 3, ***Sentenza*** *n.* 9012 *del* 06/05/2015 (Rv. 635218 - 01)

Cfr. Cass., 6 maggio 2015, n. 9012, che ha affermato che la regola di cui all'art. 311, comma 3, penultimo periodo, del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, nel testo modificato, da ultimo, dall'art. 25 della legge 6 agosto 2013, n. 97 -

3. *L'art. 41 Cost. come norma che, unitariamente considerata, esprime l'esigenza di un bilanciamento di valori, alla luce dei principi di ragionevolezza e solidarietà sociale, e con il limite del rispetto del nucleo essenziale dei diritti fondamentali*. -- La giurisprudenza costituzionale così succintamente esaminata ci spiega che ha ben poco senso - o forse non ne ha per nulla - considerare isolatamente le singole disposizioni dell'art. 41 Cost. Esse invece acquistano un significato tutto nuovo e per nulla contraddittorio se lette unitariamente: esprimono una esigenza di bilanciamento tra diversi valori.

Emerge poi un continuo passaggio e rinvio dalla sfera individuale a quella collettiva e viceversa, dai diritti fondamentali all'utilità sociale, dai diritti inviolabili della persona, all'interesse della collettività. Il "tramite" tra la sfera individuale e quella collettiva dei diritti, il metro per decidere in merito a come effettuare il necessario bilanciamento di valori, è offerto da due principi fondamentali: quello della solidarietà sociale[312] (oltre agli artt. 41, 42, 43 e 44

per la quale "nei casi di concorso nello stesso evento di danno, ciascuno risponde nei limiti della propria responsabilità personale" - mira ad evitare la responsabilità anche per fatti altrui, sicché opera nei casi di plurime condotte indipendenti e non anche in quelli di azioni od omissioni concorrenti in senso stretto alla concretizzazione di un'unitaria condotta di danneggiamento dell'ambiente, che restino tutte tra loro avvinte quali indispensabili antefatti causali di questa. Ne consegue che, in tale ultima ipotesi, non soffre limitazione la regola di cui all'art. 2055 cod. civ. in tema di responsabilità di ciascun coautore della condotta per l'intero evento causato.

[311] Cass., 28 luglio 2015, n. 15853, secondo cui, in tema di immissione di onde elettromagnetiche, il principio di precauzione - sancito dall'ordinamento comunitario come cardine della politica ambientale - è assicurato dallo stesso legislatore statale attraverso la disciplina contenuta nella legge 22 febbraio 2001, n. 36, e nel DPCM 8 luglio 2003, che ha fissato i parametri relativi ai limiti di esposizione, ai valori di attenzione e agli obiettivi di qualità, i quali non sono modificabili, neppure in senso restrittivo, dalla normativa delle singole Regioni (Corte cost., sentenza n. 307 del 2003), ed il cui mancato superamento osta alla possibilità di avvalersi della tutela giudiziaria preventiva del diritto alla salute, che è ipotizzabile solo in caso di accertata sussistenza del pericolo della sua compromissione, da ritenersi presuntivamente esclusa quando siano stati rispettati i limiti posti dalla disciplina di settore.

[312] Cfr. l'art. 2 del Trattato sull'Unione europea del 7 febbraio 1992, secondo cui l'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini.

Cfr. anche Cons. Stato, Ad. Plen. n. 3 del 2011, secondo cui nel tempo si è dilatato, in sede interpretativa, la portata ed i confini dell'impegno cooperativo gravante sul creditore vittima di un altrui comportamento illecito. Risulta così superato il tradizionale indirizzo restrittivo secondo il quale il canone della "diligenza" di cui all'art. 1227, co. 2, imporrebbe il mero obbligo (negativo) del creditore di astenersi da comportamenti volti ad aggravare il danno, mentre esulerebbe dallo spettro degli sforzi esigibili la tenuta di condotte di tipo positivo sostanziantisi in un *facere*. La giurisprudenza più recente ha, infatti, adottato un'interpretazione estensiva ed evolutiva del co. 2 dell'art. 1227, secondo cui il creditore è gravato non soltanto da un obbligo negativo (astenersi dall'aggravare il danno), ma anche da un obbligo positivo (tenere quelle condotte, anche positive, esigibili, utili e possibili, rivolte a evitare o ridurre il danno). Tale orientamento si fonda su una lettura dell'art. 1227, co. 2, alla luce delle clausole generali di buona fede e correttezza di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. e, soprattutto, del principio di solidarietà sociale sancito dall'art. 2 Cost.

Cost.[313], si pensi anche agli artt. della Cost. 2, 3, co. 2, e 53 – progressività dell'imposizione fiscale: cfr. la già citata sentenza n. 107 del 2012 in tema di vaccinazioni e la n. 223 del 2012 sulle retribuzioni dei magistrati)[314] e quello della ragionevolezza[315] (corollario del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.)[316].

Afferma infatti la sentenza 107 del 2012 che, in tema di indennizzi in ipotesi di profilassi delle malattie infettive (art. 1, legge n. 210 del 1992), sul piano dei valori garantiti dall'art. 2 Cost., in un contesto di irrinunciabile solidarietà, la misura indennitaria appare destinata a compensare il sacrificio individuale ritenuto corrispondente a un vantaggio collettivo: sarebbe infatti irragionevole che la collettività possa, tramite gli organi competenti, imporre o anche solo

---

Detto approccio ermeneutico è, quindi, ispirato da una lettura della struttura del rapporto obbligatorio in forza della quale, anche nella fase patologica dell'inadempimento, il creditore, ancorché vittima dell'illecito, è tenuto ad una condotta positiva tesa ad evitare o a ridurre il danno.

Un limite all'obbligazione cooperativa e mitigatrice del creditore e agli sforzi in capo allo stesso esigibili è, peraltro, rappresentato dalla soglia del c.d. apprezzabile sacrificio: secondo la celebre Cass. S.U. 11 novembre 2008 n. 26972 in tema di danno esistenziale "Il danno non patrimoniale derivante dalla lesione di diritti inviolabili della persona, come tali costituzionalmente garantiti, è risarcibile - sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. - anche quando non sussiste un fatto-reato, né ricorre alcuna delle altre ipotesi in cui la legge consente espressamente il ristoro dei pregiudizi non patrimoniali, a condizione: (a) che l'interesse leso abbia rilevanza costituzionale (altrimenti si perverrebbe ad una abrogazione per via interpretativa dell'art. 2059 c.c., giacché qualsiasi danno non patrimoniale, per il fatto stesso di essere tale, e cioè di toccare interessi della persona, sarebbe sempre risarcibile); (b) che la lesione dell'interesse sia grave, nel senso che l'offesa superi una soglia minima di tollerabilità (in quanto il dovere di solidarietà, di cui all'art. 2 Cost., impone a ciascuno di tollerare le minime intrusioni nella propria sfera personale inevitabilmente scaturenti dalla convivenza)": Nello stesso senso Cass., sez. un., 25 febbraio 2016, n. 3727, che ha riconosciuto la non risarcibilità dei danni non patrimoniali derivanti da reato, valendosi dell'argomentazione secondo la quale non v'è diritto per il quale non operi la regola del bilanciamento con il principio di solidarietà, con la conseguenza che, perché si abbia una lesione ingiustificabile e risarcibile dello stesso, non basta la mera violazione delle disposizioni che lo riconoscono, ma è necessaria una violazione che ne offenda in modo sensibile la portata effettiva.

[313] Cfr. Corte cost. n. 40 del 1964, secondo cui esiste una regola costituzionale comune a tutta una materia ordinata nella Carta fondamentale in sistema unitario, per quanto distribuita in più articoli, come è appunto il caso per la regola della riserva di legge nel campo delle private libertà nella materia economica, comprensive della libertà di iniziativa e di quella di disporre e godere della proprietà. Tali libertà sono infatti disciplinate negli artt. 41-44 Cost. secondo una chiara ispirazione unitaria, della quale la regola della riserva di legge, pur senza che si possa negare una certa sua varia modulazione, rappresenta sicuramente una costante.

[314] Oppo sottolinea lo stretto collegamento tra il dovere di solidarietà imposto dall'art. 2 Cost. e il canone dell' utilità sociale. «Al precetto dell'art. 2 Cost. in particolare nella specificazione solidarietà economica e solidarietà sociale possono riportarsi gli imperativi e del co. 2 e 3 dell'art. 41 Cost.: non solo quelli che si richiamano all' utilità sociale e ai fini sociali ma quelli che vogliono il rispetto della sicurezza, libertà e dignità umana e che sono stati considerati espressivi anche dell'ordine pubblico economico» (OPPO, *Diritto dell'impresa e morale sociale*, in OPPO, *Scritti giuridici*, I, Padova, 1991, 260, ripreso da OLIVIERI, *Iniziativa economica e mercato nel pensiero di Giorgio Oppo*, 2012, 509).

[315] Di "ragionevole e proporzionato bilanciamento tra i diversi interessi di rango costituzionale" parlano ad esempio Corte cost. n. 172 del 2012 e n. 245 del 2011.

[316] Cfr. sentenza n. 270 del 2010: la necessità che le misure in tema di concorrenza siano ragionevoli e non realizzino una ingiustificata disparità di trattamento rende chiara la correlazione, ancora una volta, tra gli artt. 3 e 41 Cost.

sollecitare comportamenti diretti alla protezione della salute pubblica senza che essa poi non debba reciprocamente rispondere delle conseguenze pregiudizievoli per la salute di coloro che si sono uniformati[317]. La solidarietà sociale agisce dunque non solo dal singolo a favore della collettività (come nel caso della funzionalizzazione della proprietà a ragioni di utilità sociale) ma anche, come appunto nel caso delle vaccinazioni obbligatorie, dalla collettività a favore del singolo.

Venendo poi al rapporto tra le varie fonti che riconoscono i diritti fondamentali, mi sembra che ormai sempre meno senso abbia impostare il problema in termini di rapporto di gerarchia tra le fonti: appare infatti che la distinzione tra diritti costituzionalmente riconosciuti, diritti fondamentali, diritti riconosciuti dalla Carta di Nizza e quindi facenti parte dell'Unione europea e diritti riconosciuti dalla CEDU sia ormai di fatto se non superata comunque sempre meno decisiva, in virtù di una giurisprudenza costituzionale che in presenza di una pluralità di interessi costituzionalmente riconosciuti tende a ragionare in termini di necessario bilanciamento tra gli interessi stessi, pur nella convinzione che esista un nucleo essenziale o irrinunciabile dei diritti fondamentali insuscettibile di essere compresso e nella consapevolezza che esiste una reciproca integrazione fra le fonti, fra le quali tende a prevalere quella che offre una maggiore tutela del diritto fondamentale[318].

[317] In tema di vaccinazioni obbligatorie o raccomandate, e di diritto all'indennizzo per danni alla salute a seguito del trattamento praticato, la Corte ha avuto modo di affermare, sin dalla sentenza n. 307 del 1990 − pronunciata in materia di vaccinazione antipoliomielitica per i bambini entro il primo anno di vita, all'epoca prevista come obbligatoria − che «la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost. se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale». Ma se «il rilievo costituzionale della salute come interesse della collettività» − si soggiunse − esige che, «in nome di esso, e quindi della solidarietà verso gli altri, ciascuno possa essere obbligato, restando così legittimamente limitata la sua autodeterminazione, a un dato trattamento sanitario, anche se questo importi un rischio specifico», tuttavia esso «non postula il sacrificio della salute di ciascuno per la tutela della salute degli altri». Ne deriva che «un corretto bilanciamento fra le due suindicate dimensioni del valore della salute − e lo stesso spirito di solidarietà (da ritenere ovviamente reciproca) fra individuo e collettività che sta a base dell'imposizione del trattamento sanitario − implica il riconoscimento, per il caso che il rischio si avveri, di una protezione ulteriore a favore del soggetto passivo del trattamento. In particolare finirebbe con l'essere sacrificato il contenuto minimale proprio del diritto alla salute a lui garantito, se non gli fosse comunque assicurato, a carico della collettività, e per essa dello Stato che dispone il trattamento obbligatorio, il rimedio di un equo ristoro del danno patito».

[318] In effetti, a costo di voler sembrare troppo schematici, rozzi e semplicisti, di attirarsi più di una critica e di fare qualche forzatura (in particolare quanto alla necessità di distinguere tra fonti nazionali e quelle dell'Unione europea in termini non di gerarchia ma di rispettive sfere di competenza: cfr. Cass., S.U. 20 giugno 2012 n. 10130, secondo cui la disposizione di cui all'art. 80 l. n. 219 del 1981, nella parte in cui richiama l'art. 13 della legge n. 2892

La (possibile) prevalenza (o perlomeno il necessario bilanciamento) dei diritti fondamentali sulla disciplina dell'Unione europea è così affermata nella sentenza Alitalia (n. 270 del 2010, in cui la Corte costituzionale dichiara infondata la questione di costituzionalità della norma che, consentendo la fusione tra Alitalia e Air One, deroga alla disciplina antitrust delle concentrazioni tra imprese): la dovuta coerenza con l'ordinamento comunitario, in particolare con il principio che «il mercato interno ai sensi dell'art. 3 del Trattato sull'Unione europea comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata» (Protocollo n. 27 sul mercato interno e la concorrenza, allegato al Trattato di Lisbona entrato in vigore il 1° dicembre 2009, che conferma l'art. 3, lett. g, del Trattato sull'Unione europea), comporta il carattere derogatorio e per ciò stesso eccezionale di questa regolazione. In altri termini, occorre che siffatto intervento del legislatore costituisca la sola misura in grado di garantire la tutela di quegli interessi[319].

Appare dunque un vuoto esercizio di retorica sostenere che i diritti fondamentali e la tutela dell'ambiente in particolare si pongano su un piano superiore e non comunicante rispetto ai diritti del mercato e che non possano mai essere sacrificati a favore di altri valori; tale atteggiamento potrebbe anzi essere non solo infruttuoso ma anche rischioso, qualora, facendosi forza di questa affermazione, si comprima lo spazio dei diritti dell'uomo a favore del mercato con il pretesto che tanto si tratta di mondi che non possono interferire tra di loro[320]. Sembra invece assai più utile prendere atto della reciproca interferenza fra gli stessi e concentrarsi sul procedimento più appropriato per realizzare un bilanciamento tra valori che tenga in dovuto conto la sussistenza dei

---

del 1885, non può essere disapplicata per contrasto con l'art. 17, par. 1, della Carta di Nizza del 7 dicembre 2000, adottata a Strasburgo il 12 dicembre 2000, che prevede il diritto alla percezione di una "giusta indennità" da parte del soggetto privato della proprietà per "causa di pubblico interesse", poiché l'applicabilità diretta di detto atto è praticabile solo quando la fattispecie sia disciplinata dal diritto europeo ed attenga a materia di interesse comunitario, secondo l'insegnamento di Corte cost. n. 303 e 80 del 2011), può riassuntivamente affermarsi che allo stato, secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale, nel nostro ordinamento esisterebbe teoricamente una gerarchia delle fonti per cui al primo posto troviamo i diritti fondamentali (sentenza n. 170 del 1984), al secondo le norme dell'Unione europea, al terzo le norme della Costituzione che non rivestono il rango di di diritti fondamentali, al quarto le norme della CEDU (sentenze nn. 348 e 349 del 2007) e al quinto gli atti aventi forza di legge (leggi, decreti legge, decreti legislativi).

[319] Il riferimento è a quanto detto in precedenza, ossia che l'iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con «l'utilità sociale» ed in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana, e prevedendo che l'attività economica pubblica e privata può essere indirizzata e coordinata a «fini sociali», consente una regolazione strumentale a garantire la tutela anche di interessi diversi rispetto a quelli correlati all'assetto concorrenziale del mercato garantito

[320] Cfr. in questo senso LIPARI, *Persona e mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 766, secondo cui la sensibilità dei giuristi ha a lungo collocato il terreno dei diritti fondamentali e quello dello scambio mercantile su piani del tutto paralleli.

diritti fondamentali senza al contempo "umiliare", frustrare eccessivamente i valori del mercato[321]. In questa direzione è fondamentale un uso sapiente delle clausole generali, e in particolare della ragionevolezza[322] e della solidarietà sociale, pur nella consapevolezza degli inevitabili pericoli di genericità e arbitrarietà che esse comportano ([323]). Per ridurre tali rischi risulterebbe fondamentale innanzitutto poter fare affidamento su giudici altamente specializzati in materie economiche ([324]) e procedere al bilanciamento dei diritti fondamentali tenendo conto, a livello macroeconomico, della dimensione collettiva degli interessi coinvolti: quanto più alto sarà il numero delle persone coinvolte dai sacrifici richiesti dalle esigenze del mercato (ad es. l'inquinamento prodotto da una nuova industria, l'aumento dei prezzi determinato da un'intesa anticoncorrenziale) tanto più energica dovrà essere la reazione dell'ordinamento nel riaffermare le esigenze della collettività valorizzando al massimo l'utilità sociale, che può essere considerata l'anello di collegamento tra diritti fondamentali e mercato. Nell'applicazione del principio di solidarietà economica e sociale di cui all'art. 2 Cost. dovrà dunque tenere presente quello che è uno dei corollari del principio di uguaglianza, ossia il principio secondo cui devono essere trattate in maniera adeguatamente diseguale situazioni diseguali. Pertanto, da una parte il giudice dovrà procedere alla correzione del contratto eventualmente squilibrato non mediante sue personali e incontrollabili concezioni

[321] Sull'irragionevolezza delle norme che impongono gerarchie interpretative cfr. CALVO, *L'equità nel diritto privato*, Milano, 2010, 16.

[322] Così DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento,* in *Riv. dir. civ*., 2010, I, 29. Occorre ancora una volta ricordare che la libertà d'iniziativa economica privata, riconosciuta dal co. 1 dell'art. 41 Cost., è da una parte bilanciata dal limite dell'utilità sociale e dal rispetto della sicurezza, libertà, dignità umana (art. 41, co. 2, Cost.), d'altra parte è indirizzata e coordinata a fini sociali che legittimano la previsione ad opera del legislatore ordinario di programmi e controlli (art. 41, co. 3, Cost.). Essa poi può talora essere del tutto compressa nel caso in cui – avendo ad oggetto servizi pubblici essenziali o fonti di energia o situazioni di monopolio e rivestendo preminente interesse nazionale – il legislatore ordinario ne riservi originariamente a sé ne trasferisca l'esercizio. Pertanto, i due estremi costituiti dal pieno ed assoluto riconoscimento della libertà d'iniziativa economica privata e, all'opposto, dalla riserva di esercitare determinate imprese, si collocano vari possibili modelli connotati da un più o meno intenso intervento pubblico nell'economia. La concreta misura di tale intervento, che va a comprimere l'iniziativa economica privata, è demandata al legislatore ordinario, spettando alla Corte costituzionale solo l'identificazione del fine sociale e della riferibilità ad esso di limitazioni, programmi e controlli. Tale valutazione di riferibilità dà luogo ad un giudizio di ragionevolezza della limitazione della libertà d'iniziativa economica privata per il raggiungimento del fine medesimo, anche se non può esorbitare nel merito del provvedimento legislativo (sentenza n. 446 del 1988).

[323] RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv*., 1987, 718, secondo cui la presenza di clausole generali è tanto più necessaria quanto più appare evidente la complessità delle nostre società, le fratture che le attraversano. In una società articolata, "di minoranze", è necessario creare spazi di convivenza, legittimare valori diversi attraverso la creazione di strumenti che ne rendano possibile l'autonomia e la compatibilità. Non è forse questo il modo di operare della clausola di buona fede quando determina il concreto regolamento contrattuale in base alla specifica collocazione sociale dei contraenti?

[324] Cfr. in questo senso RORDORF, *Giudici per il mercato o mercato senza giudici?*, in *Società*, 2000, 154.

dell'equità bensì prendendo come solido punto di riferimento i valori oggettivamente espressi dal mercato (così ad esempio potrà ridurre secondo equità una clausola penale perché eccessivamente gravosa solo se tale onerosità viene uniformemente riconosciuta nell'ambito del mercato in cui è stata stipulata) e dall'altro dovrà ritenere di intervenire non in tutte le ipotesi di contratto squilibrato (pena altrimenti la mortificazione del principio dell'autonomia contrattuale di cui va rivendicata la persistente attualità) ma solo quando esigenze di inesperienza e carenza di informazioni del consumatore o di assenza di alternative dell'imprenditore debole lo esigano.

E soprattutto occorre sottolineare che i diritti fondamentali sono sì suscettibili di essere bilanciati con altri valori, ma solo se questo sacrificio sia dettato da esigenze particolarmente meritevoli di tutela – ossia dalla necessità di contemperare tali diritti con altri (tra i quali sicuramente rientrano quelli espressi dal mercato) – e purché non sia mai intaccato il nucleo irrinunciabile (cfr. la sentenza n. 119 del 2012[325] , secondo cui è compito della Corte costituzionale vigilare sul rispetto del nucleo essenziale dei diritti fondamentali, per cui le esigenze di bilancio possono comprimere il diritto fondamentale alla previdenza di cui all'art. 38, il diritto alla salute di cui all'art. 32, ma non il loro nucleo essenziale), lo "zoccolo duro" dei diritti fondamentali[326]. Seguendo questa impostazione, può ad esempio comprendersi quanto affermato dalla Corte costituzionale in tema di diritto alla salute: esso, nel suo aspetto di pretesa all'erogazione di prestazioni (interesse pretensivo), "non può non subire i condizionamenti che lo stesso legislatore incontra nel distribuire le risorse finanziarie delle quali dispone", per altro verso però "le esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel bilanciamento del legislatore,

[325] La giurisprudenza costituzionale costante è nel senso che l'art. 38 Cost. non esclude la possibilità di un intervento legislativo che, per una inderogabile esigenza di contenimento della spesa pubblica, riduca un trattamento previdenziale prima spettante in base alla legge (sentenze n. 316 del 2010 e n. 361 del 1996), fermo il controllo di ragionevolezza sulle singole norme riduttive. Si deve escludere, viceversa, che possa essere la stessa Corte costituzionale a statuire siffatte riduzioni di spesa per l'attuazione di diritti ex art. 38 Cost., in nome di un generico principio di solidarietà sociale, superando e addirittura ponendosi in contrasto con le determinazioni del legislatore. Solo a quest'ultimo spettano le valutazioni di politica economica attinenti alle risorse disponibili nei diversi momenti storici, mentre è compito di questa Corte vigilare sul rispetto del nucleo essenziale dei diritti fondamentali, in ipotesi incisi da interventi riduttivi dello stesso legislatore.

[326] La stessa Carta di Nizza all'art. 52 stabilisce che eventuali limitazioni dei diritti e delle libertà fondamentali possono giustificarsi solo se rispettose del contenuto essenziale di detti diritti e libertà e solo se necessarie e rispondenti a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana" (interesse oppositivo)[327].

Come già rilevato dunque la prepotente affermazione della teoria del bilanciamento degli interessi costituzionalmente protetti e della conservazione del nucleo indissolubile dei diritti induce dunque a riflettere sul se abbia un senso distinguere, nell'ambito dei diritti costituzionalmente protetti, tra diritti fondamentali – che nella gerarchia delle fonti andrebbero collocati per la teoria dei contro limiti al di sopra delle norme dell'Unione europea – e diritti che fondamentali non sono (ad esempio probabilmente il diritto di iniziativa economica)[328]. Infatti tutti i diritti costituzionalmente rilevanti sono in grado di farsi sentire, di entrare in bilanciamento con diritti di sicura qualificabilità come diritti fondamentali, in un contesto di reciproca interferenza tra le fonti e fra i vari interessi che delle stesse sono espressione.

Il diritto comunitario ha indubbiamente condizionato l'interprete nella lettura dell'art. 41 Cost.[329], dapprima ritenendosi che la centralità del mercato e della concorrenza nel diritto europeo dovessero far pendere la bilancia a favore del co. 1 dell'art. 41[330], per poi "riscoprire" l'utilità

[327] Corte cost., sentenze nn. 432 del 2005 e 252 del 2001. Analogamente, ha affermato la Suprema Corte (S.U. 1° agosto 2006 n. 17461) che in relazione al bene-salute è individuabile un nucleo essenziale, in ordine al quale si sostanzia un diritto soggettivo assoluto e primario, volto a garantire le condizioni di integrità psico-fisica delle persone bisognose di cura allorquando ricorrano condizioni di indispensabilità, di gravità e di urgenza non altrimenti sopperibili, a fronte delle quali è configurabile esclusivamente un potere accertativo della pubblica amministrazione in punto di apprezzamento della sola ricorrenza di dette condizioni.

[328] Cfr. ad esempio la sentenza n. 50 del 1957, secondo cui "l'art. 41 contiene una generica dichiarazione della libertà nella iniziativa economica privata; ma a tale libertà necessariamente corrispondono le limitazioni rese indispensabili dalle superiori esigenze della comunità statale".

[329] E' frequente invece l'affermazione (cfr. da ultimo CIFARELLI, *Il servizio farmaceutico italiano di nuovo al vaglio della Corte di Giustizia*, in *Giur. merito*, 2012, 1694) che solo secondo una erronea vulgata, il carattere compromissorio della nostra Carta avrebbe reso le norme costituzionali in materia di economia superate, oppure rese inapplicabili e sostituite dalle nuove regole economiche derivanti dall'ordinamento comunitario. Tale tesi interpretativa si baserebbe su un errore di fondo, poiché non terrebbe conto dei diversi piani su cui agiscono i trattati comunitari e la nostra Costituzione. L'art. 41, infatti, pur non essendo tra «i più perspicui» (GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1992, 175) della nostra Carta, «fonda una situazione soggettiva di libertà individuale. Il diritto comunitario esprime invece prevalentemente un modello di relazioni economiche e giuridiche. La prima garantisce tutela al diritto di impresa, ma non si impegna nella scelta del sistema che sarebbe stata necessario per porre liberalizzazione e mercato alla base delle relazioni di tipo economico. La seconda pone invece l'apertura del mercato e la libera competizione come premessa per il loro svolgimento» (CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010, 10). Io personalmente non condivido la tesi della non interferenza tra il diritto dell'Unione europea e l'art. 41 Cost.: lo dimostra ad es. la sentenza n. 270 del 2010 che ha ammesso di aver sacrificato un valore dell'Unione europea, quello della concorrenza, in nome dell'utilità sociale del diritto al lavoro.

[330] La distonia tra l'art. 41 Cost. e i principi di libero mercato fondanti l'Ue è apparentemente evidente: pensiamo alle quattro libertà fondamentali espresse nel Trattato e pensiamo all'innumerevole giurisprudenza comunitaria che ha applicato ed interpretato questi principi secondo una visione liberale dell'economia di mercato. E tuttavia in nome dell'art. 41 sono state attuate leggi profondamente diverse tra di loro: così come è stata approvata una

sociale alla luce del maggior risalto attribuito di recente ai diritti fondamentali (si pensi solo al recepimento della Carta di Nizza ad opera dell'art. 6 TUE). Tutto ciò ha in realtà esaltato la valenza di clausola generale che riveste oggi l'art. 41 Cost., e che a mio avviso aveva e continua tuttora ad avere attualità e rilievo in quanto prima di tutto esprime l'esigenza che si proceda ad un bilanciamento tra i valori in esso espressi. Quello che l'art. 41 Cost. non dice sono le misure, i rapporti di forza tra questi valori, ma questa è una caratteristica tipica delle clausole generali ed in questo non può negarsi l'influenza del diritto dell'Unione europea che, con la "scoperta" dei diritti fondamentali, ha contribuito non poco ad attribuire oggi un peso maggiore all'utilità sociale, e dunque ad una sua "riscoperta"[331].

4. *La CEDU e la rinnovata attenzione per i diritti fondamentali da parte della Corte costituzionale*. -- La "promozione" delle norme della CEDU al rango di norme "sub costituzionali" (a partire dalle sentenze della Corte cost. n. 348 e 349 del 2007 in poi) evidenzia la rinnovata attenzione della Corte costituzionale italiana per i diritti fondamentali, i quali appunto costituiscono l'oggetto della tutela della CEDU[332].

---

legge di "programmazione economica" negli anni '60. Si tratta della legge n. 685 del 1967, contenente il piano economico quinquennale 1966-1970 con cui si intendeva determinare il quadro della politica economica, finanziaria e sociale del Governo e di tutti gli investimenti pubblici, unanimemente qualificata, in assenza in essa di qualunque contenuto precettivo, "libro dei sogni": così NIRO, *Commento all'art. 41 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione* a cura di Bifulco, Celotto, Olivetti, Torino, 2006, 850), notiamo che 30 anni dopo è stata emanata una legge antitrust (legge n. 287 del 1990, il cui l'art. 1 afferma esplicitamente di costituire attuazione dell'art. 41 Cost.).

[331] La non definizione da parte dei padri costituenti di un programma definito di politica economica è testimoniata dal fatto che l'art. 41, nel quale si viene definendo un equilibrio tra logiche di mercato, intervento pubblico e Stato sociale (SALVI, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*, in PINELLI, TREU, (a cura di), *La costituzione economica: Italia, Europa*, Bologna, 2010, 245) non ha ostacolato «scelte innovative nel campo dell'economia, né nel senso di un maggior interventismo pubblico, né nel senso opposto di una sua riduzione, quando e nei settori in cui è stata o è ritenuta necessaria, della presenza dei poteri pubblici» (ONIDA, *La Costituzione*, Bologna, 2007, 84). In sostanza, la nostra Costituzione, anche grazie alle spinte derivanti dall'ordinamento comunitario, si è dimostrata negli anni un «contenitore adatto per la stessa cultura del mercato, capace oggi di entrarvi e di dare alle sue norme significati sicuramente diversi da quelli a cui pensarono i suoi autori» (AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, 17).

[332] Nell'uso corrente "diritti umani", "diritti inviolabili" e "diritti fondamentali" sono termini utilizzati in modo promiscuo ed equivalente, e, in prima approssimazione, stanno ad indicare diritti che dovrebbero essere riconosciuti ad ogni individuo in quanto tale (l'art. 2 Cost. attribuisce infatti i diritti inviolabili all'uomo e non al cittadino). Il riconoscimento dei diritti inviolabili è uno degli elementi caratterizzanti lo Stato di diritto; essi trovano la loro tutela nella "rigidità" della Costituzione e nel controllo di costituzionalità delle leggi affidato alla Corte costituzionale; inoltre anche tali diritti hanno bisogno di un passaggio "positivistico" in quanto non sono il frutto di giusnaturalistiche deduzioni razionali e quindi non sono fissati per sempre una volta per tutte. In questo senso, fra gli altri, SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio "personalista" in Italia e nell'Unione europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 146; OPPO, *Sintesi di un percorso (incompiuto) del diritto italiano*, in *Riv. dir. civ*., 2008, 3.

Quando però si vuole passare da affermazioni di principio a proposizioni più puntuali ci si scontra con delle gravi difficoltà: la mancata elencazione dei diritti fondamentali una volta per tutte da parte della Corte costituzionale; l'inevitabile necessità di dover comunque "bilanciare" tale diritti con altri costituzionalmente riconosciuti e dunque l'ammissione – mai esplicita – che tali diritti possono, sia pure non nel loro nucleo essenziale, essere "violati".

Quanto all'individuazione dei diritti fondamentali della persona, essi sembrano tutti emanazione del generalissimo diritto alla dignità della persona umana, oggetto dell'art. 1 della carta di Nizza[333]. In effetti, secondo le sentenze della Corte costituzionale n. 92 del 2002 e n. 293 del 2000, la tutela della dignità della persona umana non solo è un valore costituzionale fondamentale, ma altresì anima l'art. 2 Cost. e permea di sé l'intero diritto positivo. Ha poi affermato la sentenza n. 219 del 2008 che «il fine ultimo dell'organizzazione sociale» è «lo sviluppo di ogni persona umana», il cui valore si pone al centro dell'ordinamento costituzionale: compete al legislatore approntare il più efficace dei sistemi di tutela, affinché esso non venga compromesso. La Costituzione italiana, approvata il 22 dicembre 1947, fa esplicito riferimento ad esso negli articoli 3, 36 e 41, e lo richiama in particolare nell'art. 32. Un anno dopo, il 10 dicembre 1948, l'Assemblea generale delle Nazioni Unite approva la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, il cui articolo 1 integra in modo significativo l'antica formula settecentesca della Dichiarazione francese ("gli uomini nascono e rimangono liberi e eguali nei diritti") affermando che "tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti"[334].

Secondo la Consulta, quando si tratta di effettuare un bilanciamento tra vari interessi alla luce del principio di ragionevolezza, questo deve consistere in un "ragionevole e proporzionato bilanciamento tra i diversi interessi, di rango costituzionale, implicati dalle scelte legislative, specialmente quando esse siano suscettibili di incidere sul godimento di diritti fondamentali [335],

[333] In questo senso PROSPERI, *I diritti fondamentali nel sistema integrato di protezione europeo*, *Contr. impr*., 2012, 1002; BUSNELLI, *La persona alla ricerca dell'identità*, *Riv. crit. dir. priv*., 2010, 7; LIPARI, (nt. 55), 758; RESTA, *La dignità*, in ZATTI, RODOTÀ, *Trattato di biodiritto*, I, *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, 259.

[334] RODOTÀ, *Antropologia dell'*homo dignus*, Lezione tenuta nell'Aula Magna dell'Università di Macerata il 6 ottobre 2010 in occasione del conferimento della Laurea honoris causa*, www.italianieuropei.it

[335] Così ad esempio, con la sentenza n. 291 del 2010, la Corte costituzionale ha dichiarato che sono inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 58-*quater*, co. 7-*bis*, legge n. 354 del 1975, introdotto dall'art. 7, co. 7, della legge n. 251 del 2005, impugnato, in riferimento agli artt. 3 e 27, co. 3. Cost., nella parte in cui esclude che la misura dell'affidamento in prova al servizio sociale possa essere disposta per più di una volta in favore del condannato nei cui confronti sia stata applicata la recidiva di cui all'art. 99, co. 4, c.p. per non avere il rimettente preso in considerazione la possibilità di dare alla disposizione censurata un'interpretazione adeguatrice, nel senso che

(cfr. le sentenze nn. 172 del 2012 [336], 245 del 2011; "la prima della serie" è invece la sentenza 139 del 1982). E' significativo però che è solo dal 2010 che la Corte costituzionale ha introdotto, nelle sue motivazioni riguardanti la violazioni da parte di una legge del principio di ragionevolezza, l'inciso "specie quando limitano un diritto fondamentale della persona". La Corte non approfondisce ulteriormente il concetto, ma sembra evidentemente di capire che tutti i diritti possono essere compressi, ma quelli che meno possono tollerare una *deminutio* sono i diritti fondamentali quale ad esempio il diritto alla libertà personale.

Deve ritenersi che in questa accentuata sensibilità della Consulta verso i diritti fondamentali abbia contribuito l'equiparazione al diritto comunitario da parte del Trattato di Lisbona del 1° dicembre 2009 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea approvata a Nizza[337], in precedenza non formalmente entrata in vigore[338], ma che aveva assunto, sin dalla sua proclamazione, una valenza declaratoria e simbolica quale momento rilevante nel cammino verso un'Europa dei diritti[339].

Altro fattore significativo di sviluppo di una maggiore attenzione per i diritti fondamentali è, come si è detto, l'introduzione, nel primo comma dell'art. 117 Cost., del limite, anche per il legislatore statale, del rispetto degli obblighi internazionali, così che si è potuto sviluppare – a

---

l'esclusione dal beneficio operi in modo assoluto solo quando il reato espressivo della recidiva reiterata sia stato commesso dopo la sperimentazione della misura alternativa, avvenuta in sede di esecuzione di una pena, a sua volta irrogata con applicazione della medesima aggravante.

([336]) Con la sentenza n. 172 del 2012 la Corte ha affermato che la regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale è collegata al bilanciamento di molteplici interessi pubblici, che spetta in via primaria al legislatore ordinario, il quale possiede in materia un'ampia discrezionalità. Il legislatore può, pertanto, subordinare la regolarizzazione del rapporto di lavoro al fatto che la permanenza nel territorio dello Stato non sia di pregiudizio ad alcuno degli interessi coinvolti dalla disciplina dell'immigrazione, ma la relativa scelta deve costituire il risultato di un ragionevole e proporzionato bilanciamento degli stessi, soprattutto quando sia suscettibile di incidere sul godimento dei diritti fondamentali dei quali è titolare anche lo straniero extracomunitario, perché la condizione giuridica dello straniero non deve essere considerata come causa ammissibile di trattamenti diversificati o peggiorativi. Inoltre, le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*», sussistendo l'irragionevolezza della presunzione assoluta «tutte le volte in cui sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa».

[337] Cfr. l'art. 6, co. 1 del Trattato sull'Unione europea, secondo cui l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati.

[338] *Not fully binding*, come ci ricorda la CEDU nella sentenza Bosphorus v. Ireland del 30 giugno 2005.

[339] Cfr. ad esempio SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio "personalista" in Italia e nell'Unione europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 155; SORRENTINO, *I diritti fondamentali dopo Lisbona*, in *Corr. giur.*, 2010, 147.

partire dalle già citate fondamentali sentenze nn. 348 e 349 del 2007 – un orientamento della giurisprudenza costituzionale volto a subordinare non solo la validità delle norme interne al rispetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ma anche l'interpretazione di questa agli orientamenti della Corte di Strasburgo. In questo quadro si inserisce il Trattato di Lisbona del dicembre 2009, che ha ampliato la prospettiva della protezione dei diritti fondamentali: con l'attribuire significato valoriale fondante al rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, del pluralismo, della non discriminazione, della tolleranza, della giustizia e della solidarietà; con l'impegnare le istituzioni comunitarie a promuovere questo insieme di valori nell'adozione dei loro atti e nella formulazione delle politiche europee; con l'adesione da parte dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali[340].

Inoltre, pur rendendosi sempre più disponibile ad accogliere fonti di diritto di provenienza non autoctona, la Corte costituzionale non ha ad oggi ancora mai smentito l'affermazione contenuta nella sentenza n. 170 del 1984 (sempre confermata: cfr. ad esempio la sentenza n. 288 del 2010), con la quale ha dato sì ingresso al diritto comunitario in posizione di preminenza rispetto al diritto interno, ma ha anche ritenuto che "ciò non implicava che l'intero settore dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno fosse sottratto alla propria competenza, potendo il diritto comunitario essere soggetto al suo sindacato in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili delle persona umana". Si tratta della cosiddetta teoria dei controlimiti[341], che pone al vertice della gerarchia delle fonti i diritti fondamentali, collocati su un gradino ancora più alto rispetto al diritto comunitario, che pure a sua volta si pone su un piano superiore rispetto alle norme avente rango costituzionale[342].

[340] Cfr. l'art. 6, co. 2, del Trattato sull'Unione europea.

[341] Cfr. ad esempio, nella sconfinata letteratura sul tema, PINOTTI, *I controlimiti nel rapporto tra diritto comunitario e nazionale*, in *Dir. comunit. scambi internaz.*, 2009, 211.

[342] Cfr. DELLI PRISCOLI, *Mercato e diritti fondamentali*, Torino, 2011, 139; cfr. altresì le Dichiarazioni allegate all'atto finale della conferenza intergovernativa che ha adottato il trattato di Lisbona firmato il 13 dicembre 2007: Dichiarazioni relative a disposizioni dei Trattati, art. 17, Dichiarazione relativa al primato del diritto dell'Unione europea: "La conferenza ricorda che, per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza. Inoltre, la conferenza ha deciso di allegare al presente atto finale il parere del Servizio giuridico del Consiglio sul primato, riportato nel documento 11197/07 (JUR 260): "Parere del Servizio giuridico del Consiglio del 22 giugno 2007. Dalla giurisprudenza della Corte di giustizia si evince che la preminenza del diritto comunitario è un principio fondamentale del diritto comunitario stesso. Secondo la Corte, tale principio è insito nella natura specifica della Comunità europea. Deve osservarsi che oggi come all'epoca della prima sentenza di

5. *Liberalizzazioni, posizione dominante e barriere all'entrata su di un mercato*. -- Oltre al rinnovato vigore che ha acquisito l'art. 41 Cost. nel suo insieme (e quindi anche nella parte in cui afferma la libertà di intrapresa economica), anche la crisi economica ha indubbiamente avuto un ruolo propulsivo per il processo di liberalizzazioni.

Con il termine "liberalizzazione" si intende la possibilità di svolgere attività economiche prima non accessibili a causa dell'esistenza di "barriere all'entrata" ([343]) sul corrispondente mercato. Si tratta di un procedimento complesso perché vi è innanzitutto un provvedimento legislativo che elimina la barriera o le barriere; il più delle volte inoltre trasforma il vecchio monopolista (o, ma più raramente, i vecchi oligopolisti) da ente pubblico o da azienda pubblica in società per azioni: da qui la possibilità per le imprese private di entrare nel relativo mercato e la possibilità per i privati di acquistare le azioni della novella società. È per questo che il processo di liberalizzazione è strettamente legato al processo di privatizzazione. Con il termine "regolazione" si intende invece ogni specie di ingerenza pubblica nell'economia[344].

Liberalizzare significa dunque abbattere le barriere che impediscono alle imprese di entrare sul mercato sul quale agiscono una o più imprese che della "non liberalizzazione" approfittano: esse infatti godono di una posizione dominante, che perderanno con l'avvenuta liberalizzazione. Il concetto di posizione dominante è a sua volta decisivo nelle leggi poste a tutela della concorrenza: per stabilire se un qualunque comportamento posto in essere da una o più imprese possa definirsi abusivo e assumere così giuridica rilevanza ai sensi della legge n. 287 del 1990 (c.d. legge *antitrust*) e del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, è sempre condizione necessaria la verifica dell'esistenza di una posizione dominante ([345]), la quale, come detto, dipende dal possesso,

---

questa giurisprudenza ormai consolidata [Costa contro ENEL, 15 luglio 1964, causa 6/64 (1)] non esisteva alcuna menzione di preminenza nel trattato; tuttavia la circostanza che il principio della preminenza non sarà incluso nel futuro trattato non altera in alcun modo l'esistenza del principio stesso e la giurisprudenza esistente della Corte di giustizia.

[343] Cfr. DELLI PRISCOLI, La *posizione dominante come presenza di una barriera*, in *Riv. dir. comm*., 1999, II, 223.

[344] CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Bologna, 2012, 64.

[345] Infatti, anche se nella definizione di intesa di cui all'art. 2 della legge antitrust è assente l'espressione posizione dominante, tale fattispecie non consiste in altro che in un accordo tra imprese per raggiungere insieme, collettivamente, quella posizione dominante che sola permette un abuso, ossia l'esercizio di condotte economiche indipendenti da quelle che altrimenti imporrebbe il mercato: cfr. LIBERTINI, *Posizione dominante individuale e posizione dominante collettiva*, 2003, I, 543.

in capo all'impresa o alle imprese, di una barriera - posta a protezione del mercato in cui esse agiscono – che le difenda dagli "attacchi" delle imprese potenzialmente concorrenti.

La posizione dominante può essere definita come una situazione che, pur non coincidendo necessariamente con il monopolio, ad esso si avvicina, in modo da consentire a chi la detiene di tenere un comportamento significativamente indipendente nei confronti delle imprese concorrenti e dei consumatori ([346]): non è dunque necessario che un'impresa abbia eliminato ogni possibilità di concorrenza. In altre parole la posizione dominante è quella situazione che permette all'impresa o alle imprese che la detengano di abusarne, provocando così una limitazione della concorrenza all'interno del mercato in cui operino. Per barriera all'entrata su di un determinato mercato - cercando di offrirne una definizione, cosa tutt'altro che semplice - può intendersi qualsiasi ostacolo, di carattere economico[347], amministrativo[348] o tecnico[349], che impedisca o renda significativamente più difficoltoso alle altre imprese l'ingresso sul mercato su cui agisca l'impresa che della barriera stessa usufruisce, oppure qualsiasi fattore (la qualità del prodotto, un marchio celebre, un brevetto, il *know-how*) che, pur non ostacolando l'ingresso di altre imprese sul mercato, sia in grado di differenziare in maniera significativa il prodotto dell'impresa che disponga della barriera (tanto da attribuire all'impresa una posizione di monopolio). In altre parole, per barriera può intendersi qualsiasi ostacolo che impedisca o renda significativamente più difficoltosa la produzione o la vendita di beni merceologicamente simili a quelli dell'impresa protetta dalla barriera o la vendita di beni negli stessi luoghi nei quali agisce l'impresa che gode

[346] Cfr. C. giust. UE 14 febbraio 1978, C- 27/76, *United Brands c. Commissione*: la posizione dominante "corrisponde ad una situazione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato rilevante e di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori". Rileva LIBERTINI, voce "*Concorrenza*", in *Enc. dir*., 2010, Milano, 242, che se un tempo le discipline del consumatore non erano considerate parte integrante della disciplina della concorrenza, oggi prevale l'idea che la concorrenzialità del mercato è strettamente funzionale al soddisfacimento di quanti più bisogni possibile del consumatore.

[347] Ad esempio gli alti costi di produzione o il possesso di una risorsa essenziale per la produzione del bene; le difficoltà per gli altri produttori nel reperimento di distributori qualificati a causa della clausola di esclusiva; la necessità per gli altri produttori di compiere ingenti investimenti; i provvedimenti amministrativi (autorizzazione e concessione: quando quest'ultima è prevista dalla legge come esclusiva si dà luogo al fenomeno del monopolio legale); l'informazione errata o incompleta in capo agli altri produttori o ai consumatori circa i prezzi adottati dai rivenditori.

[348] Ad esempio la necessità del rilascio di una autorizzazione o di una concessione o ancora più in generale di una certificazione che attesti il rispetto di certi standard di tutela dell'ambiente da parte di un'impresa.

[349] Ad esempio la scarsità di tecnici qualificati in grado di produrre quel certo bene; la qualità del prodotto; del *know-how*; il marchio conosciuto; dei brevetti.

della barriera ([350]). L'impresa che disponga della barriera ha dunque la possibilità di usufruire di una determinata zona, geograficamente e/o merceologicamente delimitata in maniera più o meno netta dalla barriera, entro cui il gioco della concorrenza non esiste oppure è fortemente limitato. In questa zona l'impresa che detenga una posizione dominante potrà svolgere efficacemente un'azione restrittiva della concorrenza, riuscendo a conseguire sovrapprofitti di carattere monopolistico; fuori di questa zona si ristabiliscono invece le condizioni di concorrenza e ogni comportamento, pure astrattamente anticoncorrenziale risulterà essere del tutto improduttivo.

6. *Liberalizzazioni e servizi di interesse generale*. -- Dalla lettura congiunta degli artt. 41 e 43 Cost. si evince che coesiste la libertà di iniziativa economica con la possibilità di riservare ai pubblici poteri taluni ambiti di attività economica[351]: infatti, la libertà di iniziativa economica, garantita dall'art. 41, sussiste negli ambiti nei quali non opera la riserva pubblica, ammessa dall'art. 43: le attività economiche sono normalmente aperte alla libera iniziativa, mentre la riserva pubblica dà origine ad un regime speciale, che richiede una base legale e una specifica giustificazione[352].

Il regime di pubblico servizio è informato da criteri che non attengono al buon andamento del mercato, giacché risponde piuttosto ad esigenze che non potrebbero essere soddisfatte dal libero mercato.La riserva di attività nei confronti dei poteri pubblici può dirsi costituzionalmente legittima solo ove involga servizi pubblici essenziali, ossia volti al soddisfacimento di bisogni essenziali per la collettività, per lo più a fronte di un corrispettivo che, normalmente, non corrisponde a quello che sarebbe chiesto dal mercato[353]. Inoltre, per effetto dell'influenza del diritto europeo sul nostro ordinamento interno, si è affermata l'idea che il ruolo dello Stato deve

[350] Si proverà qui di seguito a sintetizzare il pensiero dei principali studiosi che hanno tentato di definire il concetto di barriera. Secondo il Bain si è in presenza di una barriera all'entrata quando le imprese già attive sul mercato possono praticare un prezzo superiore al costo di produzione senza peraltro indurre i concorrenti potenziali a fare ingresso sul mercato (cfr. J. BAIN , *Barriers to New Competition*, Cambridge, 1956, 252). Nel pensiero dello Stigler invece, una barriera può essere definita come il costo di produzione che deve essere sostenuto da quelle imprese che cercano di entrare su di un mercato, costo che non è sostenuto dagli operatori già stabiliti su quello stesso mercato (cfr. G.J. STIGLER, *The organization of industry*, Homewood, 1968, 67). Secondo il Gilbert infine, si ha una barriera se una impresa ricava una rendita dal fatto di essere già stabilita sul mercato (R.J. GILBERT, *The role of potential competition in industrial organization*, Oxford, 1990).

[351] TRIMARCHI BANFI, *Organizzazione economica ad iniziativa privata e organizzazione economica ad iniziativa riservata negli articoli 41 e 43 Cost.*, in AA. VV., *Scritti in onore di Virga*, Milano, 1994, 78.

[352] Cfr. Corte cost. n. 279 del 2006 e n. 356 del 1993.

[353] Cfr. MACIOCE, *Le liberalizzazioni tra libertà e responsabilità*, in *Contr. impr.*, 2012, 997.

essere quello del regolatore (non già dell'imprenditore) che si limita a identificare deficienze del sistema e provvede a colmarle[354].

Le norme che hanno disposto delle liberalizzazioni hanno ad oggetto soprattutto imprese che gestiscono servizi di interesse economico generale (si è visto ad esempio il caso del gas). Tali norme sono pertanto dirette a conciliare da un lato la necessità (connotata da forti implicazioni pubblicistiche: si pensi soltanto all'utilità sociale) di assicurare comunque la prestazione di servizi ritenuti essenziali, anche in ipotesi in cui ciò non sia conveniente per l'impresa in termini di economicità[355] (si pensi ad esempio al servizio telefonico in alcune aree montuose particolarmente accidentate, al servizio di traghetto nei mesi invernali verso isole a forte vocazione turistica estiva e in genere ai trasporti[356] e al ruolo regolatore e di controllo delle varie Authorities di settore) e dall'altro il rispetto, per quanto possibile, delle norme a tutela della concorrenza per quanto riguarda l'accesso al mercato in questione sia di potenziali imprese concorrenti (esiste cioè realmente la necessità di mantenere un regime di monopolio legale - come si riteneva ad esempio nel 1942 al momento dell'emanazione del codice civile - per le ferrovie?)[357] sia dei consumatori (l'impresa che agisca in condizioni di monopolio legale non deve negare l'erogazione del servizio o prestarlo a condizioni particolarmente onerose).

Vengono dunque in considerazione a questo proposito, oltre ai già citati artt. 41 e 43 Cost., gli artt. 2597 e 1679 c.c., l'art. 8 della l. n. 287 del 1990 e gli artt. 106 e 107 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Afferma l'art. 2597 c.c. che chi esercita un'impresa in condizioni di monopolio legale ha l'obbligo di contrattare con chiunque richieda le prestazioni che

[354] SATTA, *Note sulla separazione della rete di Telecom Italia*, in *Dir. amm.*, 2008, 1.

[355] Si tratta del c.d. servizio universale, introdotto ed è disciplinato dal D.P.R. n. 318/1997, che comporta degli oneri a carico di un gestore pubblico o privato di un servizio di pubblica utilità al fine di garantire uno standard minimo predefinito di qualità di servizi, per i quali non sia possibile l'equilibrio economico, ma che si ritiene tuttavia necessario di garantire alla collettività, nel caso anche con meccanismi di compensazione finanziaria pubblica.

[356] Rileva infatti Corte cost. n. 41 del 2013 che il settore dei trasporti appare resistente più di altri all'ingresso di operatori privati, a causa di alcune peculiari caratteristiche, legate, tra l'altro, agli elevati costi, alla necessità di assicurare il servizio anche in tratte non remunerative e alla consolidata presenza di soggetti pubblici tanto nella gestione delle reti quanto nell'offerta dei servizi. In questo contesto, è particolarmente avvertito il rischio che si creino o si consolidino posizioni dominanti e, pertanto, è opportuno che il passaggio a un sistema liberalizzato sia accompagnato, come già è avvenuto per altri pubblici servizi, da una regolazione affidata ad un'Autorità indipendente, che garantisca pari opportunità a tutti gli operatori del settore.

[357] Nel 2012, a seguito della separazione dalla gestione dell'infrastruttura di rete (ancora in monopolio), si è proceduto all'apertura alla concorrenza del servizio ferroviario: cfr. anche BATTISTINI, *Liberalizzazioni e concorrenza nella regolamentazione del trasporto ferroviario europeo*, *Dir. Un. Eur*. 2010, 571.

formano oggetto dell'impresa osservando parità di trattamento[358]. Sottolinea altresì Alpa che nella Relazione al Re del Libro V del codice civile (n. 238), a proposito dell'art. 2597 c.c., che sancisce l'obbligo da parte di tutte le imprese che si trovino in condizioni di monopolio legale di contrattare con chiunque si afferma parità di trattamento, aggiungendosi che un tale principio si impone a difesa del consumatore come necessario temperamento della soppressione della concorrenza, tenuto conto che il regime di monopolio legale va estendendosi molto al di là di quei particolari settori (come i trasporti ferroviari) nei quali tradizionalmente si soleva considerare tale fenomeno. Secondo la Corte costituzionale tale norma va altresì interpretata alla luce dell'art. 41, co. 2, Cost., come disposizione intesa alla tutela del consumatore nei confronti dell'esercizio abusivo del proprio potere da parte del soggetto monopolista (sentenza n. 241 del 1990). Inoltre, secondo l'art. 8 della l. n. 287 del 1990, le norme a tutela della concorrenza non si applicano alle imprese che, per disposizioni di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale, solo per quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati. Quindi, il fatto che l'impresa eserciti la gestione di servizi di interesse generale non basta ai fini dell'esenzione dall'osservanza delle leggi *antitrust*, e tale norma è stata interpretata dalla Cassazione con severità nei confronti delle imprese[359]. Coerentemente, l'art. 106 TFUE stabilisce che le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Tale norma è lo strumento principale attraverso il quale la Commissione europea, soprattutto negli anni 90, ha potuto progressivamente procedere allo smantellamento dei grandi monopoli pubblici statali presenti nel mercato unico[360].

[358] LIBERTINI, SANFILIPPO, *Obbligo a contrarre*, in *Dig. civ*., 1995, XII, 492. Secondo Buonocore l'intervento più penetrante dello Stato nel codice civile è rappresentato proprio da quest'ultima norma e dall'art. 1679 c.c. che contempla l'obbligo del concessionario di pubblici servizi a contrarre osservando parità di trattamento (BUONOCORE, *Contratto e mercato*, in questa *Rivista*, 2007, I, 388).

[359] Cfr. infatti Cass. 13 febbraio 2009 n. 3638, secondo cui grava sull'impresa l'onere di provare la necessità di imporre le condizioni praticate al fine di assolvere il compito da essa svolto nell'interesse generale; Cass. 16 maggio 2007, n. 11312, secondo cui i servizi relativi agli elenchi telefonici non sono strettamente connessi all'adempimento degli specifici compiti affidati al concessionario del servizio di telecomunicazioni.

[360] Cfr. Corte Giust., 8 giugno 2000 n. 258, C-258/98.

7. *Liberalizzazioni, concorrenza e Corte costituzionale*. -- La tutela della concorrenza ha un fondamento costituzionale nell'art. 41 unitariamente considerato[361]; l'introduzione della parola concorrenza dell'art. 117 Cost. ha riguardo solo al riparto delle competenze fra Stato e Regioni. La Corte costituzionale ha affermato che la disciplina delle liberalizzazioni rientra nella materia "concorrenza", di competenza esclusiva statale (art. 117, co. 2, lett. e, Cost.), materia che coinvolge norme: 1) antitrust; 2) volte a liberalizzare (concorrenza nel mercato); 3) volte a disciplinare il procedimento di aggiudicazione degli appalti (concorrenza per il mercato). Ha affermato infatti ad esempio la sentenza n. 325 del 2010 che la «nozione comunitaria di concorrenza» si riflette su quella di cui all'art. 117, co. 2, lett. e), Cost., anche per il tramite del primo comma dello stesso art. 117 e dell'art. 11 Cost. Secondo tale nozione, la concorrenza presuppone «la più ampia apertura al mercato a tutti gli operatori economici del settore in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi».

Il valore del principio della concorrenza è poi soprattutto presente nelle norme dell'Unione europea (che nella gerarchia delle fonti stilata dalla Corte costituzionale si collocano ad un livello superiore rispetto alla Costituzione), che considera il raggiungimento e il mantenimento di una situazione di concorrenza sui mercati un obiettivo prioritario (cfr. artt. 101, 102 e 106 del Trattato di Roma del 25 marzo 1957 sul funzionamento dell'Unione europea).

La sentenza n. 200 del 2012, nel confermare sostanzialmente la validità dell'impianto del D.L. n. 138 del 2011, ha affermato che "la liberalizzazione, intesa come razionalizzazione della regolazione, costituisce uno degli strumenti di promozione della concorrenza capace di produrre effetti virtuosi per il circuito economico. Una politica di "ri-regolazione" tende ad aumentare il livello di concorrenzialità dei mercati e permette ad un maggior numero di operatori economici di competere, valorizzando le proprie risorse e competenze. D'altra parte, l'efficienza e la competitività del sistema economico risentono della qualità della regolazione, la quale condiziona l'agire degli operatori sul mercato: una regolazione delle attività economiche ingiustificatamente intrusiva – cioè non necessaria e sproporzionata rispetto alla tutela di beni costituzionalmente protetti – genera inutili ostacoli alle dinamiche economiche, a detrimento degli interessi degli

[361] Cfr. ad esempio in questo senso, OPPO, *Costituzione e diritto privato nella "tutela della concorrenza"*, *Riv. dir. civ.*, 1993, 91.

operatori economici, dei consumatori e degli stessi lavoratori e, dunque, in definitiva reca danno alla stessa utilità sociale. L'eliminazione degli inutili oneri regolamentari, mantenendo però quelli necessari alla tutela di superiori beni costituzionali, è funzionale alla tutela della concorrenza e rientra a questo titolo nelle competenze del legislatore statale" ([362]). Quelli che la Corte costituzionale chiama "inutili oneri regolamentari" sono dunque quelle che, dal punto di vista degli economisti, abbiamo definito "barriere all'entrata sul mercato" (peraltro oramai questa espressione è da tempo utilizzata anche nel linguaggio giuridico: cfr. ad esempio Corte cost. n. 274 del 2012) e che invece, da un punto di vista della legge *antitrust*, possono tradursi – qualora la loro presenza impedisca il regolare dispiegarsi della concorrenza sull'intero territorio nazionale o in una sua parte significativa - in una posizione dominante (cfr. gli artt. 2, 3, e 6 della legge n. 287 del 1990, in tema rispettivamente di intese, abuso di posizione dominante e concentrazioni).

Sempre nella sentenza n. 200 del 2012, afferma ancora la Corte costituzionale che con la normativa censurata il legislatore ha inteso stabilire alcuni principi in materia economica orientati allo sviluppo della concorrenza, mantenendosi all'interno della cornice delineata dai principi costituzionali. Così, dopo l'affermazione di principio secondo cui in ambito economico «è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge», segue l'indicazione che il legislatore statale o regionale può e deve mantenere forme di regolazione dell'attività economica volte a garantire, tra l'altro – oltre che il rispetto degli obblighi internazionali e comunitari e la piena osservanza dei principi costituzionali legati alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e della finanza pubblica – in particolare la tutela della sicurezza, della libertà, della dignità umana, a presidio dell'utilità sociale di ogni attività economica, come l'art. 41 Cost. richiede. La disposizione impugnata afferma il principio generale della liberalizzazione delle

[362] Peraltro, Corte cost. n. 8 del 2013, sempre in tema di liberalizzazioni, ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale - per presunta violazione dell'art. 117 Cost. - dell'art. 1, co. 4, del D.L. n. 1 del 2012, norma che prevede che le Regioni e gli altri enti territoriali si adeguino al principio volto a favorire le liberalizzazioni e, al fine di incentivare gli enti territoriali ad operare nel senso indicato dal legislatore statale, afferma che «il predetto adeguamento costituisce elemento di valutazione della virtuosità», alla quale si connettono conseguenze di ordine finanziario, secondo quanto previsto dall'art. 20, comma 3, del D.L. n. 98 del 2011. L'art. 1, co. 4, in questione infatti, mettendo in relazione diretta l'opera di liberalizzazione svolta dalle Regioni con i finanziamenti loro destinati, estende anche alle Regioni il compito di attuare i principi diretti ad attuare le liberalizzazioni, per evitare che le riforme introdotte ad un determinato livello di governo siano, nei fatti, vanificate dal diverso orientamento dell'uno o dell'altro degli ulteriori enti che compongono l'articolato sistema delle autonomie. Le Regioni, dunque, non risultano menomate nelle competenze legislative e amministrative loro spettanti, ma sono orientate ad esercitarle secondo i principi di leale collaborazione e a quelli indicati dal legislatore statale, che ha agito nell'esercizio della sua competenza esclusiva in materia di concorrenza.

attività economiche, richiedendo che eventuali restrizioni e limitazioni alla libera iniziativa economica debbano trovare puntuale giustificazione in interessi di rango costituzionale o negli ulteriori interessi che il legislatore statale ha elencato all'art. 3, co. 1. Complessivamente considerata, essa non rivela elementi di incoerenza con il quadro costituzionale, in quanto il principio della liberalizzazione prelude a una razionalizzazione della regolazione, che elimini, da un lato, gli ostacoli al libero esercizio dell'attività economica che si rivelino inutili o sproporzionati e, dall'altro, mantenga le normative necessarie a garantire che le dinamiche economiche non si svolgano in contrasto con l'utilità sociale[363]. Infatti, per quanto l'autoqualificazione offerta dal legislatore non sia mai di per sé risolutiva in questo caso appare corretto inquadrare il principio della liberalizzazione delle attività economiche nell'ambito della competenza statale in tema di «tutela della concorrenza».

La sentenza si inserisce dunque in maniera perfettamente coerente nella lettura data dalla Corte costituzionale all'art. 41 Cost. e precedentemente illustrata: il bilanciamento di valori tra utilità sociale e iniziativa economica privata va effettuato solo nel caso in cui esistano effettivamente delle ragioni di utilità sociale (ossia come detto valori del rango di lavoro, salute, ambiente) che si contrappongano al diritto di iniziativa economica, perché altrimenti vale il principio secondo il quale quest'ultimo diritto non incontra limitazioni di sorta. Le liberalizzazioni pertanto, costituendo a pieno titolo uno strumento fondamentale per garantire l'effettivo svolgimento di questo diritto, non possono incontrare limiti diversi da quelli costituiti dall'utilità sociale. Quest'ultima, rappresentando gli interesse di una collettività che, direttamente o indirettamente possa essere danneggiata ingiustamente - ossia *contra ius* - dall'altrui iniziativa economica non può certo essere invocata da coloro che vogliano difendere una posizione dominante, di monopolio, di privilegio la quale, non essendo stata conquistata per meriti imprenditoriali, ma in virtù di "inutili oneri regolamentari" o di analoghe limitazioni del co. 1 dell'art. 41 Cost. per interessi che non hanno la dignità di valori costituzionalmente protetti, non potrà certo dirsi che sia eliminata "ingiustamente" dal legislatore[364].

[363] Concetti analoghi sono espressi nelle sentenze n. 38 del 2013, in tema di liberalizzazione degli orari di apertura dei negozi, e n. 41 del 2013, a proposito della liberalizzazione del settore dei trasporti e dell'istituzione della relativa autorità.

[364] In applicazione di tali principi, Corte cost. n. 38 e 65 del 2013 hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale di due norme regionali (rispettivamente dell'articolo 5, co. 1, 2, 3, 4 e 7 e 6 della legge della provincia di Bolzano n. 7

8. *Conclusioni*. -- Le liberalizzazioni, consistendo nell'abbattimento delle barriere di accesso al mercato da parte dei potenziali concorrenti, costituiscono una branca fondamentale della materia concorrenza e contribuiscono così in maniera rilevante all'aumento del benessere collettivo, permettendo dunque di utilizzare maggiori risorse per la tutela dei diritti fondamentali. Infatti per un verso queste risorse, nel periodo storico di forte crisi economica in cui versa il nostro Paese, si sono drasticamente ridotte; per altro verso proprio la giurisprudenza costituzionale sul nucleo irrinunciabile dei diritti fondamentali, nell'ammettere la possibilità di una loro compressione, suggerisce al contempo al legislatore che una loro eventuale protezione più ampia, non limitata cioè al solo nucleo essenziale, sarebbe assai apprezzata, e che per poter ampliare tale tutela è giocoforza doversi confrontare con le limitate risorse finanziarie dello Stato[365].

---

del 2012 - Liberalizzazione dell'attività commerciale - e dell'art. 3 della legge della regione Veneto n. 30 del 2011 - Disposizioni urgenti in materia di orari di apertura e chiusura delle attività di commercio al dettaglio – norme che ponevano vincoli alla libera apertura degli esercizi commerciali - per contrasto con l'art. 117, co. 2, lett. *e*), Cost., in relazione all'art. 31, co. 2, del d.l. n. 201 del 2011, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 214 del 2011, il quale, stabilendo che «secondo la disciplina dell'Unione Europea e nazionale in materia di concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi, costituisce principio generale dell'ordinamento nazionale la libertà di apertura di nuovi esercizi commerciali sul territorio senza contingenti, limiti territoriali o altri vincoli di qualsiasi altra natura, esclusi quelli connessi alla tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente…» ha introdotto il principio generale della libertà di apertura di nuovi esercizi commerciali sul territorio, con la conseguenza che eventuali limitazioni incidono direttamente sull'accesso degli operatori economici al mercato e, quindi, si risolvono in un vincolo per la libertà d'iniziativa di coloro che svolgono, o che intendano svolgere, attività di vendita al dettaglio nelle zone produttive. In particolare, con riferimento all'art. 31, co. 2, del d.l. n. 201 del 2011, la Corte aveva affermato che detta norma deve essere ricondotta nell'ambito della competenza legislativa esclusiva dello Stato, di cui all'art. 117, co. 2, lett. *e*), Cost., «tutela della concorrenza», «trattandosi di una disciplina di liberalizzazione e di eliminazione di vincoli al libero esplicarsi dell'attività imprenditoriale nel settore commerciale» (sentenza n. 299 del 2012). Il co. 4 dell'art. 5 impugnato, pur consentendo nelle zone produttive la prosecuzione delle attività di vendita al dettaglio già autorizzate o già iniziate prima dell'entrata in vigore della legge provinciale n. 7 del 2012, vietava che le relative strutture destinate alla vendita al dettaglio potessero essere ampliate, trasferite o concentrate.

Diversa è, sempre in coerenza con i principi suddetti, invece la situazione quando le limitazioni alla concorrenza vengono poste a tutela di interessi contemplati dal co. 2 dell'art. 41 Cost. Ha così ad esempio stabilito Corte cost. n. 274 del 2012 che poiché le incompatibilità stabilite da una legge regionale tra l'esercizio dell'attività funebre, da un lato, e la gestione del servizio obitoriale e cimiteriale corrispondono a ragioni di tutela della salute pubblica, è da escludere che tali norme ostacolino la concorrenza, introducendo limiti o barriere all'accesso al mercato e alla libera esplicazione della capacità imprenditoriale o determinando gravi distorsioni sulle attività delle onoranze funebri; la normativa, lungi dal collidere con i principi dell'Unione Europea in tema di concorrenza, è conforme anzi ad alcuni precetti e raccomandazioni della stessa, la quale riconosce che alcuni servizi non sempre possono essere gestiti secondo una logica meramente commerciale.

[365] Cfr. Corte cost. n. 46 del 2013, secondo cui "l'intervento normativo statale, con il d.l. n. 1 del 2012 [si tratta del più volte citato corpus normativo che reca delle liberalizzazioni], si prefigge la finalità di operare, attraverso la tutela della concorrenza (liberalizzazione), un contenimento della spesa pubblica".

Una politica seria, rigorosa e coerente di liberalizzazioni, lungi dal porsi in contrasto con i diritti fondamentali, è in grado al contrario di favorire, valorizzare tali diritti. Ecco dunque che viene a sciogliersi quell'interrogativo che ci era posti nel paragrafo introduttivo: il perseguimento delle liberalizzazioni (ossia la possibilità di far esplicare a tutti la propria libertà di iniziativa economica) non va a scapito dell'utilità sociale (ossia dei diritti fondamentali della collettività) ma al contrario, come era nell'idea del Costituente, la rafforza, e quest'ultima fornisce nuovo vigore ad una politica di liberalizzazioni.

Gli ostacoli alle liberalizzazioni non consistono peraltro soltanto in interessi corporativi molto forti e che spesso trovano ascolto in Parlamento, ma anche (e forse soprattutto) nella politica legislativa in campo economico fin qui attuata dal dopo Costituzione in poi, ove l'art. 41 Cost. è stato troppo spesso – negligentemente (magari scambiandosi l'adempimento di un qualche inutile adempimento burocratico quale fondamentale ossequio ad un valore costituzionale) o volontariamente (magari con il pretesto che si trattava di norma meramente programmatica o di impossibile attuazione data la sua presunta genericità) - ignorato. E che non sarà facile porre rimedio ai guasti del passato lo dimostra, forse meglio di ogni altra affermazione, quanto sostenuto dalla Consulta con la già citata sentenza n. 200 del 2012, la quale da un lato ha affrontato la questione di legittimità costituzionale del co. 1 dell'art. 3 del d.l. n. 138 del 2011 – che sancisce, come ricordato, il principio secondo cui l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge – e l'ha dichiarata non fondata perché tale principio è perfettamente coerente con l'art. 41 Cost. unitariamente considerato, ma dall'altro ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del successivo co. 3, il quale disponeva l'automatica «soppressione» di tutte le normative incompatibili con il principio della liberalizzazione delle attività economiche di cui al citato co. 1. La soppressione generalizzata delle normative statali in contrasto con il principio di cui sopra è apparsa infatti alla Consulta eccessivamente indeterminata, incompatibile con un principio così ampio e generale, risultando così tal soppressione irragionevole perché impraticabile in concreto, perché avrebbe posto l'interprete e gli operatori economici in una condizione di obiettiva incertezza, che anziché favorire la tutela della concorrenza, avrebbe finito per ostacolarla. Con il risultato che ad oggi – a fronte ad una affermazione di principio che è del tutto inutile perché meramente ripetitiva rispetto ad una corretta lettura dell'art. 41 Cost. – non vi sono stati, se non in minima parte, dei provvedimenti legislativi – che, come si è visto, non possono essere improvvisati e

generici ma richiedono una delicata opera di bilanciamento e ponderazione e quindi uno studio caso per caso della compatibilità di ogni singola norma vigente con i principi di cui all'art. 41 Cost. - che abbiano contribuito a sfoltire le tanti leggi che oggi sono di ostacolo ad una piena ed effettiva attuazione dell'art. 41 Cost.

Un esempio della strettissimo legame tra liberalizzazioni e ambiente e della necessità di pervenire ad un contemperamento tra opposte esigenze è offerto dalla sentenza n. 267 del 2016 della Corte costituzionale, che ha dichiarato l'incostituzionalità di una norma regionale che imponeva alle imprese che volessero costruire ed esercitare un impianto di produzione di energia elettrica da fonte eolica un'autorizzazione regionale che si aggiungeva rispetto a quella statale (valutazione di impatto ambientale, cd. VIA). Secondo la Consulta, in un sistema informato al principio della libertà dell'iniziativa economica, i limiti consentiti dovrebbero essere funzionali alla tutela dell'utilità sociale e della libertà, sicurezza e dignità umana; in altri termini, i condizionamenti all'iniziativa economica dovrebbero essere articolati in modo da permettere il raggiungimento di finalità sociali e di benessere collettivo, dovendosi incoraggiare sia le esigenze di tutela ambientale che riguardano il reperimento di fonti energetiche alternative sia il coinvolgimento dell'iniziativa privata per la realizzazione di tale interesse di natura strategica. Le disposizioni legislative che determinano tale coinvolgimento (decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, Norme in materia ambientale) sono, infatti, il risultato di una scelta di politica programmatoria nella quale l'obiettivo di interesse generale, la realizzazione di impianti energetici alternativi, anziché essere affidato esclusivamente alla mano pubblica, viene ritenuto perseguibile attraverso l'iniziativa economica privata, quando non ostino altri interessi di carattere generale. L'attività di sfruttamento dell'energia eolica costituisce iniziativa economica comportante la destinazione di capitali privati ad un processo produttivo, il quale implica la creazione di risorse materiali di interesse pubblico strategico. Il fatto che lo scopo del privato sia diretto a fini lucrativi è aspetto che non può inficiare la rilevanza del citato profilo strategico. Pertanto, deve essere considerata costituzionalmente illegittima l'imposizione di condizionamenti e vincoli non collegati funzionalmente alla cura di interessi ambientali. Infatti, l'assenza di un nesso teleologico con la salvaguardia di detti interessi finisce per costituire una grave interferenza con l'iniziativa

dell'imprenditore[366]. Peraltro, la disciplina dello sfruttamento dell'energia eolica è caratterizzata da una valutazione frammentata e parcellizzata dei vari interessi pubblici, la quale si manifesta nell'espletamento di procedimenti minori, la cui definizione è tuttavia necessaria per ottenere l'autorizzazione unica finale. Questa soluzione adottata dal legislatore statale, se da un lato è giustificata dalla complessità e dalla dialettica degli interessi in gioco nel pur unitario scenario della tutela ambientale, dall'altro determina obiettivamente effetti dilatori sull'iniziativa di sfruttamento dell'energia eolica, favorendo indirettamente tipologie di impianti connotati da minori barriere amministrative. Tutto ciò pesa inevitabilmente sugli indirizzi imprenditoriali in ordine alla scelta delle singole fonti di energia rinnovabile, determinando una tendenziale preferenza per iniziative alla cui realizzazione si frappongono in misura minore ostacoli burocratici. Tale fenomeno di obiettiva penalizzazione normativa (sotto il profilo dei maggiori ma doverosi adempimenti istruttori) di questa fonte energetica, connotata da criticità soprattutto estetiche ma anche da aspetti evolutivi in termini di efficienza produttiva e di vantaggi per l'ambiente, non può essere accentuato da ulteriori incombenze amministrative che non siano giustificate dall'esigenza di coordinare e rendere compatibili e congruenti i subprocedimenti propedeutici al provvedimento finale di autorizzazione unica. Sotto tale profilo, dunque, la Corte costituzionale ha ritenuto la norma regionale impugnata in contrasto sia con l'art. 41 Cost. – in quanto frappone un ostacolo alla libera iniziativa privata nonostante sia "funzionalizzata" alla cura di interessi ambientali dalla specifica normativa statale – sia con l'art. 117, comma 2, lett. s), Cost., in quanto invasiva della competenza statale in materia ambientale.

La Consulta afferma altresì che non possa richiamarsi nella fattispecie in esame la sua giurisprudenza secondo cui le Regioni hanno facoltà di adottare livelli di tutela ambientale più elevati rispetto a quelli previsti dalla legislazione statale[367].

Fermo restando che la disciplina statale relativa alla tutela dell'ambiente «viene a funzionare come un limite alla disciplina che le Regioni e le Province autonome dettano in altre materie di loro competenza» (sentenza n. 67 del 2010) e che «le Regioni stesse, purché restino nell'ambito dell'esercizio delle loro competenze, possono pervenire a livelli di tutela più elevati (sentenze n. 104 del 2008, n. 12, n. 30 e n. 61 del 2009), così incidendo, in modo indiretto sulla tutela

[366] In tal senso già le sentenze della Consulta n. 20 del 1980 e n. 78 del 1958
[367] Cfr., *ex plurimis*, sentenza n. 67 del 2010

dell'ambiente» (sentenza n. 225 del 2009), nel caso in esame risulta impossibile ipotizzare un miglioramento della tutela statale ad opera della norma regionale impugnata per l'obiettiva assenza di una scala di valori idonea a consentire una comparazione, in termini qualitativi e quantitativi, tra la protezione ambientale assicurata dallo Stato e quella aggiunta dalla Regione. È utile osservare come per lo sfruttamento dell'energia eolica la legge statale disciplini una sorta di "procedimento dei procedimenti", determinando la forma, il tipo degli atti e la tempistica amministrativa che regolano l'autorizzazione e lo svolgimento dell'attività imprenditoriale coinvolta nella realizzazione delle finalità ambientali di settore. Quest'ultima rimane pur sempre attività economica, la cui rilevanza sociale ed ambientale non è compatibile con ulteriori vincoli imposti dal legislatore regionale al di fuori della competenza legislativa costituzionalmente assegnata. In tale prospettiva la norma regionale impugnata non costituisce livello di tutela ambientale superiore a quello fissato dallo Stato, bensì addizione normativa priva di coordinamento con le finalità in concreto perseguite dal legislatore statale. La dimensione dei valori e degli interessi che lo Stato ha assunto come primari nel disciplinare lo sfruttamento dell'energia eolica (tra i quali spiccano appunto la tutela dell'ambiente, del paesaggio e della salute ed il coinvolgimento dell'iniziativa economica privata) comporta infatti un elevato grado di complessità nella regolazione dei rapporti giuridici chiamati in causa dai procedimenti a carattere autorizzatorio. Tale complessità della scala di interessi rende la norma regionale impugnata davanti alla Consulta incostituzionale perché inevitabilmente perde l'orizzonte del complessivo e complesso assetto di interessi da bilanciare e contemperare. Ciò anche in considerazione del fatto che, nel caso dell'energia eolica, la tutela degli interessi ambientali non è una tutela meramente statica, ma si concreta in una serie di attività che devono essere compatibili con gli altri profili di garanzia interni alla stessa materia ambientale (tra cui, appunto, la tutela del paesaggio). In altre parole, nella tutela ambientale sono oggetto di dialettica e di bilanciamento legislativo vari interessi, per lo più interni alla materia. Detto carattere si riflette specularmente sulla forma di tutela parcellizzata introdotta dal legislatore statale per consentire in sede amministrativa un bilanciamento dei vari interessi coinvolti nello sfruttamento dell'energia eolica: ciò avviene attraverso l'incrocio di diverse tipologie di verifica, il cui coordinamento e la cui acquisizione sincronica, essendo necessari per l'autorizzazione unica finale, non tollerano ulteriori differenziazioni su base regionale.

Non è indifferente, nella scelta legislativa dello Stato di concentrare l'autorizzazione in un'unica disciplina procedimentale, il fatto che la dialettica degli interessi concretamente in gioco deve essere oggetto di bilanciamento, non solo in sede normativa, ma anche in quella amministrativa. È, infatti, necessario che i valori costituzionali in tensione siano ponderati nella misura strettamente necessaria ad evitare il completo sacrificio di uno di essi nell'ottica di un tendenziale principio di integrazione. Operazione quest'ultima che è stata realizzata dal legislatore statale attraverso una rete di subprocedimenti, dal cui esito positivo dipende appunto l'autorizzazione unica. Ulteriormente esemplificando, emerge come – a livello di legislazione statale – il bilanciamento sia intervenuto, attraverso distinti subprocedimenti, tra l'intrinseca utilità degli impianti eolici, che producono energia senza inquinare l'ambiente, ed il principio di precauzione attuato mediante la separata verifica che detti impianti non danneggino il paesaggio, in particolare sotto il profilo dell'impatto visivo.

In definitiva – in un sistema articolato su una ponderazione tra una tutela tendenzialmente statica come quella del paesaggio ed una dinamica consistente nella produzione energetica da parte di impianti eolici (i quali devono inserirsi nel modo meno invasivo in ambito paesaggistico) – il legislatore regionale aveva inserito una norma non coordinata, sotto il profilo logico e temporale, con l'esigenza di concentrare tempi e definitività degli accertamenti confluenti nell'autorizzazione finale. Il risultato di tale operazione, non conforme al dettato costituzionale, è stato quello – secondo la Consulta - di penalizzare, attraverso non ordinati "schermi burocratici", quali il termine di efficacia dell'esclusione dalla procedura di VIA, le strategie industriali di settore, che non possono prescindere dal fattore tempo e dal grado di certezza degli esiti delle procedure amministrative. In conclusione, mentre la scelta legislativa dello Stato (di concentrare in una autorizzazione finale la tempistica e gli esiti delle procedure autorizzatorie in un settore di particolare complessità) supera il test di ragionevolezza in ordine alla congruità tra mezzi e fini – poiché risulta contemporaneamente idonea a sorreggere scelte strategiche in campo economico-ambientale ed a garantire le situazioni soggettive degli imprenditori di settore, sottraendole alla mutevole facoltà dell'amministrazione di parcellizzare e rendere incostanti le proprie determinazioni – la norma regionale impugnata è stata dichiarata costituzionalmente illegittima per violazione sia della competenza legislativa esclusiva statale di cui all'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost., sia dell'art. 41 Cost.

La strada da percorrere verso un effettivo abbattimento di tutte le barriere all'accesso al mercato è dunque ancora lunga, e forse è soltanto iniziata; non può però negarsi che si assiste oggi da un lato ad una valorizzazione del comma 1 dell'art. 41 Cost. per quanto riguarda la necessità di effettuare le liberalizzazioni e di sciogliere le imprese dai lacci burocratici e amministrativi, lacci che il più delle volte nulla hanno a che fare con i valori tutelati dagli artt. 9, comma 2 e 41 comma 2, e dall'altro, e non contraddittoriamente, ad una esaltazione anche del co. 2 dell'art. 41 Cost., in qualità di concetto valvola in grado di dare voce ai diritti fondamentali che si contrappongono all'iniziativa economica privata. In effetti, una politica seria, rigorosa e coerente di liberalizzazioni, lungi dal porsi in contrasto con l'ambiente o dal doversi intendere come mera *deregulation*, ossia come semplice abolizione di regole, è in grado al contrario di favorire e valorizzare sia la concorrenza che i diritti fondamentali.

Ma soprattutto quello che oggi più viene valorizzato è l'esigenza che queste diverse istanze debbano trovare una loro composizione equilibrata, un armonico contemperamento, allo scopo di porre in essere un bilanciamento ragionevole e solidale fra i vari interessi in gioco, in coerenza con quell'economia sociale di mercato individuata dall'art. 3, co. 3, del Trattato sull'Unione europea del 7 febbraio 1992 (secondo cui l'Unione europea si basa "su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva")[368], con il vincolo dell'intangibilità del nucleo essenziale dei diritti fondamentali, sempre più minacciati dalla ormai endemica carenza di risorse che possono essere destinate alla tutela di valori quali l'ambiente e la salute, sintetizzati nella formula "utilità sociale".

[368] Cfr. LIBERTINI, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del «Decreto Alitalia»*, in *Giur. cost*., 2010, 3296,, 3299, il quale ritiene che nell'ordinamento europeo la concorrenza sia riconosciuta come valore *strumentale* rispetto a finalità complessive di benessere collettivo, che si compongono anche di altri valori, extraeconomici (come la tutela dell'ambiente) ed anche economici (crescita equilibrata, stabilità dei prezzi, piena occupazione, progresso scientifico e tecnologico, etc.); questi valori sono tendenzialmente destinati a prevalere - in caso di insuperabile contrasto - sulla tutela della competizione fra imprese, in quanto tale. Parallelamente emerge anche che, abbandonate le chimere del raggiungimento di una concorrenza perfetta - che neppure sarebbe auspicabile perché significherebbe che non ci sarebbe lotta fra le imprese per migliorare e differenziare i propri prodotti - il modello di concorrenza disegnato dal legislatore europeo è quello della *concorrenza come processo dinamico virtuoso*, orientato dalle libere scelte del consumatore, in cui le imprese competono soprattutto per l'acquisizione di risorse scarse di tipo immateriale e conseguentemente per offrire ai consumatori un bene o un servizio caratterizzato dal miglior rapporto qualità/prezzo possibile, a tutto vantaggio naturalmente dei consumatori stessi. Cfr. LIBERTINI, voce "*Concorrenza*", in *Enc. dir*., 2010, Milano, 245; Corte cost., n. 325 del 2010, secondo cui fanno parte a pieno titolo della tutela della concorrenza non solo le «misure legislative di tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto gli atti ed i comportamenti delle imprese che influiscono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati» (misure *antitrust*, c.d. concorrenza in senso "statico"); ma anche le misure legislative di promozione, «che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese» (per lo piú dirette a tutelare la concorrenza "nel" mercato: c.d. concorrenza in senso "dinamico").