Numero 1 - 2018

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 dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - ALESSANDRO D'ANDREA (*Segretario generale della Scuola superiore della magistratura*) - COSIMO D'ARRIGO (*consigliere della Corte di cassazione*) - BALDOVINO DE SENSI (*magistrato addetto alla Segreteria del Consiglio superiore della magistratura*) - LORENZO DELLI PRISCOLI (*consigliere 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 (*consigliere della Corte di cassazione*) - ANTONIO LEPRE (*sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Paola*) - FERDINANDO LIGNOLA (*sostituto procuratore generale presso la 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*) - ANTONIO MONDINI (*consigliere della 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 (*Procuratore aggiunto presso la Procura della Repubblica 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 (*consigliere della Corte di cassazione*) - PAOLO PORRECA (*consigliere della Corte di cassazione*) - GUIDO ROMANO (*giudice del Tribunale di Roma*) - UGO SCAVUZZO (*Presidente di sezione del Tribunale di Patti*) - PAOLO SPAZIANI (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - LUCA VARRONE (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - ANDREA VENEGONI (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*)

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

ISSN 2532- 4853 Il diritto *vivente* [*online*]

Indice del fascicolo 1º

(gennaio- aprile 2018)

Gli Autori 5

Mauro GALLINA, *"Il '68 e il diritto. L'onda lunga di una rivoluzione"* 6

Paolo PAGANI, *Il Sessantotto filosofico*.....8

Tomaso E. EPIDENDIO, *Il '68 e il diritto. L'onda lunga di una rivoluzione*.....40

ORDINAMENTO GIUDIZIARIO

ANTONIO LEPRE, EDMONDO CACACE, EDUARDO SAVARESE, *Ruolo e criteri di nomina dei dirigenti degli Uffici Giudiziari: spunti e proposte per un radicale ripensamento*.....58

Maria Rosaria SODANO, *Il percorso formativo della magistratura italiana*.....81

CIVILE

Antonio MONDINI, *Su alcuni profili problematici della disciplina sul patrocinio a spese dello Stato in materia civile* 93

Maria Grazia CABITZA, *Lo statuto dell'embrione, tra dignità umana e progresso scientifico*.....122

Caterina MANGANO, *La figura del coordinatore genitoriale nella crisi della famiglia, tra inadeguatezza del processo civile e ostacoli alla diffusione di tale rimedio.*.....153

Corrado MISTRI, *Le nuove forme di garanzie reali tipiche ed atipiche alla luce dei recenti interventi normativi*.....168

Giulia TRAVAN, *Riflessioni in tema di assegno divorzile: mutato ed eterogeneo panorama giurisprudenziale di merito successivo alle sentenze 10 maggio 2017, n. 11504 e 22 giugno 2017, n. 15481 della Corte di Cassazione (in nota a Trib. Treviso, 26 gennaio 2018).*.....188

LAVORO

Emanuele QUADRACCIA, *Il giudizio previdenziale dopo la sentenza n. 241 del 2017 della Consulta: alla ricerca del "valore perduto" della prestazione previdenziale tra (ir)ragionevolezza delle norme e difficoltà applicative*.....206

Giuseppe TANGO, Maria Teresa NICOTRI, *La Corte di Giustizia e l'abusiva reiterazione di contratti a termine nel pubblico impiego*.....211

PENALE

Antonio D'AMATO, *La nuova legge sui testimoni di giustizia: una riforma necessaria*.....227

Cesare PARODI, *Intercettazioni e reati contro la P.A.* 235

Carlo Maria PELLICANO, *I controlli ufficiali sugli alimenti alla luce del nuovo regolamento 625/2017*....249

Apologia del fascismo. Nota a Tribunale di Tivoli 7.11.2017. 264

EUROPA

Andrea VENEGONI, *La Corte di cassazione e la procura Europea: ipotesi di futura convivenza*.....287

Anna FERRARI, *L'esperienza italiana della «stanza della familiarità» anticipa la Raccomandazione CM/Rec(2018)5 adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa relativa ai figli di detenuti* ..295

Gli Autori

Maria Grazia CABITZA, *presidente di sezione del Tribunale di Cagliari*

Edmondo CACACE, *giudice del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere*

Antonio D'AMATO, *procuratore della Repubblica aggiunto presso la Procura di Santa Maria Capua Vetere*

Tomaso E. EPIDENDIO, *assistente di studio della Corte costituzionale*

Anna FERRARI, *componente del Consiglio di Cooperazione Penalogica (PC- CP) del Consiglio d'Europa e del Gruppo di Lavoro del Consiglio di Cooperazione Penalogica (PC- CP) del Consiglio d'Europa*

Mauro GALLINA, *giudice del Tribunale di Milano*

Antonio LEPRE, *sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Paola*

Caterina MANGANO, *presidente di sezione del Tribunale di Messina*

Corrado MISTRI, *sostituto procuratore generale presso la Procura generale della Corte di cassazione*

Antonio MONDINI, *consigliere della Corte di cassazione*

Paolo PAGANI, *ordinario di filosofia morale presso l'Università Cà Foscari di Venezia*

Cesare PARODI, *procuratore aggiunto presso la Procura della Repubblica del Tribunale di Torino*

Carlo Maria PELLICANO, *sostituto procuratore generale presso la Corte d'appello di Torino*

Emanuele QUADRACCIA, *giudice del Tribunale di Barcellona Pozzo di Gotto*

Eduardo SAVARESE, *giudice del Tribunale di Napoli*

Maria Rosaria SODANO, *consigliere della Corte di Appello di Milano*

Giuseppe TANGO, *giudice del lavoro presso il Tribunale di Palermo*

Maria Teresa NICOTRI, *funzionario amministrativo*

Giulia TRAVAN, *tirocinante ex art. 73 d.l. 69/2013 presso la Prima Sezione Civile del Tribunale di Treviso*

Andrea VENEGONI, *magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*

MAURO GALLINA

"Il '68 e il diritto. L'onda lunga di una rivoluzione"

Procediamo con estrema soddisfazione alla pubblicazione delle due relazione centrali del convegno "Il '68 e il diritto. L'onda lunga di una rivoluzione" organizzato lo scorso 2 dicembre dalla Magistratura Indipendente milanese presso l'Aula Magna del Tribunale meneghino.

Anticipiamo subito i possibili dubbi e perplessità che potrebbero ingenerarsi nell'approccio agli atti di un convegno di questo taglio: c'era proprio bisogno di organizzare un incontro di studio sull'attualità dei riflessi del c.d. '68 sul mondo del diritto? E non è poi singolare che ad accollarsene l'onere sia stata una corrente della magistratura che dalle temperie di quel periodo appare statutariamente distante? Non è sufficiente l'opera di aggiornamento e formazione svolta meritoriamente dalla Scuola di Formazione?

Tutte domande più che legittime, alle quali la risposta - a parere di chi scrive - più sensata è semplicemente: "leggete e giudicate".

Coerentemente con questa premessa, lasciamo spazio ai contributi scritti di due personaggi d'eccezione:

Il prof. Paolo Pagani, ordinario di filosofia morale presso l'Università Cà Foscari di Venezia, il filosofo italiano che – tenendosi saggiamente distante da tutti i salotti e le tavole di volta in volta imbandite *à la page* – ha più conservato il gusto della libera elaborazione "sorgiva" del pensiero;

Il collega Tomaso Emilio Epidendio, un autentico *outsider* nel panorama della magistratura, capace di coniugare una consistente esperienza maturata sul campo con profondità di studi e riflessioni davvero non comuni.

Leggendo le loro relazioni, ci si renderà conto che davvero entrambi non hanno tradito le speranze e le attese su di loro riposte. Per chi, stanco dalle letture quotidiane di atti e documenti, preferisse la forma orale, è sempre disponibile la registrazione audio sul link https://www.radioradicale.it/scheda/526956/il- 68- e- il- diritto- londa- lunga- di- una- rivoluzione.

Ci sia permesso tuttavia rilanciare la provocazione iniziale, formulando a nostra volta una ulteriore domanda, che a ben vedere è quella che più ha sollecitato l'organizzazione del convegno.

Non è per caso che, a fronte dell'innegabile progredire – di fatto senza ostacoli – della discrezionalità del potere giudiziario, direttamente proporzionale alla perdita di centralità nel sistema delle fonti di quella "legge" cui l'art. 101 della Costituzione Repubblicana vorrebbe il giudice sottoposto, il processo di burocratizzazione della magistratura e il senso di impotenza e inutilità avvertito con disagio da molti trovi almeno in parte giustificazione nella cappa ideologica che avvolge attualmente la società e le istituzioni?

Scriveva Hanna Arendt, con la sua usuale acutezza, che l'ideologia si presenta come ingenua accettazione della realtà visibile, costituendone invece l'intelligente destituzione [1].

Crediamo sia compito della magistratura organizzata, in quanto espressione di una vita concreta naturalmente portatrice di istanze critiche rispetto ad ogni tentativo di controllo esterno, portare alla luce i tratti del pensiero comune dominante, sì da rendere ciascuno più libero e responsabile nel proprio quotidiano esercizio della giurisdizione.

Scriveva Vàclav Havel nel suo capolavoro "Il potere dei senza potere" – di recente ripubblicato da una piccola ma gloriosa casa editrice con la prefazione, forse non casuale, della prof. Marta Cartabia, Vice- presidente della Corte Costituzionale che ha chiamato a sé quale assistente proprio Tomaso Epidendio - : "la profonda crisi dell'identità provocata dalla vita nella menzogna e che a sua volta rende possibile questa vita, ha indubbiamente una sua dimensione morale: si manifesta, tra l'altro, come profonda *crisi morale della società*. L'uomo sedotto dalla scala consumistica di valori, «disperso» e amalgamato nella massa, privo di un ancoraggio nell'ordine dell'essere, avvertendo una responsabilità superiore a quella della propria sopravvivenza, è un uomo *demoralizzato*; su questa sua demoralizzazione il sistema si fonda, la approfondisce, ne è la proiezione sociale" [2].

Auguriamo a tutti buona lettura come antidoto ad ogni forma di "demoralizzazione"!

[1] Cfr. Hannah Arendt, Le Origini del totalitarismo, Edizioni Comunità, Milano, 1996, pag. 649.
[2] Vàclav Havel, "Il potere dei senza potere", La Casa di Matriona/Itaca, Milano, 2013, pag. 61.

PAOLO PAGANI

Il Sessantotto filosofico

Sono trascorsi i cinquant'anni canonicamente richiesti perché, dalla cronaca, il "Sessantotto" trapassi in storia: divenga, insomma, a pieno titolo oggetto di considerazione storica. E perché ciò possa accadere in modo appropriato, occorre ricordare che, sotto la cifra del Sessantotto, converge una plurima esperienza che attraversa i continenti e che ha riferimenti storici, mitici e ideali tra loro in parte differenti. Cercherò al riguardo di fare tre cose: (1) indicare i principali movimenti che hanno dato vita a quello che sinteticamente si sarebbe detto "Sessantotto", individuando di ciascuno la o le principali matrici mitiche e ideali; (2) provare a capire che cosa di quelle matrici sia stato attivo nei moti in questione (non si dimentichi al riguardo che il Sessantotto è un fenomeno fondamentalmente universitario, che nasce nelle facoltà di Filosofia, Scienze Politiche, Sociologia, Architettura); (3) quale sia l'eredità mitica e ideale che da quel crogiuolo è giunta a noi: al nostro modo di concepire la famiglia, l'educazione, la ricerca, le istituzioni.

A. "I SESSANTOTTO" NEL MONDO.

1. Gli Stati Uniti.

1.1. Il fulcro dei moti di protesta verificatisi negli ambienti universitari degli Stati Uniti è la Berkeley UC, nell'arco di tempo 1964- 1967. Nel marzo '68 anche la Columbia University a New York entrerà in agitazione (ma ormai sull'onda degli eventi europei).

Spunto della rivolta americana sono, in prima battuta i *Civil Rights*: in gioco è il diritto degli studenti a interloquire con le istituzioni (si parla di *Free Speech Movement*); in seconda battuta è a tema la discriminazione razziale3; in terza battuta entra la questione della obiezione di coscienza, legata all'arruolamento per la guerra del Vietnam, che, per un certo periodo, aveva riguardato solo i militari di professione o coloro che optavano per la "ferma" triennale4.

[3] L'accesso al voto da parte degli afro- americani divenne effettivo solo a partire dal 1965. Era stato introdotto nel 1957, ma alcune limitazioni censitarie lo avevano reso in un primo tempo poco più che teorico.

[4] Quella che si sarebbe chiamata *New Left* avrebbe poi tratto alimento dalla tragica evoluzione del conflitto vietnamita. Non dimentichiamo che il cosiddetto "incidente" del golfo del Tonchino è del 5 agosto 1964: il 7 agosto il Congresso autorizza il Presidente Johnson all'*escalation* nell'impegno militare americano in Vietnam.

La celebre ballata *The Times are a- changing* è scritta da Bob Dylan nell'autunno 1963 e indica perfettamente l'atmosfera che allora si stava vivendo: la percezione diffusa negli ambienti giovanili era che qualcosa stesse cambiando – nei rapporti delle giovani generazioni con le istituzioni e con le famiglie - , in una direzione avvertita come auspicabile, anche se nient'affatto ben delineata5. Non è strano che Toni Negri (fondatore in Italia di Potere Operaio nel '69), secondo una recente intervista, abbia visto nel Premio Nobel per la Letteratura assegnato a Bob Dylan un "Nobel al Sessantotto"6.

Per comprendere meglio l'epoca e il contesto si pensi anche ai raduni musicali di massa, che iniziavano a coinvolgere le masse giovanili americane: il Pop Festival di Monterey (in California, appunto) è del giugno '67. Connessa a quel genere di raduni musicali è anche la diffusione del movimento "Hippie", la cui filosofia qualunquista è ben condensata nel motto "facciamo l'amore e non la guerra". Di quel giro di anni è il complesso musicale "Buffalo Springfield"[7] (*For What It's Worth* è del 1966), che riecheggiava sulla *West Coast* i moti di protesta sul tema razziale che accendevano il resto dell'America.

Nel settembre del 1964 (anno di incisione della canzone- inno di Dylan), a Berkeley UC l'inizio del semestre autunnale coincide con l'inizio della rivolta degli studenti. *Sit- in,* volantinaggi, assembramenti in giardini e corridoi, assemblee ed occupazioni, dimostrazioni di massa, sino allo sciopero generale. All'origine c'è il diniego delle autorità all'uso di strutture del *campus* per lo svolgimento di attività sociali e politiche. L'amministrazione universitaria nega agli attivisti l'uso di spazi e infrastrutture – che pure era stato tollerato in precedenza - , perché teme che il movimento possa trasformarsi da *radical* in *socialist,* e di conseguenza inizi ad attaccare frontalmente il complesso militar- industriale di cui le università statunitensi fanno parte (con le loro attività di ricerca e i loro laboratori), il che avrebbe effetti dirompenti su istituzioni e *stakeholders* che a Berkeley UC e a Los Angeles UC fanno riferimento. Il *Free Speech Movement* che nasce a Berkeley non ha originariamente

[5] Ecco una parte del testo dylaniano:

«Venite senatori, membri del Congresso rispondete alla chiamata e non rimanete sulla porta, non bloccate l'atrio perché quello che si farà male sarà colui che ha cercato di impedirci l'ingresso c'è una battaglia fuori e sta infuriando Presto scuoterà le vostre finestre e farà tremare i vostri muri perché i tempi stanno cambiando. […] Venite madri e padri da ogni parte del Paese e non criticate quello che non potete capire i vostri figli e le vostre figlie sono al dì là dei vostri comandi la vostra vecchia strada sta rapidamente finendo. Per favore spostatevi dalla nuova se non potete dare una mano perché i tempi stanno cambiando».

[6] Cfr. Intervista a Toni Negri, *Il Nobel a Bob Dylan premia il '68*, in http://www.huffingtonpost.it/2016/10/13/bob- dylan- toni- negri_n_12471732.html.

[7] Cui appartenevano Stephen Stills e Neil Young.

una mira rivoluzionaria: punta piuttosto alla affermazione effettiva dei diritti già riconosciuti per legge ai cittadini: ricchi o poveri, bianchi o neri che siano8.

Quello che a Berkeley ha inizio è un movimento culturale e, *lato sensu*, politico; non originariamente segnato dalla filosofia. Sicuramente ne era stato catalizzatore il kennedismo e, con esso, la sensazione addirittura fisica – provvisoriamente, ma duramente, frustrata dall'assassinio di J.F.K. nel novembre del '63 - che una novità decisiva fosse possibile, che qualcosa di definitivamente buono per tutti fosse a portata di mano. Si pensi poi al diffondersi delle manifestazioni contrarie al perdurare pratico della discriminazione razziale: emblematicamente, proprio nel '68, sarebbero stati assassinati sia Robert Kennedy che Martin Luther King.

1.2. Quali sono le teorie che hanno favorito la traslazione della protesta da rivendicazione di determinati diritti civili a contestazione dell'intero assetto sociale? Credo che in primo piano vadano messi i nomi di Wilhelm Reich, di David Cooper e di Herbert Marcuse. Ciò che accomuna i tre nomi è la critica all'autorità costituita (che comporta una radicale contestazione delle istituzioni, chiamate così a rilegittimarsi); più in generale, la critica al primato del principio di realtà su quello di piacere.

Sullo sfondo di queste critiche sta il gergalismo della sociologia dominante allora negli USA: quella di Talcott Parsons (attivo a Harvard – a vario titolo - dal 1927 al 1973). Parsons nella sua teoria sociologica presenta le organizzazioni sociali, ma anche la società nel suo insieme, come un "sistema".

[8] L'immagine- simbolo della protesta a Berckeley è la maratona oratoria inaugurata da uno studente italo-americano: Mario Savio. Questi – con un'azione dimostrativa – l'1 ottobre del 1964 sale sul tetto dell'automobile degli agenti del *campus* che avevano fermato Jack Weinberg: un giovane appena laureato a Berkeley che era tornato nel *campus* dopo un'esperienza estiva - a sostegno dei diritti civili - nel Mississippi ancora segnato dalla segregazione razziale (gli episodi in questione sono presumibilmente quelli ricostruiti nel film *Mississipi Burning*). Sulla via principale di Berkeley alcuni studenti avevano sistemato un banchetto di propaganda per l'attività del *Congress of Racial Equality*, sfidando le regole imposte dal rettore, che vietavano nell'area dell'ateneo ogni forma di attività politica. Questo divieto, per gli studenti che con Mario Savio solidarizzavano con Weinberg per impedirne l'arresto (Weinberg in effetti sarebbe stato poi rilasciato), costituiva una clamorosa violazione della libertà di espressione. Il movimento studentesco attivato da quella protesta diventò un fenomeno di massa. Il 2 dicembre dello stesso anno, Savio tenne un discorso, che divenne celebre - *Operation of the machine* - , davanti a circa quattromila persone di fronte al rettorato. «Il rettore ci ha detto che l'università è una macchina […]. E noi siamo la materia prima! Ma siamo un mucchio di materie prime che non intendono essere lavorate in qualsiasi modo, non intendono essere messe in qualche prodotto, non vogliono finire per essere acquistate da alcuni clienti dell'università, siano essi il governo, siano essi imprese, siano essi sindacati, siano essi nessuno! Siamo esseri umani!». «Arriva il momento in cui l'operazione della macchina si fa così odiosa – ti nausea nel profondo – che non ne puoi far parte. Non puoi farne parte neppure passivamente. E devi mettere il tuo corpo sugli ingranaggi e sulle ruote, sulle leve, sull'apparato, e lo devi far fermare. E devi far capire a chi sta guidando la macchina, a quelli che ne sono i padroni, che finché non saremo liberi non potremo permettere alla macchina di funzionare». Savio (che in seguito sarebbe diventato docente di Filosofia) venne arrestato assieme ad altri 800 manifestanti, con grande clamore mediatico Nel 1967 venne condannato a 120 giorni di carcere. La scalinata di fronte a Sprout Hall, la sede del rettorato dove si era tenuta la ormai celebre manifestazione, si chiama ora (dopo la precoce scomparsa dell'improvvisato oratore) *Mario Savio Steps*.

Il sistema sociale è tale se è capace di adattarsi all'ambiente (grazie al sottosistema economico), di definire i propri obiettivi (grazie al sottosistema politico), di integrare le sue parti componenti (è il concetto di "integrazione") attraverso la funzione giuridica e religiosa, e di conservare se stesso autoregolandosi: il che si realizza attraverso i sottosistemi della famiglia e della scuola, con la loro funzione di distributrici dei ruoli. Il testo- chiave di Parsons - *The Social System* - è del 1951.

1.2.1. Wilhelm Reich, allievo di Freud, era emigrato negli USA nel periodo del regime nazista, e le sue teorie sul potenziale liberatorio dell'orgasmo si erano diffuse in America, prima che in Europa. Arrestato anni dopo dall'FBI per aver violato il divieto federale di propagandare le proprie teorie, era morto in prigione nel 1957. Anche dopo la morte, comunque, il pensiero di Reich ebbe una eco assai rilevante grazie alla teoria della "personalità autoritaria", coltivata dai filosofi della Scuola di Francoforte, che erano emigrati a loro volta negli Stati Uniti all'avvento del nazismo.

Per Reich l'istinto di morte, teorizzato da Freud come verità ultima della *libido*, è piuttosto una pulsione secondaria rispetto all'unico istinto primario che per lui rimane quello "vitale"[9]. In *Psicologia di massa del fascismo* (1933) Reich lega la liberazione sessuale alla liberazione da forme sociali oppressive: «la repressione sessuale è alla base della psicologia di massa di una 'certa' civiltà e precisamente di quella 'patriarcale e autoritaria', in tutte le sue forme». Per avere una nuova società, occorre una maniera nuova di vivere la sessualità. Il fascismo è la naturale espressione del patriarcato. Reich riesce in qualche modo a coniugare Marx e Freud, accusando la classe dominante di mantenere l'ordine sociale (e con esso la propria supremazia) reprimendo il libero manifestarsi dell'energia sessuale.

La morale sessuale dominante nella società strutturata sulla famiglia – anche non più patriarcale - si traduce in una struttura psichica che reprime le pulsioni sessuali, generando nevrosi e infelicità. Con la sua azione educativa la famiglia instaura una dipendenza emotiva che incentiva la permanenza nelle mura di casa e ostacola l'autonomia dei figli, e la loro capacità di opposizione all'autorità parentale e, in prospettiva, all'ordine sociale costituito[10].

Secondo Reich, per effetto della prolungata repressione la liberazione sessuale, se attuata senza responsabilità, potrebbe causare un'eccessiva fuoriuscita di energia. La conseguenza reattiva alla

[9] Per Reich, sadismo e masochismo derivano dalla nevrosi, a sua volta generata dalla inibizione delle "funzioni naturali" dell'essere sessuato.

[10] Cfr. W. Reich, *Psicologia di massa del fascismo*, trad. it. di F. Belfiore e A. Wolf, Mondadori, Milano 1974, cap. V.

repressione storicamente consolidata può tradursi facilmente in una sessualità di tipo sadico-pornografico, che non risulterebbe però effettivamente appagante. Ad essa Reich contrappone piuttosto una sessualità erotico- libertaria – questa sì "sana e libera" - , il cui avvento andrebbe propiziato da una progressiva elisione del regime della proibizione[11].

La teoria della «rivoluzione sessuale» – pensiamo all'omonimo testo pubblicato da Reich nel 1945[12] – si è a tal punto consolidata nei decenni da tradursi in una mentalità e in una pratica di cui tutti siamo per lo meno eredi (se ormai non ne parla più nessuno, è perché le cose divenute normali diventano per ciò stesso indiscutibili). Essa affonda le sue radici in una cultura che interpreta riduzionisticamente la sessualità in termini "idraulici".

1.2.2. La teoria della rivoluzione sessuale ha avuto come filiazione legittima la teoria permissivista: il riferimento è al "permissivismo" di David Cooper[13], autore del noto testo *La morte della famiglia* del 1970[14]. Cooper sarebbe stato, negli anni '70, il teorico della "comune" come aggregazione succedanea della famiglia e della educazione tradizionale. Nella comune la convivenza è di più adulti di entrambi i sessi: i figli che nascono dalle unioni stabili o occasionali che vi si creano, sono da intendere come figli di tutti e di nessuno in particolare. I bambini devono essere in qualche modo educati ad aver 'accesso' agli adulti in varie forme[15]. Di qui la base della pedofilia come pratica aspirante a una dignità teorica.

[11] Scrive Reich: «Il carattere sadico- pervertito dell'ideologia razziale tradisce la sua natura anche nel suo atteggiamento di fronte alla religione. Si dice che il fascismo sarebbe un ritorno al paganesimo e il nemico mortale della religione. Ben lungi da ciò, il fascismo è l'estrema espressione del misticismo religioso. Come tale si manifesta sotto una particolare forma sociale. Il fascismo appoggia quella religiosità che nasce dal pervertimento sessuale, e trasforma il carattere masochista della religione della sofferenza dell'antico patriarcato in una religione sadica. Di conseguenza traspone la religione dall'aldilà della filosofia della sofferenza nell'aldiquà dell'omicidio sadico» (cfr. W. Reich, *Psicologia di massa del fascismo*, Pref. III ed. 1942, p. 12).

[12] Cfr. W. Reich, *La rivoluzione sessuale*, trad. it. di V. Di Giuro, Feltrinelli, Milano 1982.

[13] David Cooper (sudafricano) fu un teorico dell'antipsichiatria. La comunità antipsichiatrica si conforma agli stessi principi di qualsiasi altra "comune". Essa si basa su di una convivenza distribuita tra celle individuali (che possono essere liberamente condivise con altri da parte di chi le occupa) e una zona comune nella quale ciascuno può trascorrere liberamente parte del proprio tempo. L'inserimento in tali comunità non prevede una diagnosi psichiatrica, che sarebbe già un primo passo verso l'invalidamento degli individui. Etichettare qualcuno come "schizofrenico", "paranoico", "psicopatico", "pervertito sessuale", "tossicomane", "alcolizzato", sarebbe già un modo per discriminare ed emarginare chi manifesta disagio psichico.

[14] «Non ha senso parlare della morte di Dio e della morte dell'Uomo […] sinché non siamo in grado di concepire appieno *la morte della famiglia* – quel sistema che, come suo dovere sociale, filtra oscuramente la maggior parte della nostra esperienza e toglie quindi alle nostre azioni ogni genuina e generosa spontaneità» (D. Cooper, *La morte della famiglia*, trad. it. di C. Costantini Maggiori, Einaudi, Torino 1972, p. 12).

[15] Una comune è una struttura micro sociale che consegue una vitale dialettica tra la solitudine e l'essere- con-altri. Significa che le relazioni amorose si diffondono tra i membri della comune molto più che non nel sistema familiare; questo implica naturalmente che i rapporti sessuali non siano ristretti alla coppia uomo- donna, e soprattutto significa che i bambini abbiano libero accesso ad altri adulti oltre che alla coppia che ne è biologicamente genitrice.

Con la sua retorica intorno alla famiglia quale "luogo della consegna", Marx resta il remoto ispiratore di questo atteggiamento antifamilistico: la famiglia sarebbe il primo luogo della divisione del lavoro e dello sfruttamento (degli uomini nei confronti delle donne, della classe parentale rispetto a quella dei figli) e della potenziale lotta di classe (dei figli contro i genitori)[16]. Secondo la linea Reich- Cooper, eliminare quel luogo significa tendenzialmente eliminare la strutturazione edipica e, in definitiva, eliminare la mentalità di dominio degli uni sugli altri; vuol dire creare una società di liberi e di uguali, quindi di uomini 'felici'[17]. Le strutture "alienanti" della famiglia vengono riprodotte dappertutto: ufficio, scuola, università, chiesa, partito, esercito, ospedale. A loro volta, queste strutture sociali proseguono l'opera intrapresa dalla famiglia, riproducendo la 'normalità' e - tendenzialmente – il conformismo[18]. In

«Fare all'amore è una cosa buona in se stessa, e quanto più spesso accade, in qualunque modo possibile o immaginabile, tra quanta più gente possibile e il più frequentemente possibile, tanto meglio» (cfr. D. Cooper, *La morte della famiglia*, p. 47).

[16] «Secondo la concezione materialistica» - sostiene Engels nella Prefazione alla prima edizione de *L'origine della famiglia* (1884) - «il momento determinante della storia, in ultima istanza, è la produzione e la riproduzione della vita immediata. Ma questa è a sua volta di duplice specie. Da un lato, la produzione di mezzi di sussistenza, di generi per l'alimentazione, di oggetti di vestiario, di abitazione e di strumenti necessari per queste cose; dall'altro, la produzione degli uomini stessi: la riproduzione della specie. Le istituzioni sociali entro le quali gli uomini di una determinata epoca storica e di un determinato paese vivono, sono condizionate da entrambe le specie della produzione; dallo stadio di sviluppo del lavoro, da una parte, e della famiglia dall'altra» (Cfr. F. Engels, *L'origine della famiglia, della proprietà privata e dello Stato*, trad. it. di D. Della Terza, Editori Riuniti, Roma 1971, pp. 33-34). Già nel 1846, in una lettera a P.V. Annenkov, Marx aveva così espresso il pensiero poi esplicitato da Engels: «Presupponga un determinato stadio di sviluppo delle capacità produttive degli uomini e Lei avrà una forma corrispondente di commercio e di consumo. Presupponga gradi determinati di sviluppo della produzione, del commercio e del consumo, e Lei avrà una forma corrispondente di ordinamento sociale, una organizzazione corrispondente della famiglia, dei ceti o delle classi, in una parola avrà una società civile corrispondente» (cfr. K. Marx – F. Engels, *Carteggio 1846- 1851,* in *Opere Complete*, vol. XXXVIII, Editori Riuniti, Roma 1972, p. 459). Questi concetti, presenti anche ne *L'ideologia tedesca*, vennero ripresi distesamente da Engels. «L'origine della monogamia» - spiega Engels - , «così come possiamo seguirla nel popolo più civile e di più alto sviluppo dell'antichità [...] non fu, in alcun modo, un frutto dell'amore sessuale individuale, col quale non aveva assolutamente nulla a che vedere, giacché i matrimoni, dopo come prima, rimasero matrimoni di convenienza. Fu la prima forma di famiglia che non fosse fondata su condizioni naturali, ma economiche, precisamente sulla vittoria della proprietà privata sulla originaria e spontanea proprietà comune. La dominazione dell'uomo nella famiglia e la procreazione di figli incontestabilmente suoi, destinati a ereditare le sue ricchezze: ecco quali furono i soli ed esclusivi fini del matrimonio monogamico» (cfr. F. Engels, *L'origine della famiglia, della proprietà privata e dello Stato,* p. 92).

[17] «La famiglia inculca in ogni bambino un elaborato sistema di tabù […]. Come accade nell'insegnamento dei controlli sociali in generale, anche questo viene ottenuto istillando il senso di colpa – la spada di Damocle che scenderà su chiunque preferisca le proprie scelte e le proprie esperienze a quelle che gli verranno imposte dalla famiglia e dalla società in generale […]. Il sistema di tabù insegnatoci dalla famiglia va molto più in là degli ovvi tabù dell'incesto. C'è una restrizione delle modalità sensorie di comunicazione tra gli individui limitata all'audio- visuale, e ci sono dei tabù molto pronunciati contro componenti di una famiglia che si toccano, si odorano e si gustano l'un l'altro. I bambini possono giocare in modo vivace con i loro genitori, ma vengono tracciati dei confini di demarcazione ben precisi intorno alle zone erogene di entrambe le parti. […] Sopra ogni altro c'è il 'tabù della tenerezza'» (cfr. D. Cooper, *La morte della famiglia*, pp. 30- 1). E ancora: «Non abbiamo più bisogno di padri e di madri. Abbiamo bisogno di '*maternage*' e di '*paternage*'» (cfr. *ivi*, p. 31).

[18] Cfr. *ivi*, p. 10.

Italia, il pensiero antipsichiatrico di Cooper avrebbe trovato una eco – in termini meno provocatori - in Franco Basaglia[19].

1.2.3. Herbert Marcuse20 vedeva nella pratica psicoanalitica diffusa in America una semplice funzione di reinserimento nel "sistema" per i soggetti in crisi, ma individuava d'altra parte nel pensiero di Freud potenzialità diverse e più radicali. La psicoanalisi per Marcuse non doveva limitarsi ad un ruolo terapeutico, ma doveva diventare una teoria generale in grado di integrare ed arricchire il marxismo critico.

Nella conclusione de *L'uomo a una dimensione* (1962) - tradotto in italiano nel 1967 - l'immaginazione viene presentata come qualcosa che la razionalità tecnica ha reso inquietante,

[19] All'ospedale psichiatrico di Gorizia, Franco Basaglia avvia nel 1962 la prima esperienza anti- istituzionale nell'ambito della cura dei malati di mente. In particolare, egli tenta di trasferire il modello della comunità terapeutica all'interno dell'ospedale ed elimina tutti i tipi di contenzione fisica e le tradizionali terapie elettroconvulsivanti. Le terapie farmacologiche, da parte loro, sono inserite nell'alveo di rapporti umani rinnovati tra i pazienti e il personale. I pazienti devono essere trattati come persone in crisi. Nel 1967 Basaglia cura il volume *Che cos'è la psichiatria?*. Nel 1968 pubblica *L'istituzione negata. Rapporto da un ospedale psichiatrico*, dove illustra l'esperienza di Gorizia. Poi, una volta nell'ospedale psichiatrico di Trieste, Basaglia vi introduce laboratori di pittura e di teatro. Nasce anche una cooperativa di lavoro per i pazienti, che così cominciano a svolgere lavori riconosciuti e retribuiti. Ma ormai egli sente il bisogno di proporre un passo ulteriore: al posto del manicomio va costruita una rete di servizi esterni, per provvedere all'assistenza delle persone affètte da disturbi mentali. La psichiatria – secondo Basaglia – deve uscire da quella divisione del lavoro sociale che la vede sancire l'esclusione del 'malato mentale', voluto da un sistema ideologico convinto di poter negare le proprie difficoltà, collocandole – per dir così - fuori dalle mura della città. Nel 1973 Basaglia fonda il movimento "Psichiatria Democratica", favorendo la diffusione in Italia dell'"antipsichiatria", di cui Cooper era stato paladino. Il 13 maggio 1978 il Parlamento italiano approva la Legge 180 sulla riforma psichiatrica, che si spira ai metodi di Basaglia.

[20] Herbert Marcuse (1898- 1979) si trasferisce negli USA, con gli altri membri dell'"Istituto di Ricerca Sociale" di Francoforte. Per ragioni economiche si trova a collaborare, dal 1942 al 1951 a Washington, con l'*Office of Strategic Services* (il precursore della CIA), analizzando le informazioni riguardanti la Germania. Negli anni 1951- 54 lavora agli *Russian Institutes* della Columbia University (New York) e a Harvard, occupandosi di analizzare il sistema del marxismo Sovietico. Nel 1954 consegue la sua prima posizione di professore alla Brandeis University in Filosofia e Scienze politiche. Nel 1965 Marcuse diventa professore di Politologia a San Diego UC. Max Horkheimer (1895-1973), invece, ripara dapprima a Ginevra, dove viene spostata provvisoriamente la sede dell'Istituto, e da lì negli USA dove diviene docente il seguente anno alla Columbia, nuova sede ufficiale anche dell'"Istituto di Ricerca Sociale" in esilio. Nel 1940 ottiene la cittadinanza americana, e si trasferisce in California, dove avvia, insieme ad Adorno, la stesura della sua opera più nota: la *Dialektik der Aufklärung*. Rientra a Francoforte nel 1949, e riapre insieme ad Adorno l'Istituto nel 1950. L'anno seguente diviene Rettore dell'Università di Francoforte. Fa ritorno in America nel 1954, dove insegna all'Università di Chicago fino al 1959. Lasciato l'insegnamento e la direzione dell'Istituto, per limiti di età, torna in Europa e vi rimane fino alla morte. Quanto a Theodor W. Adorno (1903- 1969), l'avvento del nazismo lo costringe all'esilio, prima a Oxford, successivamente negli USA. Qui è particolarmente impegnato in progetti sociologici all'avanguardia. Ritornato in Germania nei primi anni Cinquanta, le sue lezioni all'Università di Francoforte registrano una crescente partecipazione. Nel 1969 subisce però in Università alcune contestazioni che fanno scalpore (durante una sua lezione tre ragazze a seno nudo circondarono la cattedra con atteggiamenti provocatori); viene poi contestato alla Fiera del Libro di Francoforte. Anche il suo giovane collaboratore Jürgen Habermas è nel mirino. Adorno finisce per chiamare la polizia allo scopo di far sgomberare l'Istituto per la Ricerca Sociale (di cui è allora direttore), che era stato occupato dai contestatori - alienandosi così definitivamente le loro simpatie.

asservendola alla razionalizzazione tecnica di ogni cosa. Infatti, "l'organizzazione tecnica dell'apparato" riduce l'uomo in senso monodimensionale. Del resto, nella modernità l'immaginazione già era stata imbrigliata, dalla rivoluzione scientifica, a funzione della matematica e della fisica. Ma "liberare l'immaginazione" nell'uomo ridotto "a una dimensione" – quindi capace solo di una razionalità tecnico- strumentale - totalizzerebbe la distruzione dell'umano. Occorre dunque che l'uomo amministrato si liberi dalla condizione in cui è collocato, non meno che dai poteri esteriori che lo opprimono. Occorre un "soggetto storico essenzialmente nuovo", capace di esercitare una razionalità non puramente strumentale. Marcuse cita in proposito Gaston Bachelard: «Si può sperare di rendere felice l'immaginazione o, in altre parole, di poter dare una buona coscienza all'immaginazione, accordandole appieno tutti i suoi mezzi d'espressione […]. Rendere felice l'immaginazione, lasciarla operare in tutta la sua esuberanza, vuol dire precisamente attribuire all'immaginazione la sua vera funzione di propulsione psichica"[21].

La teoria dialettica che indica le contraddizioni non le risolve per ciò stesso: ci vuole una iniziativa storica che la teoria da sola non può produrre. La libertà, d'altra parte ("presupposto necessario della liberazione"), nella società "amministrata"[22] può essere presente solo come consapevolezza del proprio essere amministrati e come bisogno assoluto di "rompere" con questo sistema. Ma la "pratica" alternativa da dove potrà venire? La difficoltà non sarà risolta neppure quando le alternative utopiche alla realtà vigente appariranno a portata di mano grazie alla tecnica. La teoria critica si era sempre proposta "la liberazione delle possibilità (di sviluppo) inerenti" alla situazione storica; se non che nella società neocapitalistica le possibilità di sviluppo sono a loro volta "amministrate" (si produce di più, si distribuisce di più, si allarga l'espressione dei bisogni e

[21] Per quanto riguarda il riferimento di Marcuse a Bachelard, si veda: G. Bachelard, *Le matérialisme rationnel*, PUF, Paris 1953, p. 18. In generale, cfr. H. Marcuse, *L'uomo a una dimensione*, trad. it. di L. Gallino e T. Giani Gallino, Einaudi, Torino 1967, pp. 258- 59. Secondo Marcuse, la civiltà della prestazione ha consolidato l'assunto tacito per cui il fine della vita, anziché essere quello di godere e far godere, sia lavorare e faticare. La repressione libidica conseguente, avrebbe indotto (qui Marcuse segue la linea Nietzsche- Freud) le sue vittime a introiettare la repressione stessa, assumendola come un che di giusto e dovuto (cfr. H. Marcuse, *Eros e civiltà*, cap. II). All'interno della civiltà della prestazione, fondamentale resta il ruolo che può svolgere la fantasia, attraverso la quale l'inconscio esprime comunque il proprio conato verso il piacere: «La fantasia ha una funzione d'importanza decisiva nella struttura psichica totale: essa collega gli strati più profondi dell'inconscio con i prodotti più alti della coscienza (arte), il sogno con la realtà; conserva gli archetipi della specie, le idee eterne ma represse della memoria collettiva e individuale, le immagini represse e ostracizzate della libertà». (cfr. *ivi*, p. 168).

[22] L'espressione appartiene al gergalismo dei francofortesi: in particolare di Max Horkheimer.

la loro stessa varietà). Allora l'unica alternativa sembra essere la "negazione assoluta": la risposta, per altro "politicamente impotente", del "rifiuto assoluto" (si pensi alle utopie degli *hippies* o al consumo diffuso dell'*hashish*).

In questo contesto – secondo Marcuse - , non resta che guardare alle forze sociali che stanno latenti all'interno della massa degli esclusi dal sistema (i non integrati, i discriminati razziali, i poveri del Terzo Mondo), che denuncia oggettivamente, anche se non ancora soggettivamente, la intollerabilità del sistema stesso[23].

Marcuse accetta da Freud l'idea che la "civiltà" implichi repressione e sublimazione della *libido*; ma non ritiene che la misura in cui questo è attualmente richiesto sia un che di inevitabile. È la civiltà occidentale borghese, con le sue gerarchie autoritarie, che – invece di limitarsi a imporre il minimo della repressione istintuale richiesto da una convivenza civile - , ha preteso un *surplus* repressivo in funzione di un certo sistema sociale, politico ed economico. Tale repressione è l'unico modo di garantire quel "principio di prestazione" che è alla base dell'efficientismo capitalistico. In questo quadro, la famiglia monogamica è interpretata da Marcuse – marxianamente - come una istituzione funzionale alla produzione ed alla riproduzione del sistema sociale vigente[24].

Già in *Eros e civiltà* (1955) – tradotto in italiano nel 1964 – l'esasperazione del conflitto tra il principio di piacere e quello di realtà era fatto risalire a determinati rapporti di produzione. La riduzione delle ore di "lavoro necessario" potrebbe – ipotizza Marcuse - ridurre gli antagonismi tra i lavoratori e liberare "esteticamente" l'uomo. I processi tecnologici di meccanizzazione e di unificazione potrebbero liberare l'energia di molti individui, facendola confluire in un regno ancora inesplorato di libertà e di riappropriazione della vita[25].

Questi temi ritornano nel *Saggio sulla liberazione* (1969) - scritto nel '68 - , che prospetta una opposizione non burocratica al "dominio del capitale finanziario"; dove, "non burocratica" dice opposizione al socialismo sovietico, ma apre ad altre figure del socialismo reale: quelle vigenti a Cuba, nel Vietnam del Nord e in Cina. Centri di una analoga opposizione sono individuati da Marcuse all'interno dei Paesi capitalistici: i ghetti dei neri negli USA e il

[23] Cfr. H. Marcuse, *L'uomo a una dimensione*, pp. 263- 65.
[24] Cfr. H. Marcuse, *Eros e civiltà*, trad. it. di L. Bassi, Einaudi, Torino 1974, cap. VI.
[25] Cfr. H. Marcuse, *Eros e civiltà*, cap. IX.

movimento degli studenti (in Europa) sono visti come i luoghi di una possibile rivolta contro il sistema[26]. Se questi movimenti giungessero al "limite" del potere di contenimento delle società capitalistiche – scrive il nostro autore nel 1968 - , l'*establishment* probabilmente instaurerebbe "un nuovo ordine di repressione totalitaria"[27].

L'"utopia" è non solo storicamente realizzabile, ma anche «inerente alle forze tecniche e tecnologiche del capitalismo avanzato e del socialismo avanzato». A ben vede, infatti, il progresso della tecnologia allevia il rapporto con la durezza delle cose e le de- reifica, alleandosi paradossalmente con l'uomo nella sua lotta contro le prospettive disumanizzanti della civiltà della tecnica. La liberazione dal lavoro socialmente necessario e "diviso" (cioè dal regno della non-libertà) porta a poter vivere il lavoro come giocosa espressione libidica – secondo la prospettazione utopistica che era già del Marx de *L'ideologia tedesca*[28].

La "solidarietà" è per Marcuse una disposizione libidica a includere e socializzare. E Marcuse riconosce la strategia del potere repressivo che, con la sua tolleranza de- sublimizzante, toglie alla libido più indirette e socializzanti espressioni di sé. Non a caso, quando si infrangono "altri tabù" da quelli sessuali, a quel punto cessa la tolleranza[29]. Ad esempio, se gli studenti universitari di oggi – scrive il nostro autore alla fine degli anni Sessanta – prendessero coscienza di essere ormai gli operai specializzati o i tecnici di domani, contesterebbero il sistema in modo incisivo. Quando questo accade, allora la loro contestazione non è più tollerata, bensì è repressa, perché colpisce il sotto- sistema economico (come ad esempio in Francia) o perché colpisce l'apparato bellico (come negli USA, dove è forte il rapporto tra università e sistemi di sicurezza nazionale)[30].

Comunque, la forza innovatrice deve documentarsi nella capacità di anticipare, anche nei metodi di lotta, il tipo di socialità che vuole raggiungere. «Se i rapporti di produzione socialisti dovranno essere un nuovo modo di vita, una nuova Forma di vita, la loro qualità esistenziale dovrà apparire, dovrà essere anticipata e dimostrata già nella lotta per la loro realizzazione. Lo sfruttamento in tutte le sue forme dovrà scomparire da questa lotta: dai rapporti di lavoro tra i

[26] Cfr. H. Marcuse, *Saggio sulla liberazione*, trad. it. di L. Lamberti, Einaudi, Torino 1969, cap. IV.
[27] Cfr. *ivi*, p. 10.
[28] Cfr. *ivi*, Introduzione.
[29] Cfr. *ivi*, pp. 21- 22.
[30] Cfr. *ivi*, p. 73.

combattenti come dai loro rapporti individuali. Comprensione, affetto reciproco, consapevolezza istintiva di ciò che è male, di ciò che è falso, di ciò che è retaggio dell'oppressione, dimostreranno allora l'autenticità della ribellione. […] Quest'ingresso del futuro nel presente, questa dimensione profonda della ribellione, spiega in ultima analisi l'avversione per le forme tradizionali della lotta politica. Il nuovo radicalismo è contrario sia all'organizzazione burocratica accentrata dei comunisti, sia a quella semidemocratica dei liberali. […] Il sentimento, la coscienza, la gioia della libertà e il bisogno di essere liberi devono precedere la liberazione»[31].

2. Giappone e Germania Occidentale.

Sull'onda delle vicende americane, i moti di protesta si diffusero nel mondo intero. In alcuni Paesi, ebbero a principale oggetto polemico proprio la politica del governo degli Stati Uniti, dalla cui società pure giungeva l'onda della protesta.

2.1. Il Giappone fu il Paese in cui – nel 1967- 69 - si ebbero gli episodi più violenti. Quella giapponese era, a ben vedere, una ribellione anti- americana (si ricordi che una parziale occupazione militare del Paese da parte degli Sati Uniti perdurava dalla Seconda Guerra Mondiale). Oggetti della polemica: l'imperialismo e l'impegno degli USA in Vietnam. Paradossalmente, però, la ribellione si ispirava proprio ai moti studenteschi americani[32].

Nelle manifestazioni di Tokyo, la propaganda maoista da un lato, e le ritualità dei manifestanti dall'altro, fecero ciascuna la propria parte. La violenza fisica degli scontri tra gruppi di studenti, fra studenti e poliziotti, le tecniche rituali delle manifestazioni di piazza organizzate dai gruppi di estrema sinistra, la violenza simbolica degli incontri fra studenti e rappresentanti del potere universitario, ispirata alla prassi delle guardie rosse in Cina, furono tutti tratti distintivi dell'agitazione nelle università giapponesi.

2.2. Tra il 1967 e il '68 anche Berlino Ovest e Francoforte - nella Germania Occidentale - furono teatro di proteste studentesche, al cui centro stava l'antiamericanismo: in particolare

[31] Cfr. *ivi*, p. 104.

[32] In Giappone, le prime manifestazioni studentesche, organizzate da un movimento di estrema sinistra - lo *Zengakuren* – ebbero come obiettivo installazioni – civili e militari – americane. A Tokyo, uno sciopero indetto all'inizio di luglio 1968 contro il finanziamento della ricerca medica da parte dell'esercito americano, durò quattro mesi. Gli studenti protestarono anche contro le limitazioni alla libertà di espressione e contro i disagi legati a una inadeguata gestione del crescente numero di iscritti alle Facoltà universitarie.

l'antimperialismo e la protesta contro l'impegno armato in Vietnam[33]. In Germania, però, lo scontento studentesco si alimentava anche a fonti specifiche: Berlino era il luogo in cui l'Europa si spaccava nei due blocchi che davano luogo alla "guerra fredda", ma Berlino era anche il simbolo del regime hitleriano, rispetto al quale, nel dopoguerra, si era dovuta operare una sanatoria politico- istituzionale che le vecchie generazioni, per ovvi motivi, gradivano, ma che i giovani iniziavano a criticare. Le famiglie si trovavano spesso generazionalmente spaccate in due dalla pesante – e normalmente rimossa – eredità nazista. Protagonista delle rivolte berlinesi era Rudi Dutschke[34].

Un altro centro di scontri fu Francoforte, nella cui università Theodor W. Adorno - e il suo collaboratore Jűrgen Habermas[35] - vennero contestati. Paradossale è il fatto che due esponenti della medesima scuola di pensiero – Marcuse e Adorno – siano stati divisi proprio dal Sessantotto, di cui il primo fu una sorta di ispiratore, il secondo un riferimento negativo, coinvolto suo malgrado nella polemica contro le "baronìe" e il tradizionalismo accademico. Ci resta in proposito un carteggio tra i due, riportato nell'opera in tre volumi - edita da Wolfgang Kraushaar - *Frankfurter Schule und Studentenbewegung. Von der Flaschenpost zum Molotovcocktail 1946 bis 1995*, dal quale si evince una opposizione di vedute sul senso di quello che stava in quegli anni accadendo nelle università[36].

[33] L'uccisione da parte della Polizia dello studente Benno Ohnesorg, avvenuta il 2 giugno del 1967 durante una manifestazione studentesca organizzata per protestare contro la visita a Berlino Ovest dello Scià di Persia, non solo scatenò le proteste di piazza, ma determinò il sorgere delle prime cellule della *Rote Armee Fraktion* (RAF), il gruppo terroristico di estrema sinistra che avrebbe insanguinato la Germania tra gli anni Settanta e Ottanta.

[34] Nato in Germania Orientale da una famiglia contadina e impegnato nella comunità giovanile della Chiesa Evangelica, entrò subito in conflitto con le autorità della DDR per il suo impegno pacifista e democratico. Rifiutò il servizio militare e per questo venne escluso dall'accesso all'università. Trovò riparo in Germania Ovest nel 1961, tre giorni prima che il muro spaccasse in due Berlino. Si iscrisse alla facoltà di Sociologia, e nel 1963 aderì al gruppo *Sovversive Aktion*, che nel 1965 confluì nell'organizzazione degli studenti socialisti tedeschi. Il pensiero rivoluzionario di Rudy il Rosso si riferiva a Marx, Mao e Marcuse – convocati contro la mentalità meramente consumistica che si stava allora affermando nei Paesi occidentali. Il Partito dei Verdi sarebbe nato negli anni Ottanta proprio da una iniziativa di Dutschke, che avrebbe radunato – intorno a Joshka Fischer – un gruppo di ex-sessantottini tedeschi. Fischer, che divenne in seguito Vice- Cancelliere e Ministro degli Esteri, aveva avuto un ruolo importante nella corrente "spontaneista" del '68 francofortese.

[35] Habermas, a proposito di Dutschke, avrebbe parlato di "fascismo di sinistra". D'altra parte Jean François Lyotard, un autore che esprime postumamente il Sessantotto francese, avrebbe sostenuto – ne *La condizione post-moderna* - che il consenso ottenuto mediante la discussione (teorizzato da Habermas) è una violenza contro la eterogeneità dei "giochi linguistici".

[36] Scriveva Marcuse (riferendosi alle contestazioni di cui noi parlavamo alla nota 16): «Caro Teddie, riconoscilo: anche se quelle ragazze a seno nudo ti hanno sbeffeggiato in pubblico saltandoti addosso sulla cattedra, non avresti dovuto chiamare la polizia. Il movimento degli studenti è forse l'unico catalizzatore della crisi interna del sistema». Rispondeva Adorno: «No, caro Herbert... io sarò l'ultimo a sottovalutare i meriti del movimento, ma in esso

3. Italia.

In Italia la protesta studentesca è normalmente legata al termine "contestazione". Il verbo "contestare" viene dal latino *contestari* (chiamare in testimonio; intentare un processo con la citazione di testimoni), derivante a sua volta dal termine *testis* (testimone). Il verbo, che ha originariamente il significato giuridico di notificare all'imputato - da parte dell'autorità giudiziaria - che un fatto costituente reato è a lui attribuito, può essere anche inteso nel senso estensivo di "mettere in questione la validità o legittimità di qualcosa" (ad esempio, una prova o una dichiarazione). A partire dalla metà degli anni Sessanta è documentabile in Italia l'uso di "contestare" (e, dal '68 di "contestazione") nel senso di sottoporre a critica radicale provvedimenti e istituzioni, di cui non si riconosca a priori la legittimità. Le istituzioni su cui si basa il "sistema sociale" sono sollecitate – dai contestatori che si ergono a giudici - a esibire i titoli della loro legittimità di fronte alla società, chiamata a testimonio. E, nel caso in cui i titoli richiesti non siano esibiti (o almeno non lo siano in modo soddisfacente), si prospetta un superamento delle istituzioni stesse.

La situazione italiana dell'epoca sembrava incoraggiare un simile processo. Infatti era caratterizzata da alcuni fattori di evidente rottura rispetto al passato.

(a) Si era ormai consolidato il coinvolgimento dei socialisti nel governo del Paese; e ciò aveva determinato novità rilevanti sul piano della politica culturale: si pensi all'ingresso degli intellettuali di sinistra in RAI e alla formazione della Scuola Media Unificata.

(b) Si stava realizzando – anche in conseguenza del *boom* economico - una università non più elitaria. Nel 1956- 1957 gli iscritti ai corsi di laurea erano in Italia circa 212.000, mentre dieci anni dopo erano saliti a quota 425.000, per cui si poteva cominciare a parlare di università di massa. La legge n. 685 del 1961 liberalizzava parzialmente gli accessi dei diplomati di Istituti Tecnici e Commerciali a certe Facoltà. E, mentre la popolazione universitaria cresceva, la

agisce anche una piccola dose di follia, che è teologicamente affine al totalitarismo». Marcuse, dall'America, vedeva nel Sessantotto un autentico movimento d'avanguardia, destinato a educare e guidare la società fuori dal sistema vigente. Adorno e Horkheimer, dall'Europa, vedevano nel Sessantotto un avventurismo sempre più settario e avulso dal contatto vero con i problemi sociali più complessivi. «Caro Herbert» - scriveva Adorno - , «su Dany- le- Rouge [soprannome del *leader* francese Cohn Bendit], avrei qualcosa da raccontarti: solo storie comiche e grottesche. Immaginati che bello, le violenze di piazza con lui! E adesso a Francoforte è considerato uno dei più umani!». La polemica segnò una "rottura" anche sul piano personale tra i due colleghi francofortesi.

speranza diffusa era che la laurea potesse garantire la stessa qualità nei servizi e gli stessi sbocchi occupazionali di prima. Compresa l'impossibilità di una simile combinazione, appariva naturale ripensare l'istituzione in termini non più rigidamente selettivi.

(c) I partiti politici vivevano la loro prima vera crisi di rappresentanza rispetto agli ambienti giovanili, in favore di una politica intesa come vita in comune[37]. In questo ebbero la loro parte le Riviste che promuovevano la cultura *underground*: "Mondo Beat", "Pianeta Fresco" (dove Fernanda Pivano portava una eco dall'America nell'Italia democristiana, intendendo fare qualcosa di analogo a ciò che Fenoglio e Pavese avevano fatto nell'Italia fascista)[38]. Oggetto di critica era anche il "mito" della Resistenza, che veniva brandito, per tacitare i contestatori, da parte dei partiti che venivano dal CLN. Ai partiti i contestatori, a loro volta, rinfacciavano proprio di aver tradito gli ideali della lotta di liberazione, connivendo ora con i nuovi fascismi (emblematico il caso del regime dei "colonnelli", instauratosi in Grecia proprio nel 1967)[39].

(d) In particolare, si segnalava l'incontro tra la gioventù cattolica e un impegno politico libero dal vincolo democristiano. Il Concilio Vaticano II si era concluso nel 1965, e il post-

[37] Per tutti gli anni Sessanta, sia la Federazione dei Giovani Comunisti Italiani sia il Movimento Giovanile della Democrazia Cristiana avevano perduto via via un numero sempre crescente di iscritti. Il movimento dei giovani – si leggeva su "Mondo Beat" – sta svuotando l'affluenza ai partiti, alle associazioni confessionali e parascolastiche attraverso il rifiuto delle gerarchie e del metodo violento, attraverso l'assunzione del metodo provocatorio.

[38] Erano le Riviste dei "capelloni", che parlavano di una "società impossibile" - fondata sull'ipocrisia, le ingiustizie sociali, i tabù sessuali e connivente con le guerre "imperialiste" - contro cui i giovani avrebbero dovuto unirsi e lottare. L'esperienza della rivista "Mondo Beat" si consumò nell'arco di pochi mesi, fu una breve meteora che apparve a Milano nella seconda metà degli anni Sessanta per poi scomparire. Obiettivi politici della rivista erano: l'ampliamento della sfera dei diritti civili, la revisione della legislazione sui minorenni, l'abolizione delle diffide e dei "fogli di via" a carico dei "capelloni", l'abolizione del servizio militare, il riconoscimento della piena libertà giuridica nei rapporti sessuali (eccettuate la prostituzione e la violenza), il riconoscimento della libertà di divorzio e il disarmo della polizia. Il 1967 vide l'inizio di un certo esodo dei capelloni verso Oriente – alla ricerca di guide "spirituali" – o, più semplicemente, verso le campagne, dove diedero vita ad alcune "comuni agricole" tendenzialmente autosufficienti. Con alcune vignette pubblicate da "Mondo Beat" (luglio 1967), Guido Crepax difendeva i capelloni dalla campagna denigratoria condotta da "Il Corriere della Sera", che li descriveva come dei disperati, privi di iniziativa, dei dissoluti e degli scansafatiche.

[39] L'immagine prevalente dell'attività politica non era più quella della vita nelle "sezioni" o della pratica parlamentare, ma quella di una convivenza quotidiana e di una "permanente dimensione collettiva di militanza". Non è casuale che alcuni dei commentatori politici allora più accreditati – che venivano dall'esperienza del CLN, e dal sistema partitico ad esso collegato – si siano trovati in decisa polemica col Sessantotto. Si pensi a Giorgio Bocca, allora editorialista de "Il Giorno", e alla sua dichiarata diffidenza nei confronti dei sessantottini. (Su questo si veda la rassegna- stampa riportata in: L. Amicone, *Nel nome del niente*, Rizzoli, Milano 1982, pp. 32 ss). Si pensi anche a Carlo Casalegno, allora giornalista di "Panorama" e, in seguito, de "La Stampa". Casalegno – che aveva partecipato alla Resistenza, e che pure comprendeva la difficoltà di comunicazione intergenerazionale che la contestazione denunciava – difendeva comunque i Partiti contro l'astensionismo di massa, promosso nel '68 dai contestatori. Casalegno sarà il primo giornalista ucciso anni dopo (nel 1977) dalle neonate "Brigate Rosse".

Concilio sembrava autorizzare questa nuova "libertà". (Per intenderci, erano i tempi in cui negli oratori si cantava "Dio è morto" di Guccini)[40].

Non si dimentichi che il 1967 è l'anno della *Populorum Progressio* di Paolo VI: una Enciclica che metteva all'ordine del giorno, tra l'altro, il tema dello sviluppo anche economico e civile del "Terzo Mondo", dando – di fatto – un notevole impulso al "terzomondismo", che sarebbe entrato nella mitica del mondo giovanile cattolico e avrebbe fatto – in taluni casi - da punto di contatto tra l'impegno missionario *ad gentes* e le cosiddette "lotte di liberazione" dall'imperialismo.

Il 1967 è anche l'anno della morte di don Milani[41], la cui *Lettera a una professoressa* (che esalta la centralità dello studente nella formazione scolastica e le implicazioni sociali e politiche della istruzione) sarebbe diventata un libro di culto dei contestatori.

Non è certo un caso che tra i protagonisti del '68 ci siano molti esponenti di punta della GIAC, della FUCI, di GS. Si pensi come, secondo Toni Negri, "Autonomia Operaia" (già "Potere Operaio") fosse un movimento di matrice cattolica: la "Solidarnosć italiana", strumento contro la "pretesa egemonia dei comunisti sul movimento operaio".

Neppure va trascurato quel particolare '68 che ha avuto luogo nei Seminari, nelle Diocesi (col diffondersi dell'esperienza, per altro non nuova, dei "preti operai") e negli ordini religiosi. Emblematico il caso della "Compagnia di Gesù", che avrebbe subìto – proprio negli anni immediatamente seguenti – una autentica emorragia di "vocazioni", a livello mondiale.

3.1. Trento.

L'Università degli studi di Trento era nata nel 1962 come Istituto universitario superiore di Scienze Sociali. L'Istituto sarebbe divenuto poi la prima Facoltà di Sociologia istituita in Italia, dove convergevano giovani docenti – che pubblicavano con il Mulino (ad esempio, Andreatta) o con le Edizioni di Comunità (ad esempio, Ferrarotti) – e studenti assai motivati, giunti lì da tutta Italia quando il riconoscimento di quella laurea non era ancora garantito dallo Stato.

[40] In quegli anni si registrò per altro un fenomeno paradossale. La canzone di Guccini *Dio è morto* – resa celebre nel 1967 dal complesso de "I Nomadi" - era stata censurata dalla Radio e Televisione di Stato, ma era regolarmente trasmessa dalla Radio Vaticana, su interessamento di "Pro Civitate Christiana". La canzone era, tra l'altro, molto apprezzata dall'allora Papa Paolo VI. Lo stesso paradosso valse per il repertorio "religioso" di Fabrizio De Andre'.

[41] Che, tra l'altro aveva frequentato – tra il 1936 e 1941 – proprio quel liceo Berchet di Milano, che sarebbe diventato uno dei luoghi caldi della contestazione.

Nel gennaio del 1966 gli studenti di Sociologia occuparono la loro Facoltà per protestare contro la proposta avanzata dai Proff. Maranini e Miglio – con l'opposizione di Norberto Bobbio – di inglobare la Sociologia all'interno delle tradizionali Facoltà di Scienze Politiche, non riconoscendole l'autonomia che dal 1964 il Ministero aveva invece riconosciuto all'Istituto trentino[42]. Nel marzo del '67 la protesta si riaccese con riferimento all'impegno militare americano in Vietnam, attraverso forme di didattica autogestita, e conseguente sgombero dei locali della Facoltà da parte della polizia. Naturalmente la Facoltà di Trento avrebbe partecipato all'ondata contestataria del '68, dopo la fine degli organismi studenteschi rappresentativi e il passaggio all'assemblearismo, con una terza e più lunga occupazione, durata dal 31 gennaio al 7 aprile. Del resto, Sociologia era il terreno naturale per una contestazione del "sistema": basti ricordare che *Il sistema sociale* di Parsons era stato pubblicato in italiano dalle Edizioni di Comunità nel 1965.

Alle agitazioni crescenti, le autorità accademiche risposero incaricando come rettore un personaggio poliedrico e atipico, quale Francesco Alberoni[43], che avrebbe dovuto assorbire la protesta inaugurando un "nuovo corso" nel rapporto tra docenti (quasi tutti giovani) e studenti[44]. A Trento si facevano controcorsi in cui Max Weber era bandito come sociologo borghese, in favore di autori marxisti. I contestatori di Sociologia cercarono precocemente un collegamento col mondo operaio, che sarebbe lievitato, anche altrove, nel '69[45].

I contestatori riuscirono, in taluni casi, a imporre ai docenti gli "esami di gruppo": cerimoniali assemblearistici – diffusisi poi in altre università - che, di norma, si consumavano nell'assegnazione del cosiddetto "diciotto politico"[46].

3.2. Pisa.

[42] *Cfr. M.B.C. Garzia, Come si consolida una istituzione scientifica: la Facoltà di Sociologia di Trento a vocazione logico- sperimentale, in "Sociologia Italiana - AIS Journal of Sociology", 4, ottobre 2014.*

[43] Francesco Alberoni veniva dall'Università Cattolica di Milano, dove aveva avuto tra i suoi riferimenti proprio il fondatore: Agostino Gemelli. In Cattolica aveva insegnato dal 1960 al 1968, prima Psicologia e poi Sociologia. È stato rettore a Trento tra il 1968 e il 1970.

[44] Esautorato Alberoni, le autorità accademiche decisero di sospendere le iscrizioni a Sociologia per l'anno accademico '70- '71. Aprirono in compenso nuove Facoltà, istituendo nel 1972, con rettore Paolo Prodi, la Libera Università di Trento.

[45] Tra i *leader* del Sessantotto trentino vanno annoverati due profili per altro molto diversi tra loro: Marco Boato e Mauro Rostagno.

[46] Al quale, in molte scuole medie superiori, finì per corrispondere il "sei politico".

Dopo le "prove generali" di Trento, il *là* ufficiale alla contestazione universitaria in Italia venne da Pisa, con l'occupazione del palazzo della Sapienza (7- 11 febbraio 1967), luogo nevralgico e simbolico dell'ateneo[47]. Gli occupanti elaborarono un documento che divenne la base del movimento degli studenti[48]. Erano stati proprio gli studenti pisani a teorizzare che «le occupazioni di sedi universitarie vanno istituzionalizzate» perché «l'università appartiene alla base universitaria, e questo possesso va affermato contro le strutture esistenti che lo negano»[49]. Una delle tesi "pisane" più note era che "gli universitari sono lavoratori, dunque hanno diritto al salario".

Gli autori di riferimento dei contestatori sono i commentatori di Marx. Ma un ruolo particolare sembra doversi riconoscere a Gramsci; veicolato, tra gli altri, da Eugenio Garin[50]. Si tratta soprattutto del Gramsci de *Gli intellettuali e l'organizzazione della cultura.* L'intellettuale – spiega Gramsci - non è mai fuori dal gioco, ma è inevitabilmente "organico" a un "blocco storico" (per cui vale la definizione "dirigente = specialista + politico"; che potremmo tradurre in: "intellettuale organico = tecnico disciplinare + politico")[51].

Il sapere, anche quello delle scienze della natura, è – nella prospettiva gramsciana - qualcosa che non può vantare una sua "oggettività". Del resto, già Marx pensava l'umanità come quell'"uomo generico" che è dato, non solo dall'organismo delle relazioni umane, ma anche dal loro fare organismo col mondo naturale (per il medio del lavoro); così che, alla divisione in classi, corrisponde anche una differente presa ideologica, non solo sulla storia della società, ma anche sulla realtà naturale. La natura strutturalmente "non- oggettiva" del sapere sarà, appunto, uno dei

[47] Non era la prima volta che succedeva: nel 1964 c'era stata un'azione analoga, seppur ridotta per numeri e durata. Questa volta gli studenti venivano anche da Cagliari, Firenze, Bologna, Roma, Torino, Camerino per protestare – in concomitanza con la riunione della conferenza dei rettori, in programma proprio a Pisa l'11 febbraio 1967 - contro il progetto di riforma dell'università voluto dal ministro Gui (lo stesso che aveva introdotto la scuola media "unificata"), che prevedeva tra l'altro un considerevole aumento delle tasse universitarie (in una università ormai non più elitaria). Dall'occupazione nacque il "Progetto di tesi del sindacato studentesco elaborate collettivamente dagli occupanti La Sapienza di Pisa", meglio note come le "Tesi della Sapienza".

[48] Sullo sfondo delle elaborazioni culturali dei contestatori pisani – ma anche, poi, padovani - ci sono periodici della "sinistra" non partitica degli anni Sessanta quali "Quaderni Piacentini" (periodico culturale fondato da Piergiorgio Bellocchio) e "Quaderni Rossi" (periodico "operaista", cui partecipava Mario Tronti, e che aveva cessato le pubblicazioni nel 1966, non senza succedanei).

[49] L'occupazione dell'università di Pisa fu realizzata da una settantina di studenti, guidati da Gian Mario Cazzaniga (allora assistente universitario), Vittorio Campione e Adriano Sofri. La novità dell'evento destò attenzione nei *media*. I *leader* della protesta avevano una formazione marxista e, durante l'occupazione, organizzarono seminari sulla attualità degli autori marxisti – non senza l'appoggio di alcuni docenti di sinistra.

[50] Cfr. E. Garin, *La formazione di Gramsci e di Croce*, in "Critica marxista", 1967.

[51] A. Gramsci, *Quaderni dal carcere*, ed. critica, Einaudi, Torino 2007, vol. III, p. 1551.

temi dominanti del Sessantotto, specie italiano; alimentando in chiave ideologica la pratica già avviata e diffusa su altre basi dai gruppi di Gioventù Studentesca, di "revisione" culturale dei programmi scolastici e dei corsi accademici.

Leggiamo in Gramsci: «per la filosofia della prassi l'essere non può star disgiunto dal pensare, l'uomo dalla natura, l'attività dalla materia, il soggetto dall'oggetto»[52]. Dunque, no alle varie forme di realismo volgare, di marca positivistica. Scrive Gramsci: «Senza l'uomo, cosa significherebbe la realtà dell'universo? Tutta la scienza è legata ai bisogni, alla vita, all'attività dell'uomo. Senza l'attività dell'uomo, creatrice di tutti i valori, anche scientifici, cosa sarebbe l'oggettività? Un caos, cioè un niente»[53]. La non oggettività della scienza è il punto, che dà avvio alla revisione del sapere, ai controcorsi, ai gruppi di studio: espressioni di una bella vitalità, tante volte esposta ai rischi di una arbitrarietà fuori controllo.

Il personaggio di *Valentina*[54] – creato da Guido Crepax (fratello di Franco) per la Rivista "Linus" - incarna una generazione che già al liceo (Valentina frequenta il Berchet) riceve una formazione in cui l'interpretazione materialistica della storia diviene prevalente e la liberalizzazione dei costumi sessuali diventa un'ovvietà[55]. A sua volta, la rivista "Linus", che prevalentemente importa le "strisce" più in voga negli USA (si pensi ai *Peanuts*), costituisce un veicolo efficacissimo di trasmissione in Italia del pensiero dei francofortesi, allora diffuso – come sappiamo - nei Campus americani[56]. All'intrapresa di "Linus" partecipavano, tra gli altri, due noti esponenti del "Gruppo '63"[57]: il giornalista Oreste Del Buono (in veste di direttore) e il semiologo Umberto Eco (in veste di editorialista).

3.3. Milano.

Il 17 novembre del 1967 l'Università Cattolica viene occupata da studenti e giovani "assistenti" a causa dell'aumento delle tasse universitarie (del resto, in presenza di un contributo statale al bilancio dell'Ateneo che restava costante, i costi gestionali dell'ateneo aumentavano).

[52] Cfr. A. Gramsci, *Il materialismo storico e la filosofia di B. Croce*, Einaudi, Torino 1966, pp. 55- 56.
[53] Cfr. *ivi*, p. 55.
[54] Che si intuisce appartenere a una certa borghesia milanese snob.
[55] Nel personaggio di Crepax i due elementi si intrecciano: Valentina ha infatti una relazione sentimentale col professore (marxista) di Filosofia e Storia del suo liceo.
[56] Non è certo un caso che una delle primissime raccolte in volume delle strisce dei *Peanuts* pubblicate da "Linus" si intitolasse simpaticamente *Il bambino a una dimensione*.
[57] Tra i critici e scrittori del "Gruppo 63" ricordiamo: Alberto Arbasino, Achille Bonito Oliva, Furio Colombo, Oreste del Buono, Umberto Eco, Edoardo Sanguineti.

Tre le richieste degli occupanti: 1. la revoca dell'aumento delle tasse; 2. l'allargamento del Consiglio di Amministrazione a tutte le componenti universitarie; 3. la pubblicità di tutti gli atti amministrativi e didattici. Il Rettore – Ezio Franceschini - e il CdA respingono le richieste. Il 6 dicembre si assiste a una nuova occupazione; ne consegue il decreto di espulsione per tre *leader* studenteschi, tra cui Mario Capanna. Alcuni degli assistenti implicati nelle manifestazioni verranno espulsi molto più tardi, nel '69; ma non per ragioni disciplinari, bensì dottrinali - al seguito del Prof. Severino, il cui magistero era risultato incompatibile con la matrice ideale dell'ateneo cattolico.

Il 21 dicembre del '67 la mobilitazione della stampa a favore dei contestatori porta alla revoca delle espulsioni. In gennaio- febbraio si ripropongono le agitazioni. Mario Capanna[58] (classe 1945) si iscrive in Statale, dove – con Luca Cafiero (classe 1936), allora assistente di Mario Dal Pra, e con Salvatore Toscano (classe 1938), che si era iscritto nel 1967 (a 29 anni) a Filosofia – dà luogo al "Movimento Studentesco". Molti dei *leader* e degli attivisti della neonata formazione provengono dalle file della FUCI e di Gioventù Studentesca: movimento, quest'ultimo, ben radicato anche nei licei milanesi (e non solo), dove in effetti le agitazioni si diffondono.

3.4. Il 1° marzo a Roma (con gli scontri di Valle Giulia)[59] la protesta diventa scontro (chiavi inglesi, molotov, bulloni, spranghe)[60]. In Statale, a Milano, gli studenti del FUAN assalgono

[58] Emanuele Severino non era certo coinvolto nelle agitazioni di quei tempi. Resta il fatto che molti dei protagonisti delle proteste in Cattolica, vedendo in lui una sorta di figura "ereticale" rispetto alla tradizione filosofica dell'ateneo, si erano legati al suo magistero (lo stesso Capanna era un suo laureando).

[59] Si tratta degli scontri cui Pier Paolo Pasolini dedicò una memorabile poesia, nella quale identificava nei contestatori gli insoddisfatti figli della buona borghesia e nei poliziotti i figli del proletariato meridionale, costretti a emigrare per trovare un lavoro – sia pure umile e ingrato. La poesia, che ha anche un'ultima parte più "politica" e più problematica (su cui si è molto discusso), è comunque chiara nei versi che qui citiamo:

«[...] Adesso i giornalisti di tutto il mondo (compresi quelli delle televisioni) vi leccano (come credo ancora si dica nel linguaggio delle Università) il culo. Io no, amici. Avete facce di figli di papà. Buona razza non mente. Avete lo stesso occhio cattivo. Siete paurosi, incerti, disperati (benissimo) ma sapete anche come essere prepotenti, ricattatori e sicuri: prerogative piccoloborghesi, amici. Quando ieri a Valle Giulia avete fatto a botte coi poliziotti, io simpatizzavo coi poliziotti! Perché i poliziotti sono figli di poveri. Vengono da periferie, contadine o urbane che siano. Quanto a me, conosco assai bene il loro modo di esser stati bambini e ragazzi, le preziose mille lire, il padre rimasto ragazzo anche lui, a causa della miseria, che non dà autorità. La madre incallita come un facchino, o tenera, per qualche malattia, come un uccellino; i tanti fratelli, la casupola tra gli orti con la salvia rossa (in terreni altrui, lottizzati); i bassi sulle cloache; o gli appartamenti nei grandi caseggiati popolari, ecc. ecc. E poi, guardateli come li vestono: come pagliacci, con quella stoffa ruvida che puzza di rancio fureria e popolo. Peggio di tutto, naturalmente, e lo stato psicologico cui sono ridotti (per una quarantina di mille lire al mese): senza più sorriso, senza più amicizia col mondo, separati, esclusi (in una esclusione che non ha uguali); umiliati dalla perdita della qualità di uomini per quella di poliziotti (l'essere odiati fa odiare). Hanno vent'anni, la vostra età, cari e care. Siamo ovviamente d'accordo contro

l'università occupata dal Movimento Studentesco. A fine marzo, a Milano, si registra la "serrata" delle università da parte dei Rettori, sia in Statale che in Cattolica. Nel maggio del 1968 tutte le università italiane (tranne la Bocconi) risultano occupate.

3.5. Il Sessantotto italiano ha alcuni esiti legislativi quasi immediati, e ben noti:

- La Legge 910, 1 dic. 1969 che liberalizzava l'accesso all'università per tutti i diplomati.

- La riforma dell'esame di maturità, promossa dal Ministro Sullo nell'aprile del 1969, che introduceva una facilitazione, prevedendo solo due prove scritte e due orali (di cui una, su una materia a scelta dello studente)[61].

- La Legge 1972 n. 772 (*Legge Marcora*) che riconosceva il diritto a esercitare l'obiezione di coscienza rispetto al servizio militare: Tale legge permetteva, a chi avesse scelto di non prestare il servizio militare, di optare per il servizio civile (sostitutivo e obbligatorio).

- La legge Baslini- Fortuna sul divorzio, del 1970.

- Il Nuovo diritto di famiglia del 1975, che prevedeva, tra l'altro: il passaggio dalla potestà del marito alla potestà (ora "responsabilità genitoriale") condivisa dei coniugi; il passaggio dalla potestà maritale all'eguaglianza tra coniugi; la possibilità della separazione dei beni o comunione legale/convenzionale; la revisione delle norme sulla separazione personale dei coniugi (dalla separazione per colpa alla separazione per intollerabilità della prosecuzione della convivenza); l'abbassamento dell'acquisizione della maggiore età da 21 a 18 anni.

4. Francia.

l'istituzione della polizia. Ma prendetevela contro la Magistratura, e vedrete! I ragazzi poliziotti che voi per sacro teppismo (di eletta tradizione risorgimentale) di figli di papà, avete bastonato, appartengono all'altra classe sociale. A Valle Giulia, ieri, si è così avuto un frammento di lotta di classe: e voi, amici (benché dalla parte della ragione) eravate i ricchi, mentre i poliziotti (che erano dalla parte del torto) erano i poveri. Bella vittoria, dunque, la vostra! In questi casi, ai poliziotti si danno i fiori, amici […]».

[60] Gli scontri furono caratterizzati da un fronte di lotta a due facce: uniti contro le forze dell'ordine si trovavano sia studenti della sinistra che della destra extraparlamentare (principalmente Avanguardia Nazionale, con Stefano Delle Chiaie, e il FUAN). Gli studenti mostrarono di essere in grado di reggere l'urto delle cariche della polizia. Tra i partecipanti agli scontri di Valle Giulia vicini al movimento studentesco ritroviamo molte figure che seguiranno in seguito i percorsi più diversi: Giuliano Ferrara, Paolo Liguori, Aldo Brandirali, Ernesto Galli della Loggia, Oreste Scalzone. Tra i poliziotti, invece, si trovava il futuro attore Michele Placido. Al termine degli scontri, i militanti di destra occuparono la facoltà di Giurisprudenza, mentre quelli di sinistra occuparono Lettere. Si registrarono 148 feriti tra le forze dell'ordine e 478 tra gli studenti. Ci furono 4 arrestati e 228 fermati.

[61] Modificare la prova finale significa – alla lunga - dare una intonazione del tutto nuova all'intero *iter* di studi rendendolo, nella fattispecie, meno selettivo e meno "temibile".

Nell'immaginario comune la protesta giovanile di quegli anni resta legata principalmente alle massicce manifestazioni parigine della primavera del 1968: manifestazioni che, a differenza che altrove, interessarono anche i lavoratori. In tal senso, data fondamentale resta quella del 13 maggio 1968, che diede avvio al più importante sciopero generale della V Repubblica, che coinvolse nove milioni di lavoratori e paralizzò completamente il Paese per diverse settimane, accompagnandosi a una generale frenesia di dibattiti, assemblee e riunioni informali, che si svolgevano in tutti i luoghi pubblici.

Detonatore delle proteste - nel mese di marzo – era stato il cosiddetto "Piano Fouchet": un progetto di riforma del sistema scolastico e universitario, che prevedeva una rigida selezione post-liceale, che avrebbe consentito l'accesso all'università solo ai migliori, in funzione della razionalizzazione dell'accademia che, da scuola superiore di massa, doveva tornare a svolgere il suo ruolo di fucina della classe dirigente. Questo avveniva in un contesto caratterizzato dal perdurare del gaullismo al potere e dalla crescita di una nuova sinistra, slegata dalle tradizionali rappresentanze e legata invece al mito della "rivoluzione culturale" cinese.

Il luogo d'innesco della ribellione giovanile fu l'Università di Nanterre (Paris X)[62], frequentata dall'anarchico Daniel Cohn Bendit, che fu in Francia il corrispettivo di quello che era stato in Germania Rudy Dutschke. Cohn Bendit, di cui si ricordano i metodi violenti, fu espulso dal Paese il 27 aprile. A Nanterre la protesta fu appoggiata anche da un certo numero di docenti, tra i quali ricordiamo il sociologo Jean Baudrillard[63]. All'immagine del '68 parigino è legata anche la figura di Jean Paul Sartre, e dei suoi comizi alla Sorbona; ma non fu certo lui l'ispiratore della contestazione[64].

4.1. I riferimenti culturali dei contestatori erano altri. Anzitutto i "situazionisti". Era stato Guy Debord a fondare, nel 1957, l'"Internazionale situazionista", che sarebbe durata fino al 1972. Attraverso la loro rivista, e con alcuni slogan rimasti celebri, i "situazionisti" denunciavano il

[62] Non si dimentichi – come indizio dell'impulso vitalistico che fa da motore a tutta la vicenda che andiamo ricostruendo - che il '68 a Nanterre ha un importante antecedente nelle proteste del 1967, che videro (tra i protagonisti Daniel Cohn- Bendit) l'occupazione del dormitorio femminile del Collegio universitario, il cui acceso era vietato ai maschi in orario serale.

[63] Jean Baudrillard era professore a Nanterre nel periodo della rivolta studentesca del 1968. Di quella rivolta e allo spirito di quell'epoca, Baudrillard condivise la polemica contro il burocratismo stalinista del PCF dell'epoca.

[64] Sartre manifesta al maggio francese, e viene arrestato per disobbedienza civile, ma poco dopo è rilasciato. Evita poi il processo ottenendo l'immediato "perdono presidenziale" dal suo principale avversario politico del momento, De Gaulle, che così aveva commentato: «non si imprigiona Voltaire».

grigiore dell'ambiente universitario, che cercarono di condizionare dal di dentro infiltrando alcuni loro intellettuali nel "sindacato studentesco" UNEF. Secondo i situazionisti, sarebbe stata l'esplosione creativa, piuttosto che la lotta di classe, a far crollare le strutture alienanti della società capitalistica, sintetizzabili nell'immagine del "regno della merce". La gratuità del dono avrebbe dovuto sostituirsi alla logica dello scambio commerciale tra beni equivalenti. Il situazionismo è un tentativo di trovare una scorciatoia verso l'utopia, senza i faticosi e conflittuali percorsi indicati dal materialismo storico. In questa singolare "rivoluzione" non è previsto – significativamente – alcun sacrificio dell'individuo in favore del bene comune.

«*Sous les pavés de Paris, la plage*», sotto le strade di Parigi ci potrebbe essere la spiaggia: ovvero sotto le costrizioni borghesi del quotidiano si nasconde la possibilità di un'altra vita. Questo, uno degli slogan del movimento situazionista, che predicava "il cambiamento liberatore della società e della vita in cui siamo incastrati". Nel maggio del '68 i situazionisti invitavano gli studenti e i manifestanti a creare degli ambienti quotidiani spontanei - delle "situazioni", appunto - , tali da "rendere appassionante la vita".

Più piacere e meno lavoro: in un mondo dove vincono produzione, denaro e potere, bisogna avviare "un'emancipazione reale dei piaceri", secondo le parole del fondatore del movimento, Guy Debord.

È proprio alla fine del 1967 che – di Debord - esce *La società dello spettacolo.* Il pensiero di Debord sviluppa essenzialmente i concetti di alienazione e reificazione, già centrali nelle riflessioni marxiste, ma reinterpretandoli alla luce delle trasformazioni della società europea degli anni Cinquanta e Sessanta[65]. Tali trasformazioni vengono individuate, principalmente, nel fenomeno del consumismo e nella centralità dei *mass- media* nella vita quotidiana delle persone, che determinano una nuova forma del dominio del "capitale" sul genere umano. Scrive Debord: «La prima fase del dominio dell'economia sulla vita sociale aveva determinato nella definizione di ogni realizzazione umana un'evidente degradazione dell'essere in avere. La fase presente dell'occupazione totale della vita sociale da parte dei risultati accumulati dell'economia conduce a

[65] «Lo spettacolo è l'ideologia per eccellenza, perché espone nella sua pienezza l'essenza di ogni sistema ideologico: l'impoverimento, l'asservimento e la negazione della vita reale. Lo spettacolo è materialmente 'l'espressione della separazione e dell'estraniarsi dell'uomo dall'uomo. La 'nuova *potenza* del reciproco inganno' che vi è concentrata ha la sua base nella produzione precisa da cui 'con la massa degli oggetti cresce… il regno degli enti estranei ai quali l'uomo è soggiogato'. È lo stadio supremo di un'espansione che ha ritorto il bisogno contro la vita» (cfr. G. Debord, *La società dello spettacolo*, trad. it. di P. Salvadori, Baldini e Castoldi, Milano 2008, § 215).

uno slittamento generalizzato dell'avere nell'apparire, da cui ogni 'averè effettivo deve trarre il suo prestigio immediato e la sua funzione ultima»[66].

Ciò che aliena l'uomo, ciò che lo allontana dal libero sviluppo delle sue facoltà naturali è ormai lo "spettacolo", che Debord identifica come «un rapporto sociale fra individui mediato dalle immagini»[67]. L'invadenza dello spettacolo, di cui i *mass media* sono solo una delle molte espressioni, è parte fondante della società contemporanea, ed è il responsabile di una «gestione totalitaria delle condizioni di esistenza»[68], in cui il singolo perde ogni tipo di individualità, personalità, creatività umane. Lo spettacolo rappresenta il dominio ormai totale della produzione di merci su ogni altro aspetto della vita umana. La mercificazione di ogni aspetto della quotidianità giunge a separare l'uomo da se stesso, privandolo del contatto col suo stesso desiderio: «più egli contempla, meno vive; più accetta di riconoscersi nelle immagini dominanti del bisogno, meno comprende la sua propria esistenza e il suo proprio desiderio»[69].

Lo spettacolo si presenta in due forme: quella diffusa, tipica delle società capitaliste (consistente nella pubblicità delle merci); e quella concentrata, propria dei regimi burocratici (consistente nella propaganda). Proprio in risposta alla passività omologante, imposta dalla società dello spettacolo, i situazionisti si proponevano di recuperare l'autonomia dell'esperienza individuale attraverso la creazione di situazioni aggregative e di esperienze artistiche e culturali grazie alle quali l'individuo potesse ritrovare il suo protagonismo.

4.2. Un altro riferimento per i contestatori parigini è la sinistra non ortodossa, legata miticamente al "maoismo", che in Francia – nei fatti - – viene a legarsi al nome di un marxista *sui generis* quale Louis Althusser70: il teorico di quella "cesura epistemologica"[71] che *L'ideologia tedesca* e *Il Capitale* rappresenterebbero rispetto all'umanesimo del giovane Marx, teorico della "alienazione"72. A ben vedere, il gusto ossessivo per la "analisi corretta" delle "contraddizioni

[66] Cfr. *ivi*, § 17.
[67] Cfr. *ivi*, § 4.
[68] Cfr. *ivi*, § 24.
[69] Cfr. *ivi*, § 30.
[70] Althusser, già aspirante monaco trappista, era stato allievo di Jean Guitton. Anche nella sua vicenda biografico- intellettuale – come in quella di molti dei protagonisti pratici o teorici di quella temperie –, l'ispirazione cristiana è originariamente trainante.
[71] La figura in questione risale a Gaston Bachelard, ma è Althusser ad applicarla alla lettura di Marx.
[72] «Qual è la differenza specifica del *discorso* scientifico come discorso? In che cosa il discorso scientifico si distingue da altre forme di discorso? In cosa gli altri discorsi sono produttori di effetti differenti (effetti estetici, effetti ideologici, effetti inconsci) dall'effetto di conoscenza che è prodotto dal discorso scientifico?» (L. Althusser, *Dal*

della società capitalistica" – capaci di portarla al punto di rottura - mette capo ultimamente ad Althusser. Sarà questo affidamento alla analisi a determinare – subito dopo il '68 – la frammentazione tra gruppi o gruppuscoli della sinistra extraparlamentare, ognuno dei quali convinto di possedere l'analisi giusta, che l'avrebbe portato a catalizzare le forze rivoluzionarie latenti nel mondo operaio. (In Italia il fenomeno fu addirittura parossistico: si pensi alla nascita e alla breve e tormentata vita – piena di scissioni – di gruppi quali: "Lotta Continua", "Avanguardia Operaia", "Potere Operaio", "Servire il Popolo"; e così via).

Althusser tratta il lavoro teorico come un lavoro in senso proprio, che passa da una "Generalità I" (l'oggetto lavorato: ad esempio, l'essere hegeliano) a una "Generalità II" (la generalità che lavora: ad esempio, la dialettica hegeliana), e, da questa, alla "Generalità III" (la generalità specificata: ad esempio, l'Idea hegeliana). Ora, l'attività teorica che sarebbe da intendersi come un lavoro reale di trasformazione, Hegel – stando ad Althusser – lo avrebbe ridotto invece a "ideologia". E Marx viene letto dal nostro autore proprio come l'avversario della ideologia di Hegel. Secondo Althusser, si deve «dare alla esistenza pratica della filosofia marxista, che esiste allo stato pratico nella pratica scientifica dell'analisi del modo di produzione capitalista che è Il Capitale, e nella pratica economica e politica della storia del movimento operaio, la sua forma di esistenza teorica indispensabile ai suoi bisogni e ai nostri bisogni»73.

La cesura epistemologica segna il primato della pratica analitica rispetto alla pratica rivoluzionaria. «Le ragioni profonde di una rottura decidono per sempre se la liberazione che ci si aspetta non sarà che l'attesa della libertà, ossia la sua privazione, o la libertà stessa»74. Se non che, «non si ottiene una scienza rovesciando semplicemente una ideologia [bensì] si ottiene una scienza solo a condizione di abbandonare il campo in cui l'ideologia crede di avere a che fare col

---

Capitale alla filosofia di Marx, trad. it. di V. Morfino, in L. Althusser - E. Balibar - R. Establet - P. Macherey – J. Rancière, *Leggere il* Capitale, Mimesis, Milano 2006, p. 62). Althusser non intende proporre una forma di neo-marxismo, ma esplorare tutte le possibilità aperte dal marxismo inteso come scienza. Il suo seminario sul *Capitale* è seguito con grande interesse dagli studenti. E, già a metà degli anni Sessanta i suoi discepoli avvertono la possibilità di trasformare in azione le idee del maestro. Creano allora il Cercle d'Ulm e i "Cahiers marxistes- léninistes", in cui la dissidenza rispetto alla linea ufficiale del Partito Comunista Francese si esprime come tendenza filo- maoista. Se non che, al congresso di Argenteuil del marzo 1966 le tesi di Althusser vengono biasimate dal PCF. Nell'autunno dell'anno successivo, seicento giovani sono esclusi dall'Unione degli studenti comunisti: molti si raggrupperanno in un nuovo movimento giovanile pro- cinese (UJCML), che sarà uno dei più attivi prima e durante le rivolte del '68. Althusser, che non era un uomo d'azione e restava un militante disciplinato, fu scontento di questa rottura che non aveva voluto, e restò volutamente defilato rispetto ai fatti del maggio '68.

[73] Cfr. L. Althusser, *Dal Capitale alla filosofia di Marx*, p. 32.

[74] L. Althusser, *Per Marx*, trad. it. di F. Madonia, Editori Riuniti, Roma 1967, pp. 161- 70.

reale, ossia abbandonando la sua problematica ideologica»75. Il Partito Comunista Francese, invece, insisteva sullo storicismo, che determina ideologicamente l'analisi stessa. Althusser stesso politicamente si conformò alla linea del Partito, fino a denunciare lo "strutturalismo" – cui la sua linea interpretativa del pensiero di Marx veniva associata - come "filosofia borghese".

Ma il preteso "antiumanismo" del Marx scientifico non esclude l'umanismo: solo lo assume come ideologia funzionale alla pratica rivoluzionaria, che è appunto guidata storicamente dalla "ideologia", non certo dalla "scienza".

5. Cecoslovacchia.

La "Primavera di Praga" è la sineddoche di un Sessantotto molto particolare: quello che si estese anche oltre la "cortina di ferro". Nei Paesi del Patto di Varsavia le manifestazioni chiedevano più libertà di espressione e una maggiore considerazione delle opinioni e della volontà della popolazione riguardo alle scelte politiche. La più incisiva delle manifestazioni di protesta tenutesi oltrecortina fu la rivolta studentesca che in Cecoslovacchia condusse alla svolta politica chiamata, appunto, "Primavera di Praga".

In Cecoslovacchia si stava realizzando un originale tentativo di ricondurre a regole democratiche il sistema stalinista. Il progetto riformatore – avviato sotto la guida del Segretario del Partito comunista Alexander Dubček - prevedeva un allargamento della partecipazione politica dei cittadini alla cosa pubblica e la ristrutturazione dell'economia, con la rinuncia al potere assoluto di iniziativa da parte dello Stato. Il tentativo riformatore, avviato all'inizio del 1968, fu stroncato il 20 agosto dall'invasione del Paese da parte dei carri armati del Patto di Varsavia.

A maggio – dettaglio interessante - l'agenzia sovietica TASS aveva denunciato quale agente della CIA Herbert Marcuse, il cui pensiero – in apparenza rivoluzionario - avrebbe mirato in realtà a destrutturare l'egemonia culturale comunista nei Paesi dell'Est europeo.

B. PUNTI IN COMUNE DEI DIVERSI '68.

«Oggi in Europa» – si leggeva, nel marzo 1968, sul numero monografico de "L'Espresso Colore" dedicato al movimento studentesco – «in America, in Asia, nel primo mondo e nel terzo,

[75] *Ivi*, p. 70.

chi protesta sono gli studenti: hanno fondato una 'Internazionalè di uomini di vent'anni». La dimensione planetaria di quello che stava accadendo non sfuggì neanche al "Corriere della Sera" (quotidiano percepito, tanto dai *beat* italiani e dai movimenti pre- sessantotto quanto dal movimento studentesco, come "avversario"), che parlò di una "internazionale dell'irrequietezza".

A un colpo d'occhio complessivo, si può osservare retrospettivamente, riguardo al '68 – ma ciò vale in generale per tutti i movimenti umani –, che un impeto spontaneo orientato al bene tende a corrompersi, se è privo di qualcosa di adeguatamente fondato che lo sorregga. Nella fattispecie, l'impeto che anima il '68: (a) tende ad assumere i metodi autoritari o violenti che contesta; (b) non producendo una sua cultura, si limita a opporsi o a chiedere concessioni al potere costituito (come fa l'adolescente nei rapporti domestici); (c) per la stessa ragione, tende a mutuare le chiavi interpretative del reale dalle forze che hanno determinato la situazione contestata; (d) si avvia a integrarsi nella situazione contestata, una volta venuto meno l'impeto dello scontro. Ma vediamo la cosa in modo più analitico.

1. Dal punto di vista sociale, siamo di fronte a un fenomeno vitalistico. In un semplice slogan, si può dire che il Sessantotto nasce dal fermento dovuto a "vino nuovo in otri vecchi". In particolare, il moto di reazione vitalistica è innescato dai seguenti fattori.

Il contrasto tra le condizioni e le opportunità offerte dal benessere (simboleggiate in Europa dallo stile *beat*: capelli lunghi, minigonna, "canne")[76] e le condizioni istituzionali e tradizionali che le mortificano. Ad esempio, l'università di massa sembra aprire a molti delle opportunità prima sconosciute, che però improvvisamente si rivelano velleitarie. Oppure, le nuove opportunità che favoriscono, dal punto di vista delle possibilità materiali e sociali, una maggiore indipendenza della donna dalla famiglia e un esercizio della sessualità slegato dalla gravidanza e dal matrimonio, risultano contrastate dal perdurare del costume tradizionale, che vuole la donna realizzarsi prevalentemente come moglie e madre.

Il contrasto tra la speranza di un mondo radicalmente nuovo (si è ancora a contatto con la formidabile vitalità del dopoguerra) e le rigide condizioni politiche che frustrano le aspettative di novità: si pensi alle continue minacce di catastrofe atomica, legate alla "guerra fredda".

[76] Il *beat* – almeno in Italia – è uno stile che viene a contrapporsi a quello *rock*: capelli corti, gonne al ginocchio, alcool.

Il contrasto tra il fatto che tutto sembra facile e a portata di mano (i mezzi di comunicazione e le possibilità di consumo sembrano prometterlo), e la sperimentazione delle condizioni reali di vita. Il sacrificio sembra (nell'immaginario mediatico) non essere più necessario per l'appagamento; eppure permangono i doveri sociali, i vincoli familiari e di ceto. La canzone *C'era un ragazzo* (1967), di Migliacci- Lusini, ci restituisce emotivamente questa situazione in un modo suggestivo e sintetico, che resta indelebile.

Nella avvertenza dei contestatori, c'è qualcosa che impedisce l'attuarsi di una palingenesi salvifica che sembra a portata di mano: questo *katékon* va individuato ed eliminato.

Quando il moto vitalistico viene interpretato teoricamente, allora è incanalato in una lettura fondamentalmente "strutturalista" della realtà, secondo la quale si tratta di demistificare o decostruire o genealogizzare la realtà, per evidenziare un *autómaton* occulto che la governa. Il sistema sociale complessivo viene letto, sia pure in vario modo, come una sovrastruttura di quell'*autómaton*, rispetto alla quale anche l'immaginazione non ha effettivi margini di scarto.

2. Dal punto di vista politico, il movimento è legato alla nascita diffusa di una sinistra (per lo più di *animus* cristiano) non rappresentata dai partiti e legata a miti terzomondisti o comunque "non allineati", contrapposti al modello degli USA ma anche a quello dell'URSS. Si pensi al maoismo della cosiddetta "Rivoluzione culturale" [77] e del *Libretto rosso*; e al Sudamerica di Castro[78] e Che Guevara[79].

3. Dal punto di vista filosofico[80], il '68 è stato almeno quattro cose.

3.1. In primo luogo, è stato un crogiuolo dei tre pensatori del "sospetto": Marx, Nietzsche e Freud. C'è una cosa in sé (l'*autómaton*, appunto) che ci governa e di cui il "sistema" è epifenomeno cristallizzato. Dobbiamo riprendere contatto con la fonte originaria, rompendo la

[77] Quello delle "guardi rosse" della rivoluzione cinese divenne il modello per i militanti del "servizio d'ordine" delle manifestazioni promosse dal movimento studentesco (a Milano erano chiamati "katanga" – con ulteriore riferimento alla guerra civile congolese).

[78] Fidel Castro – non va dimenticato – era stato allievo dei Gesuiti e si era formato sugli autori cattolici del Novecento europeo.

[79] Nell'ottobre 1967 Che Guevara moriva in uno scontro a fuoco coi militari boliviani. Nella primavera del 1967 era stato reso noto un suo appello ai rivoluzionari del mondo, dal titolo "Creare due, tre, molti Vietnam". Compito dei rivoluzionari, secondo Che Guevara, era affiancare il Vietnam con numerosi altri movimenti insurrezionali in tutte le aree del mondo, che garantissero la sconfitta dell'imperialismo statunitense. La morte di Che Guevara ne fece un simbolo della lotta contro ogni forma di oppressione. La sua tensione ideale divenne un esempio di utopia rivoluzionaria che contraddistinse la protesta studentesca europea alla fine degli anni Sessanta.

[80] Su questo, cfr. L. Ferry - A. Renaut, *Il '68 pensiero. Saggio sull'antiumanismo contemporaneo* (1985), trad. it. di E. Renzi, Rizzoli, Milano 1987.

cristallizzazione. La lava del vulcano si chiamerà "libido", "forze sociali latenti", "volontà allo stato puro": si tratterà comunque di reimmergersi in essa, superando l'alienazione, l'inautenticità, il conformismo. Si tratta di recuperare una immaginazione fontale (quell'immaginazione che va portata "al potere"), contro l'immaginazione alienata dalla cristallizzazione del "sistema".

3.2. Secondo questa mentalità, tutto ciò che ci appare originario, va genealogicamente ricondotto alla "cosa in sé" ("struttura" è il termine marxiano che la indica, e che poi anche altre aree di pensiero hanno adottato). La "decostruzione", che riconduce ogni pretesa veritativa a metafore fondamentali impensate e coattivamente autoimpostesi, è la versione derridiana della genealogia[81]. Niente è originario (la famiglia[82], addirittura la differenza sessuale[83], la stessa forma della logicità); tutto ha una genesi storica, e Michel Foucault (con i suoi corsi al *Collège de*

[81] Anche nel campo della Teoria del Diritto si è molto parlato negli ultimi vent'anni di "decostruzionismo". La decostruzione servirebbe a riportare alla luce tutti quegli aspetti repressi o rimossi che il discorso giuridico, come qualsiasi altro discorso, nasconde, e a rivederli criticamente. Al riguardo, si veda il volume del 1998 dell'Annuario Filosofico Europeo edito da Laterza, a cura di Jacques Derrida e Gianni Vattimo, dal titolo *Diritto, giustizia e interpretazione* (con interventi, tra gli altri, di Pier Giuseppe Monasteri e Duncan Kennedy) e il volume di Alberto Andronico, *La decostruzione come metodo. Riflessi di Derrida nella teoria del diritto*, Giuffré, Milano 2002, che evidenzia la presenza del "decostruzionismo" nei *Critical Legal Studies* (*CLS*). I *CLS* si sono sviluppati negli anni '70 a Harvard sulla spinta del volume di R. Mangabeira Unger, *Knowledge and Politics*, New York- London 1975. L'intenzione dei *CLS* era quella di mostrare che il diritto, anziché essere giusto e razionale è, in realtà, una forma ideologica, volta a garantire i fini politici ed economici delle società liberali. Ogni margine di discrezionalità prevista nella pratica giudiziaria, non sarebbe che uno spazio ulteriore previsto per l'arbitrarismo politico. Da parte del decostruzionismo giuridico – in tanto in quanto esso cerca "la vera struttura del discorso giuridico" - non è facile evitare la critica di sottintendere a sua volta quella pretesa di oggettività che esplicitamente vorrebbe destituire. Secondo la versione estrema – o "narrativa" – della teoria del diritto dei *CLS*, «il metro con cui giudicare delle interpretazioni giuridiche non può […] essere che quello del loro successo in quanto affabulazioni» e «non si può mai contrapporre la norma alla sua interpretazione, ma […] si possono contrapporre tra loro solo più risultati interpretativi» (cfr. P.G. Monasteri, *Correct our Watches by the Public Clocks. L'assenza di fondamento dell'interpretazione del diritto*, in Derrida- Vattimo, *Diritto giustizia e interpretazione*, pp. 205 e 202). Se questa impostazione sembra andare in direzione "nichilistica", va ricordato che anche all'interno del decostruzionismo esistono vie alternative al nichilismo. Per J.M. Balkin decostruzionismo è far valere la "giustizia": giustizia come continua richiesta e spinta verso il perfezionamento da esercitarsi nei confronti del diritto positivo. Michel Rosenfeld, invece, propone una "incorporazione del decostruzionismo da parte del diritto", il cui obiettivo è il raggiungimento di un "pluralismo" anche normativo, che porti all'annullamento delle gerarchie, con il conseguente riconoscimento dell'eguaglianza di tutte le concezioni del bene, purché esse accettino di essere considerate equivalenti a quelle a loro alternative.

[82] Foucault ne *Il potere psichiatrico* (1972- 74) descrive la famiglia tra "sovranità" e "disciplinarità sistemica".

[83] Donna Haraway (1944) è capo- scuola della Teoria *Cyb- Org*, che studia il rapporto tra scienza e identità di genere. Nel 1966 si è laureata in zoologia e in filosofia al *Colorado College*, mentre nel 1970 ha concluso un dottorato in biologia alla *Yale University*. Ha insegnato Teoria femminista e scienza tecnologica alla *European Graduate School* di Saas- Fee in Svizzera, e Teoria femminista e storia della scienza e della tecnologia nel dipartimento di "Storia della coscienza" dell'Università di Santa Cruz in California. Presso quest'ultima università è oggi professoressa emerita. Secondo la Haraway, la cultura occidentale è sempre stata caratterizzata da una struttura binaria ruotante intorno a coppie di categorie come uomo/donna, naturale/artificiale, corpo/mente. Questo dualismo concettuale non sarebbe simmetrico, bensì basato sul predominio di un elemento sull'altro (sulle donne, sulla gente di colore, sulla natura, sui lavoratori dipendenti, sugli animali).

France) diviene il genealogizzatore della cultura occidentale moderna. (Foucault politicamente è laterale, ma culturalmente è legatissimo al Sessantotto).

Ora, è ovvio che ha senso decostruire, solo se lo si fa in riferimento ad alcunché di non decostruibile, altrimenti l'operazione stessa del decostruire risulta delegittimata. Il problema è discutere del criterio di decostruzione: cioè del principio (quale sia quello vero, cioè quello implicito in ogni altro). Ma la *dialektiké* dei principi – cioè la "metafisica" – è proprio ciò che le filosofie in questione, programmaticamente tendono a non mettere a tema, rinunciando così a pensare sul serio.

3.3. Marxianamente, finché la reimmersione dalla condizione alienata non è avvenuta, non c'è libertà: la liberazione precede la libertà. Ma allora da dove viene la libera iniziativa che può portare alla liberazione? (è evidente il circolo vizioso, e quindi l'autocontraddizione, in cui una simile prospettazione incorre). La dislocazione della responsabilità individuale è uno dei tratti più appariscenti del sessantottismo ("è colpa della società"; "se non ci sono le condizioni sociali, allora è inutile impegnarsi individualmente"): nella società "divisa e alienata" non ci sono le condizioni per una autentica libertà d'iniziativa, per la tessitura di rapporti umani veri.

Le teorizzazioni che, in modo convergente, genealogizzano il "soggetto umano" riconducendolo a mera variabile sovrastrutturale, sono però – paradossalmente - quelle stesse che poi lo chiamano alla riscossa. Certo – spiegherà Foucault - , lo chiamano alla riscossa come "individuo", e non come soggetto umano universalmente inteso. Qualcuno ha parlato al riguardo di un "antiumanesimo individualista"[84].

La iper- integrazione nel sistema che ha segnato la biografia di molti ex- sessantottini si rivela, infine, coerente – piuttosto che incoerente – con le premesse strutturaliste delle teorie cui essi si erano affidati per interpretare la realtà[85]. Paradossalmente l'attuarsi del "dominio reale del capitale" - espressione usata da Marx nel I Libro del *Capitale* e poi enfatizzata dalla Prima

[84] Il riferimento è al volume: L. Ferry – A. Renaut, *Il '68 pensiero*, Conclusione.

[85] "*Credevamo di cambiare il mondo, e il mondo ci ha cambiato annoi*". La battuta semidialettale di uno dei protagonisti del film *C'eravamo tanto amati* (Ettore Scola, 1974) si riferisce alla generazione della "resistenza", ma è certamente più adatta a descrivere l'iter di molti protagonisti del Sessantotto.

Internazionale, e riproposta in senso lato e più di recente da Jacques Camatte[86] - ha avuto in molti protagonisti del '68 dei complici e degli artefici (a ben vedere, tutt'altro che incoerenti).

3.4. La stessa partita sull'immaginazione è stata giocata male, partendo da un equivoco gnosticheggiante; cioè sottintendendo il prevalere dei diritti della immaginazione su quelli della razionalità. Eloquente in proposito lo slogan: "siate realisti, chiedete l'impossibile". Una immaginazione (gnosticamente) emancipata dal principio di non contraddizione; a tal punto da diventare evasione dalla realtà: evasione che porta all'uso di LSD, hashish, o anche alla ricerca dell'esotico fine a se stesso (molte improvvisate, e spesso provvisorie, "conversioni" alle religioni orientali – dal buddismo, all'induismo, all'islàm – hanno, negli anni successivi al '68, un significato di quel genere).

Quando invece l'immaginazione è intesa come capacità di dare spazio alla vita progettuale, ma all'interno dell'ambito del trascendentalmente possibile (capacità dunque di "tentare il possibile", senza scorciatoie o evasioni), allora essa è la più piena espressione della razionalità.

C. ESITI DEL SESSANTOTTO CHE POSSIAMO SPERIMENTARE OGGI

1. Certamente il Sessantotto ha iniziato a tradurre in pratica la liberalizzazione sessuale – auspicata da molti suoi "profeti" – che vede ad essa connesso l'esplicitarsi del potere di iniziativa femminile in campo sessuale. Ora, la desublimazione che ne è conseguita ha esercitato un potere paradossalmente repressivo: "fare l'amore" vorrà dire non "fare la guerra", ma – se è per quello - nemmeno la "rivoluzione". Comunque, anche al di là del mito rivoluzionario, una desublimazione radicale indubbiamente disattiva la propensione alla critica e all'impegno sociale. Questo era un rischio già per altro indicato - come abbiamo visto - dalla stessa Scuola di Francoforte, prima che da Pasolini, che ne parlava sotto la cifra (già marcusiana) della "tolleranza repressiva" [87].

Più al fondo, l'identificazione del desiderio col semplice bisogno libidico è un elemento equivoco, che molte delle teorie sopra richiamate non avvertivano. Al contrario, un autore che avrebbe conosciuto le sue maggiori fortune dopo e anche in forza del Sessantotto - Jacques Lacan - avverte che il desiderio non gioca il gioco della libido sessuale; ne è anzi "giocato". Esso non ha

[86] Cfr. K. Marx, *Il Capitale*, Libro I, Sez. IV, cap. 14. Cfr. J. Camatte, *Capital et Gemeinwesen*, Spartacus, Paris 1978.

[87] Si pensi, al riguardo, alle formidabili considerazioni contenute in: P.P. Pasolini, *Scritti corsari*, Garzanti, Milano 1975 e Id., *Lettere luterane*, Einaudi, Torino 1976.

di per sé accesso alla parola, e non sarà la liberalizzazione dei costumi o la promiscuità sessuale a dargliela. Il desiderio è desiderio dell'Altro - che non è ultimamente il partner sessuale.

2. Lo spontaneismo che – con le giustificazioni teoriche di cui sopra – porta alla lotta inter-generazionale, intesa come lotta di classe, è il frutto di una rottura enfatizzata rispetto alla tradizione e quindi rispetto all'autorità (oggettiva e soggettiva). La giusta e fisiologica contestazione del tradizionalismo e il giusto vaglio critico della tradizione, si trasformano nella pretesa abolizione della tradizione. Identica e indebita assimilazione viene fatta tra autoritarismo e autorità. Insieme al giusto superamento di barriere ingiustificate e di formalismi anacronistici, si è prodotta la pretesa di una – per così dire – "democraticizzazione trascendentale" delle relazioni.

Il fatto è che la democraticizzazione trascendentale delle relazioni umane è radicalmente ingiusta, in quanto omologa i rapporti nel segno della reciprocità simmetrica. Invece, la reciprocità prevede la simmetricità, solo se il rapporto è tra pari: e questo non può darsi tra genitore e figlio, tra docente e discente, tra medico e paziente. Qui – in ambito educativo, formativo, ma anche terapeutico - ha ragione di esserci un rapporto fondato sulla alleanza, non sul contratto.

Del resto, il principio fondamentale della "autorità oggettiva" – quella cui ogni vera autorità soggettiva è introduzione – è che il "che" precede il "perché", inevitabilmente. Occorre prima essere introdotti nella vita secondo una ipotesi di senso, e solo dopo si potrà operarne una critica. E lo si potrà fare, solo dopo che l'educazione avrà fatto emergere nel soggetto i criteri che gli possano consentire un confronto critico[88].

L'ostilità alla tradizione sarebbe sfociata – nei decenni immediatamente successivi al '68 – nell'odio verso l'"occidente", inteso come categoria dello spirito. L'antioccidentalismo che tuttora l'occidente coltiva nel proprio seno si è alimentato a varie fonti teoriche provenienti dalla prima metà del Novecento; ma non avrebbe avuto l'espansione popolare e politica che ha avuto, senza il Sessantotto.

3. L'insistenza scriteriata sulla plasticità della libido e lo sganciamento dell'immaginazione dal raziocinio hanno indotto nel sentire diffuso – specie in ambito anglosassone - la convinzione

[88] Non è un caso che l'antiautoritarismo, divenuto opposizione alla autorità in quanto tale, abbia condotto in molti protagonisti del Sessantotto a forme – barbariche – di intolleranza, di arbitrarismo, di disprezzo della prassi democratica. Esito emblematico: il Sessantotto ha in diversi casi prodotto – almeno nell'università italiana – forme di "baronia" e di gestione verticistica del potere, anche più arroganti di quelle tradizionali.

che di natura umana non abbia senso parlare[89], che le semplici propensioni individuali siano fonte di diritto soggettivo – fino alla pretesa di una plasmazione - fluida e revocabile – della stessa identità sessuale[90].

CONCLUSIONE

Che cosa si può sicuramente salvare del Sessantotto? Rispondo: la capacità di dire insieme di "no", quando va detto. Con la clausola di cercare insieme - un istante dopo - le ragioni di quel "no", cioè le ragioni del "sì", di cui quel "no" può essere solo un corollario.

E in quel che dico non c'è nulla di celebrativo. Credo che, di fronte alla inquietante "normalizzazione" del ruolo dell'università rispetto a una "divisione del lavoro" predisposta altrove, siamo oggi drammaticamente alle soglie di un nuovo movimento, che sicuramente – se vorrà avere senso ed efficacia - dovrà assumere modalità espressive diverse rispetto a quelle a suo tempo sperimentate e cercare di approfondire in senso costruttivo, e non meramente polemico, le ragioni della propria contestazione.

[89] Su questo punto, restano esemplari per chiarezza e persuasività le riflessioni condotte da Terry Eagleton in: *Le illusioni del post- modernismo*, trad. it. di F. Salvatorelli, Editori Riuniti, Roma 1998.

[90] La pretesa di una decostruzione genealogica del binarismo sessuale, viene veicolata sotto l'etichetta di "*Gender Theory*".

TOMASO E. EPIDENDIO

Il ’68 e il diritto. L’onda lunga di una rivoluzione[91]

1. Introduzione.

Il tema di questo incontro è: “Il ’68 e il diritto. L’onda lunga di una rivoluzione”.

Nel linguaggio giornalistico l’espressione “onda lunga” indica le ripercussioni che un fatto o un evento può avere in luoghi (temporalmente) distanti.

Credo che, nell’ambito delle iniziative rammemorative del cinquantennale del sessantotto, il sottotitolo fornisca una buona indicazione metodologica nell’analizzare il significato storico che il fenomeno del ’68 ha oggi per il diritto a cinquant’anni dal suo insorgere. Ancor più proficua questa indicazione, se si tengono presenti le peculiarità del “**Sessantotto italiano**”, messe in luce da alcuni storici, che lo caratterizzano come fenomeno di lunga durata.

Non credo del resto – per dirla con le parole di un autore di lingua spagnola che quella stagione ha vissuto in prima persona – che sia di alcun interesse “**ricostruire una storia dagli esiti**”: sarebbe facile, invero, condurre un’analisi critica partendo dai fallimenti di quella storia, per poi dividersi inevitabilmente su una vacua diatriba circa le contraddittorie cifre (antiautoritarismo e dogmatismo ideologico, pacifismo e predisposizione alla violenza terroristica, superamento di modelli borghesi di relazioni interpersonali e di genere e “machismo” mascherato) che hanno caratterizzato globalmente il movimento o sugli aspetti qualificanti che questo ha avuto in Italia.

Ancor meno interessante è poi questo approccio quando la finalità è quella che ci si prefigge in questa sede, esaminare cioè quello che il fenomeno ha significato e significhi per il “diritto”, qui inteso evidentemente in senso oggettivo.

Trovo, invece, molto più interessante, specie nella prospettiva del rapporto tra il fenomeno culturale e sociale e il diritto, “**cogliere le provocazioni di un passato che ritorna trasformato**”, osservare le linee (le “onde”) che sono giunte più lontano, così lontano da farne smarrire l’origine e far sì che, essendosi persa la consapevolezza del loro punto sorgivo, si diventi facilmente strumenti passivi di forze storiche il cui operare sembra nascosto dall’accettazione acritica delle

[91] Aula Magna del Palazzo di giustizia di Milano. Milano, 1° dicembre 2017.

loro penetrazione nel quotidiano – e, con riferimento al diritto, nel quotidiano esercizio della giurisdizione –, dove appaiono smorzate nella **banalità** di un **pensiero unico** che diventa pervasivo e si presta ormai a **opposti utilizzi ideologici**, talvolta contrastanti con quelli originari, senza perdere, però, il loro genetico **carattere "rivoluzionario"**, così da determinare una **destabilizzazione silente del sistema**, che considero non meno pericolosa dei tentativi eclatanti e violenti cui si è assistito in quegli anni ormai lontani.

Procederò quindi attraverso l'individuazione di due principali direttrici attraverso le quali le conseguenze del Sessantotto riverberano fino ai nostri giorni, corrispondenti a quelli che potremmo definire il Sessantotto **"contro"** il diritto e il Sessantotto **"nel"** diritto per concludere con un esempio paradigmatico di questa onda lunga, attinto dalle prime esperienze giudiziarie della recente cd. "riforma Orlando" del diritto penale.

2. Il Sessantotto "contro" e "nel" diritto: giustizia riparativa e uso alternativo del diritto.

In rapporto al diritto, mi sembra infatti che si possano individuare due principali direttrici attraverso le quali il fenomeno del Sessantotto si ripercuote nell'oggi della pratica giudiziaria: una che si potrebbe definire il "Sessantotto **contro** il diritto"; l'altra che potremmo chiamare "Sessantotto **nel** diritto".

2.1. Abolizionismo penale e giustizia riparativa.

La prima, più studiata, è quella che origina dalla matrice di "**violenza terroristica**" nella quale è confluita la conflittualità sociale (generazionale, di classe e politica) del periodo del Sessantotto: una **rivolta** contro il **diritto costituito**, del quale spesso venivano però mutuate le espressioni (sequestro proletario, processo del popolo), una rivolta violenta che si è tradotta in un pesante e drammatico tributo di sangue, versato anche nella magistratura.

La ricostruzione storica di quel tragico periodo vanta un'abbondante letteratura, ma nell'oggi, oltre allo strascico di dolore che si è portato dietro (nelle persone coinvolte e nella coscienza dell'intero Paese) , da un lato mette in questione il **rapporto tra il reo e la vittima** con particolare riguardo al ruolo di quest'ultima nel processo penale, dall'altro, la **funzione della pena rispetto al decorrere del tempo,** sia nel caso in cui la pena sia ritardata nell'esecuzione a causa di

lunghi periodi di latitanza e di costruzione di una "nuova vita" all'estero (pensi al cd. **caso Battisti),** sia in relazione al **fenomeno del "pentitismo"** nel mondo della lotta armata e della eversione, dove talvolta la dissociazione è accompagnata da altri fenomeni, non esclusa la conversione religiosa (significativo in proposito è il **cd. caso Marco Barbone**), ciò che si è tradotto nell'attualità in quel vero e proprio modello di "**significante vuoto**", nel senso che di qui a breve preciseremo, che va sotto il nome di "**giustizia riparativa**".

Si tratta di una direttrice che forse, proprio perché più dissodata e già al centro di una riflessione pienamente consapevole, anche recente, potrebbe essere meno utile approfondire in questa sede, anche se alcune brevi parole sembra che debbano comunque essere spese, proprio per evitare che determinati istituti si consolidino per il solo fatto di essere conformi alla "moda giuridica" del momento.

Per questo vorrei consigliare – per essere meno note di altre e per appartenere a un particolare tipo di riflessione filosofica, certamente meno specificamente giuridica, ma anche tale da non prestarsi a banali omologazioni ideologiche – due brevi letture, in realtà ben anteriori al Sessantotto, ma che hanno, a mio avviso, un valore attuale incredibilmente illuminante sul rapporto tra la giustizia, la violenza (statuale e del singolo) e il diritto: il saggio di Walter Benjamin *Zur Kritik der Gewalt* ("Per la critica della violenza"), pubblicato nel 1921, e l'ancor più insolito saggio di un altro pensatore ebreo di lingua tedesca, amico del primo, Gershom Scholem, intitolato *Über Jona und den Begriff der Gerechtigkeit* ("Su Giona e il senso della giustizia"), risalente agli anni 1918- 1919. Si tratta di due scritti che, nati nella temperie di un epoca traversata da anarchismo, marxismo e imminenti derive totalitarie, rivelano una profondità visionaria insuperata nel denunciare la natura violenta del diritto, lo" stato di eccezione" che mette sempre in crisi la sua legittimazione e lo espone al continuo rischio di una "sospensione del diritto", per garantire una pretesa di giustizia, tanto assoluta quanto mai completamente conseguibile; da qui la necessità ineludibile del giudizio e della sanzione, la cui giustizia è colta, invero più dal secondo che non dal primo, nel possibile (e in qualche misura necessario) differimento della sua esecuzione per garantire in ogni momento una sempre presente possibilità ravvedimento, che non spetterebbe all'uomo negare.

Mi permetto, dunque, solo di sottolineare alcuni elementi che mi sembra non sia stati sempre evidenziati con la dovuta chiarezza.

Infatti, lungo questo complesso percorso – che, partendo dalla ribellione al diritto più apertamente violenta e drammatica, apre una riflessione sulla possibilità di recupero della persona e sull'incidenza del decorso temporale sulla pena, fino a porre a tema lo stesso significato ultimo del processo penale e richiamare il ruolo che la vittima può giocare e gioca rispetto al dovere di punire, tema quasi ancestrale – sembra affermarsi una **tendenza occultamente "abolizionista" della pena**, vista non più come "sanzione", ma come "**percorso**", da garantire non solo attraverso "**interruzioni**" dell'esecuzione (conseguibili con i vari benefici penitenziari), ma anche per mezzo di "**sospensioni**" (si pensi alle forme generalizzate di *probation* di recente introduzione) o addirittura attraverso la **rinuncia statuale alla punizione** (si pensi alla condizione di non punibilità per particolare tenuità del fatto).

Si tratta di un complesso intreccio nel quale le **scelte legislative** paiono **doppiamente etero-dirette**: da **istanze sovranazionali** – espresse per lo più in **via giurisprudenziale** dalla Corte di Strasburgo in ambito convenzionale e dalla Corte di Lussemburgo in relazione all'appartenenza dell'Italia all'Unione europea – e dalla persecuzione politica di **finalità diverse da quelle tecnicamente proprie degli istituti** disciplinati, ciò che è destinato a generare sempre più confusione e sconcerto nell'altalenante susseguirsi di opposte discipline originate da ineliminabili contraddizioni di fondo.

Ad esempio, sotto la spinta della giurisprudenza di Strasburgo si è assistito all'innalzamento dei limiti di pena necessari per adottare la **custodia cautelare in carcere** e a incrementare le citate forme di *probation* e benefici penitenziari, per risolvere un problema *de facto*, come il **sovraffollamento carcerario**, dovuto all'incapienza strutturale delle carceri: di fronte agli inconvenienti generati da questa metamorfosi – per la quale problemi di fatto si trasformano in problemi di diritto – si è poi assistito all'elevazione, sino a livelli quasi impensabili, della pena minima di determinati reati, ciò per consentire l'applicazione della custodia in carcere a fronte dello sconcerto suscitato dalla sua inapplicabilità in casi di clamore pubblico. In tal modo, per una sorta di eterogenesi dei fini, si sono generati ulteriori e altrettanto gravi problemi di proporzione della pena in relazione alla compressione della possibilità di una sua conformazione giudiziale alle

caratteristiche esibite dalla concretezza dei singoli "casi vivi". Analoghe considerazioni potrebbero essere sviluppate in relazione a un altro istituto critico, come quello della **prescrizione**.

È difficile, in queste complesse trasformazioni, distinguere tra loro le diverse posizioni, che spesso si presentano, almeno agli occhi dell'operatore pratico, confuse in una sorta di notte hegeliana in cui tutte le vacche sono nere.

Infatti, alcune riflessioni possono essere ricondotte alla legittima aspirazione ad attuare forme progressive di **"umanizzazione" della pena**, restando però nella consapevolezza della dimensione materiale e non idealistica nella quale il diritto penale è chiamato a operare, così da impegnarsi in un'opera di costruttiva critica alla concezione della **pena detentiva** come rimedio per tutti i mali e sviluppare un'ampia **diversificazione della tipologia** delle risposte sanzionatorie, attraverso una particolare attenzione rivolta anche all'incidenza del **tempo** sulla reazione ordina mentale a condotte deviante, reazione che dovrebbe sempre rispondere a criteri di **idoneità, necessità e proporzione**, secondo i principi di quello che è stato chiamato un "**diritto penale minimo**".

Altre posizioni, invece, sembrano lasciar trasparire le vene di un **moralismo redentore senza "sacrificio"**, che vede riunirsi, in una per certi versi paradossale unione, frange della cultura cattolica, dell'anarchismo di ogni parte e della sinistra riformatrice, le quali, proprio in virtù di una tendenza nascostamente e, forse, inconsciamente abolizionista della pena, tendono a **ridurre il processo al mero accertamento**, affidando alla "**verità processuale**" l'unico valore etico (per la società) e morale (per il singolo) del diritto penale, non senza le **contraddizioni** generate dall'abbandono delle antiche pretese del **processo inquisitorio**, per sposare l'impostazione di un **processo accusatorio**, ispirato a quella *sporting theory* della verità processuale, per la quale lo statuto aletico di tale cosiddetta "verità" appare fortemente ridimensionato.

Il progetto sembra quello di arrivare a un **giudizio senza pena**, che – per funzionare e legittimarsi, quasi a lavare la cattiva coscienza di uno squilibrio che non riesce a sopprimere del tutto l'emersione di una **"sentimento di ingiustizia" latente** – riscopre, quasi in un regresso verso le ancestrali origini del diritto, dimentico della sua genesi, il ruolo della **vittima** in un giudizio che si afferma nella prospettiva della sostituzione della **"pena"** con la "**riconciliazione**", che dovrebbe sublimarsi nel "nuovo" **concetto di "giustizia riparativa"**, vero e proprio "mantra" delle

discussioni sulla pena degli ultimi tempi, su cui avremo occasione di ritornare alla fine di questo intervento con un piccolo esempio tratto dalla recente riforma Orlando.

Il rischio – ed è un rischio particolarmente grave – è quello di enfatizzare, per reazione, un **populismo penale "forcaiolo"** che, in un prossimo futuro, potrebbe far regredire il diritto penale, dopo le molte conquiste di civiltà giuridica che hanno caratterizzato il secolo passato, verso nuove e inedite forme di "**barbarie penale**".

A questa volgare barbarie potrebbe contribuire – in pericolosissima sinergia e fornendo le mentite spoglie di un approccio apparentemente sofisticato e più "moderno" – quella generale **concezione "economicista" della pena**, per la quale essa non risponderebbe più alle tradizionali **funzioni di retribuzione del male "fatto", di prevenzione (generale o speciale) di "condotte umane" o di recupero sociale delle "persone" autrici di crimini**, ma svolgerebbe semplicemente una **funzione di neutralizzazione razionale** di un "**costo" sociale**, per evitare il quale ogni mezzo può essere giustificato, quando il soggetto (considerato per questo "mostruoso") non risponda a criteri di razionalità economica delle proprie scelte, in termini di costi e benefici: si pensi, in questa prospettiva, alla perdurante presenza della **pena di morte** nei Paesi che, paradossalmente, hanno rappresentato la culla dei diritti fondamentali, o alla preoccupante insistenza con la quale ritornano proposte politiche di ricorso a pratiche, quali la **castrazione chimica** o altre misure non meno aberranti, invocate per come unico rimedio per neutralizzare il "mostro".

Tutto questa mi sembra in gioco quando si voglia rendere totalizzante una concezione come quella della giustizia riparativa, ma mi sembra che di questa posta si parli ben poco nel dibattito giuridico, benché molti segnali emergano già con evidenza.

2.2. Uso alternativo del diritto.

L'altra direttrice lungo la quale corre l'onda lunga del Sessantotto è quella che potremmo riportare alla formulazione, parzialmente ossimorica, della "**rivoluzione riformista**", una tendenza cioè che intende operare il cambiamento rivoluzionario dall'interno delle istituzioni e che può essere utile modellare sull'esperienza del **Convegno**, organizzato a **Catania** nel **1973** da **Pietro Barcellona**, esperienza poi confluita nella raccolta di saggi dal medesimo curata e

significativamente intitolata "L'**uso alternativo del diritto**" (suddivisa nei due volumi su "**Scienza giuridica e analisi marxista**" e su "**Ortodossia giuridica e pratica politica**", sottotitoli altrettanto significativi).

Questa è, a mio avviso, la direttrice più sotterranea, ma non per questo meno dirompente dell'eredità lasciata dal Sessantotto, forse la più insidiosa, perché pone in questione il rapporto tradizionale – su cui si è fondata sino ad ora la struttura dello Stato post- westfaliano – tra **il giudice e la legge**, attraverso formule e strategie di azione che esibiscono una abile retorica che, davvero, si può dire, con la felice espressione del pensatore argentino ed esperto di "populismi" Ernesto Laclau, rappresenti le fondamenta della società che si vanno costituendo.

La formula "uso alternativo del diritto" sembra particolarmente felice perché ha una **doppia valenza retorica**.

Da un lato, con **l'aggettivo "alternativo"** occulta e sdrammatizza la proposta di un uso "politico" del diritto che, attraverso sottili slittamenti di senso, rende agevole e quasi inavvertita la transizione verso un **uso alternativo non** più del **"diritto", ma** della **"giustizia**", intesa come macchina giurisdizionale sempre più svincolata dalla legge e sempre più portatrice di istanze politico- assiologiche.

Dall'altro, la formula si presta a svolgere perfettamente il ruolo di quello che, sempre seguendo la terminologia del citato Ernesto Laclau, possiamo definire un "**significante vuoto"**, cioè un significante che può essere riempito di contenuti eterogenei e che, attraverso tale indeterminatezza, si presta a diventare facile **strumento egemonico** di **rivendicazione identitaria** a mezzo di un **sistema non rigoroso di equivalenze** tra posizioni altrimenti **antagoniste**.

In altre e più semplici parole, sull'uso alternativo, e cioè politico, del diritto possono convergere gli esponenti di qualsiasi ideologia, ciò che spiega perché abbia rappresentato uno strumento allettante che è sopravvissuto al crollo dell'idelogia sessantottina in senso stretto.

Il fenomeno si può dire avviato dall'esperienza storica dei cd. **Pretori d'assalto** e dalle loro ardite ermeneusi e applicazioni ricche di valenze politico- ideologiche. La fortuna della formula Pretori d'assalto, infatti, risale a un articolo di Gino Giugni che – a fronte di provvedimenti pretorili secondo i quali tra le condotte antisindacali sanzionabili attraverso misure interdittive e

ordini innominati o a forma libera, di cui all'art. 28 dello Statuto dei lavoratori, dovevano essere ricompresi i licenziamenti di ritorsione o di discriminazione intesi a colpire la libertà e l'attività sindacale – aveva affermato che la "sua" legge non prevedeva affatto che l'art. 28 potesse essere invocato a tutela contro i licenziamenti di semplici operai non sindacalisti, giusto il tenore letterale del seguito della legge. Il padre dello Statuto dei lavoratori – che di lì a pochi mesi avrebbe cambiato opinione su questa sua affermazioni, si sentì rispondere che i giovani Pretori oggetto delle sue critiche si identificavano secondo un motto di inimmaginabile provenienza militare; il motto recitava "noi che prendiam d'assalto come trincea la vita". Nel dibattito politico allora in voga secondo il quale i giovani pretori volevano praticare una via giudiziaria al socialismo, la inaspettata citazione tratta dalla storia del paracadutismo italiano suscitò tale sorpresa che qualche giorno dopo uscì sul quotidiano Repubblica nelle pagine centrali, un articolo, appunto di Gino Giugni, titolato "I Pretori d'assalto". Le materie originarie di elezione di questo approccio, costituite dal **diritto del lavoro** e dal **diritto urbanistico e ambientale**, sono state parzialmente abbandonate e il fenomeno sembra essersi generalizzato fino a coprire i settori tradizionalmente più rigidi e conservatori del diritto, rappresentati dal **diritto** e dalla **procedura penale**.

Il successo storico e la ragione dell'effetto "montante", anche se per lo più inconsapevole o inavvertito, del fenomeno dell'"uso alternativo" del diritto sono dovuti, peraltro, anche ad **elementi contingenti**, alcuni **esterni** e altri **interni** al Sessantotto e che, uniti ad esso, hanno però prodotto l'esito rivoluzionario più riuscito di quella stagione, le cui **conseguenze destabilizzanti per il sistema** non sono state probabilmente oggetto di un'adeguata riflessione.

Quali dunque questi **fattori concomitanti** che hanno fornito al fenomeno sessantottino questo effetto montante?

A mio avviso essi sono riconducibili a **tre nuclei principali**:

- La cd. "**rivoluzione ermeneutica**". Si tratta, forse e meglio, di quella sua volgarizzazione che, attraverso un uso spregiudicato delle nozioni di "**pre- comprensione**", di "**circolo ermeneutico**", di "**decostruzione**" dei testi ha finito per fornire legittimazione teorica e far assurgere a una sorta di credo dogmatico incontrovertibile la convinzione – assai discutibile per gli

stessi linguisti, se non palesemente erronea – che l'interprete sia libero di fronte al testo (diventato legge o "enunciato normativo"), attraverso la cui "decostruzione", egli può attribuire i significati ("norme") meglio confacenti alla sua volontà (*id est*, del giudice interprete e applicatore).

La valenza di questa svolta era stata, del resto, già sancita qualche anno prima del Sessantotto, al **XII congresso nazionale dell'Anm, tenutosi a Gardone nel settembre 1965**, nella cui mozione finale, approvata all'unanimità, si sancisce il rifiuto della "*concezione che pretende di ridurre l'interpretazione ad una attività puramente formalistica indifferente al contenuto e all'incidenza concreta della norma nella vita del Paese*", per rilevare che "*il giudice, all'opposto, deve essere consapevole della* ***portata politico- costituzionale*** *della propria* ***funzione di garanzia****, così da assicurare,* ***pur negli invalicabili confini della sua subordinazione alla legge****, un'****applicazione*** *della norma* ***conforme alle finalità fondamentali volute dalla Costituzione***".

Già si comprende il gioco ossimorico dei "significanti vuoti" di queste espressioni, nelle quali si cerca una impossibile equivalenza tra istanze antagoniste: portata politica della funzione e subordinazione alla legge unite dalla mediazione di una generica "funzione di garanzia" (maggioritaria, antimaggioritaria, politica, tecnico- giuridica?) che si risolve nella tranquillante conclusione di "applicazioni" (non interpretazioni in cui possono affermare proprie scelte) che, pur tuttavia, deve essere "conforme" a non meglio specificate finalità fondamentali volute dalla Costituzione (quali sono i criteri per definire "fondamentali" le finalità costituzionali, quali i criteri per individuare, se mai esiste, la "volontà" della Costituzione): da qui all' "**interpretazione conforme a Costituzione**" e poi **alla CEDU** e poi **al diritto comunitario**, il passo è evidentemente breve e se ne capisce la centralità e la tensione generata nel sistema.

Questa è la fonte primigenia, a mio avviso, dell'attuale **crisi del principio di legalità** anche nelle sue materie di elezione, come quelle **penali,** dove assume valore tendenzialmente assoluto (si pensi ad esempio alla sentenza delle SU penali della Corte di cassazione relative all'aggravante dell'ingente quantità di stupefacenti, che trasforma il criterio variabile- qualitativo (ingente quantità) stabilito dal legislatore, in un criterio numerico fisso). Su un piano più generale sembra significativo l'affermarsi di teorie, talvolta tradotte in sentenze anche della Corte costituzionale, e che appaiono più o meno inconsapevolmente figlie di quella rivoluzione, circa il rilievo non più

della *ratio*, ma addirittura della **"motivazione" della legge**, così che assumono valenza decisiva, per affermare la legittimità di interventi normativi, studi preparatori o schede tecniche degli uffici parlamentari, documenti che assumono perciò rilievo autonomo o integrativo della legge e non più, come avveniva tradizionalmente, meramente confermativo- argomentativo di un significato che comunque doveva essere desumibile dall'enunciato legislativo, del quale aiutavano a individuare la *ratio*. Sotto altro profilo il fenomeno della rivoluzione ermeneutica e della contestuale crisi del principio di legalità, si sta manifestando sotto il progressivo istituzionalizzarsi di un vero e proprio **diritto giurisprudenziale**, non solo di origine sovranazionale o costituzionale, ma addirittura della giurisprudenza comune. Si pensi alle recenti riforme sulla **valenza degli orientamenti delle SU:** in campo penale, con l'introduzione del **comma 1- *bis* nell'art. 618 c.p.p**., ad opera della legge n. 103 del 2017, in campo civile, attraverso la modifica dell'**art. 374 c.p.c.** ad opera del decreto legislativo n. 40 del 2006).

- Il progredire del "**linguaggio dei diritti**". Si tratta di qualcosa di diverso e di ulteriore rispetto a quanto già emerso, soprattutto nel dibattito costituzionale, in relazione alle cosiddette diverse **"stagioni" dei diritti** (politici, civili, individuali, sociali e, adesso, addirittura dei viventi o del pianeta) o alla cosiddetta **formula del "diritto di avere diritti",** da ultimo portata avanti da Rodotà, deformando l'idea originaria di Anna Harendt (come altrettanto recentemente illustrato da G. Zagrebelski).

Con l'espressione "linguaggio dei diritti" intendo, invece, riferirmi a quella trasformazione epocale intervenuta nel modo di argomentare i provvedimenti giudiziari, in forza del quale la decisione è selezionata in base alla soluzione che meglio soddisfi determinati diritti, anche prescindendo e superando contenuti testuali che vi si oppongano, così che i cosiddetti "diritti" – in realtà, uno tra quelli in gioco, che viene privilegiato in base a valutazioni politico- assiologiche spesso neppure esplicitate – ha fornito i contenuti della volontà giudiziale da affermare, attraverso l'uso alternativo del diritto, in senso rivendicativo di diritti sempre più estesi (secondo, appunto, le cd. varie "stagioni dei diritti") e che, da ultimo, possono sono arrivati a comprendere la categoria dei "**diritti- desiderio**", particolarmente confacenti a una concezione edonica e utopistica della politica alla quale il Sessantotto sembra tutt'altro che estraneo.

Si pensi, ad esempio, al modo in cui da settori specialistici che maggiormente si prestano a rivendicazoni di diritti civili e sociali (i già menzionati settori del diritto del lavoro, del diritto ambientale, del diritto di famiglia, ecc…) il linguaggio dei diritti si sia progressivamente generalizzato per essere usato al fine fondare soluzioni ermeneutiche di quotidiani e generali problemi procedurali, anche in settori coperti da riserva tendenzialmente assoluta di legge come , ad esempio, avvenuto per gli orientamenti adottati dalle SU penali sull'utilizzo delle dichiarazioni dei testi assenti o sulla possibilità di rivalutare in sede impugnatoria le prove dichiarative, per dare attuazione a diritti convenzionali dell'imputato affermati dalla Corte di Strasburgo.

- La **carica anti- autoritaria.** Si tratta cioè di quella transizione, innescata dal movimento sessantottino, che tramuta e trapassa con facilità dalla carica **contro le istituzioni** a quella **contro il principio di autorità e di gerarchia**, che può quindi operare anche **all'interno delle istituzioni**, cioè contro il principio di gerarchia e autorità nelle istituzioni, i cui rapporti sono quindi preferibilmente regolati da altri principi (non gerarchici o autoritativi), quali la **competenza**, il **dialogo**, le **retroazioni multi- livello**.

Tutto ciò che ha favorito l'espansione di alcuni istituti che ormai costituiscono il pane quotidiano della pratica giudiziaria, quali la **disapplicazione** di atti amministrativi o la **inapplicazione** di norme nazionali per contrasto con il diritto comunitario, ma anche – è più in generale – un rifiuto del principio di gerarchia che si traduce nella **"crisi"** della **teoria delle fonti** e dei **rapporti intergiurisdizionali**, ulteriormente favorita e complicata dall'irruzione delle cd. fonti sovranazionali, sia convenzionali (**CEDU**), sia ordinamentali (**Unione europea**).

Sembrano costituire epifenomeni di questa crisi le sempre più frequenti "ribellioni" o vere e proprie "**guerre tra Corti**", sia dei giudici di merito verso la Corte di cassazione, dei giudici comuni verso la Corte costituzionale, di quest'ultima contro la Corte di Strasburgo o quella di Lussemburgo, come recentemente esemplificato dal noto "caso Taricco" sulla prescrizione dei reati in materia IVA. Sotto altro profilo, questa carica ha favorito quelle operazioni sviluppate contro il cd. "**mito del giudicato** e della **certezza del diritto**", in forza delle quali, ad esempio, a testo giuridico immutato le SU hanno operato vere e proprie rivoluzioni in merito alla possibilità di superare il giudicato in materia di sanzioni penali

3. L'onda lunga del Sessantotto nelle recenti riforme: l'estinzione riparativa del reato.

Un piccolo esempio, apparentemente innocuo, tratto dalla recente riforma Orlando del processo e del diritto penale, mostra bene, secondo me, come siano all'opera le forze che ho appena esaminato, facendo convergere in sé tutte (o quasi) le linee del discorso sino ad ora tratteggiato più in astratto.

Con la legge n. 103 del 2017, infatti, riprendendo una innovazione contenuta nel progetto della Commissione Fiorella, si è introdotta una generale **causa di estinzione del reato per condotte riparatorie**.

In particolare, l'art. 1, comma 1, della l. n. 103 del 2017, ha introdotto – dopo le norme sull'oblazione nelle contravvenzioni (segnatamente dopo l'art. 162- *bis*, concernente l'oblazione nelle contravvenzioni punite con pene alternative) e prima delle norme sulla sospensione condizionale (di cui agli artt. 163 e ss.) – l'art.162- *ter*, secondo cui, essenzialmente, nel caso di **reati procedibili a querela rimettibile**, il giudice, **sentite le parti e la persona offesa**, dichiara l'**estinzione del reato** se l'**imputato** ha **riparato integralmente il danno** cagionato dal reato prima della **dichiarazione di apertura del dibattimento**.

L'istituto è stata immediatamente iscritto a quel modello significante che sopra abbiamo definito della **giustizia riparativa**, accompagnato dai vari peana per i quali l'estinzione del reato, in presenza di condotte riparatorie, risponderebbe al proposito di rafforzare appunto l'idea di giustizia riparativa, con l'attribuzione al **procedimento penale** di una **funzione conciliativa** tra autore e vittima del reato, tutto ciò in un'ottica di attuazione del **principio di sussidiarietà del diritto penale**, in base al quale la pena non deve essere applicata se gli scopi di prevenzione possono essere raggiunti con altri strumenti meno afflittivi.

Tuttavia, a ben guardare l'istituto e il suo *nomen* è usato appunto come un significante vuoto, attraverso il quale aggregare consenso, ma in realtà aperto a contenuti differenti e contrastanti con l'istanza conciliativa, in particolare da preoccupazioni deflattive del carico processuale che, per come è strutturata in concreto la causa di estinzione, contrastano con la ricordata funzione conciliativa.

La causa estintiva, infatti, si applica ai soli **reati perseguibili a querela rimettibile**, per il caso in cui non sia stata rimessa: l'istituto ha, perciò, il significato di superare la volontà della vittima che non accetti il risarcimento, posto che, in caso contrario, sarebbe sostanzialmente inutile la sua previsione, in quanto l'estinzione conseguirebbe alla remissione di querela.

Altro, quindi, che funzione conciliativa. L'unico concreto significato della causa estintiva può essere soltanto quello di sminuire il più possibile il ruolo della vittima: si muove dall'idea che il giudice possa **scavalcare** l'eventuale **persistenza della volontà punitiva del querelante**, in presenza di condotte che si assumono idonee a reintegrare l'offesa recata agli interessi del reato. Non stupisce, quindi, l'altrimenti sorprendente e totale lacuna legislativa su una disciplina di maggior dettaglio relativa alla procedura di coinvolgimento della vittima: tutto si risolve nelle parole "sentite le parti e la **persona offesa**" (oltre tutto la persona offesa, non necessariamente coincidente con il **danneggiato**, come noto).

Ci si sarebbe perciò aspettati, considerata l'estrema delicatezza dell'operazione, maggiore chiarezza di disciplina almeno su quali siano le condotte idonee a superare la volontà della vittima e a considerare comunque soddisfatte le esigenze sottese alla previsione dell'incriminazione.

Al contrario le ambiguità aumentano e lasciano insospettabile aperture a quell'uso alternativo del diritto da parte del giudice, che pure pare figlio del Sessantotto.

La causa estintiva è, infatti, subordinata alla "integrale" "riparazione" del "danno cagionato dal reato". Il concetto di "**riparazione** del danno" è specificato dalle condotte mediante le quali il legislatore espressamente indica che si debba conseguire la riparazione: **restituzioni**, **risarcimento** ed **eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose** del reato (ove possibile). La formulazione delle condotte costitutive della riparazione sembra perciò richiamare, quanto a restituzioni e a risarcimento, quella dell'**art. 185 c.p.** e, quindi, la giurisprudenza che sullo stesso si è formata. Di tal che sembra che – **salvo** quanto si dirà successivamente su **opzioni ermeneutiche alternative** – il significato della formula vada inteso **in funzione dell'art. 185 c.p.**, come le SU avevano ritenuto ad esempio in relazione all'attenuante della riparazione di cui all'art. 62, n. 6, c.p. (Cass., SU, 6 dicembre 1991, n. 1048, Scala).

Così intesa la condotta riparatoria ha, peraltro, un contenuto che implica **operazioni di accertamento** piuttosto complesse.

Il risarcimento, a mente dell'art. 185 c.p., infatti, concerne sia il **danno patrimoniale** come quelle **non patrimoniale**, con la precisazione che quest'ultimo, in quanto derivante da reato, è comprensivo del **danno morale**, inteso come sofferenza soggettiva causata dall'illecito penale. Tuttavia secondo la Cassazione il danno, sia esso patrimoniale o non patrimoniale, non può essere identificato "nel mero fatto dell'avvenuta integrazione dell'illecito previsto dalla fattispecie incriminatrice", di tal che non può essere motivato con il "pregiudizio in re ipsa" (Cass. III, 27 marzo- 28 luglio 2015, n.3301, in coerenza con le affermazioni di Cass. SU civili, 25 febbraio 2010, n. 4549). Sempre secondo gli orientamenti più recenti dei giudici di legittimità, esso copre "anche i **danni mediati e indiretti** che costituiscano **effetti normali** dell'illecito secondo il criterio della cosiddetta **regolarità causale** (Cass. V, 21 dicembre- 31 gennaio 2017, n.4701). Tra le voci di danno da reato oggetto di risarcimento il SC comprende anche il **danno all'immagine** (Cass. II, 7 febbraio 2017, n. 29480) e il **danno biologico** (ad es. Cass. III 18 luglio- 10 novembre 2014, n. 46170).

Orbene l'avverbio "**integralmente**", aggiunto in sede di approvazione della legge n. 103 del 2017, sembra condurre a ritenere che, ai fini del riconoscimento delle condotte riparatorie di cui all'art. 162- *ter* c.p., siano rilevanti tutte le voci di danno da reato risarcibili. Tuttavia, il riferimento all'integralità appare ambizioso se rapportato alla **povertà degli strumenti conoscitivi** previsti dal legislatore per il giudice.

Le complesse operazioni di accertamento, dunque, mal si concilierebbero con l'indistinzione della **fase processuale** – che sembra dover essere comunque prematura, se davvero l'intento è deflattivo – in cui esse dovrebbero avvenire, fase che può ritenersi evocata in un modo, in larga parte solo allusivo, dal riferimento all'"**imputato**" e dall'indicazione che il risarcimento (nulla si dice della decisione) debba avvenire "**prima della dichiarazione di apertura del dibattimento**".

È pur vero, infatti, che per alcune voci (non per tutte), ad esempio nella liquidazione del danno biologico e morale, il giudice penale può legittimamente fare ricorso ad apprezzamenti discrezionali equitativi (Cass. IV, 1 aprile- 29 aprile 2015, n. 18099; Cass. III 18 luglio- 10 novembre 2014, n. 46170), ma anche per quelle occorre che abbia pur sempre a disposizione i necessari parametri di riferimento per tali valutazioni equitative ed elementi oggettivi da cui desumere l'entità del danno patrimoniale.

Proprio la rilevata discrasia, tra oggetto dell'accertamento ed effettivi strumenti processuali per compierlo, potrebbe portare (e ha portato taluno) a ritenere che il legislatore non abbia avuto come punto di riferimento il cd. **danno civile** da reato, ma il cd. **danno criminale**, seguendo la linea teorica che distingue quest'ultimo come autonomo e lo individua nella lesione al bene giuridico (o ai beni giuridici) tutelati dalla norma penale incriminatrice, considerando la valutazione giudiziale dell'**integralità della riparazione** come giudizio di "**riparazione proporzionata**" alle esigenze di prevenzione e riprovazione del reato (recuperando quindi la formula già contenuta nella riparazione davanti al giudice di pace) ed enfatizzando conseguentemente una sua determinazione discrezionale inevitabilmente (e in gran parte) equitativa.

In questo modo, per chi sostiene questa tesi, si eviterebbe il pericolo (effettivamente sussistente) di aver creato un istituto premiale per il solo **imputato benestante**. Spunti, nel senso della divaricazione tra danno civile e danno criminale inteso in senso limitativo, sono poi stati tratti dalla sentenza della Corte di Cassazione (**SU**, 31 luglio 2015, n. 33864), che – risolvendo altro problema, quello della impugnabilità della sentenza che abbia dichiarato l'estinzione del reato per condotte riparatorie dinanzi al giudice di pace) – oltre ad argomenti squisitamente processuali, deduce come le valutazioni del giudice di pace in sede penale abbiano, in relazione al risarcimento del danno ai fini delle condotte riparatorie, un **orizzonte di pacificazione sociale** che, appunto, consente di **ancorare tali valutazioni sul danno in senso del tutto peculiare e strettamente penalistico**, così da ritenere che **il danneggiato non sia legittimato a impugnare la sentenza perché in alcun modo pregiudicato dalle valutazioni civilistiche che dovranno essere effettuate**. Sicuramente una opzione ermeneutica di questo tipo espone il giudice a un

grado di responsabilità maggiore, senza fornire alcun parametro normativo sufficientemente determinato e anzi esponendolo al rischio di venire 'accusato' di interpretazioni abroganti e ideologicamente orientate dell'avverbio "integralmente" aggiunto espressamente dal legislatore a proposito della causa estintiva di nuova introduzione.

Da quanto precede sembra emergere la poco tranquillizzante conclusione che la sorte dell'istituto sia legata ad atteggiamenti, scarsamente prevedibili, della giurisprudenza e, conseguentemente, alla formazione di un **diritto pretorio** che non può che preoccupare dal punto di vista del **principio di legalità processuale**.

Infatti, si aprono a questo punto una serie di alternative tutte poco soddisfacenti e tutte in qualche modo praticabili: o si ritiene che l'apertura del dibattimento rappresenti il confine delle condotte riparatorie, ma non quella della pronuncia estintiva del giudice che può avvalersi quindi degli strumenti probatori del dibattimento per potervi pervenire, con buona pace della *ratio* deflattiva che costituisce una delle fondamenta del nuovo istituto; o di fatto si attribuisce una importanza decisiva al parere della persona offesa che, contrariamente a quella che è la volontà legislativa volta a superarne l'eventuale dissenso anche tramite offerta reale del risarcimento, diventerebbe essenziale, svuotando di qualsiasi pratico significato l'istituto, in considerazione della possibilità di ricorrere alla remissione della querela; oppure si enfatizza la discrezionalità equitativa della valutazione giudiziale (specie interpretando l'integrale riparazione come riferita al danno criminale in senso stretto, esaltando le possibilità dell'istituto, ma nuocendo inevitabilmente alla ponderatezza della decisione con il rischio di pregiudicare la vittima e di riconoscere la causa estintiva in assenza di condotte effettivamente riparatorie, per ciò stesso scarsamente significative del recupero del reo, con conseguente enorme responsabilità del giudice e sua sovra- esposizione; oppure si fa dipendere la sorte dell'istituto dal concreto contesto e fase procedimentale in cui avviene la pronuncia e che, per come conformata in astratta e attuata in concreto, rende disponibili più ricchi elementi di determinazione quantitativa del danno; oppure ancora si ritiene ammissibile ricorrere a mezzi di accertamento del danno non previsti espressamente dal legislatore, adattando le norme processuali per altre fasi con rischio di travolgere il principio di legalità processuale.

L'unico dato certo di tali ambiguità terminologiche e vaghezze procedimentali della disciplina legislativa sul punto in discussione, sembra un notevole (e, in qualche modo, inaccettabile) **sovraccarico di responsabilità del giudice**, che dovrà inevitabilmente fare **scelte che istituzionalmente sarebbero state di competenza del soggetto politico** e assumersi il peso, sia **disciplinare** che di **sovra- esposizione mediatica**, di dover prendere decisioni per risolvere i casi concreti **senza la predisposizione legislativa di adeguati strumenti di acquisizione** degli elementi a ciò necessari. Il recente caso torinese relativo al reato di atti vessatori, sembra significativo, tanto che non si sono fatte attendere reazioni con le quali si è lamentata addirittura un "tradimento" dello "spirito della legge" – evocando categorie montesquieuiane che, in questo contesto, evocano ulteriori "significanti vuoti" che si aggiungono a quelli già presenti – e, *more solito*, si annunciano iniziative legislative volte a escludere tali applicazioni.

La situazione risulta, del resto, effettivamente delicata – e forse ancor più complessa – ove si tenga presente che le scelte interpretative e applicative possono incidere sugli **obblighi sovra-nazionali di protezione delle vittime** (sia dal punto di vista comunitario, delle relative norme in materia quali interpretate dalla Corte di Lussemburgo, sia da quelle convenzionali in materia di Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali, quale emergente dalla giurisprudenza di Strasburgo che, da ultimo nella **sentenza CEDU 13 giugno 2017, Kosteckas contro Lithuania**, ha affermato come la responsabilità dello Stato, per l'inadempimento all'obbligo di protezione contro gli atti di aggressione, non può essere esclusa dal solo risarcimento del danno civile alle vittime.

In realtà, l'esempio dell'estinzione riparatoria del reato e le reazioni alle opzioni che si possono presentare alla disciplina introdotta, sembrano riflettere diverse **modalità di interpretare il ruolo del giudice**, quello **classico** di prudente attenzione al testo legislativo e di *self restraint* nell'esercizio dei propri poteri, e quello **romantico**, i cui legami con il Sessantotto sembrano intuibili, del **giudice d'assalto**, che **colma i vuoti lasciati da una politica debole per compiere egli stesso scelte valoriali**.

In entrambi i casi la posta in gioco è importante: la **indipendenza** della giurisdizione e, come dire, sembra particolarmente centrato parlarne in un convegno organizzato da chi su tale valore incentra la propria identificazione.

Gli eccessi di prudenza, infatti, possono portare a una **giurisprudenza difensiva** e a un regredire verso una concezione, non tanto **burocratica** di giudice "bocca della legge", quanto piuttosto addirittura "**impiegatizia**" del proprio ruolo: un giudice spaventato dai rischi disciplinari che si preoccupa esclusivamente di garantire la propria carriera.

L'atteggiamento d'assalto della **giurisprudenza espansionista** si scontra, invece, con la mancanza di **legittimazione politica** della funzione e con l'inaccettabilità di una situazione che consentirebbe **scelte politiche irresponsabili**, con la conseguenza che prima o poi – ma sembra che ciò stia già avvenendo – qualcuno presenti il conto, e richieda di ampliare i casi di **responsabilità disciplinare** fino a impingere le **scelte interpretative**, proprio perché sono meno tali.

Le conseguenze estreme dell'onda lunga del Sessantotto sembrano pertanto quelle di spingere verso una **degenerazione del ruolo della giurisdizione** verso gli esiti opposti del "giudice impiegato dello Stato" o del "giudice politico d'assalto", in entrambi i casi mettendo a repentaglio il valore fondamentale dell'indipendenza giudiziaria che rischia di comprometterne il valore costituzionale essenziale di garanzia a- maggioritaria nell'applicazione della legge.

ANTONIO LEPRE, EDMONDO CACACE, EDUARDO SAVARESE

Ruolo e criteri di nomina dei dirigenti degli Uffici Giudiziari: spunti e proposte per un radicale ripensamento

Sommario: 1. Il "capo" dei magistrati. - 2. Dai capi agli organizzatori. - 3. Le proposte: corsi di formazione selettivi quale criterio preliminare. - 4. I criteri di scelta del "miglior organizzatore". - 5. La conferma del "miglior organizzatore": il "ritorno alla giurisdizione". - 6. La nomina dei dirigenti degli uffici semi- direttivi.

1. Il "capo" dei magistrati

Il decreto legislativo n. 160/2006, emanato in seguito alla legge di delega n. 150/2005, e la successiva legge n. 111/2007 hanno, come è noto, complessivamente modificato in grande profondità l'ordinamento giudiziario vigente.

All'interno di tale significativo intervento normativo, rilevante è stata l'innovazione che ha riguardato l'organizzazione degli uffici giudiziari, innovazione che investe il concreto esercizio della funzione giurisdizionale.

In particolare, per ciò che interessa ai nostri fini, è questione nota che la portata della modifica legislativa abbia inciso, in modo sia diretto che indiretto, sul rapporto giuridico e fattuale che i magistrati instaurano con coloro che rivestono gli incarichi direttivi e semidirettivi nello specifico ufficio giudiziario in cui esercitano le funzioni. D'altro canto, alcune delle innovazioni contenute nei citati testi normativi hanno ampliato in maniera considerevole la discrezionalità di non poche prerogative del Consiglio Superiore della Magistratura, così da incidere anche sul rapporto sussistente fra i singoli magistrati e lo stesso organo di auto- governo ed anche, inevitabilmente, con i gruppi associativi che operano al suo interno.

A ben vedere, infatti, l'ampliamento della discrezionalità decisionale del Consiglio Superiore della Magistratura, a cui fa da ineliminabile contraltare una situazione di minore certezza per il singolo magistrato, si verifica in ragione di una pluralità di novità legislative che hanno per comune presupposto l'eliminazione del requisito dell'anzianità professionale quale criterio prevalente ed automatico per la progressione della carriera.

L'accantonamento del più neutrale, sebbene non poco ingessato, parametro dell'anzianità a vantaggio di quello che, nelle intenzioni del Legislatore, sarebbe dovuto essere il criterio di premiazione del merito, in assenza, tuttavia, di adeguati indici normativi di selezione di quest'ultimo, ha di fatto esteso incisivamente i margini facoltativi delle scelte del Consiglio Superiore in ordine alla nomina dei ruoli direttivi e semidirettivi.

L'articolo 11 del decreto legislativo 160/2006 ha previsto che tutti i magistrati ordinari siano sottoposti ad una valutazione quadriennale di professionalità per un complessivo periodo di ben ventotto anni di anzianità (per sette valutazioni a partire dalla data della nomina: caso unico nell'ambito del pubblico impiego inteso in senso lato!).

Tale previsione normativa, astrattamente finalizzata a superare un automatico svolgimento della carriera di modo da introdurre dei controlli periodici in ordine ai parametri della capacità, laboriosità, diligenza ed impegno, prevede che l'elemento preminente in ordine al quale ruota il positivo superamento della valutazione sia il parere del Consiglio Giudiziario, il quale, a sua volta, viene espresso sulla base di una pluralità di fattori fra i quali spicca il rapporto dei "capi" degli uffici giudiziari (secondo l'infelice, e probabilmente incostituzionale, espressione utilizzata dall'art. 11 co 3 d. lgs. 160/06).

In definitiva, la citata disposizione, volta in astratto a promuovere meccanismi virtuosi nell'espletamento delle funzioni giudiziarie, ha, in realtà, di fatto attribuito al direttivo/semidirettivo un rilevante potere nei confronti dei "suoi" magistrati, introducendo surrettizi profili di gerarchizzazione quanto mai irrituali e invasivi, soprattutto nel caso di persone giovani e alle prime esperienze giudiziarie: il termine "capo", quindi, non sembra affatto essere stato utilizzato a caso dal Legislatore[92].

Al fine della progressione della carriera, e cioè della possibilità di assumere nel corso del suo svolgimento gli incarichi direttivi e semidirettivi, o anche gli incarichi giudicanti o requirenti di secondo grado e di legittimità, la normativa subordinata prevista dallo stesso Consiglio Superiore - enfaticamente definito "Testo Unico sulla dirigenza" (circolare del 28 luglio 2015) - prevede, all'articolo 26, che la scelta dell'organo di autogoverno avvenga sulla base di una valutazione comparativa fra i candidati, fra coloro cioè che hanno proposto domanda.

[92] L'art. 11, comma 4, lett. F), D. Lgs. n. 160/2006 infatti parla testualmente di "*capo dell'ufficio*"; l'espressione non è casuale, poiché è ribadita dall'art. 13, comma 3 e dall'art. 19, comma 2 *bis*.

Tale valutazione comparativa, sulla base di quanto si desume sia dall'articolo 12 del decreto legislativo 160/2006, sia dall'articolo 26 della circolare attuativa, viene infatti compiuta tanto in ragione degli elementi sulla base dei quali si svolgono le valutazioni di professionalità, quanto alla luce di una pluralità di concorrenti indicatori di attitudine (di cui agli articoli 7- 23 della circolare).

La concreta possibilità del magistrato di essere nominato direttivo o semidirettivo, o di assumere incarichi di secondo grado o di legittimità, pertanto, viene non poco condizionata dai rapporti che i dirigenti dell'ufficio redigono in sede di procedimento di valutazione della professionalità e che restano acquisiti agli atti del fascicolo personale.

Questo rapporto ha, quindi, un duplice significato: per un verso, condiziona il conseguimento della positiva valutazione di professionalità; per altro verso, condiziona la possibilità di accedere ad incarichi semidirettivi, direttivi, di legittimità e quant'altro: il c.d. capo è, a ben vedere, un capo a tutti gli effetti.

Appare, a questo punto, ineludibile la domanda: è costituzionalmente legittima la previsione di un "capo" all'interno della Magistratura ? Se esiste un "capo" dei magistrati, può dirsi rispettato l'art. 107, 3° comma Cost. che, nell'affermare che i magistrati si distinguono soltanto per diversità di funzioni, non è altro se non il precipitato attuativo del principio della c.d. autonomia interna ?

Pare chiaro a chi scrive che quest'assetto normativo primario, per essere costituzionalmente compatibile, deve essere necessariamente interpretato in modo da svuotare la parola "capo" di ogni contenuto verticistico, in modo da attenuare, fino ad annullare, ogni riflesso gerarchico di tali disposizioni.

La premessa di tale percorso ermeneutico, allora, non può che essere culturale e di ampio respiro: il c.d. "capo", in realtà, non deve essere un "superiore" con la bacchetta in mano, bensì un mero organizzatore dei servizi necessari per lo svolgimento della funzione giurisdizionale.

I poteri del c.d. capo, cioè, devono essere tutti funzionali a consentire il miglior esercizio della giurisdizione da intendersi non soltanto come mero servizio pubblico oggettivo, ma anche come concreto esercizio della giurisdizione da parte dei magistrati di quell'ufficio giudiziario. Se ci si ferma, infatti, a una nozione di giurisdizione confinata all'espletamento di un servizio pubblico oggettivo si corre il rischio di rinforzare la deriva produttivistica, verticistica e gerarchica degli ultimi anni in danno dell'autonomia del singolo magistrato e, quindi, secondo una fatale eterogenesi dei fini, della stessa giurisdizione nell'interesse dei cittadini. La peculiarità della

funzione giurisdizionale infatti è la seguente: non può esservi alcuna giurisdizione sana ed efficiente se non attraverso l'assoluta garanzia che la giurisdizione di ogni specifico magistrato sia esercitata in modo radicalmente indipendente da poteri esterni e autonomo da poteri interni; la giurisdizione come servizio ai cittadini non può che essere la sommatoria, per così dire aritmetica, delle tante giurisdizioni autonome e indipendenti di ogni magistrato.

Da ciò discende, quindi, che il cd. "capo" deve in realtà essere un organizzatore dell'ufficio giudiziario e, cioè, deve essere servente rispetto all'esercizio delle funzioni da parte del singolo magistrato: il responsabile apicale, in definitiva, deve essere lo snodo principale dell'organizzazione specifica di ogni aspetto pratico gestionale dell'ufficio, per consentire al singolo magistrato di dedicarsi solo ed esclusivamente a ciò che gli è proprio e cioè lo studio del fascicolo con le determinazioni conseguenti.

Gli obiettivi da perseguire, quindi, sono i seguenti:

Assicurare l'autonomia interna del magistrato e il rispetto dell'art. 107, 3° comma, Cost. mercé un'interpretazione costituzionalmente orientata che trasformi, per così dire, il capo dei magistrati in mero organizzatore dei servizi necessari per lo svolgimento dell'attività del singolo magistrato;

Assicurare che il responsabile apicale dell'ufficio sia sempre un magistrato, in quanto solo così può essere certamente tutelata l'autonomia del singolo, essendo evidente che i diversi modelli di organizzazione incidono direttamente sul modo concreto di essere della giurisdizione;

Assicurare, quindi, coerentemente con quanto detto sopra, che il direttivo non si allontani per troppo tempo dalla giurisdizione, dovendosi scongiurare il rischio che acquisisca col tempo una visione meramente burocratica e amministrativa della gestione della giurisdizione;

Individuare dei criteri di selezione che consentano la scelta del miglior organizzatore possibile e che, quindi, consentano all'organo apicale di acquisire quelle competenze tecniche di cui fisiologicamente il magistrato è sprovvisto se non nei limiti strettamente necessari all'esercizio della giurisdizione (si pensi alla problematica dei rapporti coi sindacati, alla gestione dei servizi di pulizia, ai rapporti con i fornitori e somministratori di questa o quella cosa, di questo o quel servizio; allo stesso ordinamento giudiziario e alla contabilità pubblica).

Tale sforzo ermeneutico appare tanto più necessario, appena si ponga mente al fatto che la stessa normativa consiliare, per un verso, non pare dare alcuna garanzia di prevedibilità della

decisione consiliare e, per altro verso, non assicura neppure la scelta di un organizzatore veramente competente e fornito di quell'ampio bagaglio conoscitivo necessario per risolvere le problematiche pratico- organizzative innanzi accennate.

Tali carenze, quindi, determinano i seguenti rischi:

che, effettivamente, i capi degli uffici giudiziari possano altresì essere portatori di interessi dei vari gruppi consiliari di riferimento. E, invero, al tempo stesso, l'ulteriore elemento sulla base del quale si svolge la comparazione discrezionale fra i candidati è una eterogenea pluralità di indicatori di attitudine sia generici che specifici – si pensi all'aver ricoperto il ruolo di magistrato di riferimento per l'informatica o all'aver persino partecipato a corsi organizzati dal Csm – senza che la normativa di riferimento, né primaria né secondaria, determini con chiarezza una graduazione fra di essi (cfr. art. 26 della circolare del Csm);

che il capo dell'ufficio enfatizzi gli aspetti gerarchici della sua funzione, per essere quelli di più immediata e semplice attuazione (si pensi alla redazione del parere e/o al riconoscimento di questo o quel giorno di udienza oppure, da parte di taluni direttivi, al controllo della presenza in ufficio e a una attenzione eccessiva, se non, talvolta, quasi morbosa alla produttività meramente quantitativa del singolo e dell'ufficio nel suo insieme).

La discrezionalità nella redazione del rapporto del dirigente e poi del parere del Consiglio Giudiziario, unitamente alla generica esposizione normativa di una corposa serie di indicatori attitudinali, che si trovano in una posizione di equi- ordinazione e che possono indistintamente essere presi in esame in sede di decisione comparativa, ha generato di fatto una situazione di fortissima discrezionalità in capo al Consiglio Superiore della Magistratura che, in non rare circostanze, è parso sfociare in un sostanziale arbitrio decisionale, del resto più volte censurato dalla giurisprudenza amministrativa. Si assiste, dunque, a un circolo vizioso: il parere del capo è divenuto centrale e, al contempo, il CSM gode di una discrezionalità eccessiva nel nominare quei capi chiamati a rilasciare detti pareri.

L'abolito requisito dell'anzianità, la cui estrema rigidità non consente di rimpiangerlo, è stato tuttavia sostituito con un sistema organizzativo e valutativo imperniato sul difetto specularmente opposto, e cioè connotato da grandi margini di incertezza riguardo a quelle che possono essere le decisioni assunte dall'organo di auto- governo; incertezza a sua volta foriera di un pericoloso meccanismo traslativo al di fuori della Magistratura Ordinaria delle valutazioni

concernenti la progressione di carriera dei suoi componenti, mediante la progressiva diffusione delle impugnazioni dei provvedimenti del CSM presso il Giudice Amministrativo, al quale, di fatto, rischia di essere assegnata la decisione conclusiva sulle nomine.

Agli occhi di un osservatore disincantato pare indubitabile che il superamento dell'elemento della prevalente anzianità non abbia favorito il reale ingresso di un sistema effettivamente strutturato sulla valorizzazione del merito, ma che invece gli ampi margini di discrezionalità introdotti in via normativa proprio con l'obiettivo di incentivare i profili meritocratici abbiano in sostanza prodotto un complessivo meccanismo che ruota intorno alla nomina degli incarichi direttivi e semidirettivi, e che utilizza i poteri a questi attribuiti (soprattutto, ma non solo, con l'elaborazione dell'evidenziato rapporto, oltre che, ad esempio, con le modalità di autorizzazione dei congedi feriali), in aggiunta a quelli assegnati direttamente all'organo di autogoverno (in materia, soprattutto, di autorizzazione allo svolgimento di incarichi extragiudiziari), per favorire una strisciante gerarchizzazione interna e, al tempo stesso, per alimentare il potere fattuale dei gruppi associativi che operano in seno al CSM, in particolare di quelli più numerosi ed in grado di orientarne le decisioni.

È opinione di chi scrive che il vigente impianto normativo, ed in particolare la circolare denominata testo unico sulla dirigenza, per quanto concerne le modalità ed i parametri di nomina dei dirigenti, vada modificato nel senso di favorire realmente il benessere organizzativo dei singoli magistrati e la migliore amministrazione degli uffici giudiziari, incentrando ogni scelta organizzativa e valoriale intorno al concreto esercizio delle funzioni giudiziarie, giudicanti e requirenti, che costituiscono il vero elemento di rilievo intorno al quale costruire l'ordinamento giudiziario.

2. Dai capi agli organizzatori.

Con la consapevolezza della difficoltà esistente nello strutturare un alternativo sistema valutativo, che non si ripieghi sullo statico requisito dell'anzianità e che voglia però superare le attuali disfunzioni legate, peraltro, all'eccessiva discrezionalità attribuita al Consiglio Superiore, appare, quindi, utile muovere il ragionamento da una riflessione – nei limiti funzionali alla presente trattazione – sulla natura della funzione giurisdizionale e della funzione direttiva; sul tipo di attività che sono chiamati a svolgere i magistrati; sul ruolo della Magistratura nel sistema

istituzionale; sulle richieste che il contesto sociale le rivolge, così da tentare di elaborare delle soluzioni che partano da una ponderata scelta culturale riguardante il ruolo del dirigente di un ufficio giudiziario ed il rapporto che deve esservi fra questi ed i magistrati che vi operano.

Le domande alle quali rispondere paiono, cioè, queste: che cosa è e a cosa serve il direttivo, e qual è il significato della giurisdizione ? Come devono convivere questi due piani ?

Le recenti novità normative dell'ultimo decennio che hanno riguardato l'Ordine Giudiziario sono state interpretate nella prassi consiliare e organizzativa, in modo più o meno volontario, sia verso la già evidenziata gerarchizzazione interna – si pensi all'effetto di dilatazione del potere dei dirigenti di autorizzare l'esercizio del congedo feriale, anche con riferimento alla discrezionalità di decidere l'ampiezza del cd. "periodo cuscinetto", alla crescente formalizzazione dei rapporti esistenti tra magistrato e capo dell'ufficio – sia verso una maggiore burocratizzazione dell'attività giudiziaria, favorita dai numeri abnormi della domanda di giustizia, e quindi dai tentativi di fronteggiarla quantitativamente, anche a discapito della qualità della decisione, nonché dalla sostanziale attribuzione ai magistrati, in seguito all'introduzione del processo civile telematico così come attualmente congegnato, di una pluralità di attività che rientrano fra i compiti del personale amministrativo.

Ci si deve allora chiedere:

se è possibile aderire a interpretazioni più rispettose dell'art. 107, 3° comma Cost.;

se la concreta disciplina dettata dal decreto legislativo n. 160/2006 vada inevitabilmente nel senso della gerarchizzazione e burocratizzazione della funzione giurisdizionale.

Per rispondere a tali problematiche, è bene muovere dalla premessa che ciò che va posto al centro della riforma dell'ordinamento giudiziario e della sua interpretazione è l'effettivo ruolo sistemico del magistrato, figura che costituisce un *unicum* nell'ambito dell'organizzazione sociale, perché costituisce sia il luogo ultimo di risoluzione del conflitto fra i consociati, secondo regole predeterminate e da parte di persone fisiche non portatrici di alcun interesse di parte, sia, quindi, il soggetto nel quale i cittadini ripongono le aspettative di raggiungimento dei propri interessi insoddisfatti, e che personifica lo Stato, nel senso più nobile del significato, e cioè di struttura deputata all'organizzazione della civile convivenza fra gli esseri umani.

Consegue da ciò che fatalmente l'attività giudiziale si estrinseca in un'opera di natura intellettuale, il cui prodotto è costituito da provvedimenti di non semplice elaborazione

nell'ambito di una materia, quella del diritto, la quale a sua volta non esiste in natura, ma è frutto della costruzione del pensiero umano; nel contempo, l'attività del magistrato costituisce una specificità anche nello stesso diritto pubblico, in quanto la sua funzione è priva, da un lato, della legittimazione democratica che caratterizza gli organi di indirizzo politico, ma è, dall'altro, dotata di una piena indipendenza da questi ultimi, garantita dalla Costituzione per tutelare la libertà dei consociati, a differenza di quanto è previsto per tutti gli organi della pubblica amministrazione.

Da ciò consegue che i concetti di carriera e gerarchizzazione devono restare estranei alla nozione stessa di magistrato: la carriera consiste solo ed esclusivamente nell'esercizio della funzione. Del resto, ciò è costituzionalizzato in modo solenne dall'art. 107, 3° comma.

L'unica interpretazione costituzionalmente orientata della riforma dell'ordinamento giudizio non può allora che essere volta a depotenziare fino ad annullare ogni profilo di gerarchizzazione e di carrierismo.

In contrasto, quindi, con il menzionato eccessivo carrierismo diffusosi nella Magistratura, ampliato dal fatto che le descritte procedure per la nomina allo svolgimento delle funzioni direttive, semidirettive e di legittimità inducono gli aspiranti all'acquisizione di un numero sempre più elevato di titoli, più o meno realmente qualificanti, al centro dell'impalcatura dell'ordinamento giudiziario va posto il concreto espletamento delle funzioni giudiziarie, che devono svolgersi:

con l'assoluta certezza che le proprie decisioni e il proprio contributo – anche critico – a questo o quel profilo organizzativo dell'ufficio non possano in alcun modo interferire con le valutazioni di professionalità e sul contenuto del parere del capo dell'ufficio medesimo;

nella piena ed indiscutibile sicurezza personale;

in luoghi consoni anche sotto il profilo del decoro e della dignità estetica;

con ogni necessario supporto di tipo logistico, informatico ed amministrativo, di modo che al magistrato venga esclusivamente richiesto di svolgere, in maniera seria ed adeguata, la descritta attività professionale di natura intellettuale che gli è propria e senza che debba preoccuparsi di altro, come invece troppo spesso avviene negli uffici giudiziari italiani.

Non è accettabile che il concreto esercizio delle funzioni giudiziarie sia non di rado considerato un mero punto di partenza di una scalata carrieristica e che all'interno dell'Ordine Giudiziario si affacci l'idea che possano esistere magistrati di "prima fascia", che, acquisite le funzioni semidirettive, debbano, quantomeno, conservarle, eventualmente andando a svolgerle nel

corso del tempo negli uffici giudiziari distrettuali, se non progredire verso le funzioni direttive; e magistrati di "seconda fascia", esclusi da tale circuito e numericamente costituenti la parte prevalente della Magistratura.

È quindi il profilo organizzativo che deve essere posto al servizio della funzione giurisdizionale, e non il contrario, di modo che il Giudice ed il Pubblico Ministero si possano concentrare realmente sulle funzioni che sono chiamati ad esercitare, senza dovere fungere da cancellieri, tecnici informatici e talvolta anche facchini: ogni profilo che concorra a garantire il funzionamento organizzativo dell'ufficio, e quindi ad assicurare il benessere di chi vi lavora, dalla pronta riparazione del condizionatore o della stampante fino alla basilare garanzia che nessuno possa accedere armato in un ufficio giudiziario, deve essere assicurato da chi dirige l'ufficio stesso.

Colui che ricopre l'incarico di dirigente va quindi scelto, oltre che in ragione della capacità nell'avere saputo bene esercitare le funzioni giudiziali – presupposto di partecipazione alla selezione assai più qualificante di molti indicatori attitudinali attualmente previsti dalla normativa secondaria vigente, poiché sintomo della capacità di comprensione di quali siano i problemi con i quali dovrà misurarsi – anche in forza della idoneità a ricoprire un rilevante incarico organizzativo.

E la stessa conferma del dirigente nello svolgimento dell'incarico deve poggiarsi sulla concreta verifica di come sono stati esercitati i poteri amministrativi ed organizzativi attribuiti dall'ordinamento per consentire il miglior esercizio delle prerogative giudiziali da parte dei Magistrati che operano nell'ufficio giudiziario.

Un rovesciamento di prospettiva deve portare a superare la diffusa impostazione, frutto della vigente modalità di selezione e di conferma, per cui il dirigente è sostanzialmente colui che cerca di spingere i magistrati ad una sempre maggiore produzione quantitativa, di modo da far decrescere gli arretrati giudiziari, senza interesse alcuno per la qualità dei provvedimenti, anche mediante – purtroppo accade anche questo – il non edificante strumento delle pressioni e delle difficoltà frapposte all'autorizzazione delle ferie, nonché, sullo sfondo, attraverso il timore incombente che deriva dal rapporto da esprimere per le valutazione di professionalità: nella prospettiva attuale è il magistrato funzionale al dirigente e non viceversa; e di ciò certamente è

responsabile anche la diffusa prassi per cui il dirigente viene confermato ove abbia dimostrato di saper incidere sui numeri del contenzioso.

Si è creato, in sostanza, un circolo vizioso fondato su un sostanziale contrasto di interessi tra il direttivo e il singolo magistrato: il primo è condizionato, ai fini della conferma, dai numeri e da una serie di normative secondarie quanto mai burocratiche e complesse (si pensi, alla, oramai, semi- incomprensibile disciplina in materia di ferie): ciò fa sì che il responsabile apicale tenda troppo spesso ad occuparsi solo della produttività, delle tabelle *et similia*, tralasciando del tutto gli aspetti organizzativi e gestionali dell'ufficio, aspetti troppe volte riservati di fatto all'attività dei vari dirigenti di cancelleria; il secondo, invece, vede pregiudicati sull'altare della quantità fine a se stessa le sue legittime aspettative a poter lavorare con la dovuta serenità, approfondimento e in un contesto lavorativo dignitoso e funzionante nei suoi elementi essenziali.

Questo circolo perverso deve assolutamente essere interrotto, perché dannoso per la serenità del direttivo, del singolo magistrato e, in ultima analisi, per la stessa qualità della risposta di giustizia a cui hanno diritto i cittadini.

Al contrario, al dirigente va attribuito il ruolo di organizzare al meglio l'amministrazione dell'ufficio giudiziario – pure conferendogli, in una prospettiva *de iure condendo*, un esplicito potere di primazia amministrativa rispetto al funzionario che dirige il personale ammnistrativo del medesimo ufficio – sì da coinvolgere in modo positivo i magistrati verso una sempre maggiore efficienza, anche quantitativa, da raggiungere però in condizioni di serenità personale ed altresì nel rispetto di standard di ordine qualitativo, e quindi con l'introduzione sia di parametri di definizione ragionevoli (anche noti come "carichi esigibili"), sia mediante la verifica periodica della percentuale dei provvedimenti che vengono impugnati e confermati. E tutto questo, ben inteso, non solo nell'interesse del magistrato, ma anche e soprattutto del cittadino che ha diritto ad avere una risposta giudiziaria degna di questo nome.

E, a ben vedere, la stessa normativa primaria, ove letta con attenzione, disegna il direttivo e il semi- direttivo nei termini anzidetti.

E, infatti, l'art. 12, comma 10 del d. lgs. 160/06 per le funzioni direttive e semidirettive di cui all'art. 10, commi 7, 8, 9, 10 e 11[93] del medesimo decreto richiama – oltre gli elementi di cui

[93] Norma ribadita dal successivo comma 11, che, tuttavia, comprensibilmente, per le funzioni direttive di legittimità richiede altresì di avere svolto funzioni di legittimità per almeno quattro anni.

alle valutazioni di professionalità *ex* art. 11, comma 3 e 5 – anche pregresse "*esperienze di direzione, di organizzazione, di collaborazione e di coordinamento investigativo nazionale, con particolare riguardo ai risultati conseguiti, i corsi di formazione in materia organizzativa e gestionale frequentati nonché ogni altro elemento, acquisito anche al di fuori del servizio in magistratura, che evidenzi l'attitudine direttiva*".

Il citato art. 12 comma 12, infine, definisce in termini inequivocabili l' "*attitudine direttiva"* di cui ai precedenti comma come la "*capacità di organizzare, di programmare e di gestire l'attività e le risorse in rapporto al tipo, alla condizione strutturale dell'ufficio e alle relative dotazioni di mezzi e di personale;*"; il tutto, altresì, riferito "*alla propensione all'impiego di tecnologie avanzate, nonché alla capacità di valorizzare le attitudini dei magistrati e dei funzionari, nel rispetto delle individualità e delle autonomie istituzionali, di operare il controllo di gestione sull'andamento generale dell'ufficio, di ideare, programmare e realizzare, con tempestività, gli adattamenti organizzativi e gestionali e di dare piena e compiuta attuazione a quanto indicato nel progetto di organizzazione tabellare*".

Pare evidente, quindi, che secondo la normativa primaria:

le funzioni direttive e semidirettive devono rispondere a competenze e funzioni sovrapponibili e presuppongono, entrambe, la cd. *attitudine direttiva*;

l'*attitudine direttiva*, a sua volta, consiste, per definizione legislativa, nella capacità di gestire, organizzare, programmare il personale, i mezzi, le risorse in relazione alle caratteristiche strutturali dell'ufficio di riferimento e di valorizzare le individualità;

l'*attitudine direttiva* di certo, quindi, non si esaurisce nella capacità di valorizzare la produttività di questo o quel magistrato, né tanto meno nella organizzazione delle ferie, ma in qualcosa di molto più ampio e che attiene a tutti gli aspetti, spesso squisitamente pratici, di funzionamento dell'ufficio;

il direttivo e il semidirettivo, in definitiva, sono per l'ordinamento giudiziario non già dei capi, ma anzi dei meri organizzatori, la cui attività deve essere funzionale e servente rispetto a quella giurisdizionale, sì da valorizzare le attitudini e qualità dei singoli magistrati, nonché dei funzionari di cancelleria;

le valutazioni di professionalità non rappresentano, in questo contesto, di certo l'*ubi consistam* dell'attività direttiva e semidirettiva, che, anzi, sul punto deve essere ripensata nel senso di prevedere delle radicali semplificazioni dei relativi sistemi valutativi.

Già da quanto detto risulta emergere in modo chiaro che il c.d. capo non può e non deve essere tale, ma anzi deve essere solo ed esclusivamente un organizzatore, sicché – ai fini della conferma – si dovrà verificare in concreto come e in che misura la sua attività è stata positiva. E di certo la sua attività non può esaurirsi né, ancora prima, può identificarsi nel solo aumento di produttività dell'ufficio, ma soprattutto – se non esclusivamente – nella capacità di rendere l'ufficio funzionante: dalla carta nell'ufficio, al funzionamento dei sistemi di riscaldamento e raffreddamento, alla capacità di procurarsi mezzi e strutture, alla competenza per gestire l'appalto delle pulizie e per relazionarsi con le direzioni ministeriali.

Risponde, quindi, pienamente alla *ratio* della normativa e all'esigenza di valorizzare le capacità organizzative dei direttivi e di eliminare ogni forma di gerarchizzazione, la già accennata necessità di semplificazione delle valutazioni di professionalità.

A tal proposito, ci pare necessario avanzare l'ipotesi che il relativo rapporto del dirigente dell'ufficio vada esplicitato solo laddove vi siano elementi e fatti negativi da fare emergere, che vanno individuati singolarmente come episodi storici, e in relazione alla loro incidenza sui parametri di valutazione di cui all'art. 11 menzionato (comportamenti scorretti con il foro, produttività inferiore agli standard richiesti, ritardi nei depositi, numero significativo di decisioni riformate, etc. etc.; produttività, per così dire, apparenti fondate su cause seriali oppure sul sistematico cumulo di arretrati in favore delle cause di nuova e quindi più pronta definizione, etc. etc.). In assenza di siffatti episodi negativi, la procedura andrebbe semplificata enormemente. Con la previsione, ad esempio, di un'automatica valutazione positiva, a meno che, in un termine stabilito, non venga emanato un rapporto dove si stigmatizzano specifici fatti negativi rilevanti ai fini innanzi evidenziati; coerentemente, si deve optare per un automatico superamento positivo della valutazione di professionalità qualora il Consiglio Superiore non si esprima in un determinato lasso temporale in seguito al parere favorevole del Consiglio Giudiziario. Non solo, si potrebbe semplificare la valutazione eliminando la necessità della motivazione in caso di valutazione positiva, prevedendola, nel senso anzidetto, solo in caso di giudizio negativo o comunque non positivo (in conformità alle definizioni enunciate dal d. lgsl. 160/2006, art. 11). Ciò

non toglie, ovviamente, che ai fini delle domande per direttivi e semidirettivi, il relativo rapporto non debba menzionare, altresì, aspetti particolarmente meritevoli, quali la capacità di organizzazione del proprio lavoro, di razionale gestione del ruolo tra smaltimento dell'arretrato e gestione delle urgenze e delle sopravvenienze; ma anche la segnalazione di aspetti particolarmente meritevoli, al pari di quelli negativi, deve però essere suffragata da specifici elementi documentati e verificabili e non già sulla base di astratte affermazioni prive di ogni riscontro pratico ed effettivo.

Infine, sempre ai fini della semplificazione e dello svuotamento di ogni aspetto gerarchizzante surrettizio, si devono valorizzare tutti gli elementi oggettivi descritti dalla legge ai fini di valutare la professionalità del magistrato. Si devono, quindi, senza indugio introdurre gli standard di definizione previsti dall'art. 11 in modo tale che:

si sa quanto si deve produrre;

si può valutare in modo adeguato l'eventuale mancato rispetto dei termini nel deposito dei provvedimenti;

si stabiliscono, quindi, parametri oggettivi di ragionevolezza di carichi del ruolo, in virtù dei quali sarà anche possibile verificare con serenità la percentuale di successo delle impugnazione esperite, che pure rappresenta un parametro fissato dalla legge ai fini della valutazione di professionalità: e, infatti, a fronte di carichi di lavoro eccessivi, eventuali percentuali alte di modifiche successive del provvedimento difficilmente potrà essere imputata a negligenza del magistrato, atteso che con l'aumento dei carichi di lavoro e della produttività fatalmente la qualità della decisione tende a calare.

Parimenti, ai fini della conferma del direttivo, si deve verificare e quindi avere in considerazione in che condizioni versa l'ufficio nel momento in cui gli viene dato in affido, e come lo stesso viene lasciato alla fine della sua gestione, se cioè con meno o più problematiche.

La riscrittura del cd. Testo unico sulla Dirigenza, e di ogni altra normativa secondaria di competenza del Consiglio Superiore della Magistratura deve, in definitiva, essere improntata al valore costituzionale della giurisdizione e a tutte le implicazioni che da esso discendono, avendo presente che l'essenziale elemento qualificante dell'Ordine Giudiziario è l'esercizio delle funzioni giudiziali che devono costituire la chiave di volta su cui va edificato non solo l'ordinamento giudiziario, ma la stessa organizzazione degli uffici giudiziari.

Corollario conclusivo di tale profilo deve altresì essere la semplificazione delle normative consiliari attraverso una scrittura delle stesse per articoli chiari, brevi in ordine progressivo e non già per paragrafi; semplificazione della redazione delle circolari a cui deve seguire loro raccolta unitaria e la diffusione fra tutti i magistrati ad opera dello stesso organo di auto- governo.

Senza retorica, ma anche in contrasto con una forzosa *diminutio* che è seguita ad una lunga stagione contrassegnata da un clima non certo favorevole per l'Ordine Giudiziario, ciò che va prioritariamente recuperata è la consapevolezza dell'alto valore istituzionale e sociale delle funzioni giudiziali, requirenti e giudicanti, che si deve pretendere che vengano svolte in un contesto di livello adeguato sotto ogni profilo, e che deve alimentare l'orgoglio di chi le esercita. Ed è a partire da tali elementi che va interpretato il sistema dell'ordinamento giudiziario.

3. Le proposte: corsi di formazione selettivi quale criterio preliminare.

Non bisogna, di certo, nascondersi la difficoltà di individuare idonei criteri di nomina dei dirigenti degli uffici giudiziari, che emergono non appena si volga lo sguardo verso le soluzioni più ovvie o più comunemente pubblicizzate.

Lo stesso criterio dell'anzianità, da alcuni rimpianto, oltre a presentarsi contrario alla normativa di rango primario di riferimento[94], e quindi non certo introducibile mediante una riforma di quella secondaria, non sembra idoneo ad assicurare, di per sé, la scelta della persona più adeguata per l'espletamento di un incarico di direzione; né tanto meno il sistema c.d. delle fasce di anzianità e per punteggi, in precedenza vigente, dava certezze riguardo all'esito delle valutazioni, atteso che accadeva persino che al medesimo candidato venisse attribuito un diverso punteggio in diverse procedure concorsuali per analoghi ruoli (si veda l'emblematica decisione del Tar Lazio, I sezione, n. 29508/2010, del 16 giugno 2010).

La risposta all'interrogativo concernente le modalità di selezione dei dirigenti, allora, può giungere proprio dalla riflessione riguardante il ruolo del magistrato nel sistema istituzionale, la sua effettiva valorizzazione e la conseguente individuazione di quale sia il compito di chi dirige un ufficio giudiziario. A tal proposito, poi, deve osservarsi che un'indicazione da valorizzare il più possibile è quella data dal legislatore con l'art. 26 bis, commi 1 e 2, del decreto legislativo n.

[94] Cfr., infatti, l'art. 12, comma 10 ,11,12 pongono l'accento solo ed esclusivamente sulle capacità di organizzazione, direzione e programmazione delle attività e dei mezzi dell'ufficio

30.1.2006, n. 26, secondo cui i "*corsi di formazione per i magistrati giudicanti e requirenti che aspirano al conferimento degli incarichi direttivi di primo e di secondo grado sono mirati allo studio dei criteri di gestione delle organizzazioni complesse nonché all'acquisizione delle competenze riguardanti la conoscenza, l'applicazione e la gestione dei sistemi informatici e dei modelli di gestione delle risorse umane e materiali utilizzati dal Ministero della giustizia per il funzionamento dei propri servizi. 2.Al termine del corso di formazione, il comitato direttivo, sulla base delle schede valutative redatte dai docenti nonché di ogni altro elemento rilevante, indica per ciascun partecipante elementi di valutazione in ordine al conferimento degli incarichi direttivi, con esclusivo riferimento alle capacità organizzative*".

La necessità che il direttivo sia effettivamente in grado di gestire e amministrare l'ufficio viene, poi, stigmatizzata dal comma quarto della disposizione, secondo cui "*gli elementi di valutazione conservano validità per cinque anni*".

La norma sembra in linea con quanto fin qui sostenuto.

Se il compito di tutti noi magistrati è quello di svolgere nella maniera più consona possibile le importanti funzioni giudicanti o requirenti che ci sono attribuite, il ruolo del dirigente è, infatti, quello di amministrare ed organizzare al meglio tutti gli aspetti dell'ufficio, non solo di natura materiale, con l'obiettivo primario di favorire l'esercizio delle funzioni giudiziarie da parte dei magistrati che vi operano.

È da una copernicana (e paradossalmente lapalissiana…) rivoluzione culturale, che ponga al centro dell'ordinamento giudiziario l'esercizio della giurisdizione, che occorre muoversi per comprendere come selezionare i magistrati, che, per un periodo della loro carriera, anziché svolgere le funzioni giudiziarie, forti dell'esperienza già acquisita, si pongano al servizio della giurisdizione mediante l'organizzazione degli uffici giudiziari di destinazione.

Venendo alla modulazione di una proposta di riforma che sia improntata all'evidenziata impostazione culturale e che coniughi le plurime esposte esigenze, si ritiene che la selezione dei dirigenti degli uffici giudiziari vada effettuata mediante un corso- concorso aperto alla partecipazione di un numero di candidati chiuso e predeterminato dal bando, comunque superiore rispetto a quello dei posti direttivi che nel prossimo futuro si andranno a liberare, con prognosi che si può realizzare senza grandi difficoltà, nel corso del quale si approfondiscano discipline, anche extra- giuridiche, la cui cognizione è necessaria per il buon svolgimento di funzioni organizzative

(appalti pubblici, contabilità, sicurezza sui luoghi di lavoro, organizzazione degli uffici ministeriali etc. …).

Il corpo docente – in ossequio a quanto già previsto dal d.lgs. n. 26/06 e al fine di tutelare l'indipendenza e l'autonomia del direttivo e nel contempo assicurare l'utilità del corso – viene nominato dal comitato di gestione ex art. 27 del menzionato decreto, in esecuzione del piano adottato ai sensi dell'art. 23. La gestione e direzione scientifica spetterebbe comunque alla SSM insieme col corpo docente.

Il corso- concorso, perciò, potrebbe e dovrebbe essere quanto mai approfondito, e concludersi positivamente solo ed esclusivamente con il superamento di prove intercorso che attestino la conoscenza delle materie trattate; non si ha tanto in mente un percorso di veri e propri esami scritti o orali, cosa che parrebbe francamente eccessiva; quanto piuttosto, si immagina un modello di tipo empirico- pragmatico volto a testare l'effettiva capacità organizzativa e di risoluzione dei problemi vantata dall'aspirante direttivo; così, ad esempio, potrebbe essere ragionevole sottoporre di volta in volta all'aspirante dirigente un problema pratico da risolvere e verificare se il concorrente risulta in grado di risolverlo (mancanza computer: a chi vanno chiesti?; si può ricorrere a sponsor esterni per farsi finanziare questo o quel profilo organizzativo del tribunale ? ecc.).[95] Resta, poi, inteso che sarà pur sempre il CSM a dover deliberare la nomina definitiva, dovendosi esercitare in particolare la sua discrezionalità con riferimento a una pluralità di candidati qualificati come idonei.

Ulteriore previsione normativa che andrebbe opportunamente inserita nella circolare che disciplina la nomina, non solo dei dirigenti, ma di qualsiasi carica interna alla Magistratura alla quale si accede tramite la presentazione di domande fra più concorrenti, sarebbe quella di attribuire l'espressa facoltà, da concedere soltanto a coloro che hanno avanzato la domanda di partecipazione e non certo a terzi, di conoscere i *curricula* depositati dagli altri concorrenti[96]. Oltre

[95] Del resto, anche per la nomina dei consiglieri di Cassazione la legge prevede l'istituzione di una apposita commissione scientifica nominata dal CSM (art. 12 comma 13 d.lgs. 160/06), il che in radice esclude ogni dubbio sul fatto che la previsione del corso- concorso possa essere considerato pregiudizievole per l'autonomia del direttivo; così come la soluzione di casi pratici serve indiscutibilmente ad oggettivare il più possibile il giudizio di idoneità.

[96] L'esigenza di trasparenza, soprattutto nel settore del conferimento di incarichi nella P.A., è sentito trasversalmente, come attestato dal decreto legislativo n. 33 del 2013, siccome modificato dal decreto legislativo n. 97 del 2016: cfr. art. 15 (Obblighi di pubblicazione concernenti i titolari di incarichi di collaborazione o consulenza**): "**1. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 9- bis e fermi restando gli obblighi di comunicazione di cui all'articolo 17, comma 22, della legge 15 maggio 1997, n. 127, le pubbliche amministrazioni pubblicano e aggiornano le seguenti

a consentire un trasparente confronti fra i candidati, ossequioso della normativa primaria in tema di diritto di accesso da parte di chi ha uno specifico interesse, una esplicita previsione concernente la possibilità di conoscere chi siano i concorrenti e quali i loro *curricula* servirebbe anche ad evitare che la soddisfazione di tale legittima informazione transiti in concreto attraverso la richiesta di favore nei confronti di qualche conoscente meglio inserito a livello associativo, e in grado di reperire indirettamente le informazioni, come talvolta accade.

4. I criteri di scelta del "miglior organizzatore".

In presenza di candidati che abbiano conseguito il titolo abilitante, è possibile individuare dei criteri oggettivi predeterminati per indirizzare la scelta verso il miglior organizzatore.

A tal proposito, due sembrano essere i criteri principali, essendo, poi, scelta di valore se dare prevalenza all'uno o all'altro.

Un primo criterio preferenziale potrebbe essere dato, appunto, dall'anzianità.

Altro criterio preferenziale – che incontra maggiore simpatia da parte di chi scrive – potrebbe essere quello della eterogeneità dell'esperienza professionale dell'aspirante direttivo. Ed infatti, poiché dirigere un ufficio giudiziario implica interfacciarsi con molteplici realtà, e in particolare con tutti gli aspetti dell'esercizio della giurisdizione, è bene che vada preferito chi ha avuto modo di conoscere più uffici e funzioni.

E', infatti, ad esempio, fuori di dubbio che un presidente del tribunale debba interfacciarsi con la procura della repubblica; e non vi è dubbio che, se si è svolta la funzione requirente, si è consapevoli di come sia essenziale concordare e preventivare un numero di udienze ragionevole ed elastico, e cioè capace di adattarsi a mutamenti significativi dell'organico requirente. Ed, invero, è noto che, in specie negli uffici medi e piccoli, il trasferimento anche di uno o due PM può rendere difficoltosa l'attività investigativa, dovendo i PM rimasti farsi carico di un numero di udienze a quel punto divenuto eccessivo (ma è chiaro che tutto questo, peraltro, non potrà mai

informazioni relative ai titolari di incarichi di collaborazione o consulenza: a) gli estremi dell'atto di conferimento dell'incarico; b) il curriculum vitae; c) i dati relativi allo svolgimento di incarichi o la titolarità di cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dalla pubblica amministrazione o lo svolgimento di attività professionali; d) i compensi, comunque denominati, relativi al rapporto di consulenza o di collaborazione, con specifica evidenza delle eventuali componenti variabili o legate alla valutazione del risultato".

realizzarsi in presenza di un presidente del tribunale ossessionato dalla produttività da cui dipende la sua conferma).

A questo proposito, va osservato come, a normativa vigente invariata, il criterio della molteplicità delle funzioni svolte va ulteriormente qualificato dalla natura giurisdizionale delle funzioni medesime: vale a dire che ulteriori esperienze, come quelle dei magistrati collocati fuori ruolo presso le pubbliche amministrazioni, pur rilevanti, non potranno mai essere valutate e apprezzate allo stesso modo (come pure potrebbe risultare da una interpretazione "uniformante" dell'art. 12 comma 10 del d.lgs. 5 aprile 2006, n. 160[97]).

A parità di esperienza, e solo allora, il criterio della anzianità potrebbe essere risolutivo. Una simile soluzione risulterebbe in grado di fare partecipare persone effettivamente motivate non soltanto dalle pur legittime aspirazioni di carriera, ma anche e soprattutto dal desiderio di contribuire sul versante organizzativo al funzionamento della giurisdizione.

Soltanto all'interno di un così congegnato criterio di selezione sarebbe allora possibile recuperare in parte l'elemento dell'anzianità fin da subito, di modo che, in caso di eccesso di domande dei candidati rispetto al numero massimo di partecipanti previsto nel bando, a parità di presupposti di idoneità comunque da soddisfare – avere raggiunto una determinata valutazione di professionalità, non avere ricevuto sanzioni disciplinari negli ultimi cinque anni, essere in linea con gli standard quantitativi di esigibile produttività – non vi sarebbe altro parametro di selezione dei partecipanti al corso- concorso che quello della maggiore anzianità, sempre a condizione che il candidato sia in grado di garantire almeno la durata quadriennale dell'incarico prima del pensionamento.

In definitiva, attraverso un corso- concorso così immaginato e coordinato con i parametri di scelta oggettivi innanzi delineati si potrebbe effettivamente selezionare il direttivo corrispondente al modello disegnato dalla norma primaria sull'ordinamento giudiziario: non si deve infatti dimenticare l'obiettivo prioritario, che è quello di selezionare direttivi competenti e motivati, e che

[97] 10. Per il conferimento delle funzioni di cui all'articolo 10, commi 7, 8, 9, 10 e 11 oltre agli elementi desunti attraverso le valutazioni di cui all'articolo 11, commi 3 e 5, sono specificamente valutate le pregresse esperienze di direzione, di organizzazione e di collaborazione, con particolare riguardo ai risultati conseguiti, i corsi di formazione in materia organizzativa e gestionale frequentati nonché ogni altro elemento, acquisito anche al di fuori del servizio in magistratura, che evidenzi l'attitudine direttiva.

ciò avvenga secondo criteri ragionevolmente oggettivi, che impediscano il sospetto di logiche lottizzatorie tra le correnti rappresentate, eventualmente, all'interno del CSM.

In tal modo si raggiungerebbe, tuttavia, solo uno degli obiettivi che ci si era proposti, e cioè quello relativo alla nomina di un direttivo che sia effettivamente capace di organizzare la struttura dell'ufficio giudiziario in modo utilmente servente al proficuo esercizio della giurisdizione.

Ci si deve chiedere, allora, come perseguire l'altro obiettivo, e cioè quello di evitare che l'esercizio della funzione direttiva porti con sé il rischio di un direttivo sempre più lontano dalla giurisdizione, e quindi sempre meno consapevole della sua complessità e delle sue implicazioni. Rischio, questo, che, verificatosi, determinerebbe un danno alla stessa giurisdizione, che esige moduli organizzativi assolutamente peculiari in ragione dei valori costituzionali e della complessità dell'attività giurisdizionale come prodotto intellettuale. Ulteriore capitolo, dunque, deve riguarda la conferma del direttivo e il rapporto costantemente circolare che dovrebbe esserci, almeno in potenza, tra ruoli organizzativi e svolgimento delle funzioni giurisdizionali.

5. La conferma del "miglior organizzatore" e il "ritorno alla giurisdizione".

Anche ai fini della conferma devono rilevare le effettive capacità organizzative.

Se il dirigente è – e per impianto costituzionale deve essere (art. 107 III comma Cost.) – un *primus inter pares* fra i magistrati di un determinato ufficio giudiziario, investito di importanti prerogative amministrative, funzionali alla efficiente organizzazione del medesimo, e quindi al miglior esercizio delle funzioni giudiziali, appare logica conseguenza che, trascorso il primo quadriennio, nel suo procedimento di conferma sia prevista la possibilità di acquisire i pareri dei magistrati che vi operano o che vi hanno operato per una frazione temporale significativa del periodo di riferimento.

Al pari di quanto, come sopra esposto, è bene che venga previsto nelle circolari del CSM per ciò che concerne il rapporto del dirigente dell'ufficio nei confronti dei magistrati, andrebbe previsto che, anche per quanto riguarda il parere che il magistrato deve potere esprimere in sede di conferma del dirigente, eventuali opinioni negative sulla prosecuzione dell'incarico debbano essere suffragate da fatti specifici ed oggettivi, e non fondarsi su mere formule linguistiche disancorate da eventi concreti.

Essendo i primi e diretti destinatari dei provvedimenti amministrativi ed organizzativi del dirigente, e trattandosi del resto non di *quisque de populo*, ma di persone che esercitano rilevanti funzioni pubbliche, a chi scrive sembra naturale che i magistrati dell'ufficio possano, anche eventualmente con la garanzia dell'anonimato, controbilanciata tuttavia dalla necessità di esporre specifici accadimenti concreti e quindi verificabili, partecipare al procedimento di conferma del dirigente esprimendo la propria opinione.

Altro criterio che pare utilizzabile al fine di verificare l'opportunità o meno della conferma del direttivo è quello di dare adeguata rilevanza a fattori "esterni", ma che possono essere meritevoli di specifico approfondimento. Ci si riferisce, in particolare, alla capacità del dirigente di "attrarre" i colleghi: occorrerebbe verificare, ad esempio, se uffici tradizionalmente caratterizzati da costanti *turn over* ad un certo punto, invece, registrino un'improvvisa quanto preziosa costante permanenza; oppure, all'inverso, se uffici tradizionalmente caratterizzati da stabilità, *ex abrupto* siano caratterizzati da veri e propri "esodi" o *turn over*: è evidente, infatti, che, sia nel primo positivo caso, che nel secondo negativo caso, tali mutamenti possano essere causati proprio da specifiche scelte organizzative dei dirigenti.

Altro elemento significativo della proposta che si elabora è quello di prevedere, in armonia con la centralità dell'esercizio delle funzioni giudiziarie, un limite massimo temporale all'esercizio continuativo delle funzioni direttive da individuare nella soglia di otto anni, e cioè nel periodo di tempo di durata dell'incarico e della sua eventuale conferma per un ulteriore quadriennio.

Al termine di tale arco temporale, e quindi necessariamente prima che la medesima persona possa aspirare come candidato ad un nuovo incarico direttivo, sembrerebbe quanto mai opportuno che la stessa eserciti nuovamente le funzioni giudiziali, giudicanti o requirenti, cosicché l'elemento negativo di non avere esercitato funzioni direttive negli ultimi quattro anni assurgerebbe ad ulteriore presupposto di idoneità per la partecipazione al concorso per funzioni apicali.

In questa prospettiva, viene di fatto grandemente ridimensionata, ai fini della nomina ad uffici direttivi, l'equiparazione tra funzione giudiziaria ed esercizio di differenti funzioni dei magistrati collocati fuori ruolo, sancita dall'art. 50 del d. lgs. 5 aprile 2006 n. 150.[98]

Tale profilo presenta plurimi profili di utilità, impedendo l'evidenziato rischio della suddivisione dei magistrati fra una "serie a" ed una "serie b" e assicurando un collegamento costante con la giurisdizione e le sue problematiche concrete, sia con riferimento al periodo di effettivo espletamento delle funzioni direttive, che non vanno esercitate nella prospettiva di non esercitare più quelle giudiziali, sia in quello successivo, ove si potrà contribuire alla giurisdizione con l'aggiunta della esperienza direttiva e si potrà ambire nuovamente all'espletamento di incarichi direttivi solo dopo avere effettivamente svolto le funzioni giudiziali per un determinato periodo di tempo.

Se il cuore dell'Ordine Giudiziario è l'esercizio delle funzioni giudiziarie e se il significativo ruolo istituzionale e sociale di queste viene realmente compreso, e vissuto come tale dai componenti della Magistratura, non dovrebbe risultare minimamente scandaloso immaginare che chi ha svolto per un periodo il ruolo di Presidente di un Tribunale o di Procuratore della Repubblica possa, nel proseguimento della propria carriera, svolgere, a titolo esemplificativo, quello di Presidente di un collegio Giudicante oppure quella del giudice o del sostituto procuratore della Repubblica.

Nel mondo accademico, del resto, non desta alcuno scalpore il fatto che un professore che per un periodo definito abbia svolto il ruolo di Rettore dell'Università o di Direttore di un dipartimento, perché a tali incarichi eletto dal restante corpo docente, torni alla propria attività professionale, una volta conclusa tale esperienza, e si dedichi anche alla parte più ordinaria della medesima, quale lo svolgimento delle lezioni e degli esami, tanto che nessuno dei suoi colleghi ritiene necessario individuare un nuovo prestigioso incarico da attribuirgli.

[98] Il primo comma dell'art. 50 stabilisce: 1. Il periodo trascorso dal magistrato fuori dal ruolo organico della magistratura e' equiparato all'esercizio delle ultime funzioni giudiziarie svolte e il ricollocamento in ruolo, senza nuovi o maggiori oneri per il bilancio dello Stato, avviene nella medesima sede, se vacante, o in altra sede, e nelle medesime funzioni, ovvero, nel caso di cessato esercizio di una funzione elettiva extragiudiziaria, salvo che il magistrato svolgesse le sue funzioni presso la Corte di cassazione o la Procura generale presso la Corte di cassazione o la Direzione nazionale antimafia, in una sede diversa vacante, appartenente ad un distretto sito in una regione diversa da quella in cui e' ubicato il distretto presso cui e' posta la sede di provenienza nonche' in una regione diversa da quella in cui, in tutto o in parte e' ubicato il territorio della circoscrizione nella quale il magistrato e' stato eletto.

La differenza va probabilmente colta sia nel fatto che il Direttore del dipartimento non si considera, e non viene dagli altri docenti considerato, il "capo" dei professori di quel dipartimento, bensì colui che lo organizza e gestisce al fine di migliorarne l'efficienza, sia nel motivo che la principale ragione di qualificazione che gli viene riconosciuta, dentro e fuori il suo ambito lavorativo, è di essere un professore di quella disciplina.

6. La nomina dei dirigenti degli uffici semidirettivi.

La legge sull'ordinamento giudiziario prevede una disciplina analoga per i direttivi e semidirettivi, definendo, peraltro, come direttivi i presidenti di sezione della Corte di Cassazione, pur essendo di fatto, questi ultimi, dei presidenti di sezione.

Questa opzione legislativa di equiparazione tra le due tipologie di nomina sembra irragionevole, poiché è evidente a tutti che vi sono fortissime differenze tra l'attività del dirigente dell'ufficio e il semidirettivo e, cioè, tra il presidente del tribunale e il presidente di sezione.

Il presidente di sezione, infatti, rimane certamente nell'ambito della giurisdizione e ha normalmente un proprio ruolo (quando, invece, il presidente del tribunale rimane nella giurisdizione tendenzialmente solo negli uffici più piccoli, laddove il presidente della Corte indiscutibilmente esce sempre dalla giurisdizione; discorso analogo al presidente del tribunale può farsi anche con riferimento al procuratore della repubblica).

In coerenza con quanto abbiamo sostenuto finora, poi, i criteri di preferenza nella nomina dei semidirettivi devono essere articolati secondo precisi parametri oggettivi destinati ad operare idealmente in senso progressivo.

La proposta, ad esempio, di preferire per la nomina a Presidente di Sezione chi ha per lungo tempo esercitato le funzioni, penali o civili, a cui si riferisce quella presidenza, è certamente supportata da buon senso. Nondimeno, il criterio va temperato dalla previsione di un ulteriore e supplementare criterio, secondo il quale, a parità di "merito" rispetto a quella specifica funzione, vada preferito chi abbia svolto diverse funzioni nello svolgimento della sua carriera, in particolare nel settore tanto civile quanto penale, poiché la varietà delle funzioni svolte consente una visione d'insieme sul mondo della giurisdizione, preziosa per chi intenda efficacemente presiedere una sezione di tribunale o di Corte d'appello.

Un criterio di scelta da valorizzare ulteriormente deriva dall'avere svolto il ruolo di giudice di Corte d'Appello, poiché un presidente di sezione di Tribunale che conosce il grado di impugnazione è certamente portatore di un bagaglio e di una esperienza molto importante, che può mettere a disposizione dei colleghi più giovani di primo grado per aiutare a rendere le decisioni il più possibile stabili. Questo ragionamento può e deve a nostro avviso estendersi anche alla nomina dei giudici di Cassazione, sia come consigliere che al massimario: chi ha svolto funzioni d'appello va preferito rispetto a chi ha svolto soltanto funzioni di primo grado, in quanto l'appello è oggi un importante filtro rispetto al giudizio di legittimità, ed è luogo in cui il magistrato matura una esperienza collegiale approfondita (se si tiene conto, soprattutto, che molti giudici di primo grado svolgono funzioni quasi esclusivamente monocratiche).

MARIA ROSARIA SODANO

Il percorso formativo della magistratura italiana

SOMMARIO: 1. L'accesso alle professioni legali – 2. L'accesso alla professione di Magistrato – 3. La preparazione al concorso in Magistratura – 4. La centralità del tirocinio formativo ex art. 73 D.L. 69/2013 – 5. Conclusioni

1. L'accesso alla professione legali

L'accesso alle professioni legali in Italia ivi compreso l'accesso alla professione di Magistrato - non è assistito da percorsi formativi specifici e capita di sovente che, spesso, i giovani laureati, non appena conseguita la laurea, rimangano del tutto sprovvisti di una linea direttrice che consenta loro di comprendere quale strada professionale intraprendere. Accade così che non facciano alcuna scelta mirata e si promuovano come praticanti Avvocati, aspiranti Magistrati e/o aspiranti Notai in maniera del tutto indifferenziata.

Ciò in quanto le facoltà di giurisprudenza diversamente dislocate sul territorio italiano predispongono un'offerta di studio e di approfondimento non ancorata alle singole professioni se non in via puramente tendenziale, senza porsi il problema della specificità di ciascuna professione legale. Eppure, la peculiarità di ciascuna professione potrebbe emergere fin dalla fase degli studi universitari attraverso l'individuazione di un percorso di studi specialistico che permetta ai giovani laureati di potersi orientare, fin da subito, sulla propria scelta professionale, affrontata, invece, oggi, dai più senza una corretta guida di indirizzo.

Oggi, più che nel passato, l'accesso a ciascuna delle professioni legali di maggiore rilievo, quale quella di Avvocato, Notaio e Magistrato, presenta caratteristiche di specificità che devono essere indagate e che necessitano, per questi motivi, di approfondimenti di studio teorico – pratico assolutamente differenti tra loro.

Valga per tutti quanto è accaduto a partire dal 2012 per la professione di Avvocato, i cui requisiti di accesso sono stati di recente sottoposti ad una profonda revisione critica al fine di permettere una seria riqualificazione della professione forense.

Oggi, per accedere a tale professione legale, dopo l'accreditamento presso il locale Consiglio dell'Ordine di un tirocinio di un anno e sei mesi svolto in uno studio legale o presso l'Ufficio di un Giudice o presso l'Avvocatura dello stato[99], è necessario il superamento di un esame di stato per l'abilitazione all'esercizio della professione forense, la cui disciplina a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 46 della legge 31 dicembre 2012 n. 247 e del relativo regolamento di esecuzione, è stata profondamente innovata al fine di "*assicurare al massimo grado la regolarità delle prove e, di conseguenza, la serietà della selezione dei candidati*" onde "*garantire che l'unico criterio di selezione è costituito dal merito degli stessi, allo scopo di mantenere e vieppiù incrementare gli standard qualitativi dell'avvocatura medesima*"[100].

Le prove di esame constano, oggi, dell'espletamento di tre prove scritte (rispettivamente un parere di diritto civile, di diritto penale e di un atto giudiziario) e di un orale che dovrà vertere sulle seguenti materie: ordinamento e deontologia forensi, diritto civile, diritto penale, diritto processuale civile, diritto processuale penale, nonché di altre due materie, scelte preventivamente dal candidato, tra le seguenti: diritto costituzionale, diritto amministrativo, diritto del lavoro, diritto commerciale, diritto comunitario ed internazionale privato, diritto tributario[101].

L'esame deve essere indetto dal Ministero di Giustizia con cadenza annuale. La correzione dei compiti deve avvenire ad opera di una commissione diversa da quella istituita presso la Corte d'appello di appartenenza, abbinata a quest'ultima mediante sorteggio dal Ministero di Giustizia. Rigorosi, e dunque altamente selettivi, sono i criteri imposti dal legislatore per essere annessi al

[99] La materia è stata nel 2016 profondamente innovata dal Regolamento n. 70 del 2016 del 2016 del Ministero della giustizia che ha specificatamente previsto a) la possibilità di svolgere il tirocinio in via anticipata durante gli ultimi sei mesi del corso di laurea purchè si sia in regola con gli esami fondamentali di diritto civile, amministrativo e penale, b) la possibilità di svolgere una parte rilevante del tirocinio (un anno) presso gli uffici giudiziari e/o presso l'avvocatura dello stato e/o un ente pubblico e sei mesi in un paese dell'Unione europea.

[100] Così testualmente la relazione illustrativa al Regolamento attuativo dell'art. 46, comma 6 della legge 31 dicembre 2012 n. 247

[101] Cfr. art. 46 legge 31 dicembre 2012 n. 247: L'esame di Stato si articola in tre prove scritte ed in una prova orale. 2. Le prove scritte sono svolte sui temi formulati dal Ministro della giustizia ed hanno per oggetto: a) la redazione di un parere motivato, da scegliere tra due questioni in materia regolata dal codice civile; b) la redazione di un parere motivato, da scegliere tra due questioni in materia regolata dal codice penale; c) la redazione di un atto giudiziario che postuli conoscenze di diritto sostanziale e di diritto processuale, su un quesito proposto, in materia scelta dal candidato tra il diritto privato, il diritto penale ed il diritto amministrativo. 3. Nella prova orale il candidato illustra la prova scritta e dimostra la conoscenza delle seguenti materie: ordinamento e deontologia forensi, diritto civile, diritto penale, diritto processuale civile, diritto processuale penale; nonché di altre due materie, scelte preventivamente dal candidato, tra le seguenti: diritto costituzionale, diritto amministrativo, diritto del lavoro, diritto commerciale, diritto comunitario ed internazionale privato, diritto tributario, diritto ecclesiastico, ordinamento giudiziario e penitenziario.

superamento della prova scritta. Nella valutazione degli elaborati deve essere apprezzata la chiarezza, logicità e rigore metodologico nonché ancora la capacità di soluzione di problemi tecnici oltre che la conoscenza degli istituti oggetto di trattazione[102]. Infine, ed il particolare è di non poco rilievo, anche per l'esame di abilitazione alla professione forense le prove scritte devono svolgersi con l'ausilio di testi non commentati, preventivamente approvati dalla commissione[103].

Chi scrive sottolinea l'evidente intento del legislatore del 2012 di attribuire all'esame di abilitazione alla professione forense una valenza di serietà e di riqualificazione molto più forte rispetto al passato, attuata attraverso la rigorosa selezione dei candidati e la valorizzazione del tirocinio propedeutico all'esame di abilitazione. Quest'ultimo è stato, anch'esso, completamente innovato rispetto al passato, avendone previsto – il legislatore - oltre che particolari modalità alternative rispetto alla compiuta pratica legale di una volta, anche l'ulteriore caratteristica "formativa", assicurata attraverso l'obbligo della frequenza a corsi di formazione[104]. Questi ultimi, dedicati agli aspiranti Avvocati, devono essere istituiti da ordini e/o associazioni forensi o altri soggetti previsti dalla legge secondo modalità stabilite dal Ministero di Giustizia, idonee a

[102] Così testualmente l'art. 46, 6 comma, legge 31 dicembre 2012 n. 247: Il Ministro della giustizia, sentito il CNF, disciplina con regolamento le modalità e le procedure di svolgimento dell'esame di Stato e quelle di valutazione delle prove scritte ed orali da effettuare sulla base dei seguenti criteri: a) chiarezza, logicità e rigore metodologico dell'esposizione; b) dimostrazione della concreta capacità di soluzione di specifici problemi giuridici; c) dimostrazione della conoscenza dei fondamenti teorici degli istituti giuridici trattati; d) dimostrazione della capacità di cogliere eventuali profili di interdisciplinarietà; e) dimostrazione della conoscenza delle tecniche di persuasione e argomentazione.

[103] Così testualmente l'art. 46, 7 comma legge 31 dicembre 2012 n. 247: Le prove scritte si svolgono con il solo ausilio dei testi di legge senza commenti e citazioni giurisprudenziali. Esse devono iniziare in tutte le sedi alla stessa ora, fissata dal Ministro della giustizia con il provvedimento con il quale vengono indetti gli esami. A tal fine, i testi di legge portati dai candidati per la prova devono essere controllati e vistati nei giorni anteriori all'inizio della prova stessa e collocati sul banco su cui il candidato sostiene la prova.

[104] Così testualmente : Art. 43 legge 31 dicembre 2012 n. 247 - Corsi di formazione per l'accesso alla professione di avvocato 1. Il tirocinio, oltre che nella pratica svolta presso uno studio professionale, consiste altresì nella frequenza obbligatoria e con profitto, per un periodo non inferiore a diciotto mesi, di corsi di formazione di indirizzo professionale tenuti da ordini e associazioni forensi, nonché dagli altri soggetti previsti dalla legge.

2. Il Ministro della giustizia, sentito il CNF, disciplina con regolamento: a) le modalità e le condizioni per l'istituzione dei corsi di formazione di cui al comma 1 da parte degli ordini e delle associazioni forensi giudicate idonee, in maniera da garantire la libertà ed il pluralismo dell'offerta formativa e della relativa scelta individuale; b) i contenuti formativi dei corsi di formazione in modo da ricomprendervi, in quanto essenziali, l'insegnamento del linguaggio giuridico, la redazione degli atti giudiziari, la tecnica impugnatoria dei provvedimenti giurisdizionali e degli atti amministrativi, la tecnica di redazione del parere stragiudiziale e la tecnica di ricerca; c) la durata minima dei corsi di formazione, prevedendo un carico didattico non inferiore a centosessanta ore per l'intero periodo; d) le modalità e le condizioni per la frequenza dei corsi di formazione da parte del praticante avvocato nonché quelle per le verifiche intermedie e finale del profitto, che sono affidate ad una commissione composta da avvocati, magistrati e docenti universitari, in modo da garantire omogeneità di giudizio su tutto il territorio nazionale. Ai componenti della commissione non sono riconosciuti compensi, indennità o gettoni di presenza.

garantire la libertà e il pluralismo dell'offerta formativa oltre che l'uniformità sul territorio nazionale.

2. **L'accesso alla professione di Magistrato**

Si diventa, come è noto, Magistrati tramite concorso come previsto dalla nostra Costituzione. Il concorso viene bandito sulla base di linee programmatiche del Ministero di Giustizia, d'intesa con il Consiglio Superiore della Magistratura, organo di Autogoverno della Magistratura. Si tratta di un concorso a numero chiuso (viene di norma bandito ogni anno per un numero di 200 – 300 posti) cui si accede dopo aver conseguito alternativamente uno dei seguenti titoli: l'abilitazione alla professione di Avvocato, il diploma di specializzazione presso la Scuola delle professioni legali, l'espletamento di un tirocinio di un anno e mezzo con esito positivo presso un Ufficio Giudiziario. Vi sono ammessi anche i Magistrati contabili e amministrativi, i funzionari presso le Pubbliche Amministrazioni, i dottori di ricerca, i Procuratori dello Stato, i Professori Universitari, i Magistrati onorari (giudice di pace, giudice onorario di Tribunale, vice procuratore onorario, giudice onorario aggregato) che lo siano stati per almeno sei anni senza demerito.

Eliminata la prova preselettiva, prevista per un certo numero di anni, attualmente il concorso consta nel superamento di tre prove scritte, consistenti nella redazione di tre temi e/o elaborati su materie di diritto civile, diritto amministrativo e diritto penale, temi che devono raggiungere la sufficienza, ciascuno singolarmente, sebbene la loro correzione avvenga simultaneamente attraverso l'abbinamento delle buste in una fase successiva alla consegna anonima degli elaborati.

La prova orale è molto complessa perché alle tredici materie previste normativamente, se ne sono aggiunte, con il tempo, delle nuove, fino ad arrivare a diciotto materie. Attualmente le materie di esame per la prova orale sono le seguenti: diritto civile ed elementi fondamentali di diritto romano, procedura civile, diritto penale e procedura penale, diritto amministrativo, costituzionale e tributario, diritto commerciale e fallimentare, diritto del lavoro e della previdenza sociale, diritto comunitario, diritto internazionale pubblico e privato, elementi di informatica giuridica e di ordinamento giudiziario.

Per vincere il concorso, è necessario essere dotati di una preparazione di altissimo livello, da momento che è richiesta una conoscenza approfondita di tutte le principali materie giuridiche.

Si tratta di un concorso altamente selettivo, definito, tra gli addetti ai lavori, come di "secondo grado" perché vi si accede, di norma, dopo aver vinto un altro concorso (nelle Pubbliche Amministrazioni) o dopo essere divenuti Avvocati o aver conseguito il Diploma di specializzazione, e per ultimo, a partire dal 2013, dopo aver terminato, con esito positivo, un tirocinio di 18 mesi presso un Ufficio Giudiziario.

Lo standard di qualità, ad avviso di chi scrive, non può essere in alcun modo dismesso perché garantisce la terzietà, correttezza e prevedibilità della giurisdizione, eliminando, o quanto meno, riducendo la possibilità di errori giudiziari.

Va tuttavia osservato che l'alta selettività del concorso può essere assicurata anche senza la propedeuticità di specifico titolo abilitante un'altra professione legale. Ciò soprattutto nei casi in cui – come quello italiano - l'abilitazione alle altre professioni legali si consegue con modalità di esame o di concorso, come si è visto, solo in parte coincidenti con quello di Magistratura. Non a caso, questa situazione ha determinato un forte innalzamento dell'età media dei giovani Magistrati, fino a pregiudicarne addirittura la possibilità di conseguire, in tempo utile, l'età pensionabile.

La questione è pertanto quella di assicurare ai giovani laureati in giurisprudenza, che aspirino a diventare Magistrati, un'offerta formativa che sia specificatamente mirata alla preparazione delle materie di concorso e che presenti caratteristiche tali da pervenire alla formazione di giovani preparati, dotati dei necessari strumenti per il decidere e nel contempo deontologicamente consapevoli della delicatezza della funzione che aspirano a ricoprire.

In questo contesto va esaminata la proposta di riforma del concorso elaborata dalla Commissione Vietti – licenziata meno di un anno fa e non approvata dal Parlamento - la quale, rispondendo alla principale esigenza di "svecchiamento" dei giovani Magistrati in tirocinio, tende innanzitutto a ripristinare il concorso di primo grado garantendo l'accesso al concorso a giovani laureati che abbiano riportato un voto di laurea di almeno 108 su110, ed una media di almeno 28 su 30 negli esami di diritto costituzionale, penale, civile, processuale civile, amministrativo, del lavoro, commerciale e processuale penale (v. art. 2, c. 1- bisdel D.Lgs. n. 160 del 5.4.2006, come risulterebbe emendato dal Progetto). Si prevede, inoltre, che continueranno ad avere accesso al concorso, oltre ai docenti universitari di ruolo in materie giuridiche, ai Magistrati amministrativi e contabili e ai Procuratori dello Stato, i funzionari pubblici assunti tramite concorsi che richiedano

la laurea in legge ed i Magistrati onorari, oltreché i diplomati delle Scuole di specializzazione per le professioni legali.

Una grave mancanza del progetto è quello di avere completamente pretermesso la positiva esperienza dei tirocinanti ex art. 73 legge 69/2013 del quale si parlerà qui di seguito, considerandoli idonei a svolgere lo stage presso i Magistrati indipendentemente dalla votazione di laurea, segno evidente della mancata consapevolezza dell'importanza formativa di questa esperienza e della sua possibile spendibilità da parte dei giovani aspiranti Magistrati, se non altro in sede di graduatoria definitiva a parità di merito con altri vincitori del concorso.

Positiva è da ritenersi, invece, l'idea di modificare le caratteristiche delle tre prove scritte, introducendo, come avviene ormai da tempo sia per l'esame di abilitazione alla professione forense che per il concorso Notaio, una prova teorico - pratica caratterizzata dalla redazione di una sentenza.

Altrettanto positiva, seppure accolta con forti critiche da parte del ceto forense, è la decisione di escludere dai requisiti di ammissione coloro che abbiano conseguito l'abilitazione alla professione forense. Chi scrive ritiene la ragione di tale scelta possa ritenersi, al contrario, legittima alla luce del differente (e alternativo) percorso formativo della professione di Magistrato rispetto a quella di Avvocato, così come oggi strutturato.

3. **La preparazione al concorso in Magistratura**

Ad oggi nessuna istituzione pubblica post- universitaria riesce a predisporre corsi di preparazione al concorso idonei a consentire un'adeguata formazione agli aspiranti Magistrati. Le Scuole di specializzazione dovrebbero preparare a superare gli esami per l'accesso alle varie professioni legali e insieme curare la formazione preliminare a loro comune. In realtà se i contenuti degli esami abilitativi appaiono fortemente differenziati, la preparazione fornita dalle Scuole non può che attestarsi a livello "generalista" e rivelarsi, per questo motivo, insufficiente per superare il concorso di magistratura.

Chi insegna nelle Scuole di specializzazione ha esperienza di quanto pesantemente il contenuto delle prove di esame per l'accesso alle varie professioni legali, e segnatamente le prove scritte del concorso in magistratura, condizionino l'attenzione e gli interessi degli allievi, soprattutto nei casi in cui le scuole non offrono contenuti interdisciplinari al loro interno

proponendo una lettura intelligente dei programmi di concorso. Le mere dissertazioni su temi teorici di diritto civile, diritto penale, diritto amministrativo, pur utili per la realizzazione di un approfondito sapere giuridico, non possono costituire l'unica modalità di preparazione per il concorso, dal momento che lasciano gli aspiranti Magistrati pressocchè impreparati rispetto all'esigenza di acquisire capacità critica, di ragionamento e di argomentazione. È necessario, a tali fini, che i discenti si avvicinino alla realtà giudiziaria e sperimentino personalmente – attraverso la collaborazione con il Magistrato – cosa vuol dire "fare giurisdizione".

In questa ottica, la previsione nel corso di studi delle Scuole di specializzazione, della fruizione di un breve tirocinio pratico presso l'istituzione giudiziaria, peraltro non accompagnata neanche da un giudizio di positività, avvicina gli allievi al mondo giudiziario in maniera superficiale e non sistematica senza che si realizzi un reale raccordo fra il tirocinio e il corso di studi.

L'accorciamento del corso di studi delle scuole previsto dalla riforma Vietti appare commendevole ma non risolve le problematiche connesse all'attuazione di un programma di studi che non appare mirato specificatamente alla professione di Magistrato e che poco mutua dall'esperienza pratica conquistata sul campo.

Non a caso, riscuotono molto più successo fra i giovani laureati aspiranti Magistrati le molteplici – ed onerose - Scuole private, caratterizzate da un'offerta formativa specificatamente mirata al superamento delle prove scritte del concorso.

Al di là degli aspetti critici di natura deontologica venuti alla ribalta in quest'ultimo anno, va osservato che, dal punto di vista più propriamente organizzativo e gestionale, il legislatore italiano si è al momento astenuto dal legiferare in materia, e non ha pertanto previsto alcun intervento regolatore del Ministro di Giustizia al fine di disciplinare le modalità e le condizioni per la frequenza ai corsi e per le verifiche intermedie e finale del profitto, come accaduto per i corsi di formazione attivati dalle associazioni forensi in vista del superamento dell'esame di abilitazione alla professione.

Va inoltre segnalato che l'attività di preparazione al concorso in Magistratura è, allo stato, preclusa ai Magistrati ordinari per effetto dell'interpretazione restrittiva data dal Consiglio Superiore della magistratura all'art. 16 comma R.d. 12/1941, al primo e secondo comma, secondo il quale i Magistrati non possono assumere pubblici o privati impieghi né esercitare "*industrie o*

commerci né qualsiasi libera professione"[105]; infatti l'Organo di Autogoverno, anche in tempi recentissimi, ha tenuto a far rientrare fra le attività vietate al Magistrato: "*l'organizzazione di Scuole private di preparazione a concorsi o esami per l'accesso al pubblico impiego alle magistrature, e alle altre professioni legali nonché la partecipazione, sotto qualsiasi forma ed indipendentemente dalle caratteristiche dimensionali, alla gestione economica, organizzativa e scientifica di tali Scuole ovvero lo svolgimento presso di esse di attività di docenza, anche in via occasionale*".

4. La centralità dei tirocini formativi ex art. 73 D.L. 69/2013

Quanto finora osservato evidenzia l'importanza di pervenire ad una profonda rivisitazione dell'offerta formativa per i giovani aspiranti Magistrati. Qualche spunto di riflessione può essere validamente tratto dall'esperienza dei tirocini formativi introdotti dall'art. 73 D.L. 69/2013[106].

[105] Cfr. Nuova circolare sugli incarichi extragiudiziari sostitutiva della n. 19942 del 3 agosto 2011 così come modificata nella seduta del 23 luglio 2014. (Circolare n. P. 22581 del 9 dicembre 2015 – Delibera del 2 dicembre 2015)

[106] Art. 73 Formazione presso gli uffici giudiziari

1. I laureati in giurisprudenza all'esito di un corso di durata almeno quadriennale, in possesso dei requisiti di onorabilita' di cui all'articolo 42- ter, secondo comma, lettera g), del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, che abbiano riportato una media di almeno 27/30 negli esami di diritto costituzionale, diritto privato, diritto processuale civile, diritto commerciale, diritto penale, diritto processuale penale, diritto del lavoro e diritto amministrativo,

ovvero un punteggio di laurea non inferiore a 105/110 e che non abbiano compiuto i trenta anni di eta', possono accedere, a domanda e per una sola volta, a un periodo di formazione teorico- pratica presso le Corti di appello, i tribunali ordinari, gli uffici e i tribunali di sorveglianza e i tribunali per i minorenni della durata

complessiva di diciotto mesi. Lo stage formativo, con riferimento al procedimento penale, puo' essere svolto esclusivamente presso il giudice del dibattimento. I laureati, con i medesimi requisiti, possono accedere a un periodo di formazione teorico- pratica, della stessa durata, anche presso il Consiglio di Stato, sia nelle sezioni giurisdizionali che consultive, e i Tribunali Amministrativi Regionali. La Regione Siciliana e le province autonome di Trento e di Bolzano, nell'ambito della propria autonomia statutaria e delle norme di attuazione, attuano l'istituto dello stage formativo e disciplinano le sue modalita' di svolgimento presso il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana e presso il Tribunale Regionale di Giustizia amministrativa di Trento e la sezione autonoma di Bolzano.

2. Quando non e' possibile avviare al periodo di formazione tutti gli aspiranti muniti dei requisiti di cui al comma 1 si riconosce preferenza, nell'ordine, alla media degli esami indicati, al punteggio di laurea e alla minore eta' anagrafica. A parita' dei requisiti previsti dal primo periodo si attribuisce preferenza ai corsi di perfezionamento in materie giuridiche successivi alla laurea.

3. Per l'accesso allo stage i soggetti di cui al comma 1 presentano domanda ai capi degli uffici giudiziari con allegata documentazione comprovante il possesso dei requisiti di cui al predetto comma, anche a norma degli articoli 46 e 47 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445. Nella domanda puo' essere espressa una preferenza ai fini dell'assegnazione, di cui si tiene conto compatibilmente con le esigenze dell'ufficio. Per il Consiglio

di Stato, il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, il Tribunale Regionale di Giustizia amministrativa di Trento e la sezione autonoma di Bolzano, i Tribunali Amministrativi Regionali la preferenza si esprime con riferimento ad una o piu' sezioni in cui sono trattate specifiche materie

4. Gli ammessi allo stage sono affidati a un magistrato che ha espresso la disponibilita' ovvero, quando e' necessario assicurare la continuita' della formazione, a un magistrato designato dal capo dell'ufficio. Gli ammessi

assistono e coadiuvano il magistrato nel compimento delle ordinarie attivita'. Il magistrato non puo' rendersi affidatario di piu' di due ammessi. Il ministero della giustizia fornisce agli ammessi allo stage le dotazioni strumentali, li pone in condizioni di accedere ai sistemi informatici ministeriali e fornisce loro la necessaria assistenza tecnica. Per l'acquisto di dotazioni

strumentali informatiche per le necessita' di cui al quarto periodo e' autorizzata una spesa unitaria non superiore a 400 euro. Nel corso degli ultimi sei mesi del periodo di formazione il magistrato puo' chiedere l'assegnazione di un nuovo ammesso allo stage al fine di garantire la continuita' dell'attivita' di assistenza e ausilio.

L'attivita' di magistrato formatore e' considerata ai fini della valutazione di professionalita' di cui all'articolo 11, comma 2, del decreto legislativo 5 aprile 2006, n. 160, nonche' ai fini del conferimento di incarichi direttivi e semidirettivi di merito. L'attivita' di magistrato formatore espletata nell'ambito dei periodi formativi dei laureati presso gli organi della Giustizia amministrativa non si considera ai fini dei passaggi di qualifica di cui al capo II del titolo II della legge 27 aprile 1982, n. 186, e successive modificazioni, ne' ai fini del conferimento delle funzioni di cui all'articolo 6, quinto comma, della medesima legge. Al magistrato formatore non spetta alcun compenso aggiuntivo o rimborso spese per lo svolgimento dell'attivita' formativa.

5. L'attivita' degli ammessi allo stage si svolge sotto la guida e il controllo del magistrato e nel rispetto degli obblighi di

riservatezza e di riserbo riguardo ai dati, alle informazioni e alle notizie acquisite durante il periodo di formazione, con obbligo di mantenere il segreto su quanto appreso in ragione della loro attivita' e astenersi dalla deposizione testimoniale. Essi sono ammessi ai corsi di formazione decentrata organizzati per i magistrati dell'ufficio ed ai corsi di formazione decentrata loro specificamente dedicati e organizzati con cadenza almeno semestrale secondo programmi che sono indicati per la formazione decentrata da parte della Scuola superiore della magistratura. I laureati ammessi a

partecipare al periodo di formazione teorico- pratica presso il Consiglio di Stato, il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, i Tribunali Amministrativi Regionali e il Tribunale Regionale di Giustizia amministrativa di Trento e la sezione autonoma di Bolzano sono ammessi ai corsi di formazione organizzati dal Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa.

5- bis. L'attivita' di formazione degli ammessi allo stage e' condotta in collaborazione con i consigli dell'Ordine degli avvocati e con le Scuole di specializzazione per le professioni legali, secondo le modalita' individuate dal Capo dell'Ufficio, qualora gli stagisti ammessi risultino anche essere iscritti alla pratica forense o ad una Scuola di specializzazione per le professioni legali.

6. Gli ammessi allo stage hanno accesso ai fascicoli processuali, partecipano alle udienze del processo, anche non pubbliche e dinanzi al collegio, nonche' alle camere di consiglio, salvo che il giudice ritenga di non ammetterli; non possono avere accesso ai fascicoli relativi ai procedimenti rispetto ai quali versano in conflitto di

interessi per conto proprio o di terzi, ivi compresi i fascicoli relativi ai procedimenti trattati dall'avvocato presso il quale svolgono il tirocinio.

7. Gli ammessi allo stage non possono esercitare attivita' professionale innanzi l'ufficio ove lo stesso si svolge, ne' possono rappresentare o difendere, anche nelle fasi o nei gradi successivi della causa, le parti dei procedimenti che si sono svolti dinanzi al magistrato formatore o assumere da costoro qualsiasi incarico professionale.

8. Lo svolgimento dello stage non da' diritto ad alcun compenso e non determina il sorgere di alcun rapporto di lavoro subordinato o autonomo ne' di obblighi previdenziali e assicurativi.

9. Lo stage puo' essere interrotto in ogni momento dal capo dell'ufficio, anche su proposta del magistrato formatore, per sopravvenute ragioni organizzative o per il venir meno del rapporto fiduciario, anche in relazione ai possibili rischi per l'indipendenza e l'imparzialita' dell'ufficio o la credibilita' della funzione giudiziaria, nonche' per l'immagine e il prestigio dell'ordine giudiziario.

10. Lo stage puo' essere svolto contestualmente ad altre attivita', compreso il dottorato di ricerca, il tirocinio per l'accesso alla professione di avvocato o di notaio e la frequenza dei corsi delle scuole di specializzazione per le professioni legali, purche' con modalita' compatibili con il conseguimento di un'adeguata formazione.

Il contestuale svolgimento del tirocinio per l'accesso alla professione forense non impedisce all'avvocato presso il quale il tirocinio si svolge di esercitare l'attivita' professionale innanzi al magistrato formatore.

11. Il magistrato formatore redige, al termine dello stage, una relazione sull'esito del periodo di formazione e la trasmette al capo dell'ufficio.

12. (soppresso).

A riguardo, va innanzitutto premesso che i tirocini in questione, introdotti dal legislatore nell'anno 2013, sono stati preceduti dall'esperienza dell'Ufficio del Giudice, nata al fine di fornire un concreto supporto al Giudice nello smaltimento del lavoro giudiziario, risultato ottenuto brillantemente in molti Distretti Giudiziari.

Il legislatore del 2013, pur prendendo atto dell'importanza ed efficacia dell'apporto dei tirocinanti al lavoro del Giudice, ne ha dato una qualificazione "formativa" che dapprima non aveva, imponendo uno scambio di lavoro – formazione tra lo stagista ed il Magistrato formatore-affidatario di valenza tale da rendere l'esito positivo del percorso formativo come idoneo all'accesso al concorso in Magistratura. Ha così previsto che gli obiettivi formativi dei tirocini vengano perseguiti dal giovane stagista attraverso la frequentazione di corsi di formazione a loro specificatamente dedicati, deputando a tale compito la Formazione decentrata di ogni Distretto giudiziario, che, come è noto, costituisce l'articolazione territoriale della Scuola Superiore della Magistratura.

L'intento del legislatore è stato pertanto quello di affidare alla Magistratura ordinaria e all'organo deputato alla sua formazione – la Scuola superiore della Magistratura – l'attuazione della finalità formativa dei tirocini, obiettivo ambizioso che le Formazioni decentrate sedenti nei vari Distretti Giudiziari hanno, in gran parte, attuato, delegando tale compito a uno o due Magistrati togati componenti del Collegio dei Formatori. A Milano l'attività formativa dedicata ai tirocinanti è stata organizzata per due anni consecutivi attraverso l'organizzazione di due differenti cicli di formazione, ciascuno caratterizzato da sei diversi incontri, tre di diritto civile e penale. Gli incontri - di carattere seminariale ed esercitativo – sono stati tenuti da Magistrati del Distretto e ad essi sono stati invitati anche tutti i Magistrati affidatari. L'adesione ai corsi è stata molto

13. Per l'accesso alla professione di avvocato e di notaio l'esito positivo dello stage di cui al presente articolo e' valutato per il periodo di un anno ai fini del compimento del periodo di tirocinio professionale ed e' valutato per il medesimo periodo ai fini della frequenza dei corsi della scuola di specializzazione per le professioni legali, fermo il superamento delle verifiche intermedie e delle prove finali d'esame di cui all'articolo 16 del decreto legislativo 17 novembre 1997, n. 398.

14. L'esito positivo dello stage costituisce titolo di preferenza a parita' di merito, a norma dell'articolo 5 del decreto del Presidente della Repubblica 9 maggio 1994, n. 487, nei concorsi indetti dall'amministrazione della giustizia, dall'amministrazione della giustizia amministrativa e dall'Avvocatura dello Stato. Per i concorsi indetti da altre amministrazioni dello Stato l'esito positivo del periodo di formazione costituisce titolo di preferenza a parita' di titoli e di merito.

15. L'esito positivo dello stage costituisce titolo di preferenza per la nomina a giudice onorario di tribunale e a vice procuratore onorario.

apprezzata dai tirocinanti che hanno seguito i corsi con grande impegno non mancando di partecipare anche agli altri incontri di formazione proposti a tutti i Magistrati del Distretto. Molto positiva è stata la partecipazione degli stagisti agli scambi internazionali che si tengono, ogni anno, a Milano per la durata di due settimane in inglese e in francese.

L'esperienza dei tirocini formativi negli Uffici Giudiziari, se comparata con quella analoga prevista per i praticanti – Avvocati, è stata considerata dallo stesso legislatore come uno dei percorsi formativi più idonei per accedere alle professione legale di Magistrato, ove sia assistita dalla frequentazione parallela di corsi di formazione.

La realtà non ha smentito questa previsione. Attraverso il contatto continuo con il Magistrato affidatario, il giovane laureato in giurisprudenza comincia a conoscere, nel profondo, l'organizzazione giudiziaria, comprende i meccanismi del decidere partecipando alla camera di consiglio, approfondisce le proprie conoscenze giuridiche sotto la guida del Giudice, assiste all'applicazione delle norme di legge, predispone la bozza dei provvedimenti giurisdizionali acquisendo capacità argomentative e interpretative.

Va da sé che proprio le caratteristiche formative del tirocinio impongono al giovane stagista di non abbandonare la propria attività di studio e ricerca, non potendosi ragionevolmente ritenere sufficiente che i soli 18 mesi di tirocinio possano permettere il superamento del concorso. Le nozioni acquisite sul campo in sede di tirocinio vanno quindi integrate con uno studio intensivo teorico, da svolgersi contestualmente al tirocinio o al massimo nel periodo immediatamente successivo alla sua conclusione, in modo da non vanificare quanto acquisito durante l'esperienza pratica.

5. **Conclusioni**

L'importanza del tirocinio formativo presso gli Uffici Giudiziari, pur se insufficiente a fornire all'aspirante Magistrato idonea preparazione per il superamento del concorso, costituisce una valida premessa per lo studio delle materie d'esame perché rende possibile l'approfondimento pratico delle nozioni teoriche studiate sia all'Università che presso le Scuole di specializzazione pubbliche e/o private. I giovani tirocinanti imparano, prima di altri, a vedere dall'interno, il lavoro del giudice. Comprendono, sperimentandolo sul campo, cosa vuol dire fare giurisdizione e si determinano alla scelta professionale in maniera consapevole e meditata. Tali considerazioni non

appaiono incompatibili con la prospettiva di riforma e di rinnovamento del concorso. E', anzi, da ritenere, che proprio la prospettiva di una modifica delle prove scritte e l'introduzione di materie orali come la prova in lingua straniera favoriscano – tra gli aspiranti Magistrati – proprio coloro che, attraverso il contatto profondo con la realtà giudiziaria, ne abbiano fatto specifica e meritevole sperimentazione.

ANTONIO MONDINI

Su alcuni profili problematici della disciplina sul patrocinio a spese dello Stato in materia civile ([107]).

SOMMARIO: Premessa - 1. L'ambito di applicazione del beneficio sotto il profilo oggettivo (l'attività stragiudiziale; la mediazione; la procedura di negoziazione); 2. Il presupposto legato al reddito (il reddito risultante dall'ultima dichiarazione; elementi inclusi ed esclusi dal reddito); 3. Il compenso del difensore (le modalità della liquidazione del compenso; forma e tempo della liquidazione; la prescrizione del credito del difensore; compenso del difensore e credito dello Stato verso il non ammesso soccombente; la liquidazione delle spese a seconda dell'esito della lite); 4. La revoca dell'ammissione.

Premessa.

Questo incontro è finalizzato a fare una panoramica, dal punto di vista della concreta esperienza giurisprudenziale, su alcuni profili problematici della disciplina, dettata dal decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, in tema di patrocinio a spese dello Stato.

1. L'ambito di applicazione del beneficio sotto il profilo oggettivo (l'attività stragiudiziale; la mediazione; le procedure di negoziazione).

L'istituto del patrocinio a spese dello Stato vale nell'ambito di ogni processo civile, incluse le procedure di volontaria giurisdizione ed eccettuate solo le cause relative a cessioni di crediti e ragioni altrui, purché le cessioni non appaiano indubbiamente fatte in pagamento di crediti o ragioni preesistenti.

Tanto si evince dagli artt. 74, 75 e 121 del d.P.R. 115/2012 ([108])

107 Relazione tenuta in Torino, il 1 dicembre 2017, in occasione del primo incontro del Corso "*Il gratuito patrocinio in materia civile*", organizzato dalla Struttura Territoriale di Torino, della Scuola Superiore della Magistratura.

108 L'art. 74 assicura il patrocinio per la difesa del cittadino non abbiente nel "processo civile, amministrativo, contabile, tributario e negli affari di volontaria giurisdizione"; l'art. 75 chiarisce che l'ammissione al patrocinio è valida per ogni grado e per ogni fase del processo e per tutte le eventuali procedure, derivate ed accidentali, comunque connesse, e che essa, in quanto compatibile, è altresì valida nella fase dell'esecuzione, nel processo di revisione, nei processi di revocazione e opposizione di terzo; l'art. 121, infine, sancisce l'eccezione.

Le prime due disposizioni, così come quelle di cui agli artt. 22 e 124 ([109]), hanno specifico riferimento al processo; si pone quindi l'interrogativo se l'istituto del patrocinio a spese dello Stato possa valere anche per attività stragiudiziali ed eventualmente in quali limiti.

Per rispondere occorre muovere da quanto detto dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella sentenza 10 luglio 2017, n. 16990 ([110]) in riferimento ad un processo di danni da fatto illecito, in cui erano state chieste come spese del giudizio le spese per l'attività svolta dal legale prima dell'inizio del processo per ottenere il risarcimento dalla compagnia assicuratrice del danneggiante: "le spese di assistenza legale stragiudiziale, diversamente da quelle giudiziali vere e proprie, hanno natura di danno emergente e la loro liquidazione, pur dovendo avvenire nel rispetto delle tariffe forensi, è soggetta agli oneri di domanda, allegazione e prova secondo le ordinarie scansioni processuali".

Se dunque le spese di assistenza stragiudiziale non sono spese giudiziali vere e proprie, tanto meno sono spese giudiziali addossabili allo Stato.

In questa quadro si colloca l'affermazione fatta dalle stesse Sezioni Unite, con sentenza 19 aprile 2013, n.9529 ([111]): "L'attività professionale di natura stragiudiziale, che l'avvocato si trovi a svolgere nell'interesse del proprio assistito, non è ammessa, di regola, al patrocinio a spese dello Stato ai sensi dell'art. 85 del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, in quanto esplicantesi fuori del processo, sicché il relativo compenso si pone a carico del cliente".

In questa sentenza vi è un'importante precisazione: "allorché detta attività [stragiudiziale] venga espletata in vista di una successiva azione giudiziaria, essa è ricompresa nell'azione stessa ai fini della liquidazione a carico dello Stato ed il professionista non può chiederne il compenso al cliente ammesso al patrocinio gratuito" ([112]).

109 Ai sensi dei quali, rispettivamente, l'istanza di ammissione al patrocinio a spese dello Stato contiene, a pena di inammissibilità, tra l'altro, "la specifica indicazione delle prove di cui si intende chiedere l'ammissione"; l'istanza è presentata al Consiglio dell'Ordine degli avvocati del "luogo in cui ha sede il magistrato davanti al quale pende il processo, ovvero, se il processo non pende, quello del luogo in cui ha sede il magistrato competente a conoscere del merito".

110 La sentenza si legge in www.italgiure.we

111 La sentenza si legge in www.italgiure.web.

112 Nella fattispecie si discuteva del provvedimento sanzionatorio adottato dal CNF nei confronti di un avvocato che aveva chiesto compensi alla parte ammessa al patrocinio a spese dello Stato per attività, quale ad esempio quella di ricerca di documenti, propedeutica al procedimento da instaurare e in relazione al quale era stata deliberata l'ammissione

La sopraddetta precisazione ricorre anche nella sentenza della Corte di Cassazione 23 novembre 2011 n. 24723, nella quale viene dapprima escluso - sulla base del richiamo alla già citata lettera degli art. 74, comma 2°, 75, 122 e 124 d.P.R. n. 115/2002- che il patrocinio a spese dello Stato sia utilizzabile per attività diverse dalla difesa in giudizio, e viene poi affermato che "devono considerarsi giudiziali anche quelle attività stragiudiziali che, essendo strettamente dipendenti dal mandato alla difesa, vanno considerate strumentali o complementari alle prestazioni giudiziali, cioè di quelle attività che siano svolte in esecuzione di un mandato alle liti conferito per la rappresentanza e la difesa in giudizio"([113]).

In conclusione quindi all'interrogativo iniziale deve rispondersi che l'attività stragiudiziale che sia legata da un vincolo di stretta strumentalità alla promozione o allo svolgimento del giudizio, può essere considerata, in ragione di tale vincolo, ai fini del patrocinio a spese dello Stato, come l'attività giudiziale.

Nel quadro così ricostruito trova precisa collocazione la fattispecie della mediazione obbligatoria ex lege o disposta dal giudice, di cui all'art. 5, commi 1 e 2, d.lgs. 28 marzo 2010, n. 28.

La mediazione obbligatoria è infatti una fase stragiudiziale strumentale e necessaria al giudizio e quindi dà luogo al diritto al beneficio del patrocinio a spese dello Stato.

Sul punto non vi sono pronunce di legittimità ma vi sono pronunce di merito, tra le quali si segnala per ampiezza argomentativa quella resa dal Tribunale Firenze, il 13 gennaio 2015 ([114]).

Il Tribunale richiama le due pronunce della Corte di Cassazione n. 24723/2011 e n. 9529/2013, rileva che, facendo applicazione di tali sentenze, si giunge immediatamente alla conclusione per cui, nei casi nei quali la mediazione obbligatoria preceda o si inserisca in un procedimento giudiziario, senz'altro l'attività dell'avvocato rientra nella nozione lata di attività

113 La sentenza, pubblicata in www.dejure.it, si riferiva ad un ricorso presentato da un avvocato contro la decisione con la quale la Corte di Appello di Torino, in data 13 luglio 2106, aveva respinto il reclamo proposto dall'avvocato avverso il decreto con cui il Tribunale di Torino aveva dichiarato inammissibile la domanda di liquidazione delle competenze per l'attività stragiudiziale dal medesimo svolta per assistere la parte ammessa al beneficio nella transazione della controversia instaurata dalla parte medesima. L'istanza era stata respinta sul rilievo che, ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, il patrocinio a spese dello Stato è previsto per l'attività giudiziale e non pure per quella stragiudiziale.

114 La sentenza si legge in www.dirittoegiustizia.it; nello stesso senso, Tribunale Bologna, sez. lav., 13 settembre 2017, relativa ad un caso di mediazione obbligatoria in materia di lavoro.

giudiziale adottata dalla Corte e quindi è ricompresa nell'ambito di operatività del patrocinio a spese dello Stato.

La pronuncia fiorentina contiene anche un'altra affermazione di rilievo e cioè che "sarebbe paradossale" non considerare ricompresa in quell'ambito anche l'attività del difensore che ha assistito la parte in mediazione quando alla mediazione non segua una fase processuale perché la mediazione stessa ha avuto esito positivo e quindi l'attività difensiva ha prodotto il risultato maggiore.

L'affermazione è senz'altro condivisibile perché il rapporto di strumentalità necessaria dell'attività di mediazione rispetto al giudizio si valuta ex se cioè a prescindere dall'esito; del resto, opinare altrimenti significherebbe disincentivare l'istituto in contrasto con la chiara volontà legislativa di incentivarlo.

Né può essere validamente opposto che quando alla mediazione non segue una fase contenziosa, manca una norma che autorizzi l'avvalimento del patrocinio a spese dello Stato, né che manca il presupposto dell'esecuzione di un mandato alle liti conferito per la rappresentanza e la difesa in giudizio che, secondo quanto chiarito dalla Cassazione con la sentenza 24723/2011, permetterebbe di considerare giudiziali alcune attività stragiudiziali, né, infine, (può essere opposto) che l'assenza della fase giudiziale deve far presumere che la mediazione avrebbe potuto svolgersi anche in via informale tra le parti, senza l'assistenza di un legale ([115]): la mancanza di una norma specifica è superabile in virtù degli argomenti di interpretazione logica in precedenza ricordati e per argomenti sistematici di ordine costituzionale e convenzionale ([116]), "la necessità che il difensore sia munito di procura alle liti non pare determinante, anche alla luce della

115 Così Trib. Tempo Pausania 19 luglio 2016, in www.ilcaso.it.

116 Sul primo versante il riferimento va all'art. 3 e all'art. 24 della Costituzione: il paradosso di riconoscere il patrocinio a spese dello stato per i casi di mediazione non conclusa con accordo e seguita da processo e di negarlo per i casi di mediazione che abbia avuto buon esito, si risolve nell'interpretare l'art.75 del d.P.R. 115/2002 in modo contrario al principio costituzionale di ragionevolezza; il principio di effettività della tutela giurisdizionale, di cui la mediazione, condizione di procedibilità è strumento, induce a renderne per quanto possibile ampio l'impiego; sul secondo versante, il riferimento va alla Carta di Nizza il cui art. 47 stabilisce che "a coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia", e alla direttiva europea 2002/8/CE del Consiglio del 27/1/2003, in materia di aiuto legale per controversie transfrontaliere, recepita dall'Italia con il d.lgs. 27.5.2005, n. 116, la quale, all'art.3 - Diritto al patrocinio a spese dello Stato- prevede che "la persona fisica, che sia parte in una controversia ai sensi della presente direttiva, ha diritto a un patrocinio adeguato a spese dello Stato" che le garantisca un accesso alla giustizia effettivo ossia, comprensivo, oltre ad altro, anche della "consulenza legale nella fase precontenziosa al fine di giungere a una soluzione prima di intentare un'azione legale", e all'art. 10 estende il diritto al patrocino alle procedure stragiudiziali.

successiva sentenza della Suprema Corte n. 9529/2013 nella quale si valorizza il nesso teleologico fra l'attività stragiudiziale e la successiva azione giudiziaria"; la presunzione è solo un assunto apodittico basato su "una non condivisibile svalutazione … della funzione del mediatore quale professionista specificamente formato per favorire la riattivazione della comunicazione tra le parti e facilitare il raggiungimento di un'intesa [e,] a veder bene, anche sulla svalutazione dell'intero sistema introdotto in Italia in tema di mediazione, strutturato in modo articolato e posto sotto la vigilanza del Ministero della Giustizia"([117]) ([118]).

In definitiva deve dirsi che è consentito l'avvalimento del beneficio del patrocinio a spese dello Stato per esperire la mediazione quando questa, per legge o per decisione del giudice, sia condizione di procedibilità ed a prescindere dall'esito che la mediazione abbia.

Alcune decisioni ([119]) estendono ulteriormente l'ambito di applicabilità del patrocinio a spese dello Stato ricomprendendovi anche il caso di mediazione non obbligatoria.

In tema accordi di negoziazione assistita frutto di scelta volontaria della parte ([120]), è previsto che (art. 3, comma 6°del d.l. 132/2014) che "quando il procedimento di negoziazione

117 I due passaggi virgolettati sono tratti dalla sentenza del Tribunale Firenze, 13 dicembre 2016, in www.dejure.it

118 Merita notare che malgrado l'estensione del beneficio alla mediazione, condizione di procedibilità, anche in caso di mediazione con esito positivo e non seguita dal processo sia da ritenersi indubbiamente consentita già de jure condito in forza degli argomenti interpretativi ricordati, la "Commissione di studio per l'elaborazione di ipotesi di organica disciplina e riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione, con particolare riguardo alla mediazione, alla negoziazione assistita e all'arbitrato", costituita con decreto del Ministro della Giustizia del 7 marzo 2016 ha ritenuto opportuno proporre al Ministro di "introdurre normativamente il riconoscimento che l'attività prestata dal difensore per i casi di mediazione obbligatoria rientri nel patrocinio a spese dello stato anche nel caso in cui, trattandosi di mediazione pre- processuale questa abbia esito positivo e non segua il processo" ed ha a tal fine proposto di modificare il comma 5- bis dell'art. 17 (Risorse, regime tributario e indennità) del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, nel senso che tale comma si chiuda con la previsione per cui "quando la mediazione sia condizione di procedibilità della domanda ai sensi dell'art. 5, comma 1 bis, ovvero è disposta dal giudice, la parte che si trovi nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio ai sensi dell'art. 76 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115 ha diritto ad essere ammessa al patrocinio a spese dello stato anche per l'attività svolta dal difensore dinanzi all'organismo mediazione. In caso di mediazione svolta prima del processo, conclusasi con accordo, il consiglio dell'ordine competente all'ammissione è quello del luogo in cui ha sede il magistrato competente a conoscere del merito. La liquidazione del compenso al difensore in tal caso è effettuata dall'ufficio giudiziario che sarebbe stato competente per il giudizio.

119 Trib. Ascoli Piceno, decreto 12 settembre 2016 e decreto 25 giugno 2016

120 Gli articoli 2- 5 del d.l.12 settembre 2014 n. 132, convertito, con modificazioni, in l. 10 novembre 2014 n. 162, prevedono la possibilità di una procedura di conciliazione svolta attraverso l'assistenza degli avvocati; l'art. 3 precisa in quali casi la negoziazione assistita è condizione di procedibilità e in quali casi non lo è; questi ultimi sono: il caso delle controversie concernenti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti conclusi tra professionisti e consumatori; quello dei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione; quello dei procedimenti di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite, di cui all'art. 696- bis del codice di procedura civile; quello dei

assistita è condizione di procedibilità della domanda, all'avvocato non è dovuto compenso dalla parte che si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, ai sensi dell'articolo 76 (L) del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115 e successive modificazioni".

Tale disposizione, che esclude il beneficio per le procedure negoziali facoltative, dà un'indicazione contraria anche rispetto all'estensione del beneficio alle procedure di mediazione non obbligatoria ([121]).

Non vi sono infine dubbi sul fatto che l'istituto del patrocinio a spese dello Stato possa trovare impiego per procedure in cui l'assistenza del difensore non è necessaria ma facoltativa: l'art. 75, comma 2, ultima parte del d.P.R. 115/2002 stabilisce che l'istituto si applica quando "l'interessato debba o possa essere assistito da un difensore"; e l'art. 74 co. 2 assicura il patrocinio anche negli affari di volontaria giurisdizione ossia per affari che la parte può in teoria curare anche senza l'assistenza di un legale.

A questi principi si è richiamato il Tribunale di Torino, Sez. VI, 16 novembre 2017 (in www.leleggiditalia.it), laddove, dopo avere affermato che "l'istituto del gratuito patrocinio trova applicazione anche in relazione alle procedure di sovraindebitamento, giacché la legge sancisce in via generale il diritto del cittadino che abbia i requisiti di reddito ad essere assistito da un

procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata; quello dei procedimenti in camera di consiglio; nell'azione civile esercitata nel processo penale.

121 Con riguardo allo specifico settore della separazione e del divorzio - relativamente al quale l'art. 12 d.l. 132/14 stabilisce che i coniugi possono, con la assistenza facoltativa di un avvocato, «concludere, innanzi al sindaco, quale ufficiale dello stato civile ... del comune di residenza di uno di loro o del comune presso cui è iscritto o trascritto l'atto di matrimonio ... un accordo di separazione personale ovvero, nei casi di cui all'art. 3, 1° comma, n. 2, lett. b), l. 1° dicembre 1970 n. 898, di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, nonché di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio» (1° comma dell'art. cit.), sempre che non vi siano figli minori o maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave (ai sensi dell'art. 3, 3° comma, L. 104/92) o economicamente non autosufficienti (2° comma dell'art. cit.)- la Commissione ministeriale di studio per l'elaborazione di ipotesi di organica disciplina e riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione, ha proposto al Ministro della Giustizia di introdurre, tramite l'inserimento nell'art. 6 del d.l.132 del 2014 di un'apposita previsione, la possibilità per i non abbienti di essere ammessi al patrocinio a spese dello Stato ("ad evitare che essi siano costretti a riversare sui tribunali la definizione di controversie che sarebbero disposti a risolvere attraverso la via convenzionale con l'assistenza di un avvocato"). La nuova disciplina, in dettaglio, dovrebbe anche stabilire che competente ad accogliere o respingere la domanda è il consiglio dell'ordine del luogo in cui ha sede il tribunale che sarebbe competente per la relativa controversia; che, qualora il consiglio dell'ordine respinga o dichiari inammissibile l'istanza, questa può essere proposta al procuratore della Repubblica; che il procuratore della Repubblica è anche l'organo abilitato a liquidare il compenso all'avvocato (con provvedimento opponibile), entro i limiti, minimi e massimi, stabiliti da apposito decreto del Ministro della giustizia.

difensore a spese dello Stato in tutti i procedimenti civili e di volontaria giurisdizione, senza eccezione alcuna, tranne quella prevista dall' art. 121, D.P.R. n. 115 del 2002", ha ritenuto l'istituto in parola operativo non solo con riferimento alla procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento ma anche con riferimento alla procedura di volontaria giurisdizione - pacificamente esperibile senza l'assistenza di un difensore- , prevista dal comma 9 dell' art. 15 della legge n. 3 del 2012, di "nomina di un professionista con funzioni di organismo per la composizione della crisi".

2. Il presupposto legato al reddito (il reddito risultante dall'ultima dichiarazione; elementi inclusi ed esclusi dal reddito).

Altri profili problematici della disciplina contenuta nel d.P.R. 115/2002 riguardano le condizioni economiche subordinatamente alle quali l'istituto del patrocinio a spese dello Stato può trovare impiego e che il giudice è chiamato a verificare allorché debba decidere dell'istanza di ammissione, eventualmente rivalutando la decisione negativa del competente consiglio dell'ordine, o della eventuale revoca del beneficio e, in ogni caso, prima della liquidazione del compenso al difensore dell'ammesso ([122]).

L'ammissione (così come la persistenza del beneficio) è condizionata ad una soglia del reddito stabilita in cifra fissa e assoluta, senza riferimento ai costi dei vari tipi di processo da instaurare o a cui partecipare, senza riferimento alle ragioni per cui una persona si trova al di sotto della soglia di non abbienza, senza riferimento al costo della vita nel luogo in cui l'istante vive o ad altre sue condizioni personali.

Riguardo a quest'ultimo aspetto, la Corte Costituzionale, con sentenza del 20 ottobre 2017, n. 219 ([123]), ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 76, comma 2, del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, sollevata, in riferimento agli artt. 2, 3, 24 e 31, primo comma, della Costituzione, nella parte in cui l'art. 76 prevede che, nelle controversie civili, per il calcolo della soglia oltre la quale è precluso l'accesso al patrocinio a spese dello Stato, vengano in rilievo i redditi percetti da ciascun familiare convivente, oltre quello dell'istante,

122 Dalla trattazione che segue sono esclusi tutti i profili attinenti alle condizioni cui è subordinato l'ottenimento del patrocinio da parte dello straniero.

123 La sentenza può essere letta in www.dejure.it

mentre invece i componenti del nucleo familiare privi di reddito non incidono sulla determinazione del parametro reddituale. La Corte ha ritenuto che "la prospettata questione di costituzionalità così come formulata, e cioè con la previsione dell'obbligo di tenere in considerazione l'incidenza dei fattori indicati sulla capacità di spesa del nucleo familiare, è inammissibile, in quanto rimetterebbe la concessione del beneficio alla discrezionale determinazione del singolo giudice, quando invece la determinazione dei presupposti di accesso a tale provvidenza è riservata alla competenza del legislatore".

Attualmente la soglia è pari a € 11.528,41 (dm 7.5.2015).

Non si tiene conto del patrimonio ([124]).

I limiti reddituali valgono anche ai fini della ammissione al beneficio - prevista dall'art. 119- di "enti o associazioni che non perseguono scopi di lucro" ([125]).

Il primo comma dell'art. 76 fa sorgere un dubbio in rifermento alla parte in cui esso parla di reddito imponibile "risultante dall'ultima dichiarazione" Irpef ([126]) ([127]).

L'ultima dichiarazione non sempre è quella relativa all'anno immediatamente precedente quello di presentazione dell'istanza di ammissione al beneficio ma può anzi essere una dichiarazione anche molto risalente nel tempo.

Si pone il problema di stabilire se possono avere rilievo variazioni, in aumento o in diminuzione, intervenute tra la data dell'ultima dichiarazione e la data dell'istanza.

Sul punto appare fondamentale un passaggio della motivazione dell'ordinanza 23 giugno 2016, n. 153 ([128]), con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato manifestamente inammissibili - perché il rimettente, oltre ad altri errori ed omissioni nell'ordinanza di rimessione, aveva richiesto

124 Non condivisibile, quindi, la pronuncia del Trib. Bari, Sez. III, 25 febbraio 2016, in www.quotidianogiuridico, secondo cui "nella nozione di reddito rilevante ai fini dell'ammissione al beneficio del patrocinio a spese dello Stato, rientrano tutti i beni, mobili ed immobili, che contribuiscono alla formazione del patrimonio dell'istante e dei familiari con lui conviventi".

125 Corte Cost. 1 giugno 2016 n. 128, in www.dejure.it

126 Il chiaro riferimento normativo alla dichiarazione ai fini Irpef esclude che possa darsi rilievo alla dichiarazione relativa all'indicatore della situazione economica equivalente (Isee), introdotto con legge 108/1998, modificata in base all'articolo 5 del D.L. 6.12.2011, n. 201, convertito con modificazioni dalla legge 22.12.2011, n. 214, che serve per valutare e confrontare la situazione economica dei nuclei familiari ai fini del riconoscimento del diritto ad una prestazione sociale agevolata e ai servizi di pubblica utilità a condizioni agevolate.

127 Per ultima dichiarazione Irpef deve intendersi quella per la quale è maturato, al momento del deposito della istanza, l'obbligo di presentazione (Cass. 21/02/2017, n. 4429; Cassazione penale, sez. IV, 14/10/2014, n. 46382; in senso conforme, Cass. Pen., sez. 04, del 05/02/2010, n. 7710, tutte leggibili in www.italgiure.it)

128 La pronuncia è reperibile in www.dejure.it

alla Corte un intervento manipolativo che non rivestiva i caratteri della soluzione costituzionalmente obbligata- le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 75 e 76 del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, impugnati, in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., nella parte in cui non dispongono che il giudice debba tenere conto, ai fini dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, del reddito degli ultimi 12 mesi (anziché di quello dell'anno precedente risultante dalla dichiarazione dei redditi) oppure, in subordine, nella parte in cui non dispongono la possibilità di un'ammissione graduata e parziale al beneficio in ragione di fasce o scaglioni reddituali.

Il passaggio è il seguente: "[rilevato] che il giudice rimettente non ha adeguatamente sperimentato la praticabilità di una lettura della disposizione censurata, tale da assicurarne la conformità ai parametri costituzionali evocati; che, infatti, il giudice a quo non tiene alcun conto del costante orientamento della Corte di cassazione ... secondo il quale anche le diminuzioni di reddito avvenute dopo la presentazione della dichiarazione possono essere prese in esame ai fini dell'ammissione al beneficio, ancorché tale ipotesi non sia espressamente disciplinata; che, ad avviso della Corte di cassazione, "né la lettera della legge né lo scopo da essa perseguito autorizzano a ritenere esclusa la possibilità per il richiedente di dimostrare l'intervenuta variazione di reddito a suo sfavore anche perché una diversa interpretazione inciderebbe negativamente sull'effettività della difesa dell'imputato" (Corte di cassazione, sezione quarta penale, sentenze 23 giugno- 22 settembre 2011, n. 34456, 11 novembre 2010- 26 gennaio 2011, n. 2620 e 16 novembre 2005- 8 marzo 2006, n. 8103); che, pertanto, l'ultima dichiarazione dei redditi può "essere integrata da altri elementi, sia per negare il beneficio nonostante il reddito dichiarato sia inferiore al limite legale, qualora emerga aliunde un tenore di vita tale da consentire all'istante di sostenere gli esborsi necessari per l'esercizio del diritto di difesa, sia per concederlo, qualora una dichiarazione reddituale di valore superiore al limite legale sia messa in discussione dalla prova di un decremento reddituale sopravvenuto" (da ultimo, Corte di cassazione, sezione quarta penale, sentenza 19 gennaio- 2 febbraio 2016, n. 4353; nello stesso senso, Corte di cassazione, sezione quarta penale, sentenze 16 aprile- 14 maggio 2015, n. 20053, 10 ottobre- 17 novembre 2014, n. 47343 e 14 ottobre- 10 novembre 2014, n. 46382).

Alle sentenze citate dalla Consulta va aggiunta la sentenza della Corte di Cassazione, sez. 2, sentenza n. 4429 del 21 febbraio 2017 ([129]): "La previsione dell'art. 76 comma l, che, come detto, individua il limite di reddito per essere ammessi al beneficio del patrocinio a spese dello Stato in quello risultante dall'ultima dichiarazione dei redditi antecedente all'istanza di ammissione, va interpretata in correlazione con le disposizioni di cui all'art. 76 comma 3, secondo cui, "ai fini della determinazione dei limiti di reddito, si tiene conto anche dei redditi che per legge sono esenti dall'imposta sul reddito delle persone fisiche (IRPEF) e dell'art. 79, lett. d), d.P.R. citato, che grava il beneficiario dell'obbligo di rendere note, alle scadenze determinate, le variazioni di reddito rilevanti ai fini della spettanza del beneficio". Ne consegue che "il presupposto sostanziale per l'ammissione è costituito dal reddito (come determinato ai sensi dell'art. 76 d.P.R. citato, commi 2, 3 e 4) effettivamente percepito nell'anno antecedente all'istanza, dovendosi al riguardo tenere conto anche dei redditi non rientranti nella base imponibile (o perché esenti o perché non risultati di fatto soggetti ad alcuna imposizione), nonché delle variazioni di reddito avvenute dopo la presentazione della dichiarazione dei redditi per tutta la durata del procedimento e sino alla sua definizione. Da ciò discende che se la variazione di reddito si verifica prima della presentazione dell'istanza e dell'instaurazione del procedimento, per argomento a fortiori, viene meno il presupposto per l'ammissione e, conseguentemente, una volta che il superamento della soglia nell'anno precedente alla presentazione dell'istanza sia stato accertato, deve disporsi la revoca dell'ammissione".

In precedenza, sempre al fine di tener conto della situazione effettiva e più prossima al momento della presentazione della domanda di ammissione al beneficio, si era mossa sulla stessa linea parte della giurisprudenza di merito ([130]).

Per concludere, il problema in esame deve essere risolto nel senso che hanno rilevanza tutte le variazioni, sia in aumento che in diminuzione, intervenute tra la data dell'ultima dichiarazione e la data di presentazione dell'istanza.

Deve aggiungersi che dare rilievo ad un reddito non ancora attestato dalla dichiarazione Irpef, significa, per l'istante, dover dimostrare rigorosamente che il proprio reddito, benché sopra

129 In www.italgiureweb

130 Trib. Alessandria 29 giugno 2010, in www.dejure.it; Trib. Prato 4 marzo 2010, in Foro it., 2010, I, 1335.

soglia in base all' ultima dichiarazione, ha poi subito una diminuzione a seguito della quale è, al momento del deposito dell'istanza, sottosoglia.

Sempre con riferimento al limite reddituale, un secondo fronte problematico attiene a ciò che nel reddito deve esser computato e a ciò che da esso deve essere escluso.

Vanno richiamate le previsioni dell'art. 76 del testo unico ([131]).

Nel reddito complessivo dell'istante devono essere computati:

- i redditi facenti capo al convivente more uxorio ([132]), i redditi di tutti coloro che, pur non facendo parte della famiglia anagrafica del soggetto aspirante o ammesso al beneficio e anche se non a lui legati da rapporti di sangue, fanno tuttavia parte in modo stabile del suo nucleo familiare di fatto e, più in generale, i redditi di coloro che con tale soggetto convivono in una situazione di mutua e non episodica assistenza ([133]), posto che i redditi in questione, sebbene non menzionati espressamente dall'art.76, devono essere tenuti in conto, avuto riguardo alla ratio della norma che è quella di considerare tutte le disponibilità del richiedente, derivanti da vincoli familiari e della normale condivisione delle risorse e suddivisione delle spese all'interno della famiglia tanto di diritto tanto di fatto ([134]);

- i redditi per legge esenti dall'Irpef (ad es.: assegni familiari) o che sono soggetti a regimi sostitutivi oggettivi - cioè a un regime diverso da quello ordinario, ossia ad imposta sostitutiva- o a regimi sostitutivi soggettivi - cioè a un regime per cui l'obbligazione tributaria fa capo ad un soggetto diverso da quello che realizza il presupposto ossia a ritenuta alla fonte a titolo di imposta;

---

131 "Può essere ammesso al patrocinio chi è titolare di un reddito imponibile ai fini dell'imposta personale sul reddito, risultante dall'ultima dichiarazione, non superiore ad € 11.528,41" (d.m. 7 maggio 2015); "salvo quanto previsto dall'articolo 92, se l'interessato convive con il coniuge o con altri familiari, il reddito è costituito dalla somma dei redditi conseguiti nel medesimo periodo da ogni componente della famiglia, compreso l'istante" (l'art. 92, che prevede un innalzamento della soglia di reddito, non interessa in questa sede trattandosi di norma applicabile nel processo penale); "ai fini della determinazione dei limiti di reddito, si tiene conto anche dei redditi che per legge sono esenti dall'imposta sul reddito delle persone fisiche (IRPEF) o che sono soggetti a ritenuta alla fonte a titolo d'imposta, ovvero ad imposta sostitutiva"; "si tiene conto del solo reddito personale quando sono oggetto della causa diritti della personalità, ovvero nei processi in cui gli interessi del richiedente sono in conflitto con quelli degli altri componenti il nucleo familiare con lui conviventi".

132 Cass. 19 febbraio 2015,P., in wwwitalgiure.it

133 Cass. pen. 6 ottobre 2016, n. 45511, in Foro it., 2017, II, col. 1.

134 Cass. 19 febbraio 2015, cit.; Trib. Mantova 2 febbraio 2010, in Le leggi d'Italia, banca dati walterkluvert; Cass. pen., 20 settembre 2012, n.44121, in wwwitalgiureweb, la quale ha considerato rilevanti ai fini della ammissione e della conservazione al beneficio i redditi della madre della compagna, coabitante con la figlia e con l'interessato.

In tutti i casi in cui si verifichino i presupposti per dare rilievo ad un rapporto di fatto e non di diritto, la prova del rapporto può scaturire non solo dalle risultanze anagrafiche ma da ogni accertata evenienza fattuale che ne dia contezza (Cass. 17 febbraio 2005, in www.italgiureweb).

- i redditi assoggettati a tassazione separata, quali, ad esempio, la somma di denaro percepita a titolo di risarcimento di danni o di t.f.r. ed indennità di disoccupazione, e che, venendo percepiti una tantum malgrado abbiano o fonte in un fatto eccezionale oppure in un processo produttivo pluriennale, sono sottratti all'ordinaria tassazione per evitare gli effetti distorsivi della progressività quali si verificherebbero se fossero cumulati con gli altri redditi IRPEF;

- i redditi di tipo agrario e dominicale connessi alla disponibilità di terreni agricoli ([135]) o da beni mobili o immobili, anche di origine illecita ([136]);

- i redditi provenienti da attività criminosa in genere ([137]).

Al contrario, nel reddito rilevante ai fini del beneficio, non sono computabili:

- gli oneri deducibili, trattandosi di oneri che individuano la parte di reddito di cui, per ragioni di politica legislativa, non si deve tener conto per determinare il livello di contribuzione del singolo alle spese della collettività e che quindi non possono rilevare neppure ai fini dell' attivazione dei meccanismi giudiziari, che comportano un costo per la collettività cui devesi far fronte con i prelievi riferibili ai redditi realmente espressivi della capacità contributiva del soggetto interessato ([138]);

- i redditi facenti capo al coniuge in stato di separazione di fatto, giacché quest'ultimo, pur coabitando, non compie alcuna attività concreta di contribuzione alla vita familiare ([139]);

- il reddito del familiare non convivente fiscalmente a carico (perché la situazione reddituale da considerare non è quella di familiare a carico bensì quella di familiare convivente) ([140]);

- le somme di denaro versate a titolo di assegno di mantenimento all'ex coniuge, atteso che tali somme non vengono godute dall'obbligato, ma da colui che ne beneficia ([141]);

- i redditi dell'ex coniuge giacché il divorzio fa venire meno quella presunzione di convivenza dei coniugi cui è correlata la cumulabilità dei rispettivi redditi ([142]);

135 Cass. pen. 3 maggio 2012, N. in www.italgiureweb.
136 Cass. pen. 12 dicembre 2012, P., in www.italgiureweb.
137 Cass. pen. 15 dicembre 2011, V.R., inwww.italgiureweb.
138 Cass. pen. 10 giugno 2016, I., n. 34935, Foro it., Le banche dati, archivio Cassazione penale.
139 Cass. 24 aprile 2014, V., ibid., n. 16.
140 Così Cass. pen. 7 marzo 2014, n. 33428, in www.italgiureweb.
141 Cass. 10 giugno 2016, I., n.34935, cit.
142 Cass. pen. 13 gennaio 2006, De Marco, in www.italgiureweb.

- i redditi derivanti da occasionali ed episodici contributi di persone legate all'interessato da un particolare rapporto affettivo, ma non inserite nella sua organizzazione economica familiare ([143]).

- la indennità di accompagnamento, in quanto si tratta di sussidi destinati a far fronte agli impegni di spesa indispensabili per la persona disabile ([144]);

- le eventuali perdite subite nell'esercizio dell'impresa da un componente del nucleo familiare del beneficiario del patrocinio, il cui reddito ove positivo viene invece computato ([145]).

Merita infine evidenziare che, nell'affrontare le questioni riguardanti la sussistenza dei presupposti per l'ammissione al beneficio (e tra essi, per quanto qui in esame, il presupposto dei limiti reddituali), l'approccio deve essere rigoroso, perché il giudice è garante della salvaguardia dell'interesse economico dello Stato, ma non formalistico perché occorre evitare di precludere a chi ne ha titolo l'utilizzazione di un servizio rivolto a rendere effettivo il diritto di difesa ([146]).

3. Il compenso del difensore (le modalità della liquidazione del compenso; forma e tempo della liquidazione; la prescrizione del credito del difensore; compenso del difensore e credito dello Stato verso il non ammesso soccombente; la liquidazione delle spese a seconda dell'esito della lite).

Per effetto dell' ammissione al beneficio, alcune voci di spesa (quelle previste dall'art. 131, secondo e terzo comma) sono prenotate a debito, ossia, secondo la definizione contenuta nell'art. 3, lettera s), sono annotate a futura memoria di una voce di spesa, per la quale non vi è pagamento, ai fini dell'eventuale successivo recupero.

Altre voci di spesa (previste dall'art.131, comma quarto) sono "anticipate dall' erario" ossia, secondo la definizione contenuta nell'art. 3, lettera t), sono pagate dallo Stato e successivamente, ove ve ne siano i presupposti, recuperate.

143 Cass. 7 aprile 2005, in Foro it., Rep. 2005, voce Patrocinio a spese dello Stato, n. 42.

144 Trib. Lucera, ufficio indagini preliminari, 21 aprile 2010, in www.dejure.it

145 Risol. Direzione Centrale Normativa e Contenzioso dell' Agenzia delle Entrate 20 ottobre 2008, n. 387.

146 Sul punto, v. Cass. 11 giugno 2012, n. 9473, in www.italgiureweb, con cui è stata annullata, perché basata su una formalistica interpretazione della normativa, la decisione del giudice di merito che aveva respinto l'istanza di ammissione nella quale, ai fini delle indicazioni relative ai componenti della propria famiglia anagrafica, era stato dichiarato soltanto che l'interessato viveva da solo in un determinato comune, senza chiedere all'interessato stesso di produrre la documentazione necessaria ad accertare la veridicità di quanto indicato nella domanda, in particolare sotto il profilo dell'assenza di altri componenti della famiglia anagrafica, ai sensi dell'art. 79, comma terzo, del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115.

Principale effetto dell'ammissione è l'anticipazione del compenso al difensore della parte ammessa.

Va notato che l'ammissione retroagisce alla data della domanda: se gli effetti dell'ammissione fossero fatti decorrere della delibera di accoglimento dell'istanza di ammissione, verrebbe pregiudicato il diritto dell'istante e il funzionamento del sistema del patrocinio a spese dello Stato per un fatto - la necessità di un lasso di tempo, di durata variabile, necessario all'espletamento della procedura di ammissione- su cui l'istante medesimo non può incidere ([147])

Sono dunque a carico dello Stato le spese che vengono prenotate a debito o anticipate - segnatamente gli onorari e le spese vive relativi all'attività difensiva- del periodo successivo al deposito dell'istanza e anteriormente al provvedimento di ammissione ([148]).

Le spese anticipate dall'erario o prenotate a debito tra la data del deposito dell'istanza di ammissione e la data del provvedimento sull'istanza di ammissione sono recuperate nel caso in cui il provvedimento sia invece negativo.

Nell'ipotesi eccezionale in cui la situazione reddituale che consente l'ammissione sia mutata successivamente al momento della richiesta superando la soglia della "non abbienza", l'ammissione deve essere delimitata temporalmente al periodo tra la data della presentazione della domanda e la data che nel decreto con cui l'ammissione è disposta e, allo stesso tempo, revocata, è stabilita come la data del verificarsi del superamento della soglia reddituale.

Il compenso del difensore è liquidato ai sensi dell'art. 82.

L'art. 82 prevede che il compenso debba attestarsi sui valori medi delle tariffe professionali; l'art. 130 stabilisce che gli importi spettanti al difensore, all'ausiliario del giudice ed al consulente tecnico di parte siano ridotti della metà.

147 Cass. 23 novembre 2011, n. 24729; Cass. 4 settembre 2017, n. 20710, in wwwitalgiureweb che in una fattispecie in cui l'istanza di ammissione al patrocinio a spese dello Stato era stata dichiarata inammissibile dal consiglio dell'ordine degli avvocati ed era stata successivamente presentata, sulla base della allegazione delle medesime ragioni e degli stessi dati e dichiarazioni, al magistrato competente per il giudizio ed era stata da lui accolta, ha precisato che gli effetti dell'ammissione decorrono dalla data in cui l'istanza è stata presentata al consiglio dell'ordine degli avvocati; Trib. Napoli 11 marzo 2004, in Giur. Merito 2004, 1629.

148 Con circolare ministeriale del 13 settembre 2016, è stato chiarito che, invece, poiché l'Ufficio UNEP non dispone, in caso di notifica di un atto che sia annotato nell'apposito registro informatico dell' Ufficio come atto in regime di esenzione, di un meccanismo per il recupero del diritto di notifica, delle spese di trasferta e delle eventuali spese postali, devono essere anticipate dalla parte che abbia depositato un'istanza di ammissione al patrocinio a spese dello Stato ma non sia stata ancora ammessa, le spese delle notifiche dell'atto di citazione e degli altri atti di un processo civile richieste fino al provvedimento di ammissione, salvo poi il diritto della parte stessa a chiederne il rimborso alla Cancelleria dell'ufficio giudiziario adito.

Il giudice liquida il compenso in questo modo:

individua il valore della causa in base all'art. 5, comma 2, del d.m. 55 del 2014, con riferimento quindi all'entità della domanda, salvo il caso di valore effettivo della controversia manifestamente diverso da quello presunto anche in relazione agli interessi perseguiti dalle parti ([149]);

determina i compensi sulla base del valore medio definito nelle tabelle allegate al citato d.m. 55, ed in misura non superiore a tale valore;

valuta la natura dell'impegno professionale in relazione all'incidenza degli atti assunti rispetto alla posizione processuale della persona difesa e in ragione di ciò, può scendere scendere sotto i parametri di normale riferimento se l'attività svolta dal difensore è stata di grado modesto, avuto riguardo alla sua incidenza sulla posizione processuale del soggetto ammesso al patrocinio a spese dello Stato o all'effettiva consistenza della lite ([150]);

applica poi le maggiorazioni e le riduzioni derivanti dai parametri di cui all'art. 4, commi 1-4 e 9, del d.m. 55, potendo anche - con adeguata motivazione- superare i limiti delle percentuali con cui tali maggiorazioni e riduzioni devono essere calcolate;

riduce infine l'importo del 50% ai sensi dell'art. 130 d.p.r. 115/2002;

Oltre al compenso spettano al difensore che ne fa richiesta, le spese generali, nella misura media del 7,5% sull'importo dei compensi ridotti della metà ai sensi dell'art. 130 d.P.R. 115/2002 ([151]).

149 Questa clausola di salvezza deve essere applicata con particolare attenzione per evitare di produrre una distorsione dell'impiego del patrocinio a spese dello Stato quale potrebbe derivare dall'applicazione del criterio del valore della domanda.

150 Cassazione con ordinanza 12 dicembre 2011, n. 26643, in www.italgiure.web

151 In questo senso, Trib. Verona 20 maggio 2014, in www.ilcaso.it; il Tribunale osserva che, a seguito dell'entrata in vigore della legge 247 del 2012, la quale ha reintrodotto il diritto del difensore al rimborso delle spese generali, eliminato con l'abrogazione del sistema delle tariffe, e del d.m. 55/2014, a cui la legge 247 rinvia per la determinazione della misura del rimborso stesso, al difensore spettano spese forfetarie nella misura che, nel massimo, è del 15% e che si riduce alla misura media in forza della previsione dell'art. 82 del d.P.R. 115/2002; questa disposizione parla infatti di onorari e spese spettanti al difensore stabilendo che anche le spese devono essere parametrate sul "valore medio" (prima delle tariffe e oggi) dei valori stabiliti dal d.m. 55/2014. Rispetto a quanto osservato dal Tribunale di Verona può aggiungersi che alla stessa conclusione non è possibile pervenire sulla scorta dell'art. 130 d.P.R. 115/2002: la norma, rimasta immutata pur dopo l'abrogazione del sistema tariffario in riferimento al quale era stata dettata - sistema in cui al difensore erano riconosciuti diritti, onorari, spese e spese forfetarie- , parla, nel testo, di "importi spettanti al difensore" ma, nella rubrica, parla invece solo di "compensi" ed essendo ormai da tempo acquisito che il brocardo "rubrica non facit legem" non ha alcun fondamento, la norma va dunque intesa nel senso che essa impone la riduzione dei compensi ma non consentiva e non consente la riduzione delle spese.

Va precisato che nessun compenso deve essere liquidato al difensore della parte ammessa al patrocinio a spese dello Stato per la redazione delle istanze di ammissione al suddetto patrocinio e di liquidazione dei propri onorari, essendo la prima istanza un atto personale della parte e sia la prima che la seconda istanza non espressive dell'esercizio della difesa del non abbiente nel processo ([152]).

Nel caso in cui il difensore abbia assistito una parte plurisoggettiva o più soggetti nella stessa posizione processuale, composta di uno o più soggetti ammessi al patrocinio a spese dello Stato e di uno o più soggetti non ammessi, il compenso deve essere liquidato "garantendo il disposto di cui agli artt. 130- 134 del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, senza che abbia rilievo il fatto che il professionista abbia ricevuto mandato anche da un litisconsorte non ammesso" ([153]): al difensore va quindi riconosciuto, a carico dello Stato, il compenso in misura ridotta e con la maggiorazione per la difesa di più soggetti o più parti (fermo restando che il difensore, ottenuta questa liquidazione, può pretendere la differenza dagli altri consorti in lite).

Con riguardo al compenso del legale per l'assistenza in fase di mediazione, il compenso è liquidato sulla base dei parametri indicati negli artt. 18,19,20 e 21 del dm 55/2914, relativi alla attività stragiudiziale.

Ai sensi dell'art. 83 del d.P.R. 115/2002, alla liquidazione del compenso si procede al termine di ciascuna fase o grado del processo o, quando il difensore ha cessato di svolgere la propria attività, salvo, da un lato, che si tratti di compensi relativi al giudizio di cassazione riguardo ai quali provvedono alternativamente il giudice di rinvio o quello che ha emesso la pronuncia impugnata, a seconda che il ricorso sia accolto o rigettato o, se la Corte decide nel merito, il giudice a cui la causa sarebbe stata rinviata ove non vi fosse stata decisione nel merito ([154]) e salvo, dall'altro lato, che si tratti di compensi per attività espletata in ipotesi di ammissione al patrocinio c.d. sopravvenuta giacché allora la liquidazione avviene ad opera del giudice che procede anche per le fasi e i gradi anteriori; la liquidazione presuppone una richiesta e non può avvenire d'ufficio ([155]).

152 Cass. 30 giugno 2017, n. 16308, in www.italgiureweb
153 Cass. 29 dicembre 2011, n. 29851, in www.italgiureweb
154 Cass. 12 novembre 2010 n. 23007; Cass. 13 maggio 2009 n. 11028, in www.italjureweb
155 Tribunale di Milano, decr. 22 marzo 2016, in ww.ilcaso.it.

Alla richiesta deve essere allegata l'istanza di ammissione e la nomina e, se questi documenti mancano, il giudice chiede al difensore di produrli e in caso non li riceva, rigetta la richiesta; il giudice, prima di liquidare le spese all'avvocato, non potendo ritenere bastante l'obbligo dell'interessato di comunicare qualunque variazione del proprio reddito rispetto al reddito dichiarato ai fini del diritto al beneficio, deve pretendere dalla parte ammessa la documentazione necessaria ad attestare la persistenza delle condizioni reddituali (art. 79 comma 3°) e, in caso di inottemperanza, revoca il provvedimento di ammissione ([156]); può inoltre chiedere all'Agenzia delle Entrate e alla Guardia di finanza di verificare la effettività ab origine e la permanenza delle condizioni suddette (art. 127 comma 4°) senza con ciò andare in contrasto né con la valutazione sull'esistenza del diritto al beneficio effettuata dal Consiglio dell'Ordine - che è una valutazione solo "anticipata e provvisoria"- né con quella fatta dal giudice al momento in cui abbia egli stesso disposto l'ammissione ex art. 126 - che è anch'essa una valutazione in termini provvisori e sommari.

La liquidazione avviene con decreto nel quale deve essere precisato che il pagamento delle spese avviene a favore dello Stato([157]); ove, per qualsiasi ragione, questa formula manchi, l'unica

156 Alla richiesta del magistrato, la parte non può rispondere con una autocertificazione. In un caso risolto dal Presidente del Tribunale di Pisa (proc. 1977/2016, ind.), il giudice aveva invitato l'avvocato, ai sensi dell'art. 79, comma 3°, d.P.R. n. 115/2002, a produrre documentazione fiscale attestante l'attualità delle condizioni reddituali che legittimavano il beneficio, comprensivo dei redditi dei familiari conviventi, per accertare la veridicità di quanto a suo tempo autodichiarato dal beneficiato; l'avvocato a tale richiesta aveva risposto con il deposito di un'ulteriore autocertificazione; il Giudice aveva respinto la domanda di liquidazione; l'avvocato aveva fatto reclamo al Presidente del Tribunale, adducendo che la disposizione di cui al comma 4° dell'art. 127 d.P.R. n. 115/2012 che prevede che la effettività e la permanenza delle condizioni previste per l'ammissione al patrocinio è in ogni tempo, anche successivo all'ammissione, verificata su richiesta dell'autorità giudiziaria, ovvero su iniziativa dell'ufficio finanziario o della Guardia di Finanza, non avrebbe consentito al giudice di richiedere la documentazione all'avvocato ma avrebbe invece dato al giudice il potere- dovere di verificare la documentazione prodotta dal beneficiato, tramite gli uffici finanziari e la Guardia di Finanza; il Presidente del Tribunale ha respinto il ricorso sul motivo che "non vi era alcun obbligo da parte del giudice, di richiedere direttamente una verifica all'ufficio finanziario"; in altro caso, il Tribunale di Agrigento - Pres. Razete, est. Ferreri, decreto 5 aprile 2016, ined.- , a fronte di una certificazione allegata all'istanza di liquidazione, da cui risultava che la parte ammessa e i familiari con essa conviventi non avevano percepito redditi per tutta la durata del processo, ritenuta tale certificazione "inverosimile", ha assegnato all'istante, "a pena di revoca dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, termine sino a … per depositare dichiarazione scritta nella quale chiarisca con quali mezzi e risorse egli e il suo nucleo familiare hanno fatto fronte alle quotidiane esigenze di vita negli anni d'imposta dal 2004 al 1015, rammentando che ai sensi dell'art. 125 del D.P.R. 115/2002 la falsa attestazione della sussistenza delle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato è punita con la reclusione da 1 a 5 anni e con la multa da € 309,87 a € 1.549,37".

157 Con la disciplina del gratuito patrocinio non è compatibile la distrazione delle spese in favore del difensore perché esso istituisce un rapporto diretto tra il difensore della parte vittoriosa e la parte soccombente; un'eventuale istanza di distrazione va ritenuta priva di effetto (Cass. 20 gennaio 2014, n. 1009; diversamente Tar

strada prospettabile per evitare che lo Stato non possa recuperare le spese è quella di consentire la correzione dell' errore materiale su istanza del PM - intendendo il PM come "parte" in quanto soggetto avente il ruolo di tutore dell'interesse della legge- o anche d'ufficio su segnalazione della Cancelleria.

L'eventuale condanna della parte non ammessa al patrocinio a spese dello Stato a pagare le spese alla parte ammessa e non allo Stato non può essere letta come un'implicita revoca dell'ammissione al beneficio, posto che la revoca necessita di un provvedimento espresso ([158]): va letta invece come un errore materiale suscettivo di correzione, ancora, o su istanza del PM o d'ufficio su segnalazione della Cancelleria.

Il decreto è separato e distinto dal provvedimento che definisce la fase processuale ed è soggetto ad un percorso diverso da questo provvedimento sia per quanto concerne le eventuali impugnazioni sia per quanto concerne 1'esecutività.

Il decreto deve essere emesso contestualmente alla pronuncia del provvedimento che chiude la fase cui si riferisce la relativa richiesta.

Questo implica che la richiesta di liquidazione deve essere presentata nell'ultima udienza di discussione se la causa è decisa ai sensi dell'art. 281 sexies, c.p.c. ovvero nel termine per il deposito della memoria di replica ex art. 190 c.p.c. ovvero nell'udienza di precisazione delle conclusioni se vi è rinuncia ai termini per comparse e repliche ex art. 190 c.p.c.; nel rito del lavoro, la richiesta deve essere presentata entro l'udienza di discussione e nei procedimenti di volontaria giurisdizione entro il termine eventualmente fissato dal giudice o previsto dai protocolli predisposti in molti Uffici giudiziari d'intesa con l'Avvocatura, qualche giorno prima dell'udienza in camera di consiglio.

Sorge il problema dell' istanza presentata dopo la scadenza di questi termini.

La giurisprudenza è divisa.

Il Tribunale di Agrigento, con decreto in data 25 maggio 2017 ([159]), ha affermato che, stante il disposto dell'art. 83, comma 3bis, del d.P.R. n.115/2002, che "ha il chiaro intento di accelerare le procedure di erogazione dei compensi da liquidarsi da parte dei magistrati a favore dei difensori

Calabria, sentenza 11 settembre 2012, n. 573, secondo cui la richiesta di distrazione implica la rinuncia tacita alla difesa della parte ammessa).

158 Cass. 18 giugno 2014, n. 13925, in www.italgiure.web

159 Decreto inedito, relativo al procedimento n. 511/2014; est. Luciana Razete.

di coloro che sono ammessi al patrocinio statale (incidendo sulla "cronologia" della presentazione delle istanze di liquidazione e sulla conseguente attività del magistrato), … il magistrato, in caso di eventuale presentazione della richiesta di liquidazione successivamente alla definizione della relativa "fase" processuale, è tenuto a considerare la richiesta medesima come tardiva e, pertanto, dichiarare la stessa inammissibile"; dal riferimento al fatto che la norma "incide sulla cronologia della presentazione dell'istanza di liquidazione" e dall'uso del termine "tardiva", potrebbe arguirsi che il Tribunale - pur non dicendolo espressamente- ritenga che l'art. 83 bis abbia introdotto una decadenza a carico del difensore; se così fosse, il difensore, che non avesse presentato la domanda per tempo, non potrebbe ottenere la liquidazione dei compensi in alcun modo.

La Corte di Appello di Catania, con provvedimento 19 Ottobre 2016 e il Tribunale di Milano, con decreto 22 marzo 2016 ([160]), hanno affermato che è inammissibile l'istanza di liquidazione dei compensi avanzata dal difensore al giudice del procedimento cui inerisca la prestazione difensiva, dopo la definizione del medesimo, stante che, in forza dell'art. 83 comma 3-bis del d.P.R. 115/2002 (come modificato dall'art. 1, comma 783, Legge 28 dicembre 2015, n. 208), dopo la definizione del procedimento viene meno, per detto giudice, anche la potestas decidendi sull'istanza di liquidazione (l'eventuale decreto di liquidazione del compenso emesso a fronte di istanza di liquidazione tardiva è un decreto abnorme), fermo tuttavia rimanendo che il difensore non decade dal diritto di ottenere il compenso attraverso un giudizio ordinario, sommario ex art. 702 bis, o per ingiunzione di pagamento. Nel provvedimento milanese è precisato che l'eventuale giudizio deve essere proposto nei confronti del Ministero della Giustizia e davanti al Tribunale adito per la causa riguardo alla quale il patrocinio è stato prestato.

Il Tribunale di Mantova, con il provvedimento del 29 settembre 2016 ([161]), ha affermato che può procedersi alla liquidazione del compenso in favore del legale della parte ammessa a patrocinio a spese dello Stato che abbia presentato la relativa istanza dopo la pronuncia del provvedimento che chiude la fase cui si riferisce la relativa richiesta perché la norma è solo tesa ad accelerare e semplificare il procedimento di liquidazione ma non pone alcuna decadenza; nello stesso senso il Tribunale di Paola, decreto, 14 ottobre 2016 ([162]), laddove è altresì evidenziato che

160 Entrambe le pronunce si leggono in www.ilcaso.it
161 In www.dejure.it
162 In www.dejure.it

la tesi per cui, una volta emessa la decisione, il giudice perde la potestà di liquidare le spese del difensore, è errata perché si basa sull'estensione al difensore di quanto vale per il c.t.u., senza considerare che la liquidazione del compenso del c.t.u. attiene alla regolamentazione degli oneri processuali tra le parti in giudizio, le quali devono farsi carico delle spese per gli importi riconosciuti al c.t.u. stesso, mentre, al contrario, la liquidazione degli onorari del difensore patrocinante non ha alcuna incidenza rispetto al governo delle spese di lite.

La tesi del Tribunale di Milano suscita anche perplessità quanto alla individuazione del giudice competente a decidere dell' ipotizzato giudizio sul credito del difensore, perché l'individuazione di tale giudice con il tribunale adito per la causa riguardo alla quale il patrocinio è stato prestato contrasta la regola sul Foro dello Stato.

Va poi richiamata la pronuncia del Tribunale di Verona, 8 aprile 2016 ([163]) nella quale, da un lato, in linea generale, è ribadita l'impostazione per cui il difensore che deposita la richiesta di liquidazione oltre la chiusura della fase non incorre in decadenza e il giudice che è stato investito del procedimento può liquidare il compenso, dall'altro lato, è eccettuato il caso in cui il giudizio è stato dichiarato estinto per inattività della parte ammessa perché allora il giudice non avrebbe il potere di provvedere sull'istanza presentata dopo la estinzione.

Per tutti i casi in cui si ritenga che il difensore possa chiedere la liquidazione del compenso anche dopo la definizione del processo o l'abbandono della difesa, diviene rilevante il tema della prescrizione: precisamente, il giudice, prima di liquidare il compenso, deve controllare se si è verificata la prescrizione ordinaria decennale di cui all'art. 2936 c.c. ([164]), avendo riguardo, come dies a quo, alla data del provvedimento conclusivo del procedimento o, se anteriore, alla data di cessazione dell'attività del difensore.

Secondo una parte della giurisprudenza la prescrizione è, come per regola ordinaria (art.2938 c.c.), non rilevabile d'ufficio ([165]); in senso opposto è stato osservato che tale tesi non tiene conto né del fatto che il credito di cui si tratta è un credito verso lo Stato e ricadente nell'ambito delle obbligazioni cd. Pubbliche, caratterizzate cioè dalla presenza di interessi non di parte ma della collettività tutta che spetta al giudice tutelare, né del fatto che non è predicabile una

163 In www.dejure.it
164 Trib. Milano, ordinanza 2 aprile 2015, in www.dejure.it
165 Trib. Mantova 24 febbraio 2017 e Trib.Mantova 23 marzo 2017, in www.dejure.it

"eccezione" di prescrizione poiché il Ministero della Giustizia che dovrebbe in ipotesi sollevare tale eccezione, non è parte della procedura di liquidazione; l'osservazione appare, sotto il primo profilo, solida e convincente; appare meno solida sotto il secondo profilo perché potrebbe essere eccepito che lo Stato ha la possibilità di sollevare la questione di prescrizione in sede di opposizione alla liquidazione ex art. 170 TU.

Il diritto al compenso spettante all'avvocato della parte ammessa al patrocinio a spese dello Stato è soggetto al regime di prescrizione presuntiva, cioè alla presunzione di avvenuto pagamento, di durata triennale di cui all'art. 2956, comma II, c.c. ([166]).

Va infine precisato che il decreto, una volta emesso, non può più essere revocato o modificato dal giudice che lo ha emesso perché questi, emettendolo, ha consumato il suo potere decisionale e non ha il potere di autotutela tipico dell'azione amministrativa ([167]).

Alla liquidazione delle competenze in favore del difensore e a carico dello Stato, fa riscontro la pronuncia sulle spese a carico del soccombente in favore dello Stato.

Ai sensi dell'art. 133, il provvedimento, che condanna la parte non ammessa al beneficio a pagare le spese, dispone che esso sia eseguito a favore dello Stato.

Si tratta di stabilire se tali spese debbano essere quantificate nei modi ordinari, oppure se esse coincidano con quelle liquidate a favore del difensore: rispondere nel primo senso significa avvantaggiare o pregiudicare lo Stato perché l'erario può ricevere più o meno di quanto è tenuto a pagare; rispondere nel secondo senso può avvantaggiare la parte non ammessa soccombente perché questa può essere costretta a pagare di meno di quanto pagherebbe se la controparte non fosse stata ammessa al beneficio.

La Corte di Cassazione è orientata nel secondo senso: le spese dovute dal soccombente allo Stato ai sensi dell'art. 133 e quelle dovute dallo Stato al difensore del non abbiente, ai sensi degli artt. 82 e 103 del medesimo decreto, devono essere uguali al fine di evitare che l'eventuale divario

166 Trib. Milano, ordinanza 2 aprile 2015, cit.

167 Cass., 18 gennaio 2017, n. 1196; Cass. 6 giugno 2014 n.12795m entrambe in www.italgiureweb; Corte App. Roma, sez. I civ., decreto 17 aprile 2014, in www.dejure.it

possa costituire occasione di ingiusto profitto dello Stato a discapito del soccombente ovvero, al contrario, di danno erariale ([168]).

L'applicazione del criterio dettato dall'art. 83 di contestualità tra provvedimento che definisce il giudizio e provvedimento di liquidazione delle spese è utile anche a garantire che la liquidazione delle spese dovute dal soccombente allo Stato e quelle dovute dallo Stato al difensore del non abbiente, siano effettivamente uguali.

L'ipotesi a cui finora si è avuto riguardo è quella in cui la parte ammessa vince la causa: le spese sono liquidate e poste a carico della parte soccombente nella decisione che chiude la fase processuale e, con separato decreto, è disposto che il relativo pagamento avvenga a favore dello Stato (artt. 82, 83 e 133 dpr 115/2002).

Nell'ipotesi inversa, cioè nell'ipotesi in cui la parte ammessa perda la causa, fermo restando che lo Stato deve pagare i compensi al difensore del non abbiente salva poi la facoltà di recupero ai sensi dell'art. 134, il non abbiente deve pagare le spese della controparte.

In altri termini, l'ammissione al patrocinio non esonera l'ammesso soccombente dalla condanna alle spese a favore della controparte vittoriosa ([169]), perché gli "onorari e le spese" di cui all'art. 131, D.P.R. n. 115/2002 sono quelli dovuti al difensore della parte ammessa al beneficio, che lo Stato, sostituendosi alla stessa parte - in considerazione delle sue precarie condizioni economiche e della non manifesta infondatezza delle relative pretese - si impegna ad anticipare.

Il giudice, in caso di soccombenza della parte ammessa, deve quindi condannare la parte stessa a pagare le spese della controparte (liquidate in sentenza secondo le regole ordinarie ossia facendo applicazione dei parametri di cui al d.m. 55/2014).

Nel caso in cui tutte le parti siano ammesse al patrocinio a spese dello Stato, secondo una tesi, visto che l'art. 133 del testo unico suppone che vi sia una parte ammessa e una parte -soccombente- non ammessa, la norma non può essere applicata e va applicata invece quella dell'art. 91 c.p.c. con la conseguenza che la parte non abbiente, soccombente, va condannata a pagare le spese a favore non dello Stato ma dell'altra parte; per Cass. 18 giugno 2014, n. 13925,

168 Cass., VI- 2, ord. 16 settembre 2016, n. 18167; Cass. 31 marzo 2011, n. 7504, che afferma che la condanna della controparte ha ad oggetto il pagamento delle spese processuali a favore dello Stato in relazione agli esborsi effettivamente sostenuti dall'Amministrazione; le pronunce si leggono in www.italgiure.web

169 Cass. 19 giugno 2012, n. 10053, in wwwitalgiureweb; Trib. Milano 14 gennaio 2009, in www.dejure.it

invece, anche nel caso in esame, la condanna va disposta a favore dello Stato; la prima soluzione esclude che lo Stato debba agire per il recupero delle spese nei confronti di una parte non abbiente.

Come sotto- ipotesi va ricordato che, se la parte ammessa ha rifiutato senza giustificato motivo una proposta conciliativa, la stessa parte può, ove la domanda sia accolta in misura non superiore a tale proposta, essere condannata al pagamento delle spese del processo maturate dopo la formulazione della proposta (salvo il caso di soccombenza reciproca); lo Stato anche in questo caso paga tutte le spese della parte ammessa mentre è quest'ultima che deve pagare le spese della controparte.

Nell' ulteriore ipotesi in cui la causa si chiuda con la compensazione delle spese (cosa che è possibile solo in caso di soccombenza reciproca o in caso di di assoluta novità della questione trattata o di mutamento della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti), come nell'ipotesi precedente, il giudice deve liquidare le spese al difensore dell'ammesso al patrocinio a spese dello Stato, mentre niente deve essere disposto a carico della parte non ammessa.

Ultima ipotesi è quella in cui la causa si estingue per rinuncia o per inattività: è stato precisato che se la rinuncia o l'inattività sono della parte ammessa, non vi è "una pronuncia sulle spese a carico della parte non ammessa al patrocinio [e ciò] comporta l'impossibilità di procedere alla liquidazione dei compensi del procuratore, la cui spesa sarà sostenuta dal soggetto assistito" ([170]); la precisazione è conseguente al fatto che la rinuncia o l'inattività sono causa di revoca dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato; al di fuori di questo caso, il giudice liquida all'avvocato della parte ammessa il compenso; i termini della rivalsa sono disciplinati dall'art. 134.

Merita precisare che, ove si ritenga che la liquidazione delle spese da parte del giudice procedente, presupponga la tempestività del deposito dell'istanza, il deposito deve avvenire entro la data dell'udienza alla quale viene dichiarata l'estinzione e dunque, se si applica l'art. 309 c.p.c., entro l'udienza fissata con il "primo 309", mentre, se non vi è un'udienza deputata alla dichiarazione di estinzione (esempio: dichiarazione di interruzione del processo; mancata riassunzione entro il termine di tre mesi dalla dichiarazione), prima che la pronuncia abbia luogo.

170 Trib. Locri 30 settembre 2017, in www.lanuovaproceduracivile.it; un'ipotesi di inattività non infrequente, assimilabile alla rinuncia all'azione, è quella di mancata notifica del decreto ingiuntivo ottenuto dal patrocinato a spese dello Stato; le spese prenotate a debito devono essere recuperate a carico dello stesso patrocinato; più complessa, ma di soluzione che, in assenza di alterantive, deve inevitabilmente essere identica, è l'ipotesi in cui il creditore si attiva e tuttavia non riesce a notificare il decreto in tempo.

Un tema particolare - di congiunzione tra quello del diritto del difensore al compenso nei confronti dell' erario e quello della revoca del beneficio- è il tema delle conseguenze della nomina di un secondo difensore.

L'art. 75, l'art. 80 e l'art. 82 parlano di patrocinio del non abbiente da parte di "un" difensore.

Il Tribunale Trapani, con sentenza 9 Giugno 2005, e la Corte App. Venezia, con sentenza 20 marzo 2006 ([171]), hanno statuito che dall'art. 80, secondo cui l'ammesso può nominare "un" difensore, si desume che la presenza di un secondo avvocato rende superflua la richiesta di ammissione al gratuito patrocinio e impone il rigetto della richiesta di liquidazione del compenso al difensore a carico dell'Erario.

Il Trib. Milano, con ordinanza 5 maggio 2015 ([172]), ha deciso che "se, nel procedimento civile, la parte ammessa al beneficio del patrocinio a spese dello Stato designa, per la sua rappresentanza in giudizio, più di un avvocato (nel caso di specie, due), l'ammissione stessa deve essere revocata dovendosi presumere che la persona beneficiaria non goda dei presupposti per la fruizione del gratuito patrocinio".

Per questa tesi, la nomina di un secondo difensore è in contrasto con la sussistenza o la permanenza della situazione di non abbienza e, dunque, non è compatibile con il beneficio in questione perché, considerato che le spese liquidabili a carico dello Stato sono per un solo difensore, la nomina di altro difensore è una sorta di attestazione, che la parte ammessa fa, di essere in grado di pagare il secondo difensore e ciò dà luogo ad una presunzione ex lege di abbienza con conseguente revoca del beneficio.

Accedendo a questa tesi, dovrebbe ritenersi che gli effetti dell'ammissione cessano a partire dal momento in cui la persona alla quale il beneficio è stato concesso nomina un secondo difensore di fiducia mentre, sino alla data della nomina del secondo difensore, i compensi del primo difensore resterebbero a carico dell'Erario.

Il fondamento della riferita presunzione è dubbio ed in mancanza di una norma per il processo civile identica a quella contenuta nell'art. 91 del d.P.R. per il processo penale, si è concluso che la nomina di più di un difensore non comporta il rigetto dell'istanza di ammissione

171 Le pronunce si leggono in wwwdejure.it
172 In www.ilcaso,it

né la revoca dal beneficio ma comporta solo che non possa liquidarsi che il compenso di un difensore.

4. La revoca del beneficio.

L'art. 136 del d.P.R. prevede che il giudice che procede revoca il provvedimento di ammissione nelle seguenti ipotesi: quando, nel corso del processo, viene superata la soglia di reddito rilevante ai fini dell'ammissione o viene accertato che le condizioni reddituali non erano quelle dichiarate dal richiedente; quando viene rilevata l'assenza delle condizioni soggettive necessarie per l'ammissione ([173]); quando risulta che l'ammesso ha agito con dolo o colpa grave.

La lettera dell'art. 136 fa riferimento alla revoca del solo provvedimento di ammissione emesso dal consiglio dell'ordine; la norma tuttavia si applica estensivamente all'ammissione disposta dal giudice.

La revoca, sia per riscontrata insussistenza ab origine della condizioni sia per sopravvenuta perdita delle condizioni reddituali, può essere richiesta dall'ufficio finanziario (art. 127); la Corte di Cassazione, Sez. 6- 2, ord. 15 dicembre 2011, n. 26966 ([174]), ha affermato che la revoca può essere anche disposta su richiesta della Guardia di Finanza perché, se è vero che al provvedimento di revoca dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato nei giudizi civili, in mancanza di espressa previsione normativa, sono applicabili per analogia le norme dettate in materia di procedimenti penali dall' art. 112, primo comma, lettera d), del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, le quali non prevedono che la revoca possa essere disposta su istanza della Guardia di Finanza, tuttavia, l'art. 112 deve necessariamente coordinarsi con il successivo art. 127, comma 4, secondo cui la effettività e la permanenza delle condizioni previste per l'ammissione al patrocinio è in ogni tempo, anche successivo all'ammissione, verificata su richiesta dell'autorità giudiziaria, ovvero su iniziativa dell'ufficio finanziario o della Guardia di Finanza, dacché la legittimazione di quest'ultima.

173 Trib. di Salerno 9 maggio 2008, relativa ad un caso di ammissione al beneficio di una s.n.c. disposta dal Consiglio dell' Ordine degli Avvocati, in www.ilcaso.it

174 In www.italgiure.web

La revoca è possibile anche d'ufficio ([175]) allorché i dati emergenti dalle produzioni richieste dall'ufficio stesso alla parte ([176]) oppure dal materiale istruttorio della causa ([177]) ne evidenzino i presupposti.

Competente è il giudice che procede; ove 1'insussistenza ab origine delle condizioni per 1'ammissione al beneficio venga rilevata in appello, competente è il giudice di appello anche rispetto alla ammissione relativa al primo grado di giudizio.

Le cause di revoca sono state definite tassative dalla Corte di Cassazione: con sentenza 30 maggio 2008 n. 14594 ([178]), la Corte ha affermato che "in tema di revoca d'ufficio dell'ammissione al gratuito patrocinio per i non abbienti, l'art. 112 del d.P.R. n. 115 del 30 maggio 2002 limita l'esercizio di tale potere di autotutela ai soli casi ivi previsti, da interpretarsi in senso restrittivo, senza che alla medesima autorità giudiziaria, che ha assunto il provvedimento di ammissione, sia riservato il potere di rimozione dell'atto ove ne ravvisi l'illegittimità per altra causa, né tale intervento può configurarsi quando il provvedimento abbia ormai esaurito i suoi effetti e nessuna impugnazione vi sia stata; ne consegue l'illegittimità della revoca dell'ammissione e della liquidazione dei compensi per l'opera prestata dal difensore in caso di espletamento dell'incarico già avvenuto, quando si riscontri successivamente che l'iscrizione del predetto professionista negli appositi elenchi (di cui agli artt. 80 e 81 d.P.R. citato) sia avvenuta solo dopo la nomina e la liquidazione del compenso da parte del giudice."; con ordinanza 31 luglio 2014, n. 17461 ([179]), la Corte ha affermato ancora che "in tema di patrocinio a spese dello Stato, la revoca del provvedimento di ammissione, ai sensi dell'art. 136 del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, può essere disposta solo qualora non sussistessero in origine o siano venute meno le condizioni reddituali oppure se l'interessato ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave" ([180]).

175 Cass., Sez. 6- 2, ord. 15 dicembre 2011, n. 26966, in wwwitalgiure.web

176 Simile richiesta ha luogo al momento in cui si tratta di liquidare il compenso al difensore, ma può anche avere luogo in altro momento

177 Ad esempio una CTU contabile da cui emerge che la parte ammessa ha un certo reddito da investimenti finanziari

178 In www.italgiureweb

179 In www.italgiure.web

180 La Corte, sulla base di tale affermazione, ha concluso che "la condotta del difensore che taccia, nel corso del processo, circa l'ammissione al beneficio non ne giustifica la revoca, salvi gli eventuali effetti sul piano disciplinare o della permanenza nell'elenco degli avvocati per il patrocinio a spese dello Stato". Il caso si riferiva ad una domanda di liquidazione del compenso, avanzata dal difensore della parte ammessa al patrocinio, respinta dal giudice in conseguenza della revoca contestualmente dell'ammissione, motivata sulle ragioni che il legale si era dichiarato antistatario, che durante il corso del giudizio non era mai stata evidenziata la circostanza dell'ammissione al

Diversamente si è espresso il Tribunale di Locri, con la già citata ordinanza 30 settembre 2017, in riferimento ad un caso in cui la parte era stata ammessa al patrocinio nonostante che la domanda mancasse di alcune delle indicazioni previste dall'art. 122 del d.P.R. e la causa si era estinta per sua rinuncia; il Tribunale ha correttamente affermato che il patrocinio a spese dello Stato deve sempre essere revocato quando la parte ammessa ha rinunciato al giudizio perché in tale caso, in cui è addebitabile alla parte stessa il fatto che il giudizio non addivenga ad una conclusione di merito e che non sia di conseguenza possibile una disamina piena della domanda, circoscrivere la revoca ai profili inerenti ai presupposti reddituali ed alla mala fede o colpa grave, senza consentire di estenderla anche ai casi di assenza, nell'originaria istanza di ammissione, delle indicazioni previste dall'art. 122 a pena di inammissibilità, significherebbe sminuire evidentemente la funzione sanzionatoria della disposizione.

Nella fattispecie di revoca per superamento del limite reddituale in corso di causa, il giudice deve indicare il momento in cui la modifica reddituale si è verificata: la revoca ha effetto dal momento indicato.

Sia ai fini della revoca per sopravvenuto superamento del limite di reddito sia ai fini della revoca per originaria mancanza delle condizioni di reddito, occorre che il mutamento sia accertato; la revoca disposta sulla base di accertamenti ancora in corso non è legittima ([181]).

Prima di procedere alla revoca sul motivo della insussistenza dei requisiti reddituali, il giudice deve consentire alla parte ammessa di interloquire, il ché può essere fatto dando termine per deposito di note in cancelleria: così, se il giudice si prospetta di dover revocare il beneficio sulla base di dati acquisiti da parte della amministrazione finanziaria o della Guardia di Finanza o anche di dati forniti dalla parte invitata a produrli ove si tratti di dati suscettivi di varia valutazione e non invece in caso di inottemperanza della parte all'invito rivoltole.

---

patrocinio a carico dell'Erario, così da far interpretare detta condotta come espressione di una volontà di rinunziare al patrocinio gratuito, che l'aver mantenuto la richiesta di condanna della controparte al pagamento delle spese - pur se in favore del difensore distrattario - costituiva circostanza che doveva essere interpretata come rinunzia implicita a mantenere il concesso beneficio, atteso che l'art. 133 del d.P.R. prevede che le spese che spetterebbero, in caso di vittoria, alla parte ammessa al gratuito patrocinio, debbono essere liquidate in favore dell'Erario; la pronuncia del giudice era confermata dal presidente in sede di opposizione ex art. 170, d.P.R. cit, con riguardo al secondo motivo assorbente; la decisione del presidente veniva cassata con rinvio per il motivo, sopra ricordato, della tassatività delle ipotesi di revoca).

181 Cass. ord. 8 marzo 2017, n. 5839, in www.italgiure.web

La revoca può essere disposta con apposito provvedimento o con la sentenza che definisce il giudizio; spesso è disposta con il provvedimento che rigetta l'istanza di liquidazione del compenso presentata dal difensore.

Occorre un provvedimento espresso; la Corte di Cassazione ha precisato che, in difetto di un provvedimento espresso, la condanna pronunciata a carico della parte non ammessa a rifondere direttamente alla prima - e non allo Stato- le spese di giudizio non integra una revoca del provvedimento di ammissione al beneficio ([182]).

La parte che subisce la revoca del decreto di ammissione al patrocinio a spese dello Stato ha l'obbligo di sostenere tutti gli esborsi connessi alla sua difesa a partire dal momento indicato dal magistrato oppure, laddove la revoca sia disposta per assenza originaria delle condizioni, fino dalla data del provvedimento di ammissione.

La revoca, infatti, non incide mai, neanche quando ha effetto retroattivo, sulla procura conferita al difensore ([183]) e pertanto, restando immutato il rapporto di rappresentanza e difesa nel processo, che si fonda sulla designazione del difensore da parte del soggetto precedentemente ammesso al patrocinio a spese dello Stato, impone a quest'ultimo di pagare il propio difensore ([184]).

La parte che subisce la revoca è anche obbligata verso l' erario per le spese prenotate a debito o anticipate (con retroattività variabile a seconda dei presupposti del provvedimento di revoca).

La fattispecie della revoca per responsabilità processuale aggravata si verifica quando il soggetto ammesso ha agito o resistito con dolo, cioè sapendo di avere torto, o con colpa grave cioè ignorando per manifesta e inescusabile negligenza di aver torto.

I presupposti della revoca sono stati ravvisati:

nel caso di azione possessoria esperita oltre l'anno dallo spoglio o dalla turbativa ([185]);

nel caso di controversia di sfratto per morosità in cui l'ammesso ha chiesto la concessione del termine di grazia e non ha poi sanato la morosità ([186]);

182 Cass 18 giugno 2014 n.13925, cit.
183 Cass. 5 marzo 2010 n. 5364, in www.italgiure.web
184 Cass. sentenza 11 novembre 2011, n. 23635, in www.italgiure.web
185 App. Catania 4 marzo 2009, in Giur. merito 2009, 1868
186 Trib. Padova 13 dicembre 2006, Arch. Loc. 2007, 173

nel caso di appello manifestamente inammissibile e nel caso di appello manifestamente infondato ([187]);

nel caso di convenuto in una causa di sfratto per morosità, il quale, costituitosi, si opponeva allo sfratto, si opponeva altresì al compimento di opere necessarie alla messe in sicurezza dell'immobile, medio tempore disposte dal Comune, e rifiutava le ripetute proposte di definizione transattiva della lite ([188]).

E' stato, al contrario, detto che la revoca non può essere disposta:

nell'ipotesi di azione diretta ad ottenere dal convivente il risarcimento dei danni per violazione degli obblighi familiari, sul solo rilievo della "insussistenza sia normativa che giurisprudenziale dell'ipotesi di violazione degli obblighi familiari in ipotesi di persone unite dal solo vincolo more uxorio", dovendosi, per contro, verificare in concreto la sussumibilità di tale posizione nell'ambito della categoria dei diritti fondamentali della persona, senza che assuma rilievo il tipo di unione al cui interno la lamentata lesione si sarebbe verificata (189);

nell'ipotesi - in cui è stata esclusa la colpa grave della parte ricorrente- di proposizione di istanza a giudice incompetente per territorio, in quanto non può escludersi che, a seguito di riassunzione, la domanda possa essere ritenuta fondata dal giudice che la deve conoscere ([190]);

nell'ipotesi - in cui è stata parimenti esclusa la colpa grave dell'attore- di azione con la quale viene chiesto un contributo al mantenimento del figlio minore agli ascendenti del genitore sistematicamente inadempiente ai suoi obblighi di contribuzione, in quanto l'art. 148 cod. civ. pone loro l'onere di concorrere in solido con il genitore che provvede al mantenimento qualora l'altro genitore non possa o non voglia farvi fronte ([191]).

187 Corte di Appello di Milano, sentenza 4 marzo 2015, in www.dejure.
188 Tribunale di Termini Imerese, 21 febbraio 2017, 193 in www.filodiritto
189 Cass., 20 giugno 2013, n.15481, in www.italgiure.web
190 Cass. sez. 6- 1, ord. 16 settembre 2011, n.19016, in www.italgiure.web
191 Cass. Sez. 6- 1, ordinanza 16 settembre 2011, n. 19015, in www.italgiure.web

MARIA GRAZIA CABITZA

Lo statuto dell'embrione, tra dignità umana e progresso scientifico.

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. La possibile compatibilità della soggettività giuridica con le peculiarità proprie dell'embrione umano. 3. Il bilanciamento tra contrapposti interessi. 4. La persistente negazione di ogni bilanciamento nell'ambito dei rapporti tra l'embrione umano e la ricerca scientifica 5. Corte Costituzionale 13 aprile 2016, n. 84: l'irragionevole rinunzia della Consulta al principio di ragionevolezza. 6. Il principio di ragionevolezza quale parametro per la valutazione della legittimità costituzionale delle disposizioni normative. 7. Cenni di diritto comparato: a) Una possibile *chance* di vita per gli embrioni soprannumerari… 8. …(segue) b) La donazione (o meglio l'accoglienza) dell'embrione... b) 9. …(segue) c) Embrione e ricerca scientifica. 10. Spunti *de iure condendo.*

1. Premessa.

Il progresso scientifico degli ultimi anni ha inciso fortemente sugli eventi del nascere e del morire, sottraendoli, in parte, al dominio incontrastato delle leggi naturali. Ciò ha reso sempre più evidente l'esigenza di individuare, attraverso disposizioni normative largamente condivise, specchio dei valori etici comuni, quei limiti all'azione dell'uomo che un tempo erano ricavabili dalle stesse leggi naturali, in relazione alle quali ogni intento "modificativo" era inimmaginabile e, in ogni caso, privo di qualsiasi efficacia.[192]

Nel contempo è diventata palese l'inadeguatezza di taluni istituti giuridici, pensati e calibrati con riferimento a un substrato scientifico e sociale ormai profondamente mutato, rendendo evidente, nel contempo, la necessità di una costante opera di adeguamento della disciplina giuridica[193].

[192]Stefano Rodotà, "Questioni di bioetica", ed. Laterza, 1997,*" i confini dell'azione umana erano segnati da leggi naturali che escludevano o limitavano fortemente la possibilità di decisioni autonome. Oggi molti di quei confini sono stati cancellati, si valutano benefici e rischi di queste novità […], si invocano leggi giuridiche in grado di fissare quei limiti che le leggi naturali non sono più in grado di indicare*".

[193]Degna di nota l'intelligente soluzione individuata dal legislatore francese con le leggi in materia di bioetica. Sia gli interventi legislativi del 1994 che quelli successivi, compreso quello di cui alla legge del 2011, delineano, infatti, un efficace meccanismo di revisione della disciplina positiva, a cadenze prestabilite (prima ogni 5 anni, ora, con la legge del 2011, ogni 7 anni), funzionale ad assicurare una tempestiva risposta dell'ordinamento giuridico alle

Questo fenomeno si dispiega con particolare evidenza nel settore della fecondazione assistita, nel quale l'accesso a nuove tecniche di procreazione un tempo impensabili ha inciso in maniera determinante non solo sul concetto di genitorialità - mettendo in luce l'esigenza di un ripensamento del modello tradizionale, ricostruito in termini di unitarietà[194] - , ma altresì sul paradigma della soggettività giuridica, mettendo in crisi le tradizionali categorie dogmatiche, incapaci di cogliere la fisionomia giuridica dell'embrione umano, entità da un lato sospesa tra diritto e scienza, e, dall'altro, non inquadrabile nell'ambito della rigida dicotomia tra *res e personae.*

2. La possibile compatibilità della soggettività giuridica con le peculiarità proprie dell'embrione umano.

Al centro del dibattito finalizzato all'individuazione di una categorica giuridica capace di sintetizzare le peculiarità proprie dell'embrione umano vi è la *vexata quaestio* se possa riconoscersi all'embrione (inteso quale essere incapace di autonomo sviluppo se non attraverso il grembo di una madre), una qualche soggettività giuridica, e se quindi possa essere risolta la (apparente) contraddizione tra quanto disposto dall'art. 1 del cod. civ., che ricollega l'acquisto della capacità giuridica al momento della nascita, e quanto risulta dalle svariate disposizioni nazionali e sovranazionali che, comunque, assicurano all'embrione, ancora prima dell'impianto nel grembo materno, una tutela di rilevanza costituzionale in ragione della sua mera appartenenza alla specie umana.

---

mutate esigenze manifestatesi nel contesto sociale. Interessante osservare altresì come un ruolo attivo sia stato riservato, nel processo di revisione, all'obbligatorio intervento, attraverso il pubblico dibattito sulle questioni più controverse, della stessa società civile (i cc.dd. *états généraux de la bioéthique*).

Quanto al nostro ordinamento, solo con la legge n. 40/2004, dopo anni di infruttuose discussioni parlamentari, è stata dettata una disciplina nel settore della procreazione medicalmente assistita. L'indispensabile adeguamento delle norme sia ai principi costituzionali che alle mutate esigenze sociali è stato reso possibile attraverso l'opera di supplenza dell'autorità giurisdizionale, che ha, nel contempo, evidenziato la grave anomalia del sistema e la pressante necessità di chiari interventi legislativi.

[194] La realtà concreta evidenzia, infatti, giorno dopo giorno, come in relazione a uno stesso evento procreativo spesso sia ormai possibile l'identificazione di più figure genitoriali, non solo sul versante paterno, potendo distinguersi il padre genetico da quello sociale, ma persino sul versante materno, essendo riscontrabile accanto a una madre genetica (colei alla quale appartengono i gameti utilizzati per la fecondazione) una madre biologica (colei che con il proprio corpo porta avanti il processo procreativo, consentendo all'embrione generato da altra donna di svilupparsi e di divenire, attraverso il parto, persona umana autonoma) e, infine, una madre sociale (colei che ha voluto il processo procreativo e che, pur non partecipando allo stesso né dal punto di vista genetico né dal punto di vista biologico, ha assunto la responsabilità genitoriale).

Pur essendo incontestabile la netta distinzione sussistente tra la persona umana e l'embrione[195], non sembra corretta quella tesi che tende a ricondurre quest'ultimo nell'ambito delle res, e a catalogarlo quale mero oggetto dei diritti, data l'innegabile identità umana che lo contraddistingue e in funzione della quale gli è riconosciuta dall'ordinamento (nei vari livelli) una specifica tutela che sembra presupporre, appunto, il riconoscimento di una (qualche) soggettività giuridica, seppur nei limiti della compatibilità con le peculiarità che gli sono proprie.

Una rapida panoramica sui testi normativi più significativi che a livello nazionale, comunitario e internazionale trattano dello statuto dell'embrione conferma l'assunto.

Non può non essere richiamato il Preambolo della Convenzione dei diritti del fanciullo (firmata a New York il 20 novembre 1989 e ratificata in Italia con la legge 27 maggio 1991, n.176) che nel chiarire quale sia il significato da attribuire al concetto di "essere umano" (avente *età inferiore a diciott'anni)* destinatario della tutela apprestata dall'art. 1 della Convenzione, fa riferimento al fanciullo, ritenuto "*bisognoso di cure particolari e di una protezione legale appropriata sia prima che dopo la nascita"*[196].

A sua volta la "*Convenzione di Oviedo*"[197] dopo aver affermato nell'art. 2 che "*L'interesse e il bene dell'essere umano debbono prevalere sul solo interesse della società o della scienza*"[198], nell'art. 18, con specifico riferimento allo statuto dell'embrione umano, non solo dispone che "*la costituzione di embrioni umani a fini di ricerca è vietata*", ma poi chiarisce altresì che "*Quando la*

[195]Corte Cost. n. 27 del 1975, che giudicando sulla dedotta illegittimità dell'art. 546 del cod. pen. (aborto di donna consenziente), ora abrogato, ne ha dichiarato la parziale incostituzionalità nella parte in cui puniva sia chi cagionava l'aborto che la stessa gestante anche quando fosse risultata accertata la pericolosità della gravidanza per il benessere fisico e per l'equilibrio psichico della donna (ma non risultasse sussistente lo stato di necessità ex art 54 cod. pen.) Nella predetta sentenza la Corte afferma come "*la tutela del concepito - che già viene in rilievo nel diritto civile (artt. 320, 339, 687 c.c.) - abbia fondamento costituzionale. L'art. 31, secondo comma, della Costituzione impone espressamente la "protezione della maternità" e, più in generale, l'art. 2 Cost. riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito"*. Peraltro, il giudice delle leggi, chiarisce poi come detta premessa "*vada accompagnata dall'ulteriore considerazione che l'interesse costituzionalmente protetto relativo al concepito può venire in collisione con altri beni che godano pur essi di tutela costituzionale e che, di conseguenza, la legge non può dare al primo una prevalenza totale ed assoluta, negando ai secondi adeguata protezione" e conclude indicando quale giustificazione della parziale dichiarazione di* illegittimità dell'art. 546 del cod. pen il fatto che "*non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare".*

[196] Interessante notare che anche nel suddetto passaggio del Preambolo la nostra Corte Cost. ha individuato la chiara espressione del principio della tutela della vita umana sin dal suo inizio (Corte Cost. 10 febbraio 1997, n. 35).

[197] Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e la biomedicina del 4 aprile 1997.

[198]Si segnala che la Corte EDU con la sentenza del 7 marzo 2006, Evans contro Regno Unito, ha escluso che detta disposizione possa trovare applicazione nei confronti dell'embrione.

ricerca sugli embrioni in vitro è ammessa dalla legge, questa assicura una protezione adeguata dell'embrione"

Anche l'ampio riferimento alla inviolabilità della dignità umana di cui all'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[199] (Carta di Nizza) è dai più interpretato quale segno tangibile del rispetto dovuto all'embrione in considerazione della sua appartenenza al genere umano.

Con riferimento poi ai testi normativi sovranazionali che più in dettaglio individuano la concreta tutela da riservare all'embrione umano in caso di conflitto con altri valori anch'essi costituzionalmente rilevanti, è utile richiamare le Raccomandazioni dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa[200] n. 1046 del 1986 e n. 1100 del 1989, entrambe riguardanti il tema dell'utilizzazione di embrioni e di feti umani per finalità scientifiche, industriali e commerciali, nelle quali, rispettivamente, si ricorda che "*l'embrione e il feto umano devono in ogni circostanza beneficiare del rispetto dovuto alla dignità umana"*[201], e che *l'embrione umano, pur sviluppandosi in fasi successive (...) manifesta comunque una differenziazione progressiva del suo organismo e tuttavia mantiene continuamente la propria identità biologica e genetica.*

A sua volta la Risoluzione n. 1352 del 2003 dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa relativa alla ricerca sulle cellule staminali umane, invita gli Stati membri, tra l'altro*:*

a firmare e ratificare la Convenzione di Oviedo per rendere effettivo il divieto di produzione di embrioni umani per la ricerca;

ad assicurare che, nei Paesi in cui è consentita, la ricerca sulle cellule staminali comportanti la distruzione di embrioni umani sia debitamente autorizzata e monitorata dai competenti organi nazionali.

[199] In Italia nota anche come Carta di Nizza, solennemente proclamata una prima volta il 7 dicembre 2000 a Nizza e una seconda volta, in una versione adattata, il 12 dicembre 2007 a Strasburgo da Parlamento, Consiglio e Commissione.

[200] Come è noto, il Consiglio d'Europa (CdE), organizzazione internazionale il cui scopo è promuovere la democrazia, i diritti umani e l'identità culturale europea, fu fondato il 5 maggio 1949 con il Trattato di Londra e conta oggi 47 stati membri.

[201]Nella predetta direttiva gli Stati membri sono altresì invitati:1) a promuovere la ricerca sulle cellule staminali umane nel rispetto della vita degli esseri umani in tutte le fasi del loro sviluppo; 2) a incoraggiare le tecniche scientifiche non controverse dal punto di vista etico e sociale al fine di far progredire l'utilizzo della pluripotenza cellulare e sviluppare nuovi metodi di medicina rigenerativa; 3) a promuovere programmi di ricerca di base nel campo delle cellule staminali adulte.

Degna di nota, sul versante comunitario, la direttiva n. 44 del 1998 del Parlamento Europeo sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, la quale, nell'escludere dalla brevettabilità le invenzioni il cui sfruttamento commerciale sia contrario all'ordine pubblico e al buon costume[202], al secondo comma dell'art 6, specificamente indica come non brevettabili "*le utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali".*

Quanto, infine, ai programmi quadro che a decorrere dal 1984 l'Unione europea prevede per il finanziamento della ricerca scientifica, degna di nota è la Decisione n. 1982/2006/CE, concernente il settimo programma per gli anni 2007- 2013, la quale nell'articolo 6, dedicato ai principi etici da rispettare, stabilisce come non possano essere finanziate le attività di ricerca volte:

alla clonazione umana a fini riproduttivi;

alla modifica del patrimonio genetico degli esseri umani che potrebbero rendere ereditabili tali modifiche;

a creare embrioni umani esclusivamente a fini di ricerca o per l'approvvigionamento di cellule staminali, anche mediante il trasferimento di nuclei di cellule somatiche.

Anche il Regolamento n. 1291 del 2013, istitutivo del programma di ricerca e innovazione per gli anni 2014- 2020 (c.d. Orizzonte 2020) ribadisce i medesimi principi.

Quanto all'interpretazione ricavabile dalla giurisprudenza della Corte EDU, va segnalato che nella sentenza del 7 marzo 2006 (Evans contro Regno Unito)[203] la Corte, pur escludendo

[202] Si chiarisce opportunamente nella disposizione come non possa ritenersi contrario all'ordine pubblico e al buon costume la mera contrarietà ad una disposizione legislativa o regolamentare.

[203] La signora Evans, cittadina inglese, aveva intrapreso un trattamento per la procreazione medicalmente assistita cinque anni prima, insieme al marito. I test preliminari avevano rivelato che la ricorrente soffriva di un tumore alle ovaie; di conseguenza, furono estratti alcuni ovuli destinati alla fecondazione e la donna si sottopose ad un intervento chirurgico per la rimozione delle ovaie. Le fu raccomandato di aspettare almeno due anni prima di procedere all'impianto degli ovuli fecondati. Nel frattempo, la relazione di coppia si interruppe e l'impianto degli embrioni non avvenne. L'uomo chiese alla clinica di distruggere gli embrioni fecondati e crioconservati; la clinica informò la donna, che decise di ricorrere in giudizio per ottenere l'autorizzazione all'impianto degli ovuli fecondati, in deroga a quanto previsto nel modulo del consenso firmato dalla coppia all'inizio del trattamento per la PMA. Le Corti interne rigettarono il ricorso, escludendo la violazione del diritto alla vita degli embrioni ed escludendo anche la violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare della donna, poiché confliggente con quello dell'altro partner, dato che il trattamento per la PMA era iniziato e proseguito sulla base della relazione di coppia esistente al momento della terapia**.** La Corte EDU, confermando sul punto i principi già espressi dai giudici nazionali, ha affermato che la tutela del diritto alla vita (assicurato dall'art 2 CEDU) non è riconoscibile in capo agli embrioni: "*in the absence of any European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life, the issue of when the right to life begins comes within the margin of appreciation which the Court generally considers that States should enjoy in this sphere. […] an embryo does not have independent rights or interests and cannot claim […] a right to life under Article 2"*.

l'embrione dall'ambito della tutela assicurata al diritto alla vita dall'art. 2 della Convenzione Europea per i diritti dell'Uomo[204], non ha mancato di rilevare come la capacità dell'embrione di evolvere, senza soluzione di continuità, in una persona ne imponga la protezione, in nome della dignità umana, pur senza farne per ciò solo una "persona"[205].

Allo stesso modo, la Corte EDU, decidendo sul caso della ricorrente Parrillo che sosteneva, tra le altre doglianze, come il divieto di ricerca sugli embrioni violasse il suo diritto al rispetto della proprietà privata (art. 1, protocollo 1, Cedu), ha esplicitamente affermato come non fosse possibile ricondurre gli embrioni al concetto di bene ("*possessions*") secondo il significato del primo protocollo addizionale della Convenzione[206].

Sul versante nazionale, è possibile ricondurre l'embrione, seppur con le caratteristiche che gli sono proprie, nell'ambito della tutela assicurata dall'art. 2 della Costituzione alla dignità umana.

Nell'interpretazione dispensata dal giudice delle leggi è, infatti, l'art 2 della nostra Costituzione[207] ad essere indicato quale disposizione fondante la tutela costituzionale riconosciuta

---

Con riferimento poi all'asserita violazione dell'art. 8 CEDU lamentata dalla ricorrente, la Corte, pur riconoscendo che tale disposizione include certamente anche il diritto al rispetto delle decisioni di diventare genitori, riconosce poi in capo agli Stati membri la potestà di operare il bilanciamento tra tutti gli interessi, pubblici e privati, coinvolti, ricordando che in merito gli stessi godono (non sussistendo sulle questioni relative alla PMA un ampio consenso fra gli Stati membri della Convenzione) di un ampio margine d'apprezzamento sulla concreta disciplina da adottare. Sulle base di tali premesse la Corte ha rigettato la domanda riconoscendo come nel caso di specie la legislazione britannica avesse correttamente utilizzato gli spazi di discrezionalità suoi propri nel prevedere, attraverso una rigorosa disciplina di dettaglio, che dovesse essere prevalente l'interesse dell'ex partner della ricorrente alla revoca del consenso prestato.

[204] L'art. 2 della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali (CEDU), Roma, 4.XI.1950, - Diritto alla vita- stabilisce: "*1. Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo che in esecuzione di una sentenza capitale pronunciata da un tribunale, nel caso in cui il reato sia punito dalla legge con tale pena.*

[205]Si segnala altresì che nella stessa sentenza la Corte non ha voluto prendere posizione sul momento di inizio della vita (in relazione al quale ha riconosciuto la diversità di opinioni riscontrabili in seno agli Stati membri e l'ampio margine di discrezionalità da assicurare agli stessi)*".*

[206] Afferma testualmente la Corte EDU: "*It considers, however, that it is not necessary to examine here the sensitive and controversial question of when human life begins as Article 2 of the Convention is not in issue in the instant case. With regard to Article 1 of Protocol No. 1, the Court considers that it does not apply to the present case. Having regard to the economic and pecuniary scope of that Article, human embryos cannot be reduced to "possessions" within the meaning of that provision". L'articolo 1 del Protocollo addizionale firmato a Parigi il 20 marzo 1952 (*Protezione della proprietà) a sua volta recita**: "****Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale".*

[207] Art. 2 Cost: "*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale".*

all'individuo umano, compreso l'embrione, seppur nei limiti derivanti dalle peculiarità che gli sono proprie (prima fra tutte quella di necessitare per il suo ulteriore sviluppo dell'accoglienza nel grembo materno).

La Corte ricorda, infatti, come da tale peculiarità derivi la possibilità di un affievolimento degli interessi riconducibili all'embrione[208], nel caso in cui gli stessi si pongano in conflitto con altri interessi di pari rilievo costituzionale e che, all'esito del necessario giudizio di bilanciamento, debbano risultare, in date situazioni, prevalenti[209].

In numerose pronunce della Corte viene inoltre riaffermato il concetto, espresso per la prima volta nella sentenza n. 27 del 18 febbraio 1975, secondo il quale, da un lato, *"la situazione giuridica del concepito non possa non collocarsi, sia pure con le caratteristiche sue proprie, fra i diritti inviolabili dell'uomo, riconosciuti e garantiti dall'art 2 della costituzione*", e, dall'altro, come *"non esista equivalenza tra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare*[210].

Dal punto di vista delle fonti nazionali di rango primario, è noto a tutti come l'art. 1 della legge 40 del 2004 disponga che il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita debba avvenire secondo condizioni e modalità previste dalla legge tali da "*assicurare i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito".*

Da ricordare, inoltre, come il richiamo alla tutela del concepito fosse stato utilizzato dal legislatore italiano, ancor prima, in occasione della legge sull'aborto, che all'art 1 afferma che "*Lo*

[208] V. con riferimento alla cedevolezza della tutela del concepito nel conflitto con i diritti fondamentali della donna, la sentenza della Corte Cost. n. 27 del 1975.

[209] In tal senso, tra le altre, Corte Costituzionale n. 151 del 2009. V. anche Corte Costituzionale n. 229 del 2015, che ha escluso possa ritenersi "*censurabile la scelta del legislatore del 2004 di vietare e sanzionare penalmente la condotta di "soppressione di embrioni", ove pur riferita – ciò che propriamente il rimettente denuncia – agli embrioni che, in esito a diagnosi preimpianto, risultino affetti da grave malattia genetica*"; precisando inoltre come anche con riguardo a detti embrioni, "*la cui malformazione non ne giustifica, sol per questo, un trattamento deteriore rispetto a quello degli embrioni sani creati in numero […] superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, ex comma 2 del medesimo art. 14, nel testo risultante dalla sentenza n. 151 del 2009, si prospetta, infatti, l'esigenza di tutelare la dignità dell'embrione, alla quale non può parimenti darsi, allo stato, altra risposta che quella della procedura di crioconservazione. L'embrione, infatti, quale che ne sia il, più o meno ampio, riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non è certamente riducibile a mero materiale biologico*".

[210] Analogo ragionamento si coglie nella decisione della Consulta n. 229 del 11 novembre 2015, laddove la giustificazione dell'affievolimento delle garanzie riconosciute (anche) all'embrione umano dall'art 2 Cost sotto il profilo della dignità umana viene individuata nella necessità di un bilanciamento con altri interessi di pari rango costituzionale i quali, in date condizioni, debbono essere ritenuti prevalenti.

Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio".

I concreti contenuti che, all'esito dell'analisi appena svolta, è possibile trarre dall'ordinamento nel suo complesso e nei vari livelli che lo compongono (nazionale, comunitario, sovranazionale) rendono evidente la necessità di superare la tradizionale equiparazione tra capacità giuridica (art. 1 del cod. civ.), riconoscibile solo in capo alla persona già nata, e soggettività giuridica, da intendersi, invece, quale più ampia "*categoria giuridica idonea a rispecchiare l'evoluzione biologica dell'individuo*"[211].

Come già autorevoli Autori hanno evidenziato, la capacità giuridica si caratterizza, infatti, per essere una categoria plasmata sull'approccio prettamente patrimonialistico del codice civile. Ne deriva che, mentre i diritti patrimoniali riconosciuti al nascituro dal codice sono subordinati all'evento della nascita, non altrettanto può dirsi per i diritti fondamentali (vita, salute, identità, dignità), "*che non si misurano con il metro della capacità giuridica, ma sono connaturali alla persona umana nella concezione lata e dinamica che la Costituzione esprime, e che pertanto appartengono al concepito nella sua dimensione attuale*", come pure all'embrione *in vitro* non ancora impiantato nel grembo materno, se, come deve essere, "*si accetta l'assunto di partenza di una continuità biologica che si svolge senza salti qualitativi dal concepimento fino ai successivi stadi di sviluppo*"[212].

Tanto premesso, sembra, dunque possibile affermare, che pur non potendo essere riconosciuta all'embrione la capacità giuridica di cui all'art 1 del cod. civ., cionondimeno, nella mutata prospettiva imposta dall'evoluzione della società e, conseguentemente, del diritto, sia necessario abbandonare la tradizionale impostazione privatistica in modo da poter ricondurre anche l'embrione umano nell'ambito di quella soggettività che, comunque, gli è riconosciuta dall'ordinamento, anche se di diversa estensione[213] rispetto a quella propria della persona umana, solamente alla quale è riconducibile, al momento della nascita, la capacità giuridica[214].

[211]Cfr. Busnelli – Palmieri , voce *Clonazione*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.* , Torino 2000, p. 157 e ss.

[212]Cfr. Busnelli – Palmieri, opera citata.

[213]Senza volere qui affrontare e tantomeno prendere posizione sul tema spinosissimo dell'inizio della vita umana, va comunque segnalato come la tesi di coloro che ritengono anche gli embrioni titolari di quello stesso diritto alla vita riconosciuto alle persone potrebbe condurre, se inteso in termini assoluti, a conclusioni aberranti. Alcuni Autori, in particolare, segnalano che l'attribuzione all'embrione di un vero e proprio diritto alla vita ai sensi dell'art. 2 Convenzione EDU (peraltro negato dalla stessa Corte Edu, come prima accennato) potrebbe portare a giustificare, non

3. Il bilanciamento tra contrapposti interessi.

Come già accennato, la possibile riconducibilità dell'embrione umano nell'ambito della soggettività non giustifica la sua totale equiparazione alla persona umana e, pertanto, nel conflitto con i diritti fondamentali di quest'ultima, quali la vita, la salute, l'autodeterminazione nelle scelte riguardanti la sfera privata e familiare, la tutela riconosciuta all'embrione affievolisce per consentire la piena affermazione dei suddetti valori costituzionali.

È possibile identificare tale impostazione di fondo in tutti gli ordinamenti, anche in quelli che si propongono di assicurare la massima tutela possibile all'embrione, tra cui è da annoverare quello italiano, che si caratterizza nel panorama europeo per una impostazione fortemente restrittiva.

Discorso diverso deve invece essere sviluppato con riferimento al caso in cui il conflitto tra diversi valori costituzionali non si caratterizzi per la contrapposizione tra l'interesse dell'embrione a progredire nello sviluppo sino alla nascita e i diritti fondamentali dei singoli soggetti coinvolti

---

solo un eccessivo sbilanciamento della tutela in favore dell'embrione, ma, in ipotesi estreme, anche una vera e propria criminalizzazione della gravidanza, rendendo ogni azione della stessa gestante potenzialmente lesiva dei diritti del concepito.

A questo proposito sono indicate all'attenzione dell'interprete la legge federale americana *The Unborn Victims of Violence Act* del 2004 (si tratta di una legge degli Stati Uniti che definisce il "*bambino in utero*" come "*un membro della specie Homo sapiens*" in qualsiasi stadio di sviluppo, e lo riconosce come possibile vittima legale in relazione alla commissione (ai suoi danni) di uno degli oltre 60 crimini federali elencati nella legge stessa), sulla base della quale sono stati celebrati negli Stati Uniti processi penali contro donne incinte accusate di spaccio di sostanze stupefacenti, abusi infantili o addirittura omicidio, asseritamente commessi ai danni del concepito dalle stesse portato in grembo.

Anche per lo Stato della Carolina del Sud il feto è considerato una persona a tutti gli effetti, pertanto Regina McKnitg (giovane donna di appena 22 anni) era stata condannata a 12 anni di reclusione per avere dato alla luce un neonato morto: la giovane fumava crack durante la gravidanza e, pertanto, dall'accusa era stato ipotizzato che la morte del feto fosse stata provocata dalla stessa madre, attraverso l'assunzione consapevole della droga. Nessun medico fu in grado di stabilire una reale connessione causale tra l'assunzione della droga e la morte del feto e, il 12 maggio 2008, dopo 8 anni di attesa, è stata riconosciuta l'inconsistenza dell'accusa.

In Italia, nonostante la severità delle disposizioni di cui alla l. 4° del 2004, tutte improntate ad assicurare massima tutela all'aspettativa di vita dell'embrione, è riconosciuta la distinzione tra l'omicidio e la distruzione di embrioni, così come tra l'omicidio e il procurato aborto. La disparità sanzionatoria tra le due fattispecie è evidente: l'art. 575 c.p. punisce l'omicidio con la pena della reclusione non inferiore a ventuno anni, mentre l'art. 14, comma 6, della legge 40 del 2004 punisce la soppressione di embrioni con la pena della reclusione fino a tre anni e con la multa da 50.000 a 150.000 euro. Va osservato, inoltre, che l'omicidio è punito anche a titolo di colpa, mentre la soppressione di embrioni solo a titolo di dolo, non potendo, nel silenzio della legge, ritenersi altrimenti.

[214]Per taluni Autori, infatti, la capacità giuridica di cui all'art. 1 cod. civ., *"congegno formale che opera la piena imputazione di diritti e di doveri" (...) "non è l'unica forma di possibile considerazione dell'individuo umano da parte dell'ordinamento"* (cfr. Roberto Senigaglia, "*Vita prenatale e autodeterminazione: alla ricerca di un ragionevole bilanciamento tra interessi contrapposti").*

nel processo procreativo (*id est* gli aspiranti genitori, e, in particolare, la donna), quanto piuttosto per la contrapposizione tra l'aspettativa di vita del singolo embrione e la ricerca scientifica (pur tutelata a livello costituzionale), che coinvolge la platea indifferenziata degli esseri umani, interessati al progresso scientifico funzionale alla cura delle malattie.

In Italia tale diversa scala di valori non era nettamente percepibile all'epoca dell'entrata in vigore della legge n. 40 del 2004, risultando l'impostazione iniziale del predetto testo normativo fortemente restrittiva anche in relazione al primo degli aspetti evidenziati. Tale diversa scala di valori emerge ora con chiarezza anche nel nostro ordinamento, all'esito della radicale riscrittura di quella legge realizzata nell'ultimo decennio dalla Corte Costituzionale.

Attraverso la pronuncia di incostituzionalità di molte delle disposizioni più restrittive dettate dal suddetto testo legislativo la Corte, infatti:

ha chiarito il corretto rapporto tra diritto e scienza, attribuendo alla responsabilità del medico la decisione (in funzione delle peculiarità del caso e al fine di tutelare nella maggiore misura possibile la salute della donna) circa il numero di embrioni da produrre per ogni ciclo di fecondazione assistita e altresì sul numero di quelli da impiantare, così contestualmente cancellando l'indiscriminato divieto di crioconservazione (poi espressamente abolito parzialmente con altra pronuncia, quella n. 229 del 2015) prima previsto in termini assoluti, ed ora ritenuto, invece, necessario, in relazione agli embrioni prodotti nell'ambito della procreazione assistita ma in relazione ai quali non sia possibile l'impianto, per inidoneità dell'embrione stesso ovvero per il rifiuto (non coercibile) della donna di accoglierlo nel suo grembo (Corte Cost. n. 151 del 2009; Corte Cost. n. 229 del 2015);

ha affermato la liceità della fecondazione di tipo eterologo (Corte Cost. n. 162 del 2014);

ha definitivamente chiarito la legittimità della diagnosi preimpianto quando la stessa sia stata richiesta dai soggetti che abbiano avuto (legittimo) accesso alla tecniche di procreazione assistita e sia finalizzata all'accertamento di eventuali gravi malattie dell'embrione destinato all'impianto in utero; quando cioè l'accertamento diagnostico (altrimenti precluso al sanitario) trovi giustificazione nell'esigenza di assicurare la soddisfazione del diritto, specificamente riconosciuto dallo stesso art. 14, comma 5, della legge n. 40 del 2004 ai futuri genitori, di essere adeguatamente informati sullo stato di salute dell'embrione stesso (Corte Cost. n. 96 del 2015 e Corte Cost. 229 del 2015);

ha affermato la praticabilità del ricorso alle tecniche di procreazione assistita anche per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili e, conseguentemente, ha distinto dall'ambito del concetto di selezione eugenetica, espressamente vietata e severamente sanzionata penalmente, la pratica tesa all'individuazione degli embrioni affetti da gravi malattie al fine di limitare l'impianto solo a quelli risultati sani all'esito della diagnosi preimpianto (Corte Cost. n. 96 del 2015);

ha espressamente affermato che l'art. 13, commi 3, lettera b), e 4, della legge n. 40 del 2004 è costituzionalmente illegittimo "*nella parte in cui, appunto, vieta, sanzionandola penalmente, la condotta selettiva del sanitario volta esclusivamente ad evitare il trasferimento nell'utero della donna di embrioni che, dalla diagnosi preimpianto, siano risultati affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge n. 194 del 1978, accertate da apposite strutture pubbliche*[215].

[215] Con specifico riferimento alle questioni riguardanti l'impiego della diagnosi preimpianto, è utile osservare come il codice francese della sanità pubblica autorizzi espressamente tale indagine diagnostica qualora la coppia abbia una forte probabilità di dare vita ad un bambino affetto da una malattia genetica di particolare gravità riconosciuta come incurabile. Con la revisione delle leggi di bioetica riconducibili all'intervento normativo del 2004, e successivamente con le modifiche apportate nel 2011, sono stati ampliati i limiti di liceità della pratica in questione dato che è stata prevista anche la possibilità di utilizzare la diagnosi preimpianto al fine di far nascere un bambino sano che sia geneticamente compatibile con un fratello o una sorella affetti da una grave patologia che potrebbe essere curata attraverso un trapianto di cellule prelevate dal bambino concepito nell'ambito dell'assistenza medica alla procreazione (Nel 2009, il CCNE si era espresso nei seguenti termini : «*permettre qu'un enfant désiré représente un espoir de guérison pour son aîné est un objectif acceptable s'il est second. Ainsi que le prévoit la loi actuelle, cette possibilité extrême devrait être uniquement réservée aux couples ayant un enfant atteint d'une maladie entraînant la mort » ;* questa finalità è consentita anche dalla legge inglese). In Francia è, dunque, possibile ricorrere alla procreazione assistita non solo per rimediare alla infertilità di coppia, come accade in Italia, ma anche per il perseguimento delle ulteriori finalità appena illustrate. Profili problematici: neppure in Francia esiste un elenco dettagliato delle malattie che potrebbero consentire alla coppia di ricorrere alla procreazione assistita per poter accedere alla diagnosi preimpianto in maniera da evitare la trasmissione al nascituro della malattia stessa. La legge si limita a far riferimento ai parametri della particolare gravità della malattia e della sua incurabilità. E' dunque lasciato ai medici che operano nei centri appositamente autorizzati di valutare la sussistenza dei requisiti richiesti dalla legge. Vi è dunque un certo margine di discrezionalità. Si discute pertanto sull'opportunità o meno di introdurre un elenco tassativo di malattie legittimanti il ricorso alla diagnosi. In particolare si discute se tra queste malattie possano essere annoverate alcune gravi e precoci forme di tumore in relazione alle quali vi sia il forte rischio di trasmissione ereditaria. Sul punto, l'Agenzia per la biomedicina, che è un ente pubblico inquadrato nel Ministero della sanità al quale la legge riconosce tutta una serie di importanti competenze in materia di procreazione assistita, del ricorso alla diagnosi preimpianto per l'individuazione delle forme ereditarie più gravi di tumore (anche la legislazione inglese consente in questi casi il ricorso alla diagnosi).

L'Agenzia ha inoltre espresso parere negativo sulla opportunità di una tassativa elencazione per legge delle malattie legittimanti il ricorso alla diagnosi, ritenendo preferibile la predisposizione di linee guida tese piuttosto alla specificazione del carattere di gravità e di incurabilità richiesti dalla legge (L'impianto normativo è rappresentato dall'articolo L2131- 4, modificato dalla legge n. 2011- 814 del 7 luglio 2011, secondo il quale:"*On entend par diagnostic préimplantatoire le diagnostic biologique réalisé à partir de cellules prélevées sur l'embryon in vitro. Le diagnostic préimplantatoire n'est autorisé qu'à titre exceptionnel dans les conditions suivantes : Un médecin exerçant*

4. La persistente negazione di ogni bilanciamento nell'ambito dei rapporti tra l'embrione umano e la ricerca scientifica.

Non è stata, invece, in alcun modo scalfita l'opzione di fondo che costituisce ancora oggi il fondamento delle disposizioni di cui all'art. 13 della legge 40 del 2004[216] nell'ambito dei rapporti tra l'interesse della collettività al progresso scientifico, a sua volta funzionale alla cura delle malattie, e l'interesse del singolo embrione a progredire fino alla nascita, ambito che continua a caratterizzarsi per l'assenza di ogni bilanciamento.

La *ratio* fortemente restrittiva di quell'impianto normativo ha trovato conferma, infatti, anche nella recente sentenza della Corte Cost. del 13 aprile 2016, n. 84[217], che ha rigettato la questione di legittimità sollevata con riferimento ad alcune delle disposizioni di cui all'art. 13, riconducendo nell'ambito delle legittime scelte discrezionali del legislatore la volontà di accordare, in questa specifica materia, tutela assoluta all'embrione umano[218].

---

son activité dans un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal tel que défini par l'article L.2131- 1 doit attester que le couple, du fait de sa situation familiale, a une forte probabilité de donner naissance à un enfant atteint d'une maladie génétique d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic. Le diagnostic ne peut être effectué que lorsqu'a été préalablement et précisément identifiée, chez l'un des parents ou l'un de ses ascendants immédiats dans le cas d'une maladie gravement invalidante, à révélation tardive et mettant prématurément en jeu le pronostic vital, l'anomalie ou les anomalies responsables d'une telle maladie. Les deux membres du couple expriment par écrit leur consentement à la réalisation du diagnostic. Le diagnostic ne peut avoir d'autre objet que de rechercher cette affection ainsi que les moyens de la prévenir et de la traiter. Il ne peut être réalisé, à certaines conditions, que dans un établissement spécifiquement autorisé à cet effet par l'Agence de la biomédecine instituée à l'article L. 1418- 1. En cas de diagnostic sur un embryon de l'anomalie ou des anomalies responsables d'une des maladies mentionnées au deuxième alinéa, les deux membres du couple, s'ils confirment leur intention de ne pas poursuivre leur projet parental en ce qui concerne cet embryon, peuvent consentir à ce que celui- ci fasse l'objet d'une recherche dans les conditions prévues à l'article L. 2151- 5. Par dérogation au deuxième alinéa de l'art. L. 1111- 2 e à l'article L. 1111- 7, seul le médecin prescripteur des examens de biologie médicale destinés à établir un diagnostic prénatal est habilité à en communiquer les résultats à la femme enceinte.

[216] L'art. 13 della L. 40 del 2004 dopo aver sancito, al primo comma, con un generale divieto, l'illiceità di *"qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano"*, al secondo comma stabilisce che "*la ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano è consentita a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute ed allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative".*

Lo specifico ambito dei rapporti tra singolo embrione e collettività interessata al progresso scientifico, oggetto della disposizione in questione è altresì evidenziato dai successivi commi dell'art. 13, nei quali vengono analiticamente individuate e vietate, oltre che la produzione di embrioni umani a fini di ricerca o di sperimentazione, tutta una serie di specifiche attività di sperimentazione scientifica, consentite anch'esse unicamente nel caso in cui siano finalizzate ad evitare o curare una patologia del medesimo embrione che le subisca.

[217] Corte Cost. 13 aprile 2016, n. 84, in Foro It., 2016, I, 1509, con nota di G. Casaburi, la Corte Costituzionale e la l. 40/04: ritorno all'ordine

[218] La disposizione in questione è stata da sempre pesantemente criticata sotto il profilo del mancato bilanciamento dei contrapposti interessi coinvolti, tutti di rilevanza costituzionale, specie con riferimento al problema

Prima di affrontare nel dettaglio l'analisi dei passaggi motivazionali posti dalla Consulta a fondamento della decisione, è opportuno osservare come nel panorama europeo, con riferimento alla relazione tra l'embrione e i singoli individui coinvolti nel processo procreativo (*id est* gli aspiranti genitori, e, in particolare, la donna), il bilanciamento degli interessi sia, prevalentemente, nel senso della preminenza di quelli riconducibili in capo alla persona umana (già venuta ad esistenza).

Lo stesso non accade, invece, nel differente ambito dei rapporti tra l'embrione e l'indistinta collettività degli individui interessati al progresso scientifico, che evidenzia l'assenza di uniformità nella disciplina dettata dai vari Stati, sussistendo, accanto a Stati che tentano di assicurare un ragionevole bilanciamento tra gli opposti interessi, Stati che, invece, come appunto l'Italia, tendono a ritenere prevalente la tutela della dignità dell'embrione, disconoscendo la stessa

---

del destino degli embrioni soprannumerari, condannati a rimanere inutilmente crioconservati *sine die* sino alla completa estinzione naturale.

Vi è da notare peraltro che è stato ormai da tempo assodato come le fattispecie penalmente rilevanti delineate dall'art. 13 l. n. 40/2004 non comprendano nel loro ambito la diagnosi preimpianto tutte le volte in cui la stessa sia stata richiesta dai soggetti che abbiano avuto legittimo accesso alla tecniche di procreazione assistita (ed ora la legittimità dell'accesso a dette tecniche comprende anche le coppie fertili ma portatrici di gravi malattie genetiche trasmissibili, in seguito alla citata pronuncia della Corte Cost. n. 96 del 2015) e sia finalizzata all'accertamento di eventuali gravi malattie dell'embrione destinato all'impianto in utero; quando cioè l'accertamento diagnostico (altrimenti precluso al sanitario) trovi giustificazione nell'esigenza di assicurare la soddisfazione del diritto, specificamente riconosciuto dall'art. 14, comma 5, ai futuri genitori, di essere adeguatamente informati sullo stato di salute dell'embrione stesso.

Non può essere negata infatti, da un punto di vista letterale e concettuale, la differenza tra attività di ricerca, sperimentazione e manipolazione genetica, disciplinate dall'art. 13, e l'accertamento diagnostico richiesto ai sensi dell'art. 14,5° comma, unicamente finalizzato, come già detto, a fornire ai soggetti indicati dalla legge idonea informazione sullo stato di salute dell'embrione da impiantare nel grembo materno. Nel primo caso l'ambito è quello dei comportamenti coinvolgenti il sistema dei rapporti tra l'aspettativa di vita del singolo embrione e l'interesse dell'intera collettività al progresso scientifico. La scelta operata dal legislatore, pur opinabile nella sua assolutezza, è stata quella di assicurare massima tutela all'embrione anche a costo di un totale sacrificio delle ragioni del progresso scientifico. Nel secondo caso si tratta, invece, di un mero accertamento diagnostico, da effettuarsi non liberamente dal sanitario o dal ricercatore ma solo previa esplicita richiesta dei soggetti interessati, avente ad oggetto il singolo embrione destinato all'impianto e volto alla soddisfazione dell'interesse dei futuri genitori ad avere adeguata informazione sullo stato di salute dell'embrione stesso. Quello che viene in rilievo non è, dunque, il rapporto - per così dire - tra embrione e collettività, ma il distinto ambito dei rapporti tra l'aspettativa di vita dell'embrione, che potrebbe anche subire un pregiudizio dall'accertamento invasivo in parola (non è contestabile, infatti, che la diagnosi preimpianto si caratterizzi per l'esistenza di un certo margine di rischio per l'ulteriore sviluppo dell'embrione), e la singola persona direttamente coinvolta nel procedimento di procreazione medicalmente assistita, portatrice di individuali interessi costituzionalmente rilevanti. In questa specifica ipotesi la disciplina dettata non prevede per l'embrione una tutela assoluta, ma un bilanciamento dei contrapposti interessi, che vede semmai prevalere, in certi casi, i diritti costituzionalmente garantiti dei soggetti che alle tecniche di procreazione assistita abbiano avuto legittimo accesso, ed in particolare della donna, destinata ad accogliere nel suo grembo l'embrione prodotto (in tal senso Tribunale Cagliari, 24 settembre 2007; Corte Cost. n. 151 del 2009; Corte Cost. n. 96 del 2015; Corte Cost. n. 229 del 2015).

possibilità di operare un bilanciamento, anche quando si tratti di decidere in relazione al destino da riservare ai cc.dd. embrioni soprannumerari [219].

5. Corte Costituzionale 13 aprile 2016, n. 84: l'irragionevole rinunzia della Consulta al principio di ragionevolezza.

In Italia, come sappiamo, l'unico destino per gli embrioni abbandonati o soprannumerari è il mantenimento dello stato di crioconservazione sino all'estinzione naturale dell'embrione stesso, inevitabile con il passare del tempo.

Come accennato prima, la legittimità della rigida impostazione fatta propria dalla legge oggi in vigore (che nega ogni possibile bilanciamento) è stata di recente ribadita dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 84 del 2016, con la quale la Consulta, decidendo per l'inammissibilità della questione sottoposta al suo esame[220], ha chiarito che "*la linea di composizione tra gli opposti interessi, che si rinviene nelle disposizioni censurate, attiene all'area degli interventi con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale"*

Pur con la cautela che deve necessariamente accompagnare ogni opinione su una materia così complessa, sorge il dubbio che la Consulta, con la decisione in esame, in totale

[219] In sedici Paesi europei la materia riguardante l'eventuale l'utilizzo di embrioni umani a fini di ricerca scientifica non è disciplinata. Essi sono l'Armenia, l'Austria, la Bosnia- Erzegovina, la Georgia, l'Irlanda, il Liechtenstein, la Lituania, il Lussemburgo, Monaco, la Polonia, la Repubblica di Moldavia, la Romania, la Russia, San Marino, la Turchia e l'Ucraina. Alcuni di questi Stati hanno nella prassi un approccio piuttosto restrittivo (per esempio la Turchia e l'Ucraina), mentre altri hanno una prassi piuttosto permissiva (per esempio la Russia).

Tra gli Stati che hanno emanato apposite leggi in materia, tre Paesi (Belgio, Svezia e Regno Unito) consentono la ricerca scientifica sugli embrioni umani, anche quando da questa derivi la soppressione dell'embrione, e consentono espressamente altresì la creazione di embrioni al fine di destinarli alla ricerca scientifica.

In alcuni Stati (tra cui Slovacchia, Italia, Germania) è, invece, vietata sia la creazione embrioni da destinare alla ricerca scientifica sia ogni sperimentazione sugli embrioni non utilizzati nell'ambito della procedura di fecondazione assistita (punita con severe sanzioni penali).

Nella maggior parte degli Stati Europei è severamente vietata la creazione di embrioni a fini di ricerca scientifica, ma in molti è consentita la ricerca sugli embrioni soprannumerari. Inoltre, anche in quei Paesi nei quali la ricerca scientifica sugli embrioni umani è consentita, le cautele e i limiti posti alle attività, pur ritenute lecite, sono molto più pregnanti.

[220] La questione di costituzionalità era stata posta con riferimento all'art. 13 per contrasto con gli artt. 9, 32 e 33 della Costituzione.

controtendenza rispetto alle sentenze degli ultimi anni[221], si sia inspiegabilmente astenuta dal formulare quel giudizio di compatibilità con i principi costituzionali sul corretto esercizio delle scelte discrezionali del legislatore che costituisce il nucleo fondante delle sue prerogative.

Come è noto, la Corte è stata investita dal Tribunale di Firenze della questione circa la supposta incostituzionalità dell'art. 13 legge n. 40 del 2004 con riferimento, da un lato, agli artt. 9 e 33 della Costituzione (che salvaguardano la libertà della ricerca scientifica), e, dall'altro, all'art. 32, che tutela il diritto alla salute individuale e collettiva, a sua volta strettamente connesso al progresso scientifico, da cui spesso derivano importanti ricadute sulla possibilità di cura delle malattie.

Il Tribunale aveva ritenuto irragionevole l'assolutezza del divieto posto dalla disposizione, tale da non consentire alcuna distinzione tra embrioni ancora destinati al perseguimento di un progetto procreativo, ed embrioni, invece, definitivamente abbandonati, e pertanto destinati alla crioconservazione *sine die* e all'inevitabile estinzione naturale.

Lasciando da parte la questione circa l'irrevocabilità del consenso all'impianto dell'ovulo fecondato (su cui la Corte non si è pronunciata nel merito in considerazione della sopravvenuta irrilevanza della stessa nel corso del giudizio), e focalizzando l'attenzione sull'art. 13, va osservato come la Consulta, anche attraverso il richiamo testuale all*'iter* motivazionale di cui alla sentenza della stessa Corte n. 229 del 2015, abbia con precisione identificato l'interesse protetto dalla disposizione censurata, riconducendolo chiaramente alla tutela della dignità dell'embrione con riferimento alla sua stessa sopravvivenza[222]. La Corte ha ulteriormente chiarito il concetto precisando come "*l'utilizzo e la manipolazione dell'embrione umano, come oggetto di ricerca, implicherebbe la sua distruzione, in evidente contrasto con l'idea che esso possa essere*

[221] V. in particolare le decisioni della Consulta sull'eterologa e sulla liceità anche per le coppie non sterili, ma portatrici di gravi anomalie genetiche trasmissibili, di accedere alle tecniche di fecondazione assistita.

[222] Nel paragrafo 8.2, infatti la Corte ricorda che : "*con la sentenza n. 229 del 2015, questa Corte, intervenendo in ambito penale – oltre a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, commi 3, lettera b), e 4, della legge n. 40 del 2004 (sul reato di selezione degli embrioni), in (esclusiva) correlazione al contenuto della precedente sentenza n. 96 del 2015 – ha, invece, escluso la fondatezza della questione (contestualmente in quel giudizio sollevata) di legittimità costituzionale dell'art. 14, commi 1 e 6, della stessa legge, che vieta, penalmente sanzionandola, la condotta di soppressione degli embrioni, anche ove affetti da malattia genetica. E ciò, sulla premessa che l'embrione, «quale che ne sia il, più o meno ampio, riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non è certamente riducibile a mero materiale biologico»; e sulla base della considerazione per cui "il vulnus alla tutela della dignità dell'embrione (ancorché) malato, quale deriverebbe dalla sua soppressione tamquam res, non trova […] giustificazione, in termini di contrappeso, nella tutela di altro interesse antagonista".*

considerato come un soggetto che ha fin dall'inizio la dignità di persona", ed ha ribadito come la *ratio* del divieto contenuto nel primo comma dell'art. 13 sia da individuare proprio nel "*rispetto del principio della vita (che si racchiude nell'embrione ove pur affetto da patologia)"*.

Tanto premesso con riferimento all'interesse protetto dalla norma censurata, vi è da osservare come la Consulta abbia posto due ordini di ragioni a fondamento della declaratoria di inammissibilità della questione sottoposta al suo esame[223]:

l'intangibilità del margine di discrezionalità da riservare al legislatore in presenza di questioni fortemente dibattute sul piano etico, giuridico, scientifico e sociale;

l'inevitabile vuoto normativo derivante da una eventuale dichiarazione di incostituzionalità, che lascerebbe irrisolti e privi di ogni regolamentazione una serie di profili particolari di non secondaria importanza, e in relazione ai quali la Corte non potrebbe, in virtù del principio di separazione tra poteri dello Stato, fornire alcuna indicazione concreta, appartenendo all'esclusiva competenza del legislatore il compito di dettare la disciplina di dettaglio.

Con riferimento al punto sub 1), vi è in primo luogo da osservare che non appare convincente il richiamo operato dalla Consulta alla decisione della Corte Edu sul caso Parrillo[224]. Considerati, infatti i differenti compiti propri delle due Corti, mentre appare giustificato il riferimento della Corte EDU alla necessità di assicurare agli Stati membri ampi margini di

[223] Definita dalla stessa Corte come *"scelta tragica tra il rispetto del principio alla vita (che si racchiude nell'embrione ove pur affetto da patologia) e le esigenze della ricerca scientifica"*.

[224] La causa Parrillo contro Italia è stata, nel frattempo, decisa dalla *Grande Chambre* con sentenza del 27 agosto 2015. La Corte EDU ha dichiarato, con detta sentenza, non ricevibile il ricorso relativo alla denunciata violazione dell'art. 1 del Protocollo addizionale (che tutela il diritto della persona al rispetto dei beni di sua proprietà). E ciò ha fatto, lasciando deliberatamente in disparte la "*delicata e controversa questione del momento in cui inizia la vita umana*", ritenendo, viceversa, decisiva ed assorbente la considerazione che gli embrioni non possono essere ricondotti al rango di "beni"("*human embryos can not be reduced to "possessions" within the meaning of that provvision"*). Ha escluso poi la Corte (con un unico voto dissenziente) anche la prospettata violazione dell'art. 8 della CEDU, sul rilievo che il diritto, invocato dalla ricorrente, di donare gli embrioni (da lei prodotti) alla ricerca scientifica non trova copertura in quella disposizione, in quanto non riguarda un aspetto particolarmente importante dell'esistenza e della identità della ricorrente medesima ("*it does not concern a particularly important aspect of the applicant's existence and identity"*). Nella stessa sentenza, la Corte di Strasburgo, ha, comunque osservato, in premessa, che la questione della donazione degli embrioni non destinati a impianto solleva delicate questioni morali ed etiche e che, contrariamente a quanto affermato dalla ricorrente, non esiste un vasto consenso europeo in materia (paragrafo 176). Fatta questa premessa, la Corte Edu, evidenziando come l'Italia non sia l'unico Stato membro del Consiglio d'Europa che vieta la donazione di embrioni umani alla ricerca scientifica, ha concluso affermando che il legislatore italiano non ha ecceduto l'ampio margine di discrezionalità di cui godeva nel caso di specie (paragrafo 197).

discrezionalità in materie fortemente controverse, come appunto quella concernente i rapporti tra tutela dell'embrione umano *in vitro* e le ragioni della scienza, meno condivisibile appare l'autocensura che la Corte Costituzionale ha inflitto a se stessa abdicando a quello che è il suo compito istituzionale: *id est* valutare se la scelta discrezionale effettuata dal legislatore sia costituzionalmente giustificata, e, quindi, in sintonia con i valori fondamentali dell'ordinamento, anche laddove sia indispensabile operare il bilanciamento dei contrapposti interessi, tutti di rilevanza costituzionale.

Proprio con riferimento a quelle che sono le prerogative della Corte Costituzionale, non sembra convincente l'omesso (e invece dovuto) giudizio di bilanciamento dei contrapposti interessi, tutti costituzionalmente protetti, che caratterizza la decisione in esame. Non sembra, infatti, possa trovare giustificazione in un ordinamento democratico la sottrazione di taluni ambiti o materie al vaglio di costituzionalità, in relazione ai quali il legislatore ordinario possa, conseguentemente, agire al di fuori di ogni controllo[225].

La stessa Corte Costituzionale, d'altro canto, nella sentenza n. 162/2014 (riguardante la dichiarazione di incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa) aveva testualmente precisato che "*L'esigenza di garantire il principio di costituzionalità rende imprescindibile affermare che il relativo sindacato deve coprire nella misura più ampia possibile l'ordinamento giuridico, non essendo, ovviamente, ipotizzabile l'esistenza di ambiti sottratti allo stesso".*

Ed aveva poi chiarito che, diversamente, *"si determinerebbe, infatti, una lesione intollerabile per l'ordinamento costituzionale complessivamente considerato, soprattutto quando risulti accertata la violazione di una libertà fondamentale, che non può mai essere giustificata con l'eventuale inerzia del legislatore ordinario. Una volta accertato che una norma primaria si pone in contrasto con parametri costituzionali, questa Corte non può, dunque, sottrarsi al proprio potere- dovere di porvi rimedio (...)".*

In relazione al secondo motivo posto dalla Consulta a fondamento della decisione, e cioè il supposto inevitabile vuoto normativo derivante da una eventuale dichiarazione di

[225]Anche nella sentenza n. 229 del 2015 la Corte Costituzionale ha ribadito come la discrezionalità legislativa circa l'individuazione delle condotte penalmente punibili possa essere censurata in sede di giudizio di costituzionalità "*ove il suo esercizio ne rappresenti un uso distorto od arbitrario, così da confliggere in modo manifesto con il canone della ragionevolezza (sentenze n. 81 del 2014; n. 273 del 2010; n. 364 del 2004)*".

incostituzionalità, è doveroso osservare come la Corte sia incorsa nella violazione del principio di non contraddizione, dato che poco tempo prima, e precisamente nelle note sentenze sulla fecondazione eterologa (n. 62/2014) e sull'ammissibilità dell'accesso alle tecniche di fecondazione assistita anche per le coppie fertili (n. 96/2015), la stessa Corte si era espressa in modo diametralmente opposto.

Con la sentenza n. 162/2014 la Consulta aveva, infatti, affermato come non potesse ritersi un limite per l'esercizio del necessario sindacato di costituzionalità il pericolo di eventuali lacune derivanti dalla pronuncia di illegittimità incostituzionale, testualmente chiarendo che: "*Una volta accertato che una norma primaria si pone in contrasto con parametri costituzionali, questa Corte non può, dunque, sottrarsi al proprio potere- dovere di porvi rimedio, e deve dichiararne l'illegittimità, essendo poi, compito del legislatore introdurre apposite disposizioni (sentenza n. 278 del 2013), allo scopo di eliminare le eventuali lacune, che non possano essere colmate mediante gli ordinari strumenti interpretativi dai giudici ed anche dalla pubblica amministrazione, qualora ciò sia ammissibile"*.

Gli stessi principi erano stati affermati anche nella sentenza n. 96/2015, laddove il giudice delle leggi aveva opportunamente osservato come fosse "*compito del legislatore introdurre apposite disposizioni al fine della auspicabile individuazione (anche periodica, sulla base della evoluzione tecnico- scientifica) delle patologie che possano giustificare l'accesso alla PMA di coppie fertili e delle correlative procedure di accertamento (anche agli effetti della preliminare sottoposizione alla diagnosi preimpianto) e di una opportuna previsione di forme di autorizzazione e di controllo delle strutture abilitate ad effettuarle (anche valorizzando, eventualmente, le discipline già appositamente individuate dalla maggioranza degli ordinamenti giuridici europei in cui tale forma di pratica medica è ammessa)"*[226].

Emerge con evidenza, sulla base del mero dato testuale delle decisioni appena richiamate, come anche in relazione alle materie oggetto delle sentenze prima indicate vi fosse il pericolo di un vuoto normativo, per l'assenza di una regolamentazione di dettaglio, e come, peraltro, tale

[226] Molto interessante il riferimento della Consulta agli altri ordinamenti ai quali eventualmente attingere quale spunto per l'eventuale introduzione di nuove disposizioni, maggiormente confacenti con il mutato substrato sociale e scientifico. Come già accennato nella nota n. 2, e come si cercherà di approfondire in seguito, in alcuni Paesi, quali ad es. la Francia, i quali si caratterizzano per un impianto normativo e costituzionale molto simile al nostro, molti dei problemi affrontati e risolti in Italia attraverso il formante giurisprudenziale, sono periodicamente sottoposti al vaglio sociale e risolti dal legislatore con periodiche modifiche delle disposizioni in vigore.

possibile vuoto normativo non abbia in alcun modo impedito alla Corte di pronunciare l'incostituzionalità delle disposizioni censurate[227].

Va ricordato, inoltre, come la stessa Corte Costituzionale avesse dichiarato ammissibile, con sentenza n. 46 del 2005, il *referendum* popolare abrogativo della disposizione di cui all'art. 13 (che, come è noto, non aveva avuto esito positivo per la mancata partecipazione, alla relativa votazione, della maggioranza degli aventi diritto), ritenendo evidentemente superabile, anche allora, il problema di eventuali lacune normative.

6. Il principio di ragionevolezza quale parametro per la valutazione della legittimità costituzionale delle disposizioni normative.

In definitiva, sembra che la Corte abbia omesso, del tutto ingiustificatamente, di ricorrere all'applicazione del principio di ragionevolezza, che invece ben avrebbe potuto e dovuto utilizzare quale parametro per l'individuazione del giusto equilibrio tra gli interessi in gioco, tutti, si ricorda, di rilevanza costituzionale.

Il concreto impiego, anche nella materia in questione, del parametro della ragionevolezza, ben avrebbe potuto condurre la Consulta ad individuare l'illegittimità, in quanto manifestamente irragionevole, dell'indiscriminato divieto di ogni e qualsiasi utilizzo, diverso dall'impianto nel grembo materno, degli embrioni soprannumerari, caratterizzati, rispetto agli altri, dall'accertata impossibilità di una loro destinazione a fini procreativi.

A tale proposito è interessante notare come già con il decreto del Ministero della salute 4 agosto 2004 fossero state introdotte specifiche disposizioni tese alla precisa individuazione degli embrioni da ricondurre nella categoria di quelli ormai abbandonati (o soprannumerari).

In particolare con l'art. 1 del predetto decreto era stato specificamente disposto che "*Ai fini dell'art. 17, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40, concernente norme in materia di procreazione medicalmente assistita, con il presente decreto si individuano due diverse tipologie di embrioni crioconservati:embrioni che sono in attesa di un futuro impianto; embrioni per i quali sia stato accertato lo stato di abbandono*".

[227] Va peraltro osservato che le lacune sono state tempestivamente colmate dal legislatore con apposite disposizioni di settore, promulgate alla luce dei principi chiaramente espressi dalla Corte.

Era stato poi normativamente delineato il concetto di "stato di abbandono", stabilendo, infatti, l'art. 1, comma 2, che: "*Lo stato di abbandono di un embrione è accertato al verificarsi di una delle seguenti condizioni: a) il centro che effettua tecniche di procreazione medicalmente assistita acquisisce la rinuncia scritta al futuro impianto degli embrioni crioconservati da parte della coppia di genitori o della singola donna (nel caso di embrioni prodotti prima della normativa attuale con seme di donatore e in assenza di partner maschile); b) il centro che effettua tecniche di procreazione medicalmente assistita documenta i ripetuti tentativi eseguiti, per almeno un anno, di ricontattare la coppia o la donna che ha disposto la crioconservazione degli embrioni; solo nel caso di reale, documentata impossibilità a rintracciare la coppia, l'embrione potrà essere definito come abbandonat*o".

Era stato poi diffusamente delineato anche il diverso destino delle due categorie di embrioni, prevedendo l'art. 2: "*Gli embrioni che sono in attesa di un futuro impianto sono crioconservati presso gli stessi centri dove le tecniche sono state effettuate. Gli embrioni definiti in stato di abbandono sono, invece, trasferiti dai centri di procreazione medicalmente assistita unicamente alla Biobanca Nazionale situata presso il Centro trasfusionale e di immunologia dei trapianti dell'Istituto di ricovero e cura a carattere scientifico "Ospedale Maggiore" di Milano, ove sarà attivato in maniera centralizzata un centro di crioconservazione degli embrioni stessi"*.

Era stato infine stabilito (art 3) su chi dovessero gravare i costi della crioconservazione degli embrioni, ed infatti era stato previsto che gravassero su ciascun centro di procreazione medicalmente assistita gli oneri derivanti dal congelamento degli embrioni in attesa di futuro impianto; e che, invece, i costi per la conservazione *sine die* degli embrioni abbandonati dovesse gravare in parte sull'Istituto Superiore di sanità e in parte sull'"Ospedale Maggiore" di Milano, destinatari di apposite sovvenzioni statali.

La materia oggetto di una possibile diversa disciplina risultava, dunque, già normativamente delineata sin dal 2004.

Per tornare al criterio di proporzionalità e ragionevolezza e al ruolo svolto nel giudizio di legittimità costituzionale, va ricordata l'evoluzione riscontrabile in relazione al concreto utilizzo

del suddetto parametro ai fini della valutazione circa la conformità ai precetti costituzionali delle scelte discrezionali del legislatore[228].

Ed infatti, accanto al ruolo svolto in relazione alla piena affermazione del principio di uguaglianza (che impone di disciplinare nella stessa maniera situazioni sostanzialmente analoghe), è possibili individuare un'altra funzione del suddetto parametro, strumentale all'affermazione del principio di ragionevolezza quale indispensabile strumento per garantire l'inviolabilità dei precetti costituzionali anche con riferimento a materie implicanti la necessità di un'opera di bilanciamento tra contrapposti interessi tutti di rango costituzionale, e, quindi, caratterizzate, in quanto tali, da ampi margini di discrezionalità per il legislatore.[229]

In conclusione, appare plausibile ritenere che sarebbe stato maggiormente rispondente ai criteri di ragionevolezza e proporzionalità, oltre che di solidarietà sociale, giudicare illegittimo l'indiscriminato divieto di ogni e qualsiasi utilizzo degli embrioni soprannumerari e prevedere, di contro, la possibilità di destinarli (con il consenso della coppia e all'esito di un rigoroso accertamento circa l'effettiva impossibilità di concludere il processo di procreazione assistita) *in primis* alla realizzazione del progetto parentale di altra coppia desiderosa di accoglierli e, qualora anche tale scopo fosse risultato non perseguibile, alla ricerca scientifica funzionale al progresso nella cura delle malattie gravi.

Tale destinazione, oltre che ragionevole e proporzionata, considerato l'inevitabile destino all'estinzione naturale dell'embrione crioconservato soprannumerario, appare in sintonia con il principio di solidarietà, cardine del nostro sistema costituzionale, e, pertanto, maggiormente funzionale al rispetto dovuto alla stessa dignità umana, riconoscibile anche in capo all'embrione.

---

[228] Sul punto, v. sentenza Corte Cost. n. 85/2013, nella quale la Consulta sottolinea, in particolare che "*La Corte costituzionale, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra i principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi*". Pertanto "*Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale".*

[229] Si veda L. PALADIN, *Esiste un «principio di ragionevolezza» nella giurisprudenza della costituzionale?*, in AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994, p. 164, secondo cui "*il sindacato di ragionevolezza non è più strettamente collegato al solo principio costituzionale di eguaglianza, sancito dall'art. 3, primo comma, della Costituzione. Vengono in rilievo, per esempio, le più varie necessità di bilanciamento e di valutazione della legittimità costituzionale dei limiti legislativamente imposti ai più vari diritti fondamentali"; e altresì* G. ZAGREBELSKY, *Su tre aspetti della ragionevolezza*, p. 180 ss., il quale mette in luce, da un lato, l'aspetto della ragionevolezza/eguaglianza e, dall'altro, gli aspetti della ragionevolezza/razionalità e della ragionevolezza/giustizia, legati a valutazioni sul contenuto concreto della norma.

Appare, infatti, del tutto illusoria, rispetto alla finalità perseguita (identificabile, come già visto, nell'intento di assicurare la massima tutela dell'aspettativa di vita dell'embrione) l'assolutezza del divieto, la quale, lungi dall'assicurare una reale tutela a quell'aspettativa di vita, si traduce, in realtà, contraddicendo la finalità dichiarata, nella inutile conservazione dello stato di crioconservazione, destinato a venire meno immancabilmente con la naturale estinzione dell'embrione stesso in conseguenza del decorso del tempo.

Si potrebbe ritenere allora che proprio il principio di solidarietà, applicato all'ambito dei rapporti tra la dignità umana riconosciuta all'embrione sin dal suo concepimento[230] e l'interesse alla salute del singolo e della collettività, direttamente riconnesso al progresso scientifico nel campo della medicina (tutti valori di ampia rilevanza costituzionale), avrebbe potuto orientare il giudizio di proporzionalità e ragionevolezza, e quindi, di legittimità delle disposizioni sottoposte al vaglio della Corte, e, in una prospettiva *de iure condendo*, possa ora essere valorizzato dal legislatore, nell'auspicabile esercizio delle prerogative che gli sono proprie, per orientare il necessario bilanciamento degli interessi in conflitto.

7. Cenni di diritto comparato: a) Una possibile *chance* di vita per gli embrioni soprannumerari…

Nella sentenza n. 96/2015 il giudice delle leggi, nel ribadire come fosse dovere del legislatore - all'esito del giudizio di illegittimità costituzionale avente ad oggetto le disposizioni della legge n. 40 del 2004 che sino ad allora avevano impedito l'accesso alle tecniche alle coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili - "*introdurre apposite disposizioni al fine della auspicabile individuazione (anche periodica, sulla base della evoluzione tecnico- scientifica) delle patologie che possano giustificare l'accesso alla PMA di coppie fertili e delle correlative procedure di accertamento (anche agli effetti della preliminare sottoposizione alla diagnosi preimpianto)",* aveva altresì chiarito come sarebbe stata opportuna una eventuale valorizzazione delle *"discipline già appositamente individuate dalla maggioranza degli ordinamenti giuridici europei in cui tale forma di pratica medica è ammessa".*

[230] Risultano minoritari in ambito europeo gli ordinamenti che distinguono nell'ambito dello sviluppo embrionale tra pre- embrione (dal momento del concepimento alla quattordicesima settimana) ed embrione: in tal senso v. legislazione spagnola.

Appare quanto mai utile, quindi, una ricognizione della disciplina riservata agli embrioni soprannumerari dal legislatore francese, risultando la Francia uno di quei Paesi europei che ben prima dell'Italia ha affrontato le tematiche riconnesse all'esponenziale espansione del numero di embrioni prodotti nell'ambito delle procedure di procreazione medicalmente assistite ma poi, in concreto, non utilizzati e, quindi, crioconservati (i cc.dd. embrioni soprannumerari o in stato di abbandono).

Prima di passere all'analisi delle disposizioni normative dettate dal legislatore francese nella materia, è opportuno accennare brevemente alle aperture che anche in Italia, affermata la liceità della fecondazione eterologa, potrebbero derivare in relazione al destino degli embrioni ormai abbandonati, o perlomeno ad una parte di essi.

La crescita esponenziale degli embrioni soprannumerari, verificatasi anche in Italia in seguito alla pronuncia della Corte costituzionale n. 151 del 2009 (sul limite degli embrioni da creare in ogni singolo ciclo di fecondazione assistita e sul numero di embrioni da impiantare), oltre che quale conseguenza diretta dell'ampliamento della platea delle coppie legittimate a fare ricorso alle tecniche di procreazione assistita, sancita con le sentenze della Consulta n. 162 del 2014 (relativa alla fecondazione eterologa) e n. 96 del 2015 (sulle coppie fertili ma portatrici di malattie genetiche trasmissibili), ha reso improcrastinabile l'esigenza di individuare un'alternativa, compatibile con i valori costituzionali, allo stato di crioconservazione. Non appare, infatti in sintonia con i valori fondamentali ritraibili dalla Carta costituzionale la conservazione *sine die* dello stato di ibernazione, sino all'inevitabile estinzione naturale di tali embrioni.

8. …(segue) b) La donazione (o meglio l'accoglienza) dell'embrione...

Si potrebbe, in primo luogo, ipotizzare, proprio traendo spunto dalla legislazione francese, la possibilità per le coppie che non intendano più utilizzare gli embrioni legittimamente creati nell'ambito di uno o più cicli di fecondazione assistita, di "donarli" ad altre coppie disposte ad accoglierli.

Tale pratica, inconcepibile in Italia sino all'abolizione del divieto di fecondazione eterologa, è da tempo praticata in Francia[231].

[231] Anche in tale Paese è consentita la creazione di embrioni solo nell'ambito del procedimento di fecondazione assistita e nella prospettiva della nascita di una nuova vita, ma, da sempre (sin dalla legge di bioetica del 1994), è stata

La legge francese prevede, infatti, che, qualora gli embrioni creati nell'ambito del procedimento di fecondazione assistita rimangano, per una qualsiasi ragione, inutilizzati, possano essere destinati alla realizzazione del progetto parentale di una coppia terza, previo espresso consenso della coppia dai cui gameti abbiano avuto origine.

È inoltre previsto che la coppia sterile, all'esito di un particolare procedimento in cui fondamentale è l'intervento del giudice, possa procedere alla fecondazione eterologa attraverso l'impianto in utero dell'embrione concepito con i gameti di altra coppia.

La procedura per l'accoglienza dell'embrione (*pour l'accueil de l'embryon)* è una procedura molto particolare, che presenta alcuni aspetti comuni con la procedura di adozione dei minori. È un procedimento che riflette, in definitiva, la natura ibrida dello statuto dell'embrione umano, che ancora non è una persona, ma che neppure può essere considerato alla stregua di una *res*, trattandosi di un'entità del tutto differente dai gameti da cui ha avuto origine.

Si coglie dunque, nelle disposizioni normative riguardanti questo particolare procedimento, l'impostazione di fondo che caratterizza anche la legislazione francese, la quale tende - seppur in misura più attenuata rispetto alla legge italiana - ad attribuire il massimo della tutela possibile all'embrione.

---

lasciata alla valutazione medica la possibilità di decidere quanti embrioni debbano essere creati nell'ambito di un ciclo di procreazione assistita, valutazione da effettuarsi secondo le regole dell'arte in relazione alle specifiche particolarità del caso concreto e alla salute della donna. E' inoltre lasciata alla scienza medica e alla deontologia professionale del sanitario procedente stabilire, nel singolo caso, quanti embrioni debbano essere destinati al trasferimento in utero, numero che varia in considerazione della specificità del caso ed in particolare dell'età della donna. Da ciò è derivata la notevole espansione del numero degli embrioni soprannumerari, parzialmente risolta in Francia attraverso il suddetto istituto.

In Italia, diverse sono state le proposte di legge e i disegni di legge tesi alla introduzione di una disciplina che rendesse lecita la destinazione ad altra coppia degli embrioni abbandonati. Molto interessante è la proposta predisposta dalla commissione ministeriale istituita presso il Ministero della giustizia e presieduta dal prof. Busnelli (10 maggio 1996), che, tra l'altro, prevedeva, all'art 23, che "*L'embrione crioconservato è tenuto a disposizione della coppia richiedente per un periodo di cinque anni, a partire dalla formazione dell'embrione". Ove, prima della scadenza di tale termine, la coppia rinunci per iscritto al programma procreativo concordato con il Centro, l'embrione può essere destinato ad altra coppia che abbia fatto richiesta ai sensi della presente legge. Deve essere comunque garantito l'anonimato reciproco tra la coppia rinunciante e la coppia richiedente"*. Anche nel progetto di legge n. 47 (approvato dalla Camera dei Deputati il 26 maggio 1999 e divenuto, una volta giunto in Senato, DDL n. 4048) all'art. 16 si prevedeva che il "*giudice tutelare, sentita la coppia richiedente e fatte le opportune valutazioni ai sensi della legge n. 184 del 1983 (...) dichiara con decreto motivato l'adozione dell'embrione o degli embrioni da impiantare contestualmente*".

Era stata inoltre prevista una specifica disciplina in relazione allo *status* dei figli nati in seguito alla procedura di "adozione" di embrioni, che stabiliva come gli stessi dovessero essere considerati figli legittimi della coppia coniugata o figli naturali riconosciuti della coppia convivente che li aveva accolti.

Anche la terminologia usata nei testi normativi è peculiare, non essendo riscontrabile, ad esempio, il termine donazione (che richiamerebbe, infatti, il concetto di *res*), facendo la legge riferimento piuttosto al diverso concetto del consenso della coppia da cui ha avuto origine l'embrione all'accoglienza dello stesso da parte di una coppia terza. D'altro canto è ovvio che il procedimento debba differenziarsi da quello previsto per l'adozione dei minori, dato che l'embrione non è ancora un bambino, ma solo una vita *in fieri*.

Il codice della sanità pubblica, che disciplina questo particolare procedimento, stabilisce in particolare, che la coppia da cui ha tratto origine l'embrione, e che acconsente all'*accueil* dello stesso da parte di terzi, debba avere avuto legittimo accesso alle tecniche di fecondazione assistita poiché, come già accennato, anche in Francia solo questa procedura può legalmente condurre alla creazione *in vitro* di embrioni soprannumerari.

Il procedimento si sviluppa inizialmente presso il centro di assistenza alla procreazione. In particolare va osservato come la coppia destinata ad accogliere l'embrione debba sottoporsi ad un colloquio con una *équipe* medica interdisciplinare che ha il compito di verificare le motivazioni della richiesta, e debba poi, dopo un periodo di riflessione di almeno un mese, confermare per iscritto la propria richiesta davanti al giudice, che interviene nella procedura sia per fornire alla coppia informazioni sulle conseguenze in materia di filiazione (le stesse che per la donazione di gameti), sia per emettere la necessaria autorizzazione all'esito di una peculiare attività processuale. Il giudice è dotato infatti di poteri di investigazione d'ufficio al fine di apprezzare le condizioni di accoglienza che la coppia è in grado di offrire al nascituro sul piano familiare, educativo e sociale. All'esito dell'indagine, il giudice potrà concedere ovvero negare la sua autorizzazione all'accoglienza. È dunque confermata la peculiarità del procedimento rispetto alla donazione di gameti e la sua affinità con la proceduta dell'adozione di minori.

Il codice penale francese prevede poi un sistema di sanzioni (introdotte con la legge n. 800 del 6 agosto 2004) tendente ad assicurare che il procedimento si svolga secondo le modalità stabilite dalla legge.

Interessante ancora osservare come siano previste tutta una serie di disposizioni tese alla disciplina dei rapporti di filiazione (**Article 311 – 19 code civile** *: «En cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur*

du don et l'enfant issu de la procréation. Aucune action en responsabilité ne peut être exercée à l'encontre du donneur».

Sarebbe auspicabile che il legislatore italiano, traendo spunto dalla collaudata esperienza francese (come suggerito, seppur ad altri fini, dalla Consulta nella sentenza prima richiamata), rendesse lecita questa destinazione degli embrioni soprannumerari, in tal modo assicurando agli stessi una possibilità di vita, nel pieno rispetto di quella che, come abbiamo visto, è la stessa *ratio* della legge 40 del 2004.

Non si comprende come mai il legislatore non sia ancora intervenuto in merito, non sussistendo più, all'esito della soppressione del divieto di fecondazione eterologa, alcuna ragione effettivamente ostativa[232].

Tale destinazione all'adozione per la nascita, in relazione alla quale sono giacenti in Parlamento alcuni disegni di legge, è stata già oggetto di approfondito studio da parte del Comitato nazionale per la bioetica, che ha espresso un parere positivo, ed anzi ha auspicato sul punto un rapido intervento normativo.

9. …(segue) c) Embrione e ricerca scientifica.

In Francia la legge di bioetica n. 2011- 814 del 7 luglio 2011 (così come parzialmente modificata nel 2013), ha introdotto importanti novità rispetto alla disciplina previgente (L. n. 800 del 6 agosto 2004) in relazione alla materia dei rapporti tra tutela dell'embrione e ricerca scientifica.

Le principali disposizioni della legge di revisione del 2011 ruotano attorno a tre temi fondamentali:

l'espressa interdizione di ogni forma di clonazione, sia riproduttiva che terapeutica;

la conferma del divieto generale, già contenuto nella precedenti disposizioni, di creare embrioni a scopo scientifico ovvero di effettuare ricerche scientifiche sull'embrione umano o sulle cellule embrionarie;

[232] L'inerzia del legislatore anche in relazione a tale possibile ed auspicabile utilizzo degli embrioni soprannumerari appare in contrasto con la stessa *ratio legis* , dato che nega irragionevolmente agli stessi una *chance* di vita.

la possibilità, attraverso una specifica autorizzazione da parte di una istituzione pubblica (inizialmente prevista solo a titolo derogatorio rispetto al divieto generale, e poi prevista in via generale, seppur a talune condizioni) di svolgere specifiche ricerche scientifiche sull'embrione umano e sulle cellule embrionarie, sulla base di protocolli valutati caso per caso dalla Agenzia per la biomedicina, malgrado tali ricerche implichino necessariamente la distruzione dell'embrione;

la conferma delle peculiari funzioni già affidate all'Agenzia per la biomedicina, ente pubblico inquadrato nel Ministero della sanità, avente quale compito specifico quello di controllare e valutare i protocolli di studio e di ricerca sull'embrione umano *in vitro.*

Rispetto al sistema delineato dalle precedenti leggi in materia di bioetica, le disposizioni introdotte con la legge del 2011 (così come parzialmente modificate nel 2013) hanno affermato il principio secondo il quale la ricerca sugli embrioni umani è in generale ammessa, seppur all'interno di un sistema di controlli affidati all'Agenzia per la biomedicina, che, tra l'altro, deve valutare se i singoli protocolli di ricerca siano idonei a realizzare importanti progressi terapeutici e se non sia utilizzabile, per procedere nella sperimentazione, una metodologia alternativa di efficacia comparabile.

Le disposizioni normative chiariscono, in ogni caso, come già accennato, che le ricerche in questione non possono essere condotte se non su embrioni soprannumerari che siano stati concepiti *in vitro* nell'ambito dell'assistenza medica alla procreazione e che non costituiscano più l'oggetto di un progetto parentale da parte della coppia che abbia fornito i gameti.

Si dispone altresì che la coppia, debitamente informata sulla possibile alternativa di acconsentire all'*accueil* dell'embrione da parte di terzi, debba manifestare un chiaro consenso scritto alla destinazione alla ricerca, consenso da confermare dopo un periodo di riflessione di tre mesi e liberamente revocabile.

Si stabilisce, infine, che l'Agenzia per la biomedicina, alla quale è attribuito il compito di sorvegliare anche sull'andamento della sperimentazione, possa eventualmente sospendere la prosecuzione della ricerca per fondate ragioni riguardanti sia l'effettività utilità scientifica della stessa sia questioni bioetiche.

È prevista anche un'ulteriore cautela, dato che si dispone che anche l'importazione o l'esportazione di tessuti o cellule embrionarie debba essere debitamente autorizzato dall'Agenzia per la biomedicina, e che la stessa non possa dare la necessaria autorizzazione qualora detti tessuti

o cellule embrionarie siano stati ottenuti in violazione dei principi fondamentali previsti dalle disposizioni in vigore[233].

Ai divieti si accompagna la previsione di specifiche sanzioni penali per il caso di violazione.

Peculiari aspetti problematici presenta il discorso sulla clonazione.

In particolare, è fortemente dibattuta in Francia[234] la questione sull'opportunità di mantenere ovvero rimodulare l'ampio divieto, oggi previsto, avente ad oggetto ogni forma di clonazione compresa quella terapeutica, consentita invece in altri Stati.

Per comprendere le ragioni del dibattito occorre partire dalla distinzione tra clonazione riproduttiva e clonazione terapeutica.

Come è noto, per clonazione riproduttiva si intende quella tecnica tendente alla duplicazione del patrimonio genetico di un individuo finalizzata alla creazione di individui geneticamente identici. Tale tecnica è considerata una delle forme più gravi di attentato alla dignità umana. Molti sono stati sinora gli interventi normativi, sia a livello nazionale che a livello sovranazionale, tesi alla creazione di un esplicito divieto, generalmente presente in tutti gli Stati.

Si ritiene infatti che la clonazione riproduttiva contrasti con il valore supremo dell'individualità propria di ogni uomo, fondata essenzialmente sulla combinazione casuale dei patrimoni genetici contenuti rispettivamente nei gameti maschili e femminili che si fondono al momento della fecondazione[235]. Detta modalità riproduttiva costituirebbe insomma una peculiarità caratterizzante la specie umana. Da qui la convinzione che la clonazione riproduttiva debba essere considerata un crimine contro la specie umana e, quindi, severamente sanzionata.

---

[233] Costituisce una contraddizione tutta italiana il divieto assoluto di destinare gli embrioni soprannumerari prodotti in Italia alla ricerca, ma l'assenza di divieti e di controlli in relazione all'importazione di linee cellulari embrionarie prodotte all'estero.

[234] Si tratta di uno dei temi più scottanti – unitamente a quello sulla maternità surrogata - sui quali nella società francese (nel mese di gennaio di quest'anno sono stati formalmente convocati gli Stati generali della bioetica) è in atto la discussione preliminare all'eventuale revisione delle disposizioni di legge oggi in vigore.

[235]Nella nostra Costituzione non vi è un espresso riferimento al diritto di ciascuno all'intangibilità del proprio patrimonio genetico. Da ciò non si può, peraltro, desumere l'inesistenza di un siffatto diritto, poiché la mancanza di un esplicito riconoscimento dipende piuttosto dal fatto che, sino a tempi recentissimi, erano assolutamente impensabili interventi sul patrimonio genetico dell'uomo.

Oggi, inoltre, seppur a livello di legge ordinaria, il diritto di ciascuno alla propria identità genetica ha ricevuto in Italia espresso riconoscimento nell'art. 13 della legge 2004 n. 40, che delinea una specifica fattispecie penalmente rilevante stabilendo espressamente l'illiceità di ogni forma di manipolazione del patrimonio genetico, ad eccezione dei soli *"interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche volte alla tutela della salute ed allo sviluppo dell'embrione stesso".* Tanto premesso, potrebbe peraltro ritenersi che il diritto alla identità genetica possa trovare collocazione anche a livello costituzionale quale peculiare aspetto del diritto, costituzionalmente garantito, alla identità personale.

Se vi è un generale accordo a livello mondiale contro la clonazione riproduttiva, il panorama si presenta invece molto più variegato in relazione alla clonazione terapeutica, dato che in molti Stati la stessa è consentita.

Come è noto si parla di clonazione terapeutica con riferimento alla produzione in laboratorio, con il corredo genetico di un dato individuo, di embrioni umani non allo scopo di dare origine ad una nuova persona umana ma al fine di ottenere una linea di cellule staminali "autologhe" (compatibili cioè con il corpo del donatore), da coltivare *in vitro* e da indirizzare verso la produzione di cellule specializzate di un dato tessuto od organo, da utilizzarsi poi per scopi terapeutici.

Con la legge n. 800 del 2004 la Francia aveva già confermato esplicitamente la propria contrarietà, poi ribadita con la legge del 2011, ad ogni forma di clonazione, sia a quella riproduttiva che a quella terapeutica.

La riforma attuata nel 2011, infatti, all'esito di un intenso dibattito su come dovesse atteggiarsi in concreto il bilanciamento dei contrapposti interessi, se, da un lato, ha portato, come già accennato, ad una parziale revisione delle disposizioni riguardanti in generale la ricerca scientifica sugli embrioni umani e le cellule embrionarie (avendo la legge, all'esito delle parziali modifiche apportate nel 2013, affermato il principio della generale liceità della ricerca scientifica sugli embrioni umani soprannumerari prodotti nell'ambito dell'assistenza medica alla procreazione qualora sia certo che gli stessi non costituiscono più l'oggetto di un progetto parentale da parte della coppia che ha fornito i gameti), dall'altro, ha lasciato invariato il divieto di clonazione (sia riproduttiva che terapeutica).

La violazione di entrambi i divieti riguardanti la clonazione è severamente sanzionata penalmente.

È previsto, infatti, il delitto di clonazione riproduttiva, punito con la pena di trent'anni di reclusione e con l'ammenda di 7,5 milioni di euro.

Inoltre, considerata la gravità del fatto (e in maniera del tutto diversa rispetto a quanto stabilito ad es. per l'ipotesi di maternità surrogata), in relazione a tale specifico reato è prevista la punibilità anche per coloro che si sottopongano alla tecnica in questione (dieci anni di reclusione e ammenda di 150.000 euro).

In deroga poi al principio di territorialità, l'art. 511 – 1 – 1 *code pénal* stabilisce l'applicabilità della legge francese anche nel caso in cui il delitto previsto nell'art. 511 – 1 sia commesso all'estero da un cittadino francese o da una persona che risieda abitualmente nel territorio francese.

Anche con riferimento alla clonazione per fini diversi da quelli riproduttivi, comprese le finalità di ricerca e terapeutiche, il codice penale prevede severe sanzioni, punendo il trasgressore con la pena di 7 anni di reclusione e con l'ammenda di 100.000 euro.

10. Spunti *de iure condendo*.

Tornando in Italia, varie proposte di legge pendono in Parlamento. Tra le altre può segnalarsi il disegno di legge n. 1630, comunicato alla Presidenza il 23 settembre 2014[236], che contempla soluzioni da tempo in vigore nell'ordinamento giuridico francese.

Con riferimento ai rapporti tra aspettativa di vita dell'embrione e diritti delle persone coinvolte nel procedimento di procreazione medicalmente assistita, le disposizioni ivi indicate ripercorrono, in sostanza, le aperture già consolidatesi nel nostro ordinamento in seguito agli approdi giurisprudenziali prima richiamati.

Del tutto nuova è invece la regolamentazione (*de iure condendo)* circa il destino degli embrioni soprannumerari.

È infatti espressamente prevista all'art. 17 la liceità, oltre che della donazione di gameti, altresì della donazione di embrioni crioconservati sovrannumerari secondo le modalità e i limiti di cui all'articolo 14, comma 2.

Del tutto mutato risulta, nel disegno di legge, anche il sistema dei rapporti tra embrione e ricerca scientifica, al quale è specificamente destinato il capo VI. In particolare, l'art. 13 (nella versione di cui al disegno di legge) prevede, infatti, che: "*L'attività di ricerca scientifica sugli embrioni umani è consentita nel caso in cui vengano utilizzati gli embrioni crioconservati, che non siano destinati al trasferimento in utero, nonché in situazione di abbandono, fermi restando i divieti di cui al comma 3*"**.**

[236] Al Senato nel dicembre 2016 è stato avviato l'esame di undici disegni di legge in tema di procreazione medicalmente assistita (PMA). Il disegno di legge S.1630, adottato quale testo base e composto di 21 articoli, è stato assegnato alla XII commissione permanente Igiene e Sanità.

Si prevede inoltre espressamente il divieto di produzione di embrioni umani a fini di ricerca e sperimentazione; di ogni forma di selezione eugenetica[237]; di ogni forma di manipolazione del patrimonio genetico, "*ad eccezione degli interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche di cui al comma 2 del presente articolo*"; di ogni forma di clonazione sia a fini riproduttivi sia di ricerca. Sono infine previste sanzioni specifiche per l'ipotesi di violazione delle disposizioni in esame[238].

[237] È opportunamente distinta da tale ambito la diagnosi preimpianto, disciplinata specificamente nell'art. 15, che testualmente prevede: "*E' consentita la diagnosi preimpianto degli embrioni e la loro eventuale selezione a fini di prevenzione e terapeutici nonché per la salvaguardia dell'integrità psicofisica dei soggetti di cui all'art. 1 e 4. Il consenso alla diagnosi deve essere espresso per iscritto*".

[238] "*L'attività di ricerca scientifica sugli embrioni umani, al di fuori dei casi di cui al comma 1, è punita con la reclusione da due a sei anni e con la multa da 50.000 a 150.000 euro. In caso di violazione di uno dei divieti di cui al comma 3 la pena è aumentata fino alla metà".*

CATERINA MANGANO

La figura del coordinatore genitoriale nella crisi della famiglia, tra inadeguatezza del processo civile e ostacoli alla diffusione di tale rimedio.

Sommario: 1. Inadeguatezza del processo civile nella conflittualità familiare. - 2. La figura del coordinatore genitoriale e gli ostacoli pratici alla diffusione del relativo metodo. - 3. Genesi e funzione della coordinazione genitoriale. - 4. Connotazioni processuali dell'istituto. - 5. I compiti del coordinatore. - 6. Rapporti con la giurisdizione e con i protagonisti del processo. - 7. Conseguenze del fallimento del ricorso al coordinatore. - 8. Rapporti tra i protagonisti della coordinazione.

1. Inadeguatezza del processo civile nella conflittualità familiare.

La condivisione dell'affido della prole nell'ambito della crisi della famiglia, quando si accompagna ad una forte conflittualità tra i genitori, disvela l'insufficienza degli strumenti propri del processo civile in tale delicato settore della giurisdizione.

La Corte europea dei diritti dell'uomo[239] ha affermato che uno degli elementi fondamentali del diritto alla vita familiare è rappresentato dalla reciproca presenza, dalla continuità e dalla stabilità di relazione tra i genitori e i figli ed ha sollecitato l'Italia nel senso della necessità di predisporre ogni misura atta a garantire l'effettività di tale rapporto, sicchè la relativa conservazione rispetto ad entrambi i genitori si presume rispondente all'interesse del minore [240].

Tuttavia, l'attuazione pratica offerta dai nostri Tribunali a tale presunzione è spesso foriera di gravi criticità, quando i genitori non vogliano dismettere gli atteggiamenti di contrapposizione, reciproco discredito e svalutazione che spesso si accompagnano al fallimento della loro unione.

[239] CEDU, 4 maggio 2017, n. 66396, *I. c. Italia*,; CEDU, 15 settembre 2016, n. 43299, *G. c. Italia*; CEDU, 29 gennaio 2013, n. 25704, *L. c. Italia*,;

[240] In tale senso, E. Bellisario, Autonomia dei genitori tra profili personali e patrimoniali in *L'affidamento condiviso", pag. 69 e s.s.; cfr i principi fissati da Cass. Sez. IV 19 luglio 2016 n. 14728; cfr. da ultimo, Trib. Salerno sez. I 6 novembre 2017 n. 5028.*

È noto, infatti, che la conflittualità tra i genitori non sia ostativa all'applicazione dell'affidamento condiviso[241] nonostante incida negativamente sull'effettiva compartecipazione alle scelte che caratterizza il regime di affidamento privilegiato.

Gli aspetti disfunzionali che ne derivano nelle famiglie appalesano l'inadeguatezza della risposta giurisdizionale rispetto alla complessità dei bisogni delle coppie conflittuali che condividono l'affido, in quanto il processo e, più in generale, la giurisdizione non sono in grado di offrire soluzioni efficaci e stabili alle corrispondenti problematiche.

Infatti, il processo, in quanto fenomeno per definizione contingente e caratterizzato da un oggetto tipico e limitato, non è in grado di intervenire nella genesi del conflitto, apprestando pertinenti risposte agli aspetti più intimi dello stesso, a tutela delle esigenze di tutti i componenti il nucleo familiare, nonostante le significative riforme intervenute nel processo di famiglia e l'incessante contributo dell'esperienza giurisprudenziale nell'adattare gli istituti civilistici tradizionali in chiave sempre più rispettosa delle esigenze dei singoli membri del disgregato nucleo familiare[242].

In particolare, ad essere penalizzata dalla pervicace conflittualità tra i genitori è in primo luogo la concreta gestione del processo che ne risente negativamente in termini di durata, di ingiustificata ed improduttiva attenzione a temi poco rilevanti nella definizione dei rapporti tra i coniugi piuttosto che ai temi centrali [243], in termini di genesi di ulteriore contenzioso, con crescente senso di insoddisfazione e di sfiducia da parte degli utenti.

L'intervento del giudice della famiglia dovrebbe essere limitato alla disamina di quelle domande che consistano nell'accertamento di un diritto soggettivo, nella regolamentazione di un rapporto giuridico o nella costituzione di uno status personale e che rientrino nel *thema decidendum* del processo di separazione e divorzio [244] e non estendersi a quelle istanze che, pur sostenute da un generico interesse, siano prive del contenuto sopra esposto ed estranee all'oggetto dei predetti giudizi[245].

[241] Cass. Civ. 3 gennaio 2017, n. 27; 31 marzo 2014 n. 7477; 29 marzo 2012 n. 5108.

[242] Si pensi, nell'ambito delle innovazioni normative, alla obbligatorietà dell'ascolto del minore nell'ambito delle controversie civili che lo riguardano.

[243] Trib. Milano 7 luglio 2015; Trib. Milano 23 marzo 2016;

[244] Trib. Milano 23 marzo 2016.

[245] Nello stesso senso, Filippo Danovi, in "Il coordinatore genitoriale: una nuova risorsa nella crisi della famiglia"in Famiglia e Diritto, 2017, 8- 9, 793;

È pertanto opportuno che il giudice illustri, talvolta, alle parti che non vi è coincidenza tra l'ambito del proprio intervento e quanto i genitori in conflitto intendono portare, anche insistentemente, alla sua attenzione e chiarisca quali siano gli aspetti che meritano effettivamente di essere vagliati in concreto ai fini della pronuncia, senza farsi coinvolgere nel ruolo di arbitro di ogni pretesa espressa dalle parti, quale portato della loro incapacità di comunicare e dei loro limiti nell'adottare soluzioni condivise nella gestione della crisi.

Sotto diverso profilo, la natura contingente del processo esclude che esso sia in grado di assicurare una funzione di controllo sui comportamenti dei familiari dopo la sua definizione o di conformare il loro reciproco relazionarsi, a prescindere dalle dimensioni (banali o rilevanti) del contrasto espresso nella fase di cognizione di talchè è necessario considerare con attenzione il rapporto tra tale fase e quella dell'attuazione ed interrogarsi sempre, sin dalla prima, sulla possibilità che i provvedimenti del giudice siano condivisibili e "sopportabili" nel futuro dai destinatari, specie a fronte della incoercibilità che caratterizza quelli emessi nell'ambito del processo di famiglia, i cui effetti si basano essenzialmente- pertanto- sulla compliance degli interessati [246].

I limiti testè indicati rendono evidente l'importanza di garantire ai genitori in crisi delle misure di sostegno che li portino ad interiorizzare la necessità di un mutamento di prospettiva nella futura gestione dei propri rapporti, in funzione del benessere dei figli, attraverso l'adozione, da parte del giudice della famiglia, di ogni più opportuno strumento affinché i comportamenti delle parti si conformino - per quanto possibile - alle prescrizioni individuate come rispondenti all'interesse della prole.

2. La figura del coordinatore genitoriale e gli ostacoli pratici alla diffusione del relativo metodo.

[246] Solo in parte, la condivisione dei provvedimenti da parte degli interessati può essere orientata dai nuovi strumenti sanzionatori di cui all'art. 709 ter c.p.c.

In tali ambiti di riflessione e di critica trova fondamento la coordinazione genitoriale, istituto che di recente ha trovato ingresso anche in Italia attraverso le pronunce di vari giudici di merito[247] ma alla cui diffusione ostano alcuni elementi di criticità che sono ampiamente rilevabili nella nostra realtà territoriale.

In primo luogo, le difficoltà economiche in cui si dibattono proprio le coppie genitoriali maggiormente conflittuali, a fronte della necessità di retribuire la figura professionale investita di tale pregnante ruolo che dovrà essere impegnata per un significativo lasso temporale e con un rilevante dispendio di energie e di competenze.

Ancora, un atteggiamento culturale delle coppie in crisi tendente a disconoscere o svalutare il ruolo di "estranei" che incidano sulle scelte educative riguardanti la prole- pur nella consapevolezza della sua sofferenza e del suo disagio- nella fallace convinzione della propria autosufficienza familiare e dell'assenza di bisogni nei confronti degli altri.

Infine, un sistema orientato verso la proliferazione e non già il contenimento della domanda di giustizia.

Non a caso, l'esperienza di diversi Tribunali [248]si è atteggiata nel senso di demandare - quanto meno in pendenza della causa- in tutto o in parte i compiti che altri Uffici Giudiziari hanno deferito al coordinatore familiare, ai consulenti tecnici d'ufficio, in prosecuzione del percorso di valutazione deferito a tali ausiliari, per un arco temporale contenuto, una volta accertatane l'utilità con riferimento allo specifico contesto familiare, la sostenibilità sotto il profilo economico e la condivisione dei valori sottostanti tale iniziativa da parte dei protagonisti.

In altri casi, caratterizzati da situazioni familiari particolarmente delicate nell'ambito delle quali si prende atto di una adesione al rimedio da parte degli interessati, analogo incarico è stato deferito al Servizio Sociale professionale operante presso gli Uffici Comunali; con ciò, peraltro, determinando indubbie difficoltà nella conduzione del servizio per un lasso di tempo che, inevitabilmente, eccede gli ambiti ordinari di intervento di quegli Uffici: ciò allo scopo di dare supporto alla coppia genitoriale, superando i limiti derivanti dalla relativa incapacità economica.

[247] Per citare alcune pronunce più recenti o significative: Tribunale Mantova Sez. I 5 maggio 2017; Tribunale Pavia 21 luglio 216; Tribunale Milano sez. IX 29 luglio 2016; Tribunale Civitavecchia 20 maggio 2015.

[248] Tra questi il Tribunale di Messina.

3. Genesi e funzione della coordinazione genitoriale

La coordinazione genitoriale è un istituto giuridico di conio giurisprudenziale, importato dall'esperienza degli ordinamenti statunitensi (*Parenting Coordination*) in cui si è affermato sin dagli anni '80, pur con le difficoltà derivanti, nelle prime fasi, dalla mancanza di regole definite a livello pratico ed a livello etico.

Dal 2005, ha potuto fondarsi sulle linee guida di *Association of Family and Conciliation Courts* (AFCC), frutto del lavoro svolto a livello interdisciplinare e internazionale, alle quali si sono ispirati quei Tribunali che, in maniera innovativa, hanno inteso adottare tale strumento.

In particolare, la *Association of familiy and Conciliation Courts* ha approvato una serie di linee guida sulla coordinazione genitoriale che, pur non avendo né potendo avere alcuna vincolatività per l'interprete in quanto prive di valenza normativa, costituiscono un importante supporto anche nel nostro sistema per gli Uffici Giudiziari che hanno inteso introdurre tale istituto, adattandolo alla realtà giuridica e sociale italiana.

Origina, pertanto, dall'esperienza socio- culturale americana che condivide con quella degli altri paesi occidentali le criticità proprie dei sistemi in cui viene privilegiato il regime dell'affido condiviso, la natura estremamente complessa e variegata delle esigenze espresse dalle famiglie altamente conflittuali ed ancora il rilevante numero delle domande di giustizia che provengono da tali famiglie ed il loro oggetto, prevalentemente estraneo alla materia giuridica e coinvolgente aspetti che attengono alle scelte educative, formative, sanitarie concernenti la prole [249].

La coordinazione genitoriale unisce la sua funzione conformativa dei comportamenti delle parti ad una originaria strumentalità alla soluzione alternativa della crisi [250], in quanto ha il compito di prevenire, in ipotesi di conflittualità esasperata, un ricorso inutile e logorante ad ulteriori iniziative giudiziarie in punto di responsabilità genitoriale.

Tale finalità si apprezza maggiormente nelle ipotesi in cui il coordinatore genitoriale venga nominato dopo la definizione del processo, quando è già stato adottato un piano genitoriale, ma non è esclusa neppure quanto tale strumento sia introdotto in pendenza della lite, noto essendo agli operatori di questo settore che la conflittualità genitoriale è idonea ad ingenerare frequenti

[249] Claudia Piccinelli, Goffredo Iacobino "La Coordinazione genitoriale, il coordinatore e l'avvocato"
[250] Tanto è vero che nella realtà americana viene collocata nell'ambito degli strumenti di A.D.R.

richieste di revisione ed impugnazioni dei provvedimenti provvisori emessi nel corso dei procedimenti di famiglia.

L'istituto in esame persegue tali obiettivi deflattivi, disincentivando il ricorso al processo attraverso la sollecitazione del convincimento secondo cui proprio i diretti protagonisti di ogni controversia siano in grado di risolverla al meglio attraverso un'adeguata comunicazione e composizione negoziale, con vantaggi decisamente superiori e più stabili nell'ampia sfera degli interessi che non possono trovare reale spazio di ascolto all'interno dei modelli processuali tradizionali.

A differenza della mediazione che, accompagnando le coppie per periodi di tempo limitati, non è in grado di intervenire quando le difficoltà relazionali sono persistenti, il coordinatore è volto a sostenere per un lasso di tempo significativo le coppie altamente conflittuali.

Il campo di operatività dell'istituto è senz'altro costituito dal supporto ai genitori la cui gestione dell'affido non sia tale da degenerare in atteggiamenti contrari all'interesse della prole, posto che ciò condurrebbe a misure limitative o ablative della responsabilità genitoriale e neppure sia tale indurre il decidente a derogare al principio della condivisione dell'affido.

Infatti, entrambe le situazioni sopra rappresentate escludono per definizione il ricorso alla coordinazione, in quanto determinano il venire meno del presupposto indispensabile per la sua operatività, rappresentato dall'affidamento condiviso.

D'altra parte, nelle situazioni di alta conflittualità, la mediazione rischierebbe di rivelarsi non definitiva né esaustiva per la risoluzione dei continui problemi di relazione, sia perché si articola –come si è detto- in un percorso limitato nel tempo e sia perché rimane estranea alla interlocuzione con i procuratori delle parti e, conseguentemente, non possiede la medesima forza persuasiva nei confronti degli interessati, come di seguito verrà più approfonditamente osservato.

4. Connotazioni processuali dell'istituto.

Il coordinatore genitoriale ha la funzione di "esperto facilitatore" e deve essere scelto tra professionisti dotati di adeguate competenze nella gestione dei conflitti familiari e nella comprensione delle dinamiche evolutive nonché in ambito giuridico.

I suoi compiti mutuano da un incarico di natura privata che lo distingue da ulteriori soggetti dei quali il nostro ordinamento dispone per monitorare il rispetto dei provvedimenti relativi

all'affidamento e agli aspetti personali dei rapporti tra i genitori e la prole, quali i Servizi Sociali, dislocati su tutto il territorio e spesso incaricati con funzioni di ausilio e monitoraggio dell'ottemperanza dei provvedimenti giudiziali.

Anche con riguardo all'efficacia dell'intervento, la differenza è notevole in quanto il coordinatore genitoriale ha una funzione riservata che è diretta alle esigenze specifiche di un nucleo familiare.

Il carattere privato dell'incarico refluisce sulla nomina del coordinatore in quanto il Tribunale non potrà certamente imporre d'autorità l'affiancamento alla coppia genitoriale di soggetti nei quali pure riveste fiducia e ritiene competenti, in quanto ciò sarebbe fortemente limitativo nella sfera della libertà degli interessati, rispetto alle cui modalità di gestione del rapporto genitoriale il ruolo del coordinatore si rivelerà estremamente pregante.

Nel caso di genitori in crisi, favorevoli a conseguire l'ausilio del coordinatore, esso potrà essere individuato all'esito di un apposita istruttoria deformalizzata tendente ad accertare la presenza, in un ambito di professionisti formati appositamente, di un soggetto apprezzato dalle parti, rispetto al quale possa formarsi un accordo che sarà posto alla base di uno specifico mandato formulato dal giudice.

Posto che lo svolgimento dell'incarico presuppone un significativo dispendio di tempo e di risorse professionali, il coordinatore dovrà essere retribuito dalle parti [251], sebbene debba escludersi che tali oneri possano essere regolati sulla base del principio di causalità, come avviene per altri incombenti processuali, stante la già accennata natura privata dell'incarico.

Quanto alla sua durata, deve ritenersi necessaria la fissazione di un termine così da evitare che le parti siano vincolate senza limiti a ricorrere all'ausilio di un terzo: nel caso fosse necessario proseguire nel supporto alla coppia genitoriale, l'originario termine potrà essere prorogato.

Sotto il profilo della competenza, è certo che lo svolgimento dei compiti di coordinazione presupponga un'adeguata formazione che dovrà in particolare incentrarsi nel campo psicologico, relazionale, con competenze in ambito giuridico, nella comprensione delle dinamiche dell'età evolutiva e del conflitto parentale.

5. I compiti del coordinatore

[251] Cfr. Tribunale di Mantova sez. I 5 maggio 2017.

Il coordinatore genitoriale deve, come si è detto, affiancare i genitori nella gestione della relazione con il minore e nell'assunzione delle scelte fondamentali che lo riguardano.

Tale incarico comprende una serie ampia di compiti gestori concreti, organizzativi e decisionali sebbene nella nostra realtà giudiziaria non sempre veri e propri compiti decisionali siano stati attribuiti al professionista incaricato, da parte dei Tribunali che hanno fatto ricorso a tale istituto, essendo difficile immaginare che possa essere demandata ad un soggetto diverso dal giudice l'assunzione di determinazioni che concernono la crisi della famiglia: piuttosto, si è ritenuto che compiti decisionali potessero giustificarsi nell'ambito di specifici e limitati ambiti di intervento, puntualmente individuati dall'autorità giudiziaria al momento della nomina.

Nello stesso senso, è opportuno che, quando dotato di poteri decisionali, il perimetro di intervento del professionista sia delineato, per quanto possibile, attraverso l'attribuzione di compiti specifici, come previsto dai giudici di merito[252] che hanno individuato alcune aree particolari di interesse, quali la verifica della regolarità di percorsi terapeutici prescritti ai componenti il nucleo familiare.

Il coordinatore genitoriale diviene in sostanza, sotto questo profilo, il garante della concreta attuazione della rete di protezione e di sostegno individuata dal giudice nell'interesse della prole, attraverso l'esercizio di poteri decisionali in ambiti specifici e predeterminati dall'autorità giudiziaria la quale, in tal modo, non abdicherà alla funzione, che le è propria, di risolvere le controversie tra privati.

In secondo luogo, il coordinatore genitoriale viene chiamato anche a salvaguardare e preservare la relazione dei genitori con il minore, fornendo ai primi le opportune indicazioni eventualmente correttive dei comportamenti disfunzionali rispetto al progetto di crescita e di affrancazione dei figli.

Ancora, il coordinatore genitoriale è chiamato a coadiuvare i genitori, esprimendo se del caso anche raccomandazioni e decisioni, nell'assunzione delle scelte concrete che riguardano la vita del minore, in particolare in ambito medico, educativo e più in generale di formazione e di crescita [253].

[252] Cfr. Trib. Milano Sez. IX Decreto, 29 luglio 2016

[253] Non è escluso che, in un simile contesto, svolga concrete funzioni di mediazione tra i genitori.

Considerata la pregnanza dei compiti attribuitigli, al coordinatore genitoriale deve al contempo essere riconosciuto sicuramente un margine di discrezionalità nelle modalità e negli spazi di esplicazione della propria attività di supporto ai genitori e di ausilio nel reperimento delle necessarie soluzioni, decisioni e scelte.

Nella quotidianità di un minore non è infatti certamente possibile prevedere in modo rigido tutti gli aspetti e profili critici che potranno manifestarsi e spetta quindi al coordinatore genitoriale proprio il compito di analizzare di volta in volta con i genitori le diverse problematiche e selezionare, tra le soluzioni astrattamente possibili, quelle maggiormente idonee a tutelare l'interesse della prole.

6. Rapporti con la giurisdizione e i protagonisti del processo.

L'istituto in esame deve interagire anche rispetto alla giurisdizione e la sua funzione in questo senso si atteggia come una supervisione e un sostegno nella gestione futura dei più rilevanti aspetti relativi alla prole, già trasfusi in provvedimenti giurisdizionali.

Anche se esercitati nella vita quotidiana della famiglia, i compiti del coordinatore genitoriale rimangono, in ogni caso, legati al processo, sia pure in senso limitativo e/o alternativo, in quanto l'istituto –come si è osservato- è volto a prevenire l'adozione di ulteriori provvedimenti giudiziali in punto di responsabilità genitoriale, facilitando la risoluzione bonaria e concordata delle dispute tra genitori altamente conflittuali in guisa da scongiurare il sistematico ricorso ad azioni giudiziarie.

Con riguardo ai rapporti con la giurisdizione, un provvedimento del Tribunale di Milano[254] individua tra gli specifici compiti del coordinatore genitoriale anche quello di "segnalare con urgenza all'autorità giudiziaria minorile ogni condizione di concreto pregiudizio psicofisico della minore che venisse a ravvisare".

Il coordinatore dovrà limitarsi a "segnalare" agli Uffici Giudiziari competenti tali aspetti disfunzionali, in quanto lo stesso è certamente privo di una legittimazione processuale diretta che non sarebbe compatibile con un incarico che, per quanto di matrice giurisdizionale, rimane pur sempre privato.

[254] Cfr. Trib. Milano Sez. IX, 29 luglio 2016

Del resto, come spiega lo stesso giudice che ha fatto riferimento al dovere di segnalazione in parola, il coordinatore genitoriale non dispone di poteri processuali autonomi, poiché suo scopo è quello di risolvere il conflitto rimanendo al di fuori dell'ambito del processo.

Egli potrà segnalare al giudice della famiglia, nel corso del processo, le disfunzioni che legittimano l'esercizio di poteri officiosi e l'adozione di provvedimenti che prescindono della domanda delle parti.

Fuori dal processo, la segnalazione di criticità al giudice competente per la regolamentazione dei rapporti tra i genitori e la prole potrà essere attuata attraverso una sollecitazione del potere di impulso riconosciuto al Pubblico Ministero, come nelle ipotesi in cui occorra instaurare un procedimento limitativo o finanche ablativo della responsabilità genitoriale allorchè i comportamenti dei genitori, malgrado le prescrizioni dell'autorità giudiziaria e il vigile sostegno e ausilio offerto dal coordinatore stesso, siano tali da ingenerare pregiudizio per la crescita del minore.

Gli aspetti deontologici, inerenti la formazione, i confini dell'intervento e i compiti specifici del coordinatore si desumono dalle linee guida elaborate dall' *Association of Family and Conciliation Courts* nel corso del biennio 2003- 2005 come risultato del gruppo di lavoro della seconda *Task Force* sulla coordinazione genitoriale[255].

Secondo la prima linea guida, il coordinatore deve essere qualificato, istruito e formato alla coordinazione genitoriale, deve avere competenze nella mediazione familiare e vasta esperienza pratica nell'esercizio professionale con genitori ad alto conflitto o in contesa.

Le linee guida sono, peraltro, corredate da un'appendice in cui vengono definiti nel dettaglio i programmi dei corsi di formazione ai quali dovranno accedere i professionisti interessati a tale incarico.

La seconda, terza e quarta linea guida stabiliscono il ruolo di terzo che il coordinatore riveste in relazione alle parti e il confine della sua attività: il coordinatore deve mantenere imparzialità e obiettività nel processo di coordinazione; non deve prestare servizio in caso di

[255] La traduzione italiana è stata curata da Claudia Piccinelli, psicologa, in "*Le linee guida sulla coordinazione genitoriale. Contestualizzazione e traduzione in italiano*" in "*Diritto della Famiglia e dei Minori"*

conflitto di interesse o ritirarsi qualora insorga; non deve prestare servizio in doppio ruolo simultaneo o sequenziale[256].

Secondo la quinta linea guida, il coordinatore deve informare le parti circa i limiti di riservatezza che connotano il suo ruolo, correlati alla necessità di comunicare con i genitori, i figli, i procuratori delle parti, i professionisti da queste incaricati e qualsiasi soggetto utile per lo svolgimento del suo incarico: il coordinatore acquisirà le necessarie informazioni anche attraverso l'accesso a documenti riservati, quali cartelle mediche, registri scolastici, certificazioni concernenti l'esito di prove tossicologiche.

La sesta linea guida individua puntualmente le funzioni mediante le quali il coordinatore deve assistere le parti nella riduzione del conflitto: funzione di valutazione, mediante la quale il coordinatore utilizza gli strumenti che gli permettono di comprendere le fonti esplicite e nascoste del conflitto; funzione educativa, mediante la quale informa i genitori sullo sviluppo del figlio, sull'impatto del loro comportamento nella vita della prole, sulle loro competenze di comunicazione e di risoluzione dei conflitti; funzione di gestione del caso, nell'ambito della quale lavora con i professionisti e le istituzioni al servizio della famiglia e con questa anche in dimensione allargata, ovvero comprensiva dei congiunti che hanno un ruolo significativo rispetto alla prole, dei genitori acquisiti o di nuovi partners; funzione di gestione dei conflitti, nell'ambito della quale il coordinatore assiste le parti nella risoluzione dei loro disaccordi concernenti i figli per minimizzare i contrasti, avvalendosi dei principi e delle pratiche di negoziazione, mediazione e arbitrato.

Pregnante è il compito del coordinatore di comunicare con tutte le parti coinvolte e di rivolgersi, tra gli altri, ai procuratori della coppia genitoriale, i quali pertanto- allorche'

il proprio assistito si trovi nel processo di coordinazione genitoriale- è necessario conoscano pienamente il funzionamento e gli obiettivi degli strumenti alternativi di risoluzione dei conflitti, utilizzati nell'ambito della famiglia in generale e della coordinazione genitoriale in particolare, in guisa da porsi in un'ottica sinergica con la strategia di intervento individuata dal giudice, come meglio sarà chiarito in seguito.

[256] Ovvero non può svolgere compiti di mediatore familiare, consulente tecnico d'ufficio, o altra figura professionale individuata sulla base di un rapporto fiduciario dagli interessati, prima o durante lo svolgimento dell'incarico di coordinazione né a seguito della relativa conclusione.

Sotto il profilo temporale, solitamente la coordinazione si colloca in un momento successivo alla definizione del processo di separazione giudiziale o di divorzio contenzioso ovvero all'esito dei procedimenti aventi ad oggetto la regolamentazione dei rapporti tra i genitori e i figli nati fuori dal matrimonio o la revisione di previsioni preesistenti negli ambiti processuali anzidetti: ovviamente, in tutte le ipotesi in cui si sia optato per la condivisione dell'affido.

In alcuni casi, potrebbe collocarsi dopo l'emissione dei provvedimenti provvisori ed urgenti relativi al piano genitoriale nell'ambito dei diversi procedimenti concernenti la famiglia, siano essi di giurisdizione ordinaria che volontaria.

In particolare, nei procedimenti di separazione e divorzio, potrebbe accedersi alla relativa individuazione già all'esito della fase presidenziale.

Si tratta, in tutte le ipotesi, di contesti processuali in cui è finalmente opportuno, per il benessere di figli e genitori, ricostruire le relazioni familiari compromesse dall'alta conflittualità, esacerbata da un sistema che sollecita una crescente domanda di giustizia, alla luce delle previsioni che il giudice della famiglia ha individuato, sia pure in via interinale, come maggiormente rispondenti all'interesse della prole e della serenità del disgregato nucleo familiare.

7. Conseguenze del fallimento del ricorso al coordinatore.

La mancata collaborazione con il coordinatore genitoriale o il mancato assenso alla scelte attuate dallo stesso non possono ritenersi condotte prive di effetti sul piano processuale, sebbene l'individuazione delle conseguenze del mancato rispetto del piano genitoriale e, ancor più, dell'iniziativa di instaurare altro contenzioso da parte del genitore su aspetti già rimessi all'attenzione del coordinatore, susciti una serie di incertezze che inducono a ritenere quello di cui si discute un aspetto meritevole di ulteriore approfondimento, una volta che l'interprete possa avvantaggiarsi di una consolidata esperienza sul campo.

È certo, infatti che l'avvenuto assenso alla nomina del coordinatore non possa considerarsi in sé e per sé impeditivo di un rinnovato ricorso al tribunale poiché, diversamente opinando, si vanificherebbe il diritto di accesso alla giustizia, costituzionalmente garantito dall'art. 24 della Costituzione.

Si è dell'idea che eventuali iniziative dei genitori volte a disattendere le indicazioni contenute nel piano genitoriale, la cui attuazione il coordinatore ha il compito di curare in sintonia

con la coppia, non possano che essere sanzionate alla stregua di quanto avviene a seguito di ogni violazione avente ad oggetto la disciplina dei rapporti personali e/o patrimoniali tra i coniugi e, tra questi, e la prole, attraverso il ricorso alle specifiche misure di cui all'art. 709 ter c.p.c.. che trovano applicazione in caso di *"gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento".*[257]

In tale ambito, l'ulteriore e concorrente violazione concernente il formale impegno assunto dal genitore con l'assenso alla nomina del coordinatore, potrà indurre ad una gradazione delle sanzioni (applicabili anche congiuntamente) in senso più incisivo per il responsabile, previa puntuale motivazione di tale soluzione.

Nei casi di proposizione di una nuova domanda giudiziale fondata sul dissenso o sulla mancata condivisione delle indicazioni provenienti dal coordinatore, alla eventuale soccombenza potrà conseguire anche l'affermazione della responsabilità aggravata ex art. 96 C. III c.p.c.[258] i cui presupposti sono rappresentati dalla infondatezza della domanda giudiziale e dall'utilizzo di strumenti processuali in maniera contrastante rispetto al canone della normale prudenza[259]: invero, sarà difficile escludere che l'attore (in via principale o riconvenzionale) abbia avuto consapevolezza della presumibile infondatezza della sua pretesa al momento del ricorso al Tribunale allorchè una specifica soluzione stragiudiziale fosse stata indicata dal coordinatore genitoriale al quale la stessa coppia aveva rimesso il contenimento della propria conflittualità, previa ratifica da parte dello stesso ufficio giudiziario.

Tale conseguenza della resistenza alle indicazioni del coordinatore appare coerente con la ratio della citata disposizione codicistica, ai sensi della quale condotte abusive sono proprio quelle che comportano un ingiusto aggravamento del sistema giurisdizionale suscitando un inutile spreco di tempo e di energie da parte del suddetto sistema[260].

Segnatamente, l'art. 96 c. III c.p.c. ha natura non tanto risarcitoria, quanto più propriamente sanzionatoria delle condotte di quanti, abusando del diritto di azione e di difesa, si servano dello strumento processuale a fini dilatori, aggravando il volume del contenzioso: l'istituto è sottratto,

[257] Nello stesso senso, Filippo Danovi, in "Il coordinatore genitoriale: una nuova risorsa nella crisi della famiglia" in Famiglia e Diritto, 2017, 8- 9, 793;
[258] Così, Filippo Danovi, *Lealtà e trasparenza nei processi della famiglia*, in *Riv. dir. proc.*, 2017.
[259] Cass. Civ. ord. 26151/2017.
[260] Cass. Civile n. 3376/2016.

come è noto, all'impulso di parte ed opera ex officio, con ciò attestando la finalizzazione di tale strumento alla tutela di un interesse trascendente quello della parte stessa e dotato di connotazioni pubblicistiche (Corte Cost. n. 152/2016).

8. Rapporti tra i protagonisti della coordinazione.

Così delineate le possibili conseguenze del fallimento del ricorso alla coordinazione, possono formularsi alcune conclusioni in ordine alla natura dei rapporti che devono intercorrere tra tutti i soggetti coinvolti: per l'efficacia del rimedio in esame dovrà attivarsi una vera e propria sinergia ed una leale collaborazione tra coordinatore e coppia genitoriale nonchè tra il primo e il giudice, basata sulla consapevolezza che il fine ultimo e comune da perseguire rimane quello della salvaguardia dell'interesse del minore.

Anche il ruolo dei procuratori delle parti dovrà essere opportunamente orientato nello stesso senso, tenendo presente che l'ottica deflattiva dello strumento processuale in esame non deve ritenersi in antitesi con il ruolo dell'avvocato familiarista, per il quale il ricorso al Tribunale dovrebbe essere proposto quale soluzione estrema, tutte le volte in cui le questioni controverse abbiano scarsa rilevanza e per le quali proprio la coordinazione si rivela la sede più accogliente per convincere i genitori, l'uno delle ragioni dell'altro.

I procuratori delle parti avranno sicuramente ben presente che il conflitto provocato dalla crisi del matrimonio ricade generalmente su questioni che inaspriscono il reciproco vissuto dei due coniugi, i quali, proprio per via di tale coinvolgimento emotivo, si distraggono dal benessere dei figli: essi stessi dovranno valorizzare agli occhi della coppia, la coordinazione genitoriale, che avrà la funzione di correggere il non più corretto centro di imputazione delle opposte rivendicazioni, facendone convergere l'attenzione sui figli, fuori dalla sfera di intervento del Tribunale.

L'avvocato non viene limitato nella sua funzione di "tutela" della parte, in quanto gli operatori nel settore della famiglia sanno bene che vicende apparentemente prive di significato sono alla base di gravi tensioni tra i genitori e motivo di continui ricorsi con il deleterio risultato di cedere sostanzialmente al giudice la funzione genitoriale.

In questo contesto, l'avvocato familiarista, quale avveduto e competente consulente giuridico, potrà chiarire al proprio assistito l'utilità dell'operato del coordinatore nella prospettiva

di evitare un ulteriore intervento del giudice su questioni risolvibili con il semplice buon senso, con la semplice distensione nella comunicazione o con il semplice ascolto dell'altro.

Se è pertanto necessaria una vera e propria integrazione professionale e culturale tra avvocato e coordinatore genitoriale, finalizzata ad evitare che la conflittualità di coppia si ripercuota sui figli, è anche certo che il primo non dovrà essere coinvolto nella peculiare sfera di relazioni che si costituiranno tra il coordinatore e ciascuno dei genitori, in quanto il suo contributo dovrà essere limitato alla esplicazione sul piano giuridico delle diverse connotazioni che assumerà lo strumento conciliativo prescelto, delle finalità della relativa azione, delle conseguenze in caso di persistente disaccordo o di continuo rifiuto immotivato.

L'adesione effettiva della coppia genitoriale alla scelta della coordinazione, in uno alla sinergia tra i procuratori delle parti ed il coordinatore genitoriale, determineranno senza dubbio quell'interazione virtuosa che dovrebbe condurre il padre e la madre a riappropriarsi della propria genitorialità sebbene, per raggiungere in concreto detto obiettivo, non sarà sufficiente valorizzare il diritto del minore alla bigenitorialità, ma sarà necessario dare attuazione ad un passaggio culturale più evoluto, rappresentato dal diritto del minore al recupero della cogenitorialità, sacrificata dalla crisi coniugale.

Ove tale effettiva condivisione non possa essere seriamente sperimentata in concreto nonostante il sostegno della coordinazione - fermo quanto si è sopra osservato in relazione alle eventuali conseguenze sanzionatorie delle violazioni da parte della coppia genitoriale- dovrà necessariamente essere escluso il riferimento privilegiato al valore della bigenitorialità per lo specifico contesto familiare interessato, in quanto non più meritevole di tutela stante la sua comprovata inidoneità a salvaguardare il superiore interesse della prole.

CORRADO MISTRI

Le nuove forme di garanzie reali tipiche ed atipiche alla luce dei recenti interventi normativi

Sommario: 1. Premessa. - 2. Pegno non possessorio. - 3. Patto marciano. - 4. Prestito vitalizio ipotecario. - 5. Contratto di credito immobiliare ai consumatori. - 6. Contratto rent to buy. - 7. Contratto sale and lease back. - 8. Contratto di escrow. - 9. Contratto autonomo di garanzia. - 10. Conclusioni.

1. Premessa.

Le recenti riforme del sistema del credito bancario muovono tutte nella direzione di rendere più agevole e rapido il soddisfacimento delle ragioni del creditore in caso di difficoltà del debitore nel far regolarmente fronte ai propri impegni. A tal fine sono state tipizzate nuove forme di garanzia, già conosciute e controverse nella loro configurazione atipica, che consentono di evitare gli ordinari meccanismi di esecuzione accedendo a procedimenti più rapidi per la realizzazione delle ragioni di credito, in quanto sottratti all'affidamento all'autorità giudiziaria ed ai tempi di svolgimento del processo di esecuzione.

In tal modo si è voluto avviare a superamento il tradizionale principio secondo cui il soddisfacimento coattivo delle ragioni del creditore deve sempre passare attraverso il procedimento giudiziario di esecuzione, sottraendo all'autonomia privata qualsiasi modalità convenzionale di attuazione del rapporto obbligatorio in caso di mancato adempimento da parte del debitore.

Gli accordi tra creditore e debitore, con cui si convengono modalità di autosoddisfacimento delle ragioni creditorie, sono infatti visti con diffidenza dal legislatore italiano, vigile nell'evitare possibili approfittamenti del creditore nei confronti del debitore; va peraltro rimarcato come, nella attuale dinamica dei rapporti economici, l'interesse primario del potenziale soggetto in sofferenza è proprio quello di poter accedere al credito, al fine di dotarsi, nella maniera più agevole possibile, di mezzi finanziari immediati con cui far fronte alle proprie primarie esigenze; e come un sistema che, al fine di proteggere il debitore al massimo grado, comprime la dialettica del rapporto e rende

più difficile, o quantomeno più lento, il soddisfacimento delle ragioni del creditore, determina inevitabilmente una restrizione nell'erogazione del credito e quindi un generale pregiudizio alla crescita economica.

Da questa nuova consapevolezza traggono origine i recenti interventi normativi oggetto di successiva disamina, che vorrebbero rappresentare il passaggio ad una disciplina del rapporto obbligatorio caratterizzata dalla marcata rivalutazione del profilo cooperativo tra creditore e debitore, il tutto ovviamente rispettando congrui doveri di trasparenza e di informazione, che costituiscono un ineludibile presupposto di correttezza del rapporto.

2. Pegno non possessorio.

Tale L'istituto è stato introdotto nel nostro ordinamento dall'articolo 1, d.l. 3 maggio 2016, n. 59, convertito con modificazioni nella legge 30 giugno 2016, n. 119, con la finalità di incentivare il finanziamento delle imprese e l'attività d'impresa mediante l'agevolazione delle forme di recupero del credito, consentendo, attraverso una garanzia sui mezzi di produzione e sulle merci, la realizzazione del valore del bene oggetto di garanzia ad opera dello stesso creditore, ovvero il c.d. *revolving* (cioè la rotatività della garanzia), ossia il suo trasferimento dalla materia prima, al prodotto finito, al ricavato della vendita.

Trattasi, quindi, di nuova forma di garanzia la cui natura giuridica è caratterizzata dalla specialità, dalla settorialità e dalla rotatività.

Per specialità ci si intende riferire alla mancanza spossessamento che connota tale figura di pegno, analogamente a precedenti esempi introdotti dalla legislazione speciale nel nostro ordinamento, come il pegno sui prosciutti, *ex* articolo 1 l. n. 401/1985, grazie al quale l'imprenditore mantiene la disponibilità delle cosce fresche di maiale, con la possibilità per il creditore pignoratizio di poter apporre, in qualunque fase della lavorazione, un contrassegno indelebile in modo da rendere conoscibile ai terzi la garanzia, ovvero al pegno sui prodotti lattiero-caseari, *ex* articolo 7 l. 27 marzo 2001, n. 122).

La settorialità ha invece riguardo ad un triplice aspetto: soggettivo, in quanto il debitore deve essere un imprenditore iscritto nel registro delle imprese; oggettivo, dovendo avere ad oggetto il pegno beni mobili, anche immateriali, destinati all'esercizio dell'impresa, ad esclusione dei beni mobili registrati, potendo trattarsi comunque di beni mobili esistenti o futuri, determinati

o determinabili; e funzionale, in quanto la garanzia deve riguardare crediti afferenti all'esercizio dell'impresa e non crediti personali dell'imprenditore.

La rotatività caratterizza l'istituto nel senso che il bene oggetto di pegno, in mancanza di espressa previsione contrattuale in senso contrario, può essere trasformato o alienato, nel rispetto della sua destinazione economica. In tal caso il pegno si trasferisce, rispettivamente, al prodotto risultante dalla trasformazione, al corrispettivo della cessione del bene gravato o al bene sostitutivo acquistato con tale corrispettivo, senza che ciò comporti costituzione di una nuova garanzia, essendo espressamente esclusa la novazione del rapporto di garanzia per legge; si veda, al proposito, Cass. civ., sez. I, 1° luglio 2015, n. 13508.

La forma prevista per la costituzione della garanzia è quella scritta, *ad substantiam* ed a pena nullità ed il regime di pubblicità che consente di rendere opponibili ai terzi la garanzia non possessoria ha carattere costitutivo, realizzandosi attraverso l'iscrizione nel registro informatizzato costituito presso l'Agenzia delle entrate e denominato registro dei pegni non possessori, a seguito della quale il pegno prende il grado dalla data di iscrizione, regolamentando così la priorità di soddisfazione sul ricavato della vendita del bene.

Oltre alla citata sentenza n. 13508 del 2015, i precedenti riconoscimenti giurisprudenziali dell'istituto si rinvengono nella ricostruzione sistematica del patto di rotatività, che ha aperto la strada alla modifica dell'istituto introdotta dal d.l. n. 59 del 2016; per tutti si veda Cass. civ., sez. I, 22 dicembre 2015, n. 25796, secondo cui <<*il c.d. patto di rotatività - con cui le parti convengono, ab origine la variabilità dei beni costituiti in pegno, considerati non nella loro individualità ma per il loro valore economico - si connota come fattispecie a formazione progressiva, nascente da quell'accordo e caratterizzata dalla sostituzione, totale o parziale, dell'oggetto della garanzia, senza necessità di ulteriori stipulazioni, pur nella continuità del rapporto originario, i cui effetti risalgono alla consegna dei beni inizialmente dati in pegno. Pertanto, il trasferimento del vincolo pignoratizio così attuato, non richiede una nuova e distinta manifestazione di volontà delle parti o che l'indicazione dei diversi beni risulti da un atto scritto avente data certa, rivelandosi, invece, sufficiente che la descritta sostituzione sia accompagnata dalla specifica indicazione di quelli sostituiti e dal riferimento all'accordo suddetto, così consentendosi il collegamento con l'originaria pattuizione*>>.

L'escussione del pegno avviene attraverso quattro modalità, disciplinate dalla legge al fine di evitare aggiramenti del divieto del patto commissorio, ossia attraverso:

- *vendita dei beni oggetto del pegno, trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del credito fino a concorrenza della somma garantita*; la vendita è caratterizzata da una serie di cautele stabilite a garanzia non solo del debitore, ma anche a tutela degli altri creditori che possano vantare diritti sul residuo valore del bene. In particolare:

1) il creditore ha l'obbligo di informare immediatamente per iscritto il datore della garanzia dell'importo ricavato e di restituire contestualmente l'eccedenza; 2) la vendita deve avvenire tramite procedure competitive (non tipizzate) anche avvalendosi di soggetti specializzati, sulla base di stime effettuate, salvo il caso di beni di non apprezzabile valore, da parte di operatori esperti; 3) l'operatore esperto che deve eseguire la stima è nominato di comune accordo tra le parti o, in mancanza, è designato dal giudice.

- *escussione dei crediti oggetto di pegno* fino a concorrenza della somma garantita;

- *locazione del bene oggetto del pegno imputando i canoni a soddisfacimento del proprio credito fino a concorrenza della somma garantita*, qualora sia previsto nel contratto di pegno e iscritto nel registro delle imprese;

- *appropriazione dei beni oggetto del pegno fino a concorrenza della somma garantita*, a condizione che il contratto (che deve essere iscritto nel registro delle imprese) consenta tale possibilità e preveda anticipatamente i criteri e le modalità di valutazione del valore del bene oggetto di pegno e dell'obbligazione garantita.

In caso di fallimento è riconosciuta la piena autotutela esecutiva del creditore pignoratizio; a differenza di quanto avviene nell'ipotesi di pegno ordinario, infatti, per il quale, ai sensi dell'articolo 53 l.f., il creditore pignoratizio può vendere la cosa oggetto di pegno solo su autorizzazione del giudice delegato, che può, tuttavia, optare anche per mantenere la *res* nell'ambito della liquidazione fallimentare ad opera del curatore, l'unico requisito chiesto per la realizzazione stragiudiziale del pegno non possessorio, ai sensi dell'articolo 1, d.l. n. 59 del 2016, è costituito dall'ammissione allo stato passivo, ossia dal preliminare accertamento dell'esistenza del credito in sede di formazione dello stato passivo.

Viene cioè consentito al creditore pignoratizio di procedere, in via autonoma, alla liquidazione del bene, con una soluzione che, se può essere neutrale (salve le garanzie previste

dalla legge per consegnare l'eccedenza del ricavato rispetto all'ammontare del credito) nell'ambito di soluzioni atomistiche di liquidazione dei beni aziendali, può invece comportare non indifferenti pregiudizi nell'ipotesi di proponibile riallocazione dell'azienda, ove cioè la stessa conservi un valore di avviamento che consenta la liquidazione unitaria dei beni che la compongono, con evidenti profili di pregiudizio nei confronti della massa.

Al debitore, oltre alle ordinarie forme tutela, anche cautelari, in caso di adempimento ovvero di estinzione totale/parziale dell'obbligazione, anche per effetto di compensazione, viene riconosciuta tutela di tipo risarcitorio in presenza della violazione delle modalità stabilite dall'articolo 1, d.l. n. 59 del 2016, per l'escussione del pegno e la vendita del bene ad un prezzo non corrispondente a quello di mercato, come prevede l'articolo 1, co. 9, d.l. n. 59 del 2016, alla lettura del quale si fa rinvio.

3. Il patto marciano.

Tale istituto è stato introdotto nel nostro ordinamento dall'articolo 2 legge n. 119 del 2016, di conversione del d.l. 3 maggio 2016, n. 59, attraverso il nuovo articolo 48 *bis* TUB (testo unico leggi bancarie, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modifiche).

Il patto marciano si definisce come l'accordo fra il debitore ed il creditore con il quale si conviene che quest'ultimo, qualora il primo risulti inadempiente, acquisti la proprietà di una cosa ricevuta in garanzia pignoratizia o ipotecaria, versando nel contempo al debitore la differenza tra l'ammontare del credito e l'eventuale maggior valore del bene, accertato mediante una stima effettuata da un terzo successivamente all'inadempimento.

Tale figura è conforme ai principi del nostro ordinamento e trova quindi riconoscimento nei limiti in cui non violi il divieto del patto commissorio: la Corte Cassazione è infatti recentemente tornata sulla questione confermando come: « il patto marciano che preveda, al momento dell' inadempimento, un procedimento tale da assicurare la stima imparziale del bene entro tempi certi, esclude la violazione del divieto di patto commissorio e, conseguentemente, la nullità per illiceità della causa del contratto al quale sia apposto» (Cassazione Civile, sez. I, 28 gennaio 2016 n. 1625).

In tale quadro normativo e giurisprudenziale si è inserito il meccanismo previsto dall'articolo 2 della legge di conversione, che novella il Testo Unico in materia Bancaria e

creditizia con l'articolo 48 *bis*, introducendo per la prima volta nella nostra legislazione il patto marciano.

La disciplina dell'istituto è la seguente: l'articolo 48 *bis* T.U.B. introduce la possibilità di concludere un contratto di finanziamento tra un imprenditore ed un istituto di credito/finanziamento, che abbia a garanzia il trasferimento a favore del creditore (o di una società dallo stesso controllata o al medesimo collegata) di proprietà immobiliari ovvero di altri diritti reali immobiliari, munito di una condizione sospensiva rappresentata dall'inadempimento accertato secondo le procedure indicate nel richiamato articolo di legge, a cui è sottoposta l'efficacia del trasferimento stesso. Quindi:

- il marciano ha ad oggetto proprietà immobiliari o altri diritti reali immobiliari;
- quanto al profilo soggettivo il contratto può essere concluso tra un imprenditore (non necessariamente di tipo commerciale) ed una banca (ovvero altro soggetto autorizzato a concedere finanziamenti nei confronti del pubblico, iscritto all'albo degli intermediari autorizzati dalla Banca d'Italia di cui all'art. 106 TUB);
- la garanzia si caratterizza perché, in caso di inadempimento, il creditore può rivalersi sul diritto immobiliare su cui è stata posta la garanzia, anche nel caso in cui esso si trovi sottoposto ad esecuzione forzata per espropriazione, già in corso o posteriore, alle condizioni indicate al comma 10;
- la forma del contratto deve essere scritta, avendo ad oggetto beni immobili e la nota di trascrizione del trasferimento sospensivamente condizionato deve indicare gli elementi di cui all'art. 2839, secondo comma, numeri 4), 5) e 6), cod. civ..

Il comma 5 dell'articolo 48 *bis* disciplina le modalità di integrazione dell'inadempimento, il quale è tale, ai fini della previsione di cui al comma 1, nell'ipotesi in cui:

- il mancato pagamento si protrae per oltre 9 mesi dalla scadenza di almeno 3 rate, anche non consecutive, nel caso di obbligo di rimborso a rate mensili;
- il mancato pagamento si protrae per oltre 9 mesi dalla scadenza di una sola rata, in caso di termini di scadenza delle rate superiori al periodo mensile;
- il mancato pagamento si protrae per oltre 9 mesi dalla scadenza del rimborso previsto nel contratto di finanziamento, nel caso in cui non sia previsto il pagamento rateale.

In caso di inadempimento, per escutere la garanzia il creditore è tenuto a:

- notificare al debitore (o, se diverso, al titolare del diritto reale immobiliare), nonché a coloro che hanno diritti derivanti dal titolo iscritto o trascritto sull'immobile successivamente alla trascrizione del patto, una dichiarazione di volersi avvalere degli effetti del patto, precisando l'ammontare del credito per cui procedere;

- decorsi 60 giorni dalla notifica della dichiarazione, chiedere al Presidente del Tribunale del luogo dove l'immobile è situato che venga nominato un perito affinché si proceda alla stima giurata del diritto immobiliare reale. Il perito, entro 60 giorni dalla nomina, provvede a comunicare la relazione ai soggetti interessati, i quali - entro 10 giorni dalla ricezione - possono inviare note al perito, che, a sua volta, procede ai chiarimenti necessari (comma 6); il comma 7 prevede espressamente che, qualora il debitore contesti la stima, il creditore abbia comunque diritto di avvalersi degli effetti del patto di cui al comma 1 e che l'eventuale fondatezza della contestazione incida sulla differenza da versare al titolare del diritto reale immobiliare.

Quanto alle ipotesi di concorso tra creditori, va rimarcato che il soggetto finanziatore che si avvalga del patto a scopo di garanzia è equiparato al creditore ipotecario e che la trascrizione dell'accordo produce gli effetti di cui all'articolo 2855 c.c., prevalendo sulle trascrizioni ed iscrizioni eseguite successivamente all'iscrizione ipotecaria.

Il comma 10 dell'articolo 48- *bis* detta la disciplina applicabile nel caso in cui il diritto immobiliare già oggetto del patto di garanzia sia sottoposto ad esecuzione forzata. In questa ipotesi, l'accertamento dell'inadempimento del debitore è compiuto, su istanza del creditore, dal giudice dell'esecuzione e la stesura della relazione di stima dell'immobile oggetto del patto marciano è affidata all'esperto nominato dal giudice. In particolare, il giudice dell'esecuzione provvede all'accertamento dell'inadempimento con ordinanza, fissando il termine entro il quale il creditore deve versare una somma non inferiore alle spese di esecuzione e, ove vi siano, ai crediti aventi diritto di prelazione anteriore a quello dell'istante, ovvero pari all'eventuale differenza tra il valore di stima dell'immobile e l'ammontare del debito inadempiuto; avvenuto il versamento, il giudice dell'esecuzione, con decreto, dà atto dell'avveramento della condizione. Il decreto è annotato ai fini della cancellazione della condizione, a norma dell'articolo 2668 del codice civile, ed alla distribuzione della somma ricavata si provvede in conformità alle disposizioni di cui al libro terzo, titolo II, capo IV del codice di procedura civile.

La finalità dell'istituto è evidentemente quella di agevolare il recupero dei crediti degli istituti bancari con procedure dirette ad accelerare i tempi e l'efficienza della giustizia ed a conferire certezza e rapidità alle procedure, rafforzando la tutela del creditore nella prospettiva di implementare i meccanismi idonei a rendere più dinamico il mercato del credito, in particolar modo quello delle imprese; le banche dovranno peraltro valutare attentamente il rischio dell'impatto sui propri bilanci derivante dall'acquisizione di un numero eccessivo di immobili, dovendo ben ponderare *ex ante* i costi relativi alla loro manutenzione, gestione, tassazione, nonché eventuali rischi connessi ad ipotesi di responsabilità civile.

4. Il prestito vitalizio ipotecario.

L'istituto è stato introdotto nel nostro ordinamento dalla legge 2 aprile 2015, n. 44, avente ad oggetto la modifica dell'articolo 11 *quaterdecies* D.L n. 203 del 2005; trattasi di finanziamento a medio- lungo termine erogato da banche o istituti abilitati al credito e destinato a persone di età superiore a 60 anni, senza restituzione rateale, ma in unica soluzione alla morte del finanziato - salvo alcune eccezioni - assistito da ipoteca di primo grado su immobile residenziale; la restituzione del capitale deve avvenire entro 12 mesi da parte degli eredi, altrimenti la banca ha mandato ad alienare il bene a valore di mercato, previa stima non garantita.

La genesi dell'istituto è nel *lifetime mortgage* o nell'*equity release*, noto anche come mutuo di durata, introdotto in Gran Bretagna nel 1999, per poi diffondersi gradatamente anche in altri paesi di cultura anglosassone quali Irlanda, Canada, Australia e Stati Uniti d'America; l'idea è quella di fornire al pensionato, proprietario di un immobile e privo di quella liquidità necessaria a garantirgli una vecchiaia dignitosa, una fonte di reddito immediata e a lungo termine, parametrata all'età e al valore dell'immobile, adempiendo a surrettizie finalità di assistenza sociale.

Quanto ai soggetti si osserva che trattasi di finanziamento erogato da banche e finanziarie abilitate a favore di richiedenti che abbiano compiuto sessanta anni (non più 65).

L'oggetto è un finanziamento a medio e lungo termine con capitalizzazione annuale di interessi e spese, esente da imposta di registro, imposta di bollo, imposte ipotecarie e catastali, garantito da ipoteca di primo grado iscritta solo su un immobile residenziale, esclusa la possibilità di iscrivere ipoteca su più immobili; in genere il finanziamento ricevuto oscilla tra il 15 ed il 50%

del valore di stima dell'immobile, secondo le caratteristiche del bene (vetustà, manutenzione, ecc…) e la zona di ubicazione.

Il rimborso del prestito è previsto in unica soluzione, ed avviene:

1) al momento della morte del soggetto finanziato;

2) qualora vengano trasferiti proprietà o diritti reali o di godimento sull'immobile dato in garanzia;

3) qualora si compiano atti che riducano il valore del bene;

4) qualora si costituiscano diritti reali di garanzia in favore di terzi che vadano a gravare sull'immobile.

È peraltro consentito al mutuatario di rimborsare solo interessi e spese, sui quali non si calcola la capitalizzazione annuale degli interessi; in tal caso il finanziatore può invocare come causa di risoluzione del contratto il ritardato pagamento di almeno sette rate, anche non consecutive.

Ove il finanziamento non venga rimborsato integralmente entro 12 mesi dal verificarsi di uno degli eventi previsto dai n.ri 1,2,3,4, di cui sopra, la banca può vendere l'immobile al prezzo di mercato determinato da un perito indipendente individuato dal finanziatore, ovvero dare la possibilità all'erede di riscattare il bene pagando il debito contratto; nei confronti dell'acquirente dell'immobile non hanno effetto le domande giudiziali volte a contestare il fondamento di un acquisto a causa di morte trascritte successivamente alla trascrizione dell'acquisto (se la trascrizione della domanda è eseguita dopo 5 anni dalla data di trascrizione dell'acquisto sono salvi i diritti degli acquirenti di buona fede), nonché quelle di riduzione delle donazioni e di lesione di legittima.

L'istituto si differenzia dalla vendita della sola nuda proprietà con riserva di usufrutto, ove, alla morte dell'usufruttuario, il bene viene trasferito immediatamente al nudo proprietario per estinzione dell'usufrutto, atteso che il prestito vitalizio consente agli eredi del defunto di riscattare la proprietà dell'immobile rimborsando integralmente il debito.

Nel caso di coppia di coniugi senza eredi ci si chiede se il prestito debba essere cointestato e l'obbligo di restituzione sorga alla morte di entrambi, oppure se l'obbligazione vada a gravare sul coniuge superstite, trovando, peraltro, in quest'ultimo caso la fattispecie, al momento della vendita, il limite del diritto di abitazione del coniuge superstite; al proposito va ricordato che

l'articolo 2, co. 7, dell'apposito Regolamento (Decreto MISE 22 dicembre 2015, n. 226) ha espressamente previsto che <<*nel caso in cui il soggetto finanziato, al momento della stipula del finanziamento, risulta coniugato, ovvero convivente more uxorio da almeno un quinquennio documentato attraverso la presentazione di un certificato di residenza storico, e nell'immobile posto a garanzia risiedano entrambi i coniugi o conviventi more uxorio, il contratto deve essere sottoscritto da entrambi anche se l'immobile è di proprietà di uno solo di essi, purché i requisiti di età previsti dall'articolo 11- quaterdecies, comma 12, della legge siano posseduti da entrambi i sottoscrittori*>>.

Qualora, nell'ordinario caso di coppia di coniugi con uno o più eredi, questo/i non abbia/no la possibilità di saldare il debito, il/i medesimo/i sarebbe/ro costretto/i a rinunciare all'immobile; a poco rileva il fatto che la legge conceda agli eredi il termine di dodici mesi, notoriamente minimo per una compravendita immobiliare, a maggior ragione se avente ad oggetto un immobile ipotecato. Ciò fa ritenere che l'istituto rappresenti una manovra politica ad esclusivo vantaggio degli istituti di credito, cui è altresì infatti consentita l'applicazione di interessi anatocistici oltre i confini previsti dall'articolo 1283 c.c.

Al proposito deve infatti rimarcarsi come con l'istituto di che trattasi diventi legale l'anatocismo bancario, in quanto il prestito vitalizio è l'unico contratto per il quale la legge prevede che gli interessi maturino non solo sul capitale, ma anche sugli interessi già scaduti; trattasi di norma di chiaro favore per le banche immobiliari, anche considerato l'elevato numero dei proprietari immobiliari ultra sessantenni, oltre 11 milioni con riferimento agli *over* 65.

Il pesante *favor* che accompagna gli istituti di credito nella gestione e nella escussione della presente garanzia ne ha sino ad ora limitato l'applicazione nonostante l'invecchiamento della popolazione; al proposito basti pensare che, se una banca concede un prestito vitalizio ipotecario a un sessantenne per un immobile dal valore stimato pari a 200.000= €, con la conseguente erogazione di un prestito pari ad euro 40.000,00= in ragione del 20% del valore stimato dell'immobile, nel tempo, trattandosi di vitalizio, maturano gli interessi sia sul capitale che sugli interessi, con conseguente incremento del debito.

Poniamo che, alla morte del beneficiario, si arrivi a dover restituire alla banca *80.000*= € e che gli eredi non dispongano di una tale provvista; ove gli stessi non riescano a vendere l'immobile entro dodici mesi (ipotesi assai ardua, considerando che trattasi di bene sottoposto ad

ipoteca), l'istituto bancario potrà mettere in vendita un immobile del valore di mercato potenzialmente pari a 200.000= euro, avendolo pagato sostanzialmente solo 40.000= euro, pari al prestito erogato, ciò dando ragione di quanto in precedenza sostenuto a proposito della scarsa diffusione incontrata sino ad oggi dal nuovo istituto.

5. Il contratto di credito immobiliare ai consumatori.

Tale istituto è stato introdotto nel nostro ordinamento dal d. lgs. n. 72 del 2016, agli articoli 120 *quinquies* e seguenti TUB: trattasi di finanziamento concesso al consumatore (e non quindi all'imprenditore) garantito da ipoteca sul diritto di proprietà o su altro diritto reale avente ad oggetto beni immobili residenziali, ovvero finalizzato ad acquisto/conservazione del diritto di proprietà su terreno/immobile edificato o progettato. L'articolo 120 *quinquiesdecies* stabilisce che, in caso di inadempimento del consumatore, le parti possono convenire l'estinzione integrale del debito a seguito di trasferimento del bene, anche se il valore è inferiore, previa stima garantita.

Il soggetti del contratto sono quindi, da un lato il consumatore e non già l'imprenditore, cioè la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale; e dall'altro banche ed intermediari finanziari di cui all'articolo art. 106 TULB.

Quanto all'oggetto del contratto, esso è definito come quello con cui un finanziatore concede o si impegna a concedere ad un consumatore un credito sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra facilitazione finanziaria, quando il credito è garantito da un'ipoteca sul diritto di proprietà o su altro diritto reale avente a oggetto beni immobili residenziali o è finalizzato all'acquisto o alla conservazione del diritto di proprietà su un terreno o su un immobile edificato o progettato; al proposito va rimarcato come l'articolo 120 *septies* imponga non solo canoni di diligenza, correttezza e trasparenza, ma anche la valutazione del merito creditizio del consumatore all'atto della concessione del finanziamento, in aderenza alla politica di concessione responsabile dei mutui ed accensione responsabile dei mutui.

L'articolo 120 *duodecies* introduce una disciplina *ad hoc* sulla valutazione degli immobili che costituiscono oggetto di garanzia del credito immobiliare; in particolare i finanziatori sono tenuti ad applicare *standard* affidabili per la valutazione dei beni immobili residenziali ai fini della concessione del credito garantito da ipoteca anche quando la valutazione è condotta da soggetti terzi. La disposizione è connessa al successivo articolo 120 *sexiesdecies*, ove si attribuisce

all'Osservatorio del Mercato Immobiliare (OMI), istituito presso l'Agenzia delle Entrate, il compito di assicurare il controllo statistico sul mercato immobiliare residenziale e di effettuare le opportune comunicazioni ai fini dei controlli di vigilanza macro- prudenziale.

Quanto all'inadempimento del consumatore, va premesso che l'inadempimento legittimante l'avvio della procedura di vendita del bene deve equivalere ad almeno diciotto rate mensili; non costituiscono, invece, inadempimento i ritardati pagamenti che consentono la risoluzione del contratto ai sensi dell'articolo 40, comma 2, TUB, ossia *<<il ritardato pagamento quando lo* stesso *si sia verificato almeno sette volte, anche non consecutive. A tal fine costituisce ritardato pagamento quello effettuato tra il trentesimo e il centoottantesimo giorno dalla scadenza della rata> >*.

L'articolo 120 *quinquiesdecies* introduce la novità normativa che ha suscitato maggiori perplessità ed obiezioni in sede di lavori preparatori; si prevede che, fermo restando il divieto di patto commissorio di cui all'articolo 2744 cod. civ., le parti del contratto di credito possono convenire espressamente, al momento della conclusione del contratto, che, in caso di inadempimento del consumatore, il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del medesimo bene comporti l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore derivante dal contratto di credito, anche se il valore del bene immobile restituito o trasferito o l'ammontare dei proventi della vendita è inferiore al debito residuo; se il valore dell'immobile come stimato dal perito o l'ammontare dei proventi della vendita è superiore al debito residuo, il consumatore ha diritto all'eccedenza.

Va peraltro detto che, a tutela del consumatore, è fatto espressamente divieto al finanziatore di condizionare la conclusione del contratto di credito alla sottoscrizione della suddetta clausola; inoltre il valore del bene immobile oggetto della garanzia deve essere stimato con una perizia successiva all'inadempimento, da un perito indipendente, scelto dalle parti di comune accordo ovvero, in caso di mancato raggiungimento dell'accordo, nominato dal Presidente del Tribunale competente con le modalità di cui all'articolo 696, terzo comma, cod. proc. civ.

6. Il contratto rent to buy.

Tale istituto è stato introdotto nel nostro ordinamento dall'articolo 23, D.L. 12 settembre 2014, n. 133 (c.d. decreto sbloccaItalia), convertito con modificazioni nella legge 11 novembre 2014, n. 164.

Quanto alla natura giuridica, si osserva che l'istituto rientra nell'alveo dei contratti di godimento in funzione della successiva vendita, in quanto lo schema contrattuale si presenta così articolato: il soggetto futuro acquirente ottiene l'immediato godimento dell'immobile a fronte del pagamento di un acconto e di un importo mensile per un *tot* numero di anni, una parte del quale viene accantonata in conto futuro acquisto; alla fine del periodo pattuito (massimo 10 anni) si perfeziona la vendita con il saldo del residuo prezzo, pari in genere all'85%.

Il contratto si risolve di diritto in caso mancato di pagamento, anche non consecutivo, di una quota canoni pari ad 1/20 del loro numero, in tal caso ritenendo il concedente il versato con diritto alla restituzione dell'immobile.

In caso di mancato esercizio del diritto di acquisto della proprietà dell'immobile ottenuto in godimento, ipotesi peraltro statisticamente improbabile, sarà ovviamente il contratto a stabilire la quota dei canoni imputata al corrispettivo che il concedente deve restituire.

Il contratto può avere ad oggetto tutti i fabbricati abitativi o strumentali ed i terreni e, quanto ai soggetti, può essere stipulato sia da privati che da titolari di partita IVA e quindi da imprenditori.

La risoluzione per inadempimento è così disciplinata: il contratto si riterrà risolto per inadempimento del conduttore (futuro acquirente) in caso di mancato pagamento di una quota di canoni - anche non consecutivi - pari ad un ventesimo del loro numero complessivo, ed in tal caso il concedente (futuro venditore) ha diritto alla restituzione dell'immobile ed a ritenere, a titolo di indennità, le somme versategli. Qualora, invece, il contratto dovesse risolversi per inadempimento del concedente (futuro venditore) questi dovrà restituire la quota dei canoni imputati a corrispettivo di vendita, maggiorata degli interessi.

Il contratto necessita della forma dell'atto pubblico ovvero della scrittura privata autenticata: si prevede, infatti, che il contratto *rent to buy* venga trascritto come un contratto preliminare di compravendita. La trascrizione è posta a tutela del promissario acquirente atteso che essa prevale sulle successive trascrizioni e che alla trascrizione consegue il privilegio speciale sull'immobile a garanzia dei crediti del futuro acquirente in caso di inadempimento del venditore (articolo 2775

bis cod. civ.), sicché, in caso di fallimento del concedente, il conduttore avrà diritto di rivalsa sul ricavato dall'asta dell'immobile per la quota dei canoni imputata a corrispettivo, restando la quota residua imputata al canone di locazione senza obbligo di restituzione.

Il contratto *rent to buy* si differenzia da istituti affini quali:

- il **contratto di locazione con opzione di acquisto o futura vendita**, atteso che in quest'ultimo il potenziale acquirente non gode di particolari tutele dato che, per l'intera durata del rapporto locativo, questi resta esposto al rischio di subire le conseguenze del fallimento del venditore o l'eventuale pignoramento dell'immobile (o iscrizioni di ipoteche) da parte dei creditori di quest'ultimo;

- il **contratto di locazione con preliminare di futura vendita**, atteso che in esso, in caso di inadempimento, può farsi ricorso al solo rimedio dell'esecuzione in forma specifica, ai sensi dell'articolo 2932, cod. civ., al qual proposito si osserva che i tempi per l'ottenimento di una pronunzia giudiziale costituiscono un oggettivo deterrente sia che si chieda l'esecuzione in forma specifica che, alternativamente, la risoluzione per inadempimento con risarcimento del danno;

- il **contratto di compravendita a rate con clausola di riserva di proprietà**, atteso che in tale figura, mentre il venditore è esente da rischi, in virtù del fatto che questi conserva la piena proprietà del bene sino all'integrale pagamento del prezzo, al contrario l'acquirente perderebbe una consistente parte di quanto versato qualora non riuscisse ad onorare l'obbligazione di pagamento, oltre al risarcimento dovuto al venditore. Rivestendo poi detta vendita natura obbligatoria, la piena proprietà del bene rimane nel patrimonio del venditore sino all'integrale pagamento del prezzo, sicché sono validi ed efficaci gli eventuali atti di disposizione compiuti sino a quel momento dal venditore e l'eventuale azione diretta alla restituzione di un bene oggetto di vendita a rate con riserva di proprietà nei confronti dell'acquirente inadempiente ha natura di azione contrattuale personale e non di azione reale di rivendica (Cass. Civ., Sez. II, sent. 6322/2006).

7. Il contratto sale and lease back.

Il contratto *sale and lease back*, non normato positivamente, è il contratto con cui una impresa commerciale o industriale vende un bene immobile di sua proprietà ad un imprenditore finanziario (in genere una società di *leasing*) che ne paga il corrispettivo diventandone proprietario, e contestualmente lo cede in locazione finanziaria alla stessa venditrice, che versa

periodicamente dei canoni di *leasig* per una certa durata, con facoltà di riacquistare la proprietà del bene venduto corrispondendo, al termine di durata del contratto, il prezzo stabilito per il riscatto.

La funzione economico sociale dell'accordo di che trattasi è quella di procurare all'imprenditore, nel quadro di un determinato disegno economico di potenziamento dei fattori produttivi, liquidità immediata attraverso l'alienazione di un suo bene strumentale, conservandone peraltro egli l'uso tramite un contratto di locazione finanziaria e con facoltà di riacquistarne la proprietà al termine del rapporto; il *lease back* è quindi contraddistinto da una causa di finanziamento con garanzia atipica costituita dal trasferimento (immediato ma non definitivo) di un bene facente parte dell'azienda del debitore - che continua ad averne la disponibilità - al creditore, attuato appunto in funzione di garanzia e destinato a permanere solo nei limiti in cui assolve detta funzione.

In tal caso, l'autonomia negoziale da vita ad un contratto atipico, caratterizzato da una specificità, tanto di struttura quanto di funzione, di talché deve ritenersi che lo schema negoziale socialmente tipico del *lease back* presenti autonomia strutturale e funzionale, quale contratto di impresa diretto a soddisfare nuovi specifici interessi meritevoli di tutela nella vita economica, e caratteri peculiari, di natura soggettiva ed oggettiva, che non consentono di ritenere che esso di per sé integri, per sua natura e nel suo fisiologico operare, una fattispecie negoziale fraudolenta sanzionabile ai sensi degli articoli 1344 e 2744, cod. civ.

Il contratto *sale and lease back* è quindi valido ove non comporti l'aggiramento del divieto del patto commissorio, adempiendo in tal caso a funzione di finanziamento e non a quella di vendita in funzione di garanzia.

Al proposito va rimarcato che la Corte di Cassazione, con sentenza Cass. Civ., sez. I, sent. 28 gennaio 2015, n. 1625, ha ritenuto che il contratto di *sale and lease back* è nullo, per illiceità della causa in concreto, solamente ove violi il divieto di patto commissorio, salvo che le parti, con apposita clausola, abbiano preventivamente convenuto che al termine del rapporto - effettuata la stima del bene con tempi certi e modalità definite, tali da assicurare una valutazione imparziale ancorata a parametri oggettivi ed autonomi ad opera di un terzo - il creditore debba, per acquisire il bene, pagare l'importo eccedente l'entità del suo credito, sì da ristabilire l'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni e da evitare che il debitore subisca una lesione dal trasferimento del bene in garanzia.

Gli orientamenti successivi e più recenti confermano tale impostazione, precisando la giurisprudenza di legittimità (si vedano Cass. civ., sez. I, 10 maggio 2017, n. 11449 e Cass. civ., sez. II , 6 luglio 2017, n. 16646) che <<*il contratto di sale and lease back è nullo solamente se in concreto realizza una funzione di garanzia. Solo in tal caso, infatti, è violato l'articolo 2744 del cc che sancisce il divieto di patto commissorio*>>; e che (si vedano Cass. civ., sez. II, 11 settembre 2017, n. 21042) <<*lo schema contrattuale del sale and lease back è, in linea di massima ed almeno in astratto, valido, in quanto contratto d'impresa socialmente tipico, ferma la necessità di verificare, caso per caso, l'assenza di elementi patologici, sintomatici di un contratto di finanziamento assistito da una vendita in funzione di garanzia, volto ad aggirare, con intento fraudolento, il divieto di patto commissorio e, pertanto, sanzionabile, per illiceità della causa, con la nullità, ex art. 1344 c.c., in relazione all'art. 1418, comma 2, c.c. L'accertamento del carattere fittizio di tale contratto, per la presenza di indizi sintomatici di un'anomalia nello schema causale socialmente tipico (quali l'esistenza di una situazione di credito e debito tra la società finanziaria e l'impresa venditrice utilizzatrice, le difficoltà economiche di quest'ultima, la sproporzione tra il valore del bene trasferito ed il corrispettivo versato dall'acquirente), costituisce un'indagine di fatto, insindacabile in sede di legittimità, se adeguatamente e correttamente motivata*>>.

In particolare la Corte evidenzia che gli indici da cui desumere la funzione di garanzia debbono essere oggetto di una valutazione da compiere caso per caso, in funzione delle caratteristiche della concreta fattispecie; tra essi i principali sono rappresentati: dalla pregressa situazione di credito e debito tra la società finanziaria e l'impresa venditrice utilizzatrice; dalla sproporzione tra il valore del bene trasferito ed il corrispettivo versato dall'acquirente; dalla situazione di difficoltà economica del venditore legittimante il sospetto di relativo approfittamento.

8. Il contratto escrow.

Anche il contratto di *escrow* (che in italiano si può tradurre come "deposito in garanzia") non é normato positivamente; esso si definisce come contratto atipico con cui un bene, oggetto di rivendicazione o contrattazione, viene depositato in garanzia nelle mani di un soggetto terzo ed indipendente, il quale conserverà il bene e lo restituirà solo all'avveramento della condizione prestabilita dalle parti.

Trattasi quindi di contratto cui partecipano ed intervengono solitamente tre soggetti; depositante, beneficiario e depositario; compito del soggetto garante (*escrow agent*) è valutare che il contratto sia rispettato nelle condizioni prestabilite e scegliere se restituire la somma al depositante, qualora le condizioni non si siano verificate, ovvero al beneficiario, e tra le clausole principali, naturalmente oggetto di dettagliata descrizione, vi sono sia la condizione alla cui verificazione l'*escrow agent* dovrà consegnare il bene custodito al beneficiario ovvero dovrà retrocederlo al depositante, nonché le modalità di custodia/amministrazione del bene alle quali *l'escrow agent* dovrà attenersi nell'esecuzione dell'incarico.

Il contratto di *escrow* ha natura accessoria ed è connesso al contratto principale, di cui è clausola di garanzia; nel nostro ordinamento è stato ricondotto all'istituto del deposito in garanzia nell'interesse del terzo e nella prassi il ruolo di *escrow agent* è svolto solitamente dal notaio.

L'istituto, di origine anglosassone, trova ampia applicazione nei rapporti commerciali internazionali, consentendo all'esportatore di ottenere la garanzia della solvibilità della controparte ed all'importatore il controllo della merce, con finalità di evidente tutela reciproca delle parti.

Quale esempio pratico si pensi ad società italiana che acquisti un immobile nel sud- est asiatico per lo svolgimento di attività commerciale e che concluda un contratto di appalto con una ditta locale per l'esecuzione dei necessari lavori entro un determinato termine; il contratto di *escrow*, inserito come clausola accessoria all'interno del contratto di appalto, garantisce da un lato il committente- depositante (società italiana) della conclusione dei lavori, dall'altro l'appaltatore (o beneficiario) del pagamento prestabilito nonché della solvibilità della controparte, in quanto, solitamente, l'oggetto consegnato in garanzia all'*escrow* è rappresentato dal prezzo dell'opera e quindi da un bene di immediato realizzo trattandosi di disponibilità finanziaria.

9. Il contratto autonomo di garanzia.

Anche il contratto autonomo di garanzia non é normato positivamente, pur essendosi formato, in relazione a tale istituto, un indirizzo giurisprudenziale che può dirsi sostanzialmente consolidato e che ne ha plasmato nozione, natura giuridica e disciplina.

Il contratto autonomo di garanzia viene definito come contratto del tutto slegato - e quindi autonomo - dal rapporto base oggetto della garanzia, distinguendosi dal negozio tradizionale di garanzia, ossia dalla fideiussione, per i seguenti specifici profili relativi:

- al regime delle eccezioni, essendo esclusa la proponibilità delle eccezioni attinenti al rapporto fondamentale, derogandosi in questo modo al contenuto dell'articolo 1945 cod. civ., secondo il quale il fideiussore può opporre contro il creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore principale, salva quella derivante dall'incapacità;

- al regime delle azioni di rivalsa dopo l'avvenuto pagamento, in quanto il garante autonomo, una volta pagato il creditore, non può agire in ripetizione verso quest'ultimo, ma potrà esperire azione di regresso ex articolo 1950 cod. civ., unicamente nei confronti del debitore garantito, senza possibilità per costui di opporsi al pagamento richiesto dal garante né di eccepire alcunché in sede di rivalsa in merito all'avvenuto pagamento;

- all'assenza di accessorietà dell'obbligazione del garante rispetto a quella dell'ordinante, essendo la prima qualitativamente diversa dalla seconda, oltre che rivolta non al pagamento del debito principale, bensì ad indennizzare il creditore insoddisfatto mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore, con conseguente generale inapplicabilità a tale contratto del disposto dell'articolo 1957 cod. civ., salvo patto contrario.

Non distinguono, invece, le due ipotesi le clausole <<*senza eccezione*>, ove il garante paga senza sollevare eccezioni relative al rapporto garantito e <<*a prima richiesta*>>, che assicura al garantito la soddisfazione con la semplice allegazione del contratto, senza necessità di adempiere ad altri oneri probatori, presenti oramai sempre più spesso anche nei contratti fideiussori; al proposito si veda, da ultimo, Cass. civ., sez. I, 9 agosto 2016, n. 16825, secondo cui <<*la deroga all'art. 1957 c.c. non può ritenersi implicita laddove sia inserita, all'interno del contratto di fideiussione, una clausola di "pagamento a prima richiesta", o altra equivalente, non solo perché la disposizione è espressione di un'esigenza di protezione del fideiussore che, prescindendo dall'esistenza di un vincolo di accessorietà tra l'obbligazione di garanzia e quella del debitore principale, può essere considerata meritevole di tutela anche quando tale collegamento sia assente, ma anche perché una tale clausola non ha rilievo decisivo per la qualificazione di un negozio come "contratto autonomo di garanzia"* o *come "fideiussione", potendo tali espressioni riferirsi sia a forme di garanzia svincolate dal rapporto garantito (e quindi autonome), sia a garanzie, come quelle fideiussorie, caratterizzate da un vincolo di accessorietà, più* o *meno accentuato, nei riguardi dell'obbligazione garantita, sia, infine, a clausole il cui inserimento nel*

*contratto di garanzia è finalizzato, nella comune intenzione dei contraenti, a una deroga parziale della disciplina dettata dal citato art. 1957 c.*c.*>>*.

La caratteristica fondamentale del contratto autonomo di garanzia è la carenza dell'elemento dell'accessorietà (in tal senso, da ultimo, Cass. civ., sez. II , 28 marzo 2017, n. 7883; vedasi anche sentenza 31 luglio 2015, n. 16213), per cui la causa del contratto risulta essere quella di trasferire da un soggetto ad un altro il rischio economico connesso alla mancata esecuzione di una prestazione contrattuale. Da ciò consegue, come sopra ricordato, che, in difetto di diversa previsione da parte dei contraenti, al contratto autonomo di garanzia non possa applicarsi la norma dell'articolo 1957 cod. civ., sull'onere del creditore garantito di far valere tempestivamente le sue ragioni nei confronti del debitore principale, poiché tale disposizione, collegata al carattere accessorio della obbligazione fideiussoria, instaura un collegamento necessario e ineludibile tra la scadenza dell'obbligazione di garanzia e quella dell'obbligazione incompatibile con la garanzia autonoma, posto che tale disposizione presuppone proprio quel collegamento tra le due obbligazioni che manca nel contratto autonomo.

Essendo comunque un contratto causale e non un contratto astratto, il contratto autonomo di garanzia opera pur sempre per il credito dovuto, e non per una somma che risulti inesistente o non dovuta perché conseguita dal creditore per una forma di nullità negoziale; conseguentemente, se vero che nel contratto autonomo di garanzia il garante, una volta effettuato il pagamento a prima richiesta, deve esercitare il regresso nei confronti del debitore principale - e quindi non può agire nei confronti del creditore, pena lo svilimento della funzione di garanzia autonoma – è però altrettanto vero che tanto vale solo nei limiti in cui il credito sia esistente e si presenti come legittimo nella sua esistenza ed entità, perché altrimenti si apre la via dell'indebito e dell'azione di ripetizione nei confronti del creditore; al proposito la Corte di legittimità ha ribadito (si veda Cass. civ., sez. I, 25agosto 2017, n. 20397) che <<*nel contratto autonomo di garanzia, improntandosi il rapporto tra il garante e il creditore beneficiario a piena autonomia, il garante non può opporre al creditore la nullità di un patto relativo al rapporto fondamentale, salvo che essa dipenda da contrarietà a norme imperative o dall'illiceità della causa e che, attraverso il medesimo contratto autonomo, si intenda assicurare il risultato vietato dall'ordinamento; tuttavia si deve escludere che la nullità della pattuizione di interessi ultralegali si comunichi sempre al contratto autonomo di garanzia, atteso che detta pattuizione - eccezion fatta per la previsione di interessi usurari -*

non è contraria all'ordinamento, non vietando quest'ultimo in modo assoluto finanche l'anatocismo, così come si ricava dagli artt. 1283 c.c. e 120 del d.lgs. n. 385 del 1993>>.

10. Conclusioni.

L'esame degli nuove forme di garanzia tipizzate dai recenti interventi normativi non può non destare nell'operatore significative perplessità, che solo il decorso del tempo potrà eventualmente smentire: da un lato, infatti, il legislatore ha sorprendentemente adottato una serie di discipline differenziate di cui spesso non risulta facile comprendere le ragioni e che rendono assai arduo individuare una organicità sistematica che possa orientare l'interprete; dall'altro, ha introdotto e disciplinato un ventaglio di istituti di garanzia con un ottica di assoluto riguardo per i rapporti di credito bancario attraverso disposizioni di chiaro favore per gli istituti di credito, nell'ottica di favorire il loro sostegno e di evitare che le difficoltà derivate dalla crisi economica potessero scaricarsi sul sistema bancario, già interessato per larghi settori da situazioni di sofferenza quando non anche di *default*.

GIULIA TRAVAN

Riflessioni in tema di assegno divorzile: mutato ed eterogeneo panorama giurisprudenziale di merito successivo alle sentenze 10 maggio 2017, n. 11504 e 22 giugno 2017, n. 15481 della Corte di Cassazione (in nota a Trib. Treviso, 26 gennaio 2018).

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Cenni di diritto comparato. - 3. La natura dell'assegno divorzile. - 4. Problemi legati al riconoscimento della natura compensatoria dell'assegno.

1. Introduzione.

La sentenza del Tribunale di Treviso del 26 gennaio 2018 si inserisce nel mutato ed eterogeneo panorama giurisprudenziale di merito successivo alle sentenze 10 maggio 2017, n. 11504 e 22 giugno 2017, n. 15481 della Corte di Cassazione.

La tematica dell'assegno divorzile è tornata ad emergere in dottrina e giurisprudenza in seguito al *revirement* della Suprema Corte, che si è posto alla stregua di una rivoluzione copernicana nell'individuazione dei parametri dell' *an debeatur* per il riconoscimento del contributo in favore del coniuge, scalzando il tenore di vita dagli elementi che il Giudice deve tenere in considerazione nel determinare se vi sia o meno il diritto all'assegno divorzile nei confronti dell'ex coniuge.

Il nuovo orientamento della Corte di Cassazione costituisce una tappa fondamentale nel riconoscere il mutamento della struttura familiare, un tempo incentrata sulla stabilità e sull'indissolubilità del rapporto di coniugio. Tale percorso è riscontrabile anche in ambito legislativo[261], trovando la sua origine nella legge sul divorzio[262] e nella riforma del diritto di famiglia del 1975[263] e culminando nei recenti interventi che hanno ridotto il periodo intercorrente tra la sentenza di separazione e la domanda di divorzio[264] ed hanno disciplinato le convivenze[265].

[261] Così anche AL MUREDEN E., *L'assegno divorzile tra solidarietà e autoresponsabilità: dal parametro del tenore di vita coniugale a quello dell'indipendenza economica del richiedente?*, in Giustizia Civile.com, 15 maggio 2017.

[262] L. 1 dicembre 1970, n. 898.

[263] L. 9 maggio 1975, n. 151.

[264] L. 6 maggio 2015, n. 55.

Come rilevato dalla pronuncia trevigiana, l'unica norma di legge recante delle indicazioni sull'assegno divorzile è all'art. 5, comma sesto, l. 1 dicembre 1970, n. 898. Tale disposizione scinde, dal punto di vista logico, l'accertamento del diritto all'assegno divorzile e la quantificazione dello stesso, che consiste in una fase soltanto successiva.

La sentenza che si annota ripercorre l'iter giurisprudenziale in tematica di assegno divorzile, effettuando una ricognizione del panorama giurisprudenziale precedente al *revirement* della Suprema Corte. Di particolare pregio, però, l'impegno nell'approfondimento delle pronunce di merito successive, al fine di individuare le problematiche emerse nella decisione dei casi in concreto e di cercare delle soluzioni coerenti con i principi affermati dalla Corte di Cassazione.

L'orientamento granitico della giurisprudenza parametrava il diritto del coniuge meno abbiente al tenore di vita tenuto in costanza di matrimonio e all'inadeguatezza dei mezzi di una delle parti nel poterlo mantenere, in seguito allo scioglimento del vincolo coniugale[266]. L'indagine del Giudice prescindeva da uno stato di bisogno del coniuge meno abbiente, il quale poteva dunque ben essere economicamente autosufficiente, ma non più in grado di conservare le stesse abitudini di vita del rapporto di coniugio[267].

Le recenti sentenze della Corte di Cassazione hanno radicalmente modificato tale impostazione, suscitando reazioni contrastanti sia in dottrina sia in giurisprudenza: infatti, i Giudici di legittimità hanno chiarito che, in seguito allo scioglimento del matrimonio, i coniugi devono considerarsi quali persone singole, sia dal punto di vista personale, sia dal punto di vista economico- patrimoniale[268]. Di conseguenza, continuare ad utilizzare il parametro del tenore di

[265] L. 20 maggio 2016, n. 76. La crisi della famiglia tradizionale riscontra anche nelle riforme in tema di filiazione (il cui punto di partenza è sempre la riforma del diritto di famiglia del 1975), che hanno portato al riconoscimento di un unico *status* di figlio con la l. 10 dicembre 2012, n. 219 e con il d.lgs. n. 28 dicembre 2013, n. 154.

[266] Cfr., tra le più importanti, Cass. civ., Sez. Unite, sent. 29 novembre 1990, n. 11492; Cass. civ., Sez. Unite, sent. 29 novembre 1990, n. 11490.

[267] Come specificato dalla Suprema Corte, *"Il presupposto per concedere l'assegno è costituito dall'inadeguatezza dei mezzi del coniuge richiedente* (…) *a conservare un tenore di vita analogo a quello avuto in costanza di matrimonio, senza che sia necessario uno stato di bisogno dell'avente diritto, il quale può essere anche economicamente autosufficiente, rilevando l'apprezzabile deterioramento, in dipendenza del divorzio, delle condizioni economiche del medesimo che, in via di massima, devono essere ripristinate, in modo da ristabilire un certo equilibrio"* (Cass. civ., Sez. Unite, sent. 29 novembre 1990, n. 11492).

[268] Cass. Civ., sez. I, sent. 10 maggio 2017, n. 11504.

vita nell'accertamento del diritto all'assegno divorzile comporterebbe un'indebita ultrattività del rapporto di coniugio[269].

Come affermato dalla Suprema Corte, nella decisione sull' *an debeatur* si deve verificare se il coniuge richiedente abbia raggiunto o meno l'indipendenza economica, sulla base di indici da individuarsi nel possesso di redditi di qualsiasi specie, nel possesso di cespiti patrimoniali mobiliari ed immobiliari, tenuto conto di tutti gli oneri lato sensu "imposti" e del costo della vita nel luogo di residenza del richiedente l'assegno, nelle capacità e le possibilità effettive di lavoro personale, in relazione alla salute, all'età, al sesso ed al mercato del lavoro dipendente o autonomo e nella stabile disponibilità di una casa di abitazione[270].

Nel caso in cui il coniuge richiedente non raggiunga la prova del mancato raggiungimento dell'autosufficienza economica, nessun assegno gli potrà, dunque, essere riconosciuto.

Oggi, a quasi un anno dalle sentenze di maggio, si attende la decisione sul punto da parte delle Sezioni Unite[271], che si auspica pongano chiarezza sui criteri di determinazione del diritto all'assegno divorzile, alla luce delle criticità emerse nelle decisioni delle corti di merito.

2. Cenni di diritto comparato

2.1. Il nuovo orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione risulta in linea con quanto affermato in modo sempre maggiore anche in ambito europeo, in particolare negli ordinamenti europei di *civil law* a noi più vicini, quali quello francese e tedesco.

Innanzitutto, deve evidenziarsi la redazione nel 2004 dei *Principles of European Law regarding Divorce and Maintenance between Former Spouses* da parte della *Commission on European Family Law* (CEFL), al fine di contribuire all'armonizzazione del diritto di famiglia europeo.

Di particolare rilevanza in materia è il *Principle* 2:2, dedicato alla *Self sufficiency*, che stabilisce il dovere dei coniugi di provvedere al proprio mantenimento dopo il divorzio.

[269] *Ibid.*
[270] *Ibid.*
[271] La questione è stata discussa dalle Sezioni Unite in pubblica udienza il 10 aprile 2018 e all'esito la causa è stata trattenuta in decisione.

Il diritto al mantenimento è, dunque, eccezionale e va riconosciuto alla parte economicamente più debole, che non riesca a procurarsi le risorse sufficienti per provvedere alle proprie esigenze di vita[272].

Il Giudice deve decidere sulla domanda di mantenimento in base a dei criteri quali la capacità lavorativa dei coniugi, la loro età e salute, l'interesse di eventuali figli, la suddivisione degli obblighi durante il matrimonio, la durata dello stesso, lo standard di vita tenuto nella vita matrimoniale e di un eventuale nuovo matrimonio o relazione a lungo termine[273].

È inoltre stabilita, come regola generale, la limitazione del mantenimento del coniuge più debole ad un periodo circoscritto di tempo, ponendo la durata indeterminata del versamento solo come ipotesi eccezionale[274].

2.2. Per ciò che concerne la Francia, snodo fondamentale è stata la *Loi* n°2004- 439 *du* 26 *mai* 2004, entrata in vigore l'1 gennaio 2005, che ha apportato delle rilevanti modifiche al *Code civil* in tema di divorzio[275]. Tale riforma ha recepito i mutamenti sociali della struttura familiare, con l'obiettivo della *dédramatisation*, ossia della necessità di non ritenere lo scioglimento del matrimonio come un dramma personale.

In particolare, l'art. 270, comma secondo, *Code civil*, stabilisce che uno dei coniugi può essere obbligato a versare all'altro una prestazione di carattere forfettario[276], volta a compensare[277], per quanto possibile, la disparità creatasi nelle rispettive condizioni di vita, in seguito alla rottura del rapporto coniugale.

[272] Ciò è previsto dal *Principle* 2:3 dei *Principles of European Law regarding Divorce and Maintenance between Former Spouses*, che individua, quale altra condizione, che l'altro coniuge sia in grado di soddisfare tali bisogni di vita.

[273] Pinciple 2:4 dei *Principles of European Law regarding Divorce and Maintenance between Former Spouses*.

[274] Principle 2:8 dei *Principles of European Law regarding Divorce and Maintenance between Former Spouses*.

[275] In materia, l'evoluzione normativa si è articolata in tre differenti fasi: un primo incisivo intervento si è avuto con la *loi* n. 75- 617 *du* 11 *juillet* 1975, ulteriori modifiche sono state poi introdotte dalla *loi* n° 2000- 596 *du* 30 *juin* 2000, alla quale è seguita la riforma del 2004. Per un approfondimento sul contenuto di tali riforme si veda THEVENET MONTFROND D., URSO E., *L'obbligo di mantenimento del coniuge nel diritto francese*, in MARIANI I., PASSAGNOLI G., *Diritti e tutele nella crisi famigliare*, Cedam, 2007, pp. 365 ss.

In particolare, il *Code civil* predilige l'autonomia dei coniugi nel pervenire a soluzioni conciliative.

[276] Cfr. art. 273 *Code civil*.

[277] La previsione della *prestation compensatoire* è stata una delle più rilevanti novità della riforma del 1975.

Dalla lettura di tale norma, si evincono i caratteri fondamentali della prestazione, ossia la sua natura compensatoria[278], la forfettarietà e l'insussistenza del diritto a conseguirla quando non sia riscontrabile una disparità nelle condizioni dei coniugi.

La somma nei confronti del coniuge deve essere di regola versata in un'unica soluzione (*capital*)[279]. Soltanto nel caso in cui l'obbligato non sia in grado di adempiere per mezzo di una singola dazione, il Giudice può disporre una dilazione periodica, ma per un arco temporale massimo di otto anni[280].

Al versamento del *capital* si contrappone, in via del tutto eccezionale e per specifica motivazione del giudicante, la possibilità di prevedere la corresponsione al coniuge una rendita vitalizia (*rente à vie*)[281]. Tale ipotesi si può verificare, ad esempio, quando una parte non sia in grado di provvedere autonomamente ai bisogni primari di vita.

Con la riforma del 2000, è stata inoltre prevista *per tabulas* la possibilità di riconoscere una prestazione compensatoria mista, fissata in parte come rendita, in altra da versarsi come capitale.

Ai sensi dell'art. 271 *Code civil* la prestazione compensatoria è fissata in base alle esigenze del richiedente e alle risorse dell'altro coniuge, tenendo conto della situazione presente al momento del divorzio e della sua prevedibile evoluzione futura. Pertanto, rileva non solo il momento attuale, ma anche il plausibile sviluppo delle condizioni delle parti.

Inoltre, il Giudice deve considerare la durata del matrimonio, l'età e lo stato di salute delle parti, le loro qualifiche e la loro situazione professionale, oltre alle conseguenze delle scelte lavorative compiute in costanza di matrimonio per educare i figli o per favorire la carriera del coniuge a scapito della propria. Deve, inoltre, valutare la ricchezza stimata o prevedibile delle parti[282].

[278] La somma non si riteneva una prestazione alimentare nei confronti del coniuge in stato di bisogno, ma un riequilibrio tra due situazioni patrimoniali, la cui disparità era stata sino ad allora mascherata dalla comunione di vita (CARBONNIER J., *La question du divorce mémoire à consulter*, Dalloz, 1975, *Chronique*, p. 120).

[279] Ai sensi dell'art. 275 *Code civil*, il *capital* può consistere anche nel trasferimento della proprietà di un bene, nell'usufrutto o nei proventi di beni (gestiti da un soggetto terzo) produttivi di reddito.

[280] Così l'art. 275 *Code civil*. Soltanto in casi eccezionali e specificamente motivati, l'autorità giudiziaria può disporre che il versamento della somma ecceda tale periodo temporale.

[281] Art. 276 *Code civil*.

[282] Art. 271 *Code civil*. Il diritto alla prestazione viene meno sia quando il Giudice non ritenga siano presenti i requisiti indicati dalla legge o quando il divorzio sia addebitabile al solo coniuge richiedente (art. 270 *Code civil*).

2.3. Anche nell'ordinamento tedesco è vigente il principio di autoresposabilità[283]. Ai sensi dei paragrafi 1569 e 1577 BGB, infatti, ogni coniuge è responsabile a provvedere al proprio mantenimento.

In particolare, si è evidenziata la necessità di bilanciare i due contrapposti principi di solidarietà post- coniugale e di libertà di agire dopo il divorzio, che risulta compressa nel caso in cui gravi sul coniuge un obbligo di mantenimento[284].

Soltanto quando uno dei coniugi non sia in grado di provvedere alle proprie esigenze di vita vi sarà un diritto al mantenimento, che può essere chiesto quando non si riesca a reperire un lavoro retribuito per ragioni di età[285], malattia o infermità[286]. Altra ipotesi si riscontra nel caso in cui il fine sia la cura o l'educazione di un figlio della coppia. In tale ipotesi, il diritto sussiste per almeno tre anni dopo la nascita[287], periodo che può essere prolungato sulla base dell'equità da parte del Giudice[288].

Quanto alla situazione lavorativa dei coniugi, dal testo del BGB emerge la volontà che le parti ricerchino un'attività consona alla propria istruzione e alle proprie competenze lavorative[289]. In tale direzione si pone il § 1575 BGB, che stabilisce il diritto al mantenimento per il coniuge che abbia interrotto la propria formazione professionale in attesa o in costanza di matrimonio. La prestazione, però, è riconosciuta solo a fronte di un impegno del richiedente nella continuazione e nella conclusione della propria formazione, al fine di reperire un impiego adeguato alle competenze ottenute.

3. La natura dell'assegno divorzile

Nodo cruciale e problematico dell'istituto in parola è la natura dell'assegno divorzile, in particolare se sia da intendersi quale assistenziale o compensativa, aspetto centrale anche nella pronuncia del Collegio trevigiano.

---

[283] La materia dello scioglimento del matrimonio e del mantenimento del coniuge è stata modificata dalla riforma legislativa nel 2007, con la L. 21 dicembre 2007, *Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts*.

[284] PATTI S., *Solidarietà e autosufficienza nella crisi del matrimonio*, in *Familia,* fasc. 3, 2017, p. 283.

[285] § 1571 BGB.

[286] § 1572 BGB.

[287] § 1570 BGB.

[288] § 1570 BGB. Anche in tal caso, si nota lo sfavore per una prestazione a tempo indeterminato.

[289] Si veda, in particolare, il § 1574 BGB, rubricato "*Angemessene Erwerbstätigkeit".*

3.1. In relazione a tale dibattito, possono individuarsi tre distinte fasi, che muovono da altrettanti fondamentali arresti della Corte di Cassazione sul tema.

Inizialmente, ante 1990, la giurisprudenza riteneva che l'assegno avesse una natura composita: in parte assistenziale, in parte risarcitoria in senso lato ed in parte compensativa[290]. Il primo aspetto era legato alla tutela accordata dalla legge al coniuge che aveva subito un deterioramento della propria condizione economica con lo scioglimento del matrimonio[291]. Relativamente alla natura compensativa si valorizzava, invece, il contributo familiare sia dal punto di vista personale, sia dal punto di vista patrimoniale[292]. Il versante risarcitorio, oggi pacificamente escluso, era riscontrabile in caso di responsabilità nel fallimento del matrimonio[293].

Solo in un secondo momento – a partire da Cass. civ., Sez. Unite, sent. 29 novembre 1990, n. 11490 – è stata esclusa esplicitamente la natura composita dell'assegno, specificandone il carattere esclusivamente assistenziale[294].

Tale orientamento è stato poi nuovamente ribadito dalla Corte nel maggio 2017, individuando il fondamento dell'istituto nell'art. 2 Cost. e nella solidarietà economica post-coniugale[295]. Nonostante la sostanziale conferma della funzione assistenziale dell'assegno[296], il *revirement* costituisce il primo snodo di una nuova fase, foriera di molteplici dubbi sia in dottrina sia in giurisprudenza sulla natura dello stesso, alla luce dell'autosufficienza economica e dei criteri individuati dalla Suprema Corte.

---

[290] Cass. civ., Sez. Unite, sent. 9 luglio 1974, n. 2008.

[291] *Ibid.*

[292] *Ibid.*

[293] *Ibid.*

[294] Per tutte, Cass. civ., Sez. Unite, sent. 29 novembre 1990, n. 11490. In relazione all'orientamento delle Sezioni Unite del 1990, c'è chi ha ritenuto che riconoscere una natura esclusivamente assistenziale all'assegno è contraddittorio, poiché non potrebbe altrimenti essere riconosciuto il diritto nei confronti del coniuge economicamente autosufficiente, al solo fine di mantenere il tenore di vita goduto in costanza di matrimonio (BARBA V., "*Assegno divorzile e indipendenza economica del coniuge. Dal diritto vivente al diritto vigente"*, in Giustizia Civile.com, 27.11.2017)

[295] Così Cass. Civ., sez. I, sent. 10 maggio 2017, n. 11504.

[296] "*La complessiva ratio della L. n. 898 del 1970, art. 5, comma 6, (diritto condizionato all'assegno di divorzio e - riconosciuto tale diritto determinazione e prestazione dell'assegno) ha fondamento costituzionale nel dovere inderogabile di "solidarietà economica" (art. 2, in relazione all'art. 23, Cost.), il cui adempimento è richiesto ad entrambi gli ex coniugi, quali "persone singole", a tutela della "persona" economicamente più debole (cosiddetta "solidarietà post- coniugale"): sta precisamente in questo duplice fondamento costituzionale sia la qualificazione della natura dell'assegno di divorzio come esclusivamente "assistenziale" in favore dell'ex coniuge economicamente più debole (art. 2 Cost.) - natura che in questa sede va ribadita - , sia la giustificazione della doverosità della sua "prestazione" (art. 23 Cost.)*" (Cass. Civ., sez. I, sent. 10 maggio 2017, n. 11504).

3.2. Considerato il cambiamento della struttura familiare e la centralità dell'autosufficienza, gli interpreti si sono chiesti se sia possibile ritornare ad una concezione (anche) compensativa dell'assegno, specie qualora uno dei coniugi si sia occupato in modo prevalente della famiglia, sacrificando le proprie aspirazioni lavorative.

In dottrina, c'è chi ha sostenuto che una natura compensativa dell'assegno divorzile sarebbe incompatibile con il nuovo orientamento giurisprudenziale, in quanto ciò contrasterebbe con il principio costituzionale di solidarietà, strettamente legato a quello personalistico[297]. Riconoscere all'assegno una funzione diversa da quella assistenziale, infatti, trasformerebbe il vincolo matrimoniale *"in una sorta di scommessa economica per il futuro"*[298] e l'assegno "*in una vera e propria esosa clausola penale matrimoniale"*: in altri termini, il principio di autodeterminazione nelle proprie scelte di vita, tra cui quella di occuparsi della famiglia a discapito della propria attività lavorativa, consisterebbe in una decisione libera e consapevole del coniuge, che non potrebbe, dunque, essere compensato per le conseguenze riconducibili ad una propria autonoma diversa volontà[299].

Viceversa, secondo altri Autori[300] non può più parlarsi di una natura esclusivamente assistenziale dell'assegno. Il coniuge più debole, infatti, dopo il divorzio non ricercherebbe assistenza, ma una ricompensa per i sacrifici effettuati a favore della famiglia. Ritenere che l'assegno di mantenimento abbia una funzione meramente assistenziale, porterebbe a considerarlo quale *"ultimo baluardo dell'indissolubilità del vincolo*"[301], come avveniva nella fase precedente, connotata dal modello di famiglia tradizionale. Certo è che con il divorzio non può esservi una completa cancellazione del passato comune[302], tuttavia anche nella fase dell' *an debeatur* è

[297] BARBA V., "*Assegno divorzile e indipendenza economica del coniuge. Dal diritto vivente al diritto vigente"*, in Giustizia Civile.com, 27.11.2017.

[298] *Ibid.*

[299] *Ibid.*

[300] RIMINI C., *"Verso una nuova stagione per l'assegno divorzile dopo il crepuscolo del fondamento assistenziale"*, in Nuova Giur. Civ., 2017, 9, p. 1274 e ancora RIMINI C., *"L'assegno divorzile"*, nella Relazione tenuta alla conferenza del 3 marzo 2018 organizzata dalla Scuola Superiore della Magistratura. Secondo quest'ultimo, non dovendosi ritenere che l'assegno abbia natura assistenziale, i parametri possono essere individuati nei sacrifici effettuati e nei redditi e nelle sostanze dell'altro coniuge, che hanno creato un affidamento nel coniuge più debole.

[301] RIMINI C., *"Verso una nuova stagione per l'assegno divorzile dopo il crepuscolo del fondamento assistenziale"*, in Nuova Giur. Civ., 2017, 9, p. 1274.

[302] DANOVI F., *"La meritevolezza dell'assegno di divorzio va valutata nel concreto svolgimento della vita coniugale"*, in Fam. e dir., 2018, 4, p. 377.

necessaria un'analisi della situazione in concreto, alla luce dei principi di uguaglianza e solidarietà, in un'ottica di meritevolezza[303].

Altra dottrina ha sostenuto che l'assegno divorzile dovrebbe essere inteso non più quale strumento volto a riequilibrare le condizioni dei coniugi, quanto finalizzato ad assicurare loro un'indipendenza economica[304]. Secondo questa tesi, non dovrebbe escludersi *in toto* il parametro del tenore di vita, che si porrebbe come tetto massimo dell'assegno riconoscibile nei confronti del coniuge più debole[305]. Soltanto nella fase di determinazione del *quantum* verrebbe in rilievo l'autoresponsabilità, che si porrebbe quale principio idoneo a differenziare in concreto le divergenti situazioni di vita matrimoniale[306]. Di conseguenza, l'assegno divorzile assumerebbe una funzione assistenziale- perequativa nei casi in cui il coniuge più debole si sia dedicato per molto tempo alle esigenze della famiglia, mentre avrebbe una funzione assistenziale- riabilitativa nei matrimoni di più breve durata, con l'obiettivo del raggiungimento dell'indipendenza economica[307].

3.3. Anche la sentenza che si annota si indirizza a riconoscere una natura compensatoria dell'assegno, nella parte in cui afferma: *"Al di là della considerazione che sarebbe invece finalmente opportuno superare il dogma della natura assistenziale dell'assegno divorzile e affermare che, dopo il divorzio, sopravvive solo l'esigenza di compensare il coniuge debole per i sacrifici fatti a favore della famiglia durante il matrimonio, come evidenziato anche dagli interpreti più attenti, proprio nella perimetrazione del concetto di "autosufficienza economica" deve individuarsi il nucleo problematico del nuovo ragionamento prospettato dalla Corte di legittimità"*.

---

[303] *Ibid.*

[304] AL MUREDEN E., "*L'assegno divorzile tra solidarietà e autoresponsabilità: dal parametro del tenore di vita coniugale a quello dell'indipendenza economica del richiedente?"*, in Giustizia Civile.com, 15.05.2017.

[305] *Ibid.*

[306] *"Le condivisibili istanze di valorizzare il principio dell'autoresponsabilità dovrebbero trovare attuazione – in conformità a quanto recentemente chiarito dalla Corte costituzionale – in quella seconda fase del giudizio in cui, venendo in considerazione la quantificazione in concreto della somma dovuta a titolo di assegno divorzile, assumono rilievo tutti gli altri criteri indicati nell'art. 5 l. div. Proprio la rigorosa applicazione di tali criteri (condizione e reddito dei coniugi, contributo personale ed economico dato da ciascuno alla formazione del patrimonio comune, durata del matrimonio, ragioni della decisione) dovrebbe agire quale fattore di moderazione e diminuzione della somma considerata in astratto e condurre alla sua riduzione o al suo azzeramento in attuazione di un principio di autoresponsabilità"* (Ibid.)

[307] *Ibid.*

De iure condendo ed in attesa di sviluppi legislativi futuri, la pronuncia in commento non trascura di evidenziare che nella medesima direzione sembra rivolgersi anche la proposta di legge Ferranti[308], prevedendo che l'assegno è *"destinato a compensare, per quanto possibile, la disparità che lo scioglimento o la cessazione degli effetti del matrimonio crea nelle condizioni di vita dei coniugi"*. Da ciò si evince un'apertura ad una finalità non esclusivamente assistenziale dell'assegno, nonostante deve darsi atto che, in via di emendamento, è stata proposta una modifica del termine "compensare" con "equilibrare".

4. Problemi legati al riconoscimento della natura compensatoria dell'assegno

4.1. Affermare che la natura dell'assegno divorzile sia eminentemente assistenziale comporta il rischio di giungere a soluzioni inique nei confronti del coniuge più debole, che si sia occupato della famiglia a discapito della propria formazione e delle proprie aspirazioni lavorative[309].

Il problema si riscontra quando, al momento del divorzio, il coniuge richiedente abbia un'età che non gli permetta di reinserirsi nel mercato del lavoro o la sua professionalità sia stata compromessa dalle scelte prese in costanza di matrimonio (si pensi all'interruzione della propria formazione o all'abbandono di una certa carriera lavorativa). Se si applicassero rigorosamente i parametri individuati dalla Corte di Cassazione, senza riconoscere una finalità anche compensativa all'assegno divorzile, si rischierebbe di non valorizzare i sacrifici compiuti a favore della famiglia da parte di uno dei coniugi, non riuscendo così a differenziare situazioni matrimoniali diverse.

Seguendo una logica puramente assistenziale, non sarebbe riconosciuto alcun assegno nei confronti di chi percepisca un reddito di gran lunga inferiore a quello che avrebbe guadagnato se non si fosse occupato in via prevalente della famiglia, sacrificando le proprie aspirazioni professionali. Allo stesso modo, nessun assegno sarebbe dovuto nei confronti di chi abbia raggiunto un grado minimo di autosufficienza economica.

[308] La proposta C4605, presentata alla Camera dei Deputati, è relativa alle modifiche all'articolo 5 della legge 1 dicembre 1970, n. 898, in materia di assegno spettante a seguito di scioglimento del matrimonio o dell'unione civile.

[309] RIMINI C., *"Verso una nuova stagione per l'assegno divorzile dopo il crepuscolo del fondamento assistenziale"*, in Nuova Giur. Civ., 2017, 9, 1274; ID., *"Assegno di mantenimento e assegno divorzile: l'agonia del fondamento assistenziale"*, in Giur. it., 2017, 8/9, p. 1805.

4.2. Proprio per tali ragioni, la questione involve anche la possibilità di ricomprendere i criteri concernenti la determinazione dell'importo dell'assegno divorzile all'interno dei parametri tesi a determinare la sussistenza dello stesso alla stregua dell'autosufficienza economica.

In particolare, si pone il problema di come debba interpretarsi il concetto di adeguatezza dei mezzi indicato all'art. 5, comma 6°, l. div., alla luce del nuovo orientamento della Corte di Cassazione. Questione centrale in tale indagine e strettamente legata alla natura dell'assegno, è comprendere come possano essere individuati i criteri volti a riempire tale nozione. L'adeguatezza dei mezzi, infatti, non coincide con la loro sufficienza[310] e non può più parametrarsi sul tenore di vita, dovendosi valorizzare l'aspetto della responsabilizzazione dei coniugi, essendo ormai superata l'idea del matrimonio come certezza economica per il futuro[311].

Secondo attenta dottrina, l'analisi sull'adeguatezza non deve essere effettuata ricercando dei parametri esterni all'art. 5, comma sesto, l. div., che conterrebbe già tutte le indicazioni necessarie[312]. L'adeguatezza dei mezzi andrebbe dunque riempita di contenuto facendo riferimento ai criteri già presenti nella prima parte della norma, che rileverebbero non solo nella determinazione del *quantum debeatur*, ma anche nella preliminare fase di determinazione del diritto all'assegno[313]. Solo così si riuscirebbero a differenziare i singoli ed eterogenei casi concreti posti all'attenzione del giudicante[314], coerentemente con le emergenti esigenze compensative[315].

L'accoglimento di tale ricostruzione consentirebbe, dunque, di attribuire al parametro del contributo personale ed economico alla conduzione della famiglia valore di chiave di volta del sistema in grado di valorizzare i sacrifici effettuati dal richiedente durante la vita matrimoniale, grazie alla duttilità a cui si presta una lettura dell'adeguatezza in chiave compensativa[316]. Il rilievo

[310] DANOVI F., *"La meritevolezza dell'assegno di divorzio va valutata nel concreto svolgimento della vita coniugale"*, in Fam. dir., 2018, 4, p. 377.

[311] QUADRI E., *"La natura dell'assegno di divorzio dopo la riforma"*, in Foro it., 1989, I, 2519.

[312] QUADRI E., *"La natura dell'assegno di divorzio dopo la riforma"*, in Foro it., 1989, I, 2520, il quale evidenzia come l'eliminazione della locuzione *"dignitoso mantenimento"* dal testo della norma consenta una lettura in chiave compensativa dell'assegno (*ibid.* 2519, 2521). Così anche RIMINI C., "*Assegno di mantenimento e assegno divorzile: l'agonia del fondamento assistenziale"*, in Giur. it., 2017, 8/9, p. 1806.

[313] QUADRI E., *"La natura dell'assegno di divorzio dopo la riforma"*, in Foro it., 1989, I, 2520.

[314] RIMINI C., "*Assegno di mantenimento e assegno divorzile: l'agonia del fondamento assistenziale"*, in Giur. it., 2017, 8/9, p. 1806.

[315] RIMINI C., "*Assegno di mantenimento e assegno divorzile: l'agonia del fondamento assistenziale"*, in Giur. it., 2017, 8/9, p. 1806.

[316] RIMINI C., "*Assegno di mantenimento e assegno divorzile: l'agonia del fondamento assistenziale"*, in Giur. it., 2017, 8/9, p. 1806.

del contributo del richiedente alla formazione del patrimonio personale dell'altro coniuge consente di far rientrare nella nozione di patrimonio non soltanto i beni, ma anche *"l'insieme di potenzialità di affermazione reddituale e professionale accumulate, appunto, durante la convivenza matrimoniale pure come effetto del contributo prestato dall'altro coniuge alla conduzione familiare"*[317].

4.3. In relazione alla fase dell'*an debeatur*, la sentenza del Tribunale di Treviso enuncia dei criteri che riflettono le indicazioni già presenti nell'art. 5, l. div., cercando di riempire di contenuto i principi già affermati dalla Suprema. In questa prospettiva, che non pare porsi quale una terza via, viene proposta una possibile soluzione al problema di determinazione del diritto all'assegno nella risoluzione dei casi concreti.

Il Collegio trevigiano, con un'elencazione dettagliata[318], suddivide i criteri volti a individuare se sussista o meno l'indipendenza economica in due categorie: da un lato quelli di natura personale, dall'altro quelli di natura patrimoniale.

L'insieme dei parametri personali e patrimoniali deve essere analizzato dal Giudice in concreto e in modo complessivo, al fine di calibrare l'assegno alla specifica fattispecie, in un'ottica non solo assistenziale, ma anche compensativa[319].

Quanto ai criteri di natura personale, particolare rilievo viene conferito alle condizioni delle parti e alle loro effettive possibilità di lavoro. In relazione a tale ultimo aspetto, si valorizza la necessità per il coniuge più debole di ricercare una professione consona alla propria formazione ed esperienza[320]. Strettamente connesso, in una sorta di ponte tra i criteri di carattere personale e patrimoniale, è il sacrificio professionale di chi si è occupato prevalentemente della famiglia. Proprio in ciò si ravvisa lo snodo principale della sentenza che si annota e in relazione al quale

[317] *Ibid.*

[318] ROMA U., *"Alla ricerca dell'autosufficienza economica e del principio di eguaglianza dei coniugi al momento del divorzio"*, in Familia, I, 2018, pp. 46 e s.

[319] I criteri individuati dalla sentenza del Tribunale di Treviso, inoltre, sono vicini anche quanto stabilito nell'ordinamento d'oltralpe nel quale, come si è analizzato al paragrafo 2.2., si fa espresso riferimento ad una prestazione compensatoria.

[320] Ciò rievoca quanto previsto al § 1574 del BGB, che stabilisce per il coniuge divorziato il dovere di esercitare un'attività lucrativa adeguata.

emergono i maggiori problemi legati al riconoscimento di una natura anche compensativa dell'assegno divorzile[321].

Come affermato da autorevole dottrina, uno dei principali meriti della pronuncia consiste infatti nel tentativo di fornire un riconoscimento al contributo del coniuge richiedente alla famiglia, prestando una particolare attenzione ad un aspetto centrale nel sentire sociale, ma che non è stato esplicitamente affrontato dalla Suprema Corte[322].

Proprio in questa fase si riscontrano le maggiori difficoltà per il giudicante, che deve essere in grado di differenziare situazioni eterogenee senza ricadere nella discrezionalità, facendo dunque riferimento a quei parametri che si possono ritrovare sia nell'art. 5, comma sesto, l. 898/1970, sia in quanto indicato dalla Corte di Cassazione nelle sentenze di maggio 2017 e che ogni corte di merito ha cercato di riempire di contenuto. Come, infatti, la sentenza specifica, *"sicuramente è diverso – e necessita di soluzioni difformi – il caso di una coppia di giovani coniugi che hanno sempre entrambi svolto un'attività lavorativa e il cui matrimonio ha avuto breve durata, da quello di una coppia di coniugi che ha ormai superato i sessant'anni ed in cui soltanto il marito ha lavorato, mentre la moglie si è occupata sempre della famiglia a discapito della sua attività lavorativa, da quello ancora di una coppia in cui entrambi i coniugi hanno sempre lavorato e avuto dei figli, che al momento del divorzio sono minorenni o economicamente non autosufficienti"*.

4.4. Il riconoscimento di una natura compensativa dell'assegno divorzile può comportare il rischio che anche la durata del matrimonio divenga un criterio centrale nell'indagine sull'*an debeatur*. Infatti, un'analisi dei sacrifici personali compiuti da uno dei coniugi per la famiglia, non può prescindere dalla necessità e dall'importanza di verificare la durata del matrimonio[323], come, peraltro, sembra evincersi anche dalle esemplificazioni presenti nella sentenza stessa.

---

[321] Come affermato in ROMA U., *"Alla ricerca dell'autosufficienza economica e del principio di eguaglianza dei coniugi al momento del divorzio",* in Familia, I, 2018, p. 53: *"l'espediente tecnico generale per assicurare soddisfazione dell'interesse compensativo- perequativo sta nella sua attrazione nella fase stessa dell'an, cioè nel momento deputato all'accertamento del presupposto (assistenziale) per il riconoscimento dell'assegno, che, nella nuova interpretazione di legittimità, passa attraverso l'attribuzione di significato al sintagma indipendenza economica"*.

[322] ROMA U., *"Alla ricerca dell'autosufficienza economica e del principio di eguaglianza dei coniugi al momento del divorzio",* in Familia, I, 2018, p. 46.

[323] La durata del matrimonio è ritenuta quale "criterio- chiave" in (QUADRI E., *"La natura dell'assegno di divorzio dopo la riforma"*, in Foro it., 1989, I, 2524 e in ID., *"Definizione degli assetti economici postconiugali ed esigenze perequative"*, in Riv. dir. fam. e pers., 2005, p. 1308. In particolare, lo stesso evidenzia come in precedenza

Non vi sarà dunque alcun diritto all'assegno nel caso di una coppia giovane e senza figli, in cui entrambi i coniugi abbiano un lavoro congruo alla propria formazione e il cui matrimonio abbia avuto breve durata. Proprio in tale ipotesi emerge l'importanza dell'autoresponsabilità[324]. Deve ritenersi, però, che pur se si riconoscesse una natura compensativa all'assegno, questo non dovrebbe essere versato quando uno dei coniugi non abbia un lavoro congruo al momento del divorzio e ciò non sia conseguenza dei sacrifici sostenuti per la famiglia. Pertanto, dovrebbe riscontrarsi un nesso causale tra l'essersi occupati prevalentemente della famiglia e il mancato raggiungimento o l'abbandono della propria posizione professionale[325].

Particolare rilievo avrà, dunque, la capacità professionale del coniuge al momento del divorzio e a ciò è legata anche la condizione personale dal punto di vista fisico e anagrafico. Deve però comprendersi se e fino a che punto l'età e la capacità professionale del coniuge più debole possano scalzare i sacrifici effettuati durante il matrimonio. Si pensi, ad esempio, ad un rapporto coniugale di non breve durata, nel quale uno dei coniugi abbia rinunciato alla propria attività professionale, scegliendone una che gli permettesse di occuparsi dei figli. Si può ritenere che egli abbia diritto ad un assegno divorzile nel caso in cui, al momento del divorzio, abbia ancora con un'età che gli permetta di reinserirsi nel mercato del lavoro, con una mansione adeguata alle sue competenze? In un caso di tal genere prevalgono i sacrifici lavorativi per dedicarsi alla famiglia o prevale la capacità professionale al momento del divorzio? A giudizio di chi scrive, dal punto di vista concreto si tenderebbe più facilmente ad optare per quest'ultima soluzione, rischiando, però, una commistione tra una natura compensativa dell'assegno e la valorizzazione dell'autodeterminazione nelle proprie scelte di vita. Infatti, come si è già avuto modo di evidenziare[326], potrebbe porsi il problema di riconoscere da un lato una funzione perequativa

sia stata data una rilevanza soltanto in negativo alla durata del vincolo, ai fini dell'esclusione dell'assegno (ID., pp. 1309 s.). La rilevanza della durata del matrimonio si riscontra anche nella valutazione dell'adeguatezza dei mezzi dei coniugi (QUADRI E., *"La natura dell'assegno di divorzio dopo la riforma"*, in Foro it., 1989, I, 2520)

[324] AL MUREDEN E., *"Berlusconi v. Lario: autosufficienza e tenore di vita coniugale in un big money case italiano"*, in Fam. dir., 2018, 4, p. 347.

[325] Sui problemi dell'applicazione incondizionata del principio di autosufficienza economica si veda DANOVI F., *"Assegno di divorzio e irrilevanza del tenore di vita matrimoniale: il valore del precedente per i giudizi futuri e l'impatto sui divorzi già definiti"*, in Fam. dir., 2017, 7, p. 3.

[326] Si veda, a riguardo, il paragrafo precedente e in particolare il contributo di BARBA V., "*Assegno divorzile e indipendenza economica del coniuge. Dal diritto vivente al diritto vigente"*, in Giustizia Civile.com, 27.11.2017.

dell'assegno e dall'altro di ritenere che i coniugi siano responsabili delle loro decisioni lavorative e delle conseguenze che ne derivano[327].

Dal punto di vista pratico, si può ritenere che la natura compensativa "pura" dell'assegno possa emergere in modo evidente soltanto nei casi riguardanti le famiglie tradizionali, nelle quali era uno dei coniugi (nella maggior parte dei casi il marito) a svolgere un'attività lavorativa, mentre l'altro si occupava in via prevalente della famiglia. Deve, però, rilevarsi come si sia giunti ormai al tramonto di tale modello e come sia dunque complicato individuare *de plano* una natura esclusivamente compensativa dell'assegno divorzile. È certamente necessario che il Giudice, trovandosi di fronte ad una famiglia tradizionale, fornisca una tutela al coniuge più debole[328], ma si deve altresì rilevare come tali ipotesi sono destinate a ridursi notevolmente.

Il parametro dei sacrifici effettuati durante la vita matrimoniale, dunque, è destinato probabilmente ad essere sempre meno rilevante e a porsi quale criterio concorrente soltanto per dei casi limite nel prossimo futuro, in cui sarà plausibilmente scalzato (come si ritiene potrebbe accadere sin da ora nei casi di famiglie non legate al modello tradizionale) dalla capacità professionale- reddituale del coniuge al momento del divorzio, a prescindere dai sacrifici che egli abbia compiuto nella vita coniugale, che si ritengono espressioni della sua libera scelta.

***

Trib. Treviso, 26 gennaio 2018; Presidente Daniela Ronzani - Relatore Alberto Barbazza

Assegno divorzile - Criterio dell'autosufficienza economica - Parametri per la determinazione dell'an - Parametri personali e patrimoniali

[327] La valorizzazione delle scelte di vita, in ossequio al principio di autodeterminazione, infatti, consentirebbe di evitare *"situazioni distorsive e abusive di cui la cronaca dell'ultimo lustro ha dato ampia eco: coniugi obbligati a corrispondere assegni divorzili spropositati a fronte di altri ex coniugi che, al solo scopo emulativo, sceglievano deliberatamente di non lavorare"* (BARBA V., "*Assegno divorzile e indipendenza economica del coniuge. Dal diritto vivente al diritto vigente"*, in Giustizia Civile.com, 27.11.2017).

[328] Evocativa l'immagine di DANOVI F., *"La meritevolezza dell'assegno di divorzio va valutata nel concreto svolgimento della vita coniugale"*, in Fam. dir., 2018, 4, p. 378, il quale evidenzia come sia necessario che i Giudici distinguano tra *"coniugi che hanno soltanto futuro"*, il cui matrimonio è stato breve e senza figli e non ha comportato sacrifici (situazione alla quale si può accostare quella di persone sposatesi in età avanzata e con figli ormai adulti) e matrimoni di medio- lunga durata.

Va oggi superato il dogma della natura assistenziale dell'assegno divorzile, affermando che, dopo il divorzio, sopravvive solo l'esigenza di compensare il coniuge debole per i sacrifici fatti a favore della famiglia durante il matrimonio; diviene, perciò, fondamentale perimetrare il concetto di "autosufficienza economica".

In particolare, deve essere tenuto presente che la struttura familiare si è oggi modificata e si riscontrano sempre più casi nei quali entrambi i coniugi svolgono un'attività lavorativa: dunque riconoscere il diritto all'assegno divorzile basandosi soltanto sul tenore di vita precedente, si risolverebbe in una richiesta a volte ingiustificata da parte dell'ex coniuge, soprattutto guardando all'impoverimento subito dalle parti in seguito al divorzio. Inoltre, occorre equilibrare le fortune economiche dei coniugi rispetto agli sforzi e alle rinunce da ciascuno di essi effettuati a favore della famiglia.

Vi sono due ordini di parametri da utilizzare al fine di comprendere se vi sia autosufficienza economica del coniuge richiedente l'assegno divorzile: da un lato, parametri di natura personale, dall'altro, parametri inerenti la sfera patrimoniale dei coniugi. In ciascuno di tali ambiti rientrano voci di varia natura che dovranno essere valutati dal tribunale complessivamente ed in relazione alla fattispecie concreta in esame.

[*Omissis*] *"1.6 Alla luce del variegato panorama giurisprudenziale attuale, ci si deve interrogare su quali siano i parametri da adottare in caso di decisione sull'esistenza del diritto al percepimento dell'assegno divorzile.*

Le pronunce della Corte di Cassazione evidenziano, in modo certamente condivisibile, la necessità di non considerare il matrimonio come un vincolo ultrattivo rispetto allo scioglimento dello stesso, soffermandosi sull'importanza da attribuire al criterio dell'autosufficienza economica di ciascun coniuge, considerato come persona singola dopo il divorzio.

Il nuovo orientamento, infatti, si adegua ad un mutamento storico- sociale della struttura familiare, ritenendo che parametrare il diritto ad un assegno divorzile al tenore di vita tenuto in costanza del vincolo sia ormai anacronistico e riferibile ad un modello quasi del tutto appartenente al passato, nel quale soltanto il marito svolgeva un'attività lavorativa, mentre la moglie si occupava della famiglia.

Da un lato, oggi la struttura familiare si è modificata e si riscontrano sempre più casi nei quali entrambi i coniugi svolgono un'attività lavorativa: dunque riconoscere il diritto all'assegno

divorzile basandosi soltanto sul tenore di vita precedente, si risolverebbe in una richiesta a volte ingiustificata da parte dell'ex coniuge; come correttamente osservano sia la Corte d'Appello di Milano sia la Corte d'Appello di Genova, il parametro del tenore di vita non è più utilizzabile, soprattutto guardando all'impoverimento subito dai coniugi in seguito al divorzio, in quanto porterebbe ad un inevitabile mutamento in pejus del tenore di vita stesso di colui che versa l'assegno.

D'altro canto, tale esigenza va bilanciata con la necessità di equilibrare le fortune economiche dei coniugi rispetto agli sforzi e alle rinunce da ciascuno di essi effettuati a favore della famiglia, in modo tale che il coniuge più debole che al momento dello scioglimento del matrimonio non abbia redditi sufficienti a garantirgli l'indipendenza economica e non riesca a procurarseli incolpevolmente, ottenga un assegno divorzile che rappresenti anche una sorta di riconoscimento per l'attività svolta durante il matrimonio a favore del nucleo familiare.

È, dunque, indispensabile individuare i parametri a cui ancorare il diritto all'assegno divorzile, evitando il rischio di trovare degli indici eccessivamente astratti.

1.7 Pertanto, alla luce dei criteri indicati dalla Suprema Corte nelle recenti pronunce di merito e alla luce del dettato legislativo di cui all'art. 5, comma sesto, l. div. (che rappresenta allo stato l'unico appiglio normativo), dobbiamo ritenere vi siano due ordini di parametri da utilizzare al fine di comprendere se vi sia autosufficienza economica del coniuge richiedente l'assegno divorzile.

Da un lato, parametri di natura personale, dall'altro, parametri inerenti la sfera patrimoniale dei coniugi.

In ciascuno di tali ambiti rientrano voci di varia natura che dovranno essere valutati dal tribunale complessivamente ed in relazione alla fattispecie concreta in esame.

Per ciò che concerne i parametri di natura personale, vanno ricondotti in tale categoria:

- *le capacità fisiche e condizioni personali delle parti;*
- *le possibilità effettive di lavoro delle parti in relazione alla salute, all'età, al sesso;*
- *la ricerca da parte del coniuge eventualmente disoccupato di un'occupazione lavorativa consona all'esperienza professionale maturata e al titolo di studi conseguito o l'esistenza di concrete giustificazioni dell'impossibilità, per impedimento fisico o altra condizione personale, a svolgere qualsivoglia attività lavorativa;*

- le condizioni dei coniugi a seguito del divorzio, anche in relazione alla circostanza che uno dei coniugi si sia occupato prevalentemente della cura della famiglia, a scapito della propria attività lavorativa e della propria crescita professionale: come rilevato anche dalla Corte d'Appello di Genova, infatti, un'applicazione troppo rigorosa del nuovo orientamento giurisprudenziale rischia di penalizzare eccessivamente il coniuge che si sia dedicato prevalentemente alla famiglia, a scapito della propria attività lavorativa e della propria crescita professionale.

Infatti, solo per elencare alcune situazioni concrete possibili, sicuramente è diverso – e necessita di soluzioni difformi – il caso di una coppia di giovani coniugi che hanno sempre entrambi svolto un'attività lavorativa e il cui matrimonio ha avuto breve durata, da quello di una coppia di coniugi che ha ormai superato i sessant'anni ed in cui soltanto il marito ha lavorato, mentre la moglie si è occupata sempre della famiglia a discapito della sua attività lavorativa, da quello ancora di una coppia in cui entrambi i coniugi hanno sempre lavorato e avuto dei figli, che al momento del divorzio sono minorenni o economicamente non autosufficienti.

Quanto, invece, ai parametri di natura patrimoniale, devono essere tenute in considerazione:

- le possibilità effettive di lavoro delle parti in relazione al mercato del lavoro esistente nella zona geografica in cui esse risiedono;

- il possesso patrimoni mobiliari ed immobiliari e di redditi (anche non dichiarati) da parte dei coniugi, tenuto conto anche degli oneri che essi comportano;

- il costo della vita nel luogo di residenza dei coniugi come certificato dai dati ISTAT più recenti e con eventuale riferimento alla provincia o regione di appartenenza;

- la stabile disponibilità di una casa di abitazione ed il titolo in base al quale è detenuta;

- la capacità di far fronte direttamente alle spese essenziali di vita (vitto, alloggio ed esercizio dei diritti fondamentali) o la necessità di accedere a sussidi economici erogati da enti territoriali o altre strutture pubbliche o private in base al reddito.

1.8 In relazione alla determinazione del quantum dell'assegno divorzile, peraltro, dovranno continuare ad essere tenuti in considerazione i parametri individuati dal legislatore all'art. 5, comma sesto, l. div."

[*Omissis*]

EMANUELE QUADRACCIA

Il giudizio previdenziale dopo la sentenza n. 241 del 2017 della Consulta: alla ricerca del "valore perduto" della prestazione previdenziale tra (ir)ragionevolezza delle norme e difficoltà applicative

Con ordinanza del 6 marzo 2015 la Corte d'appello di Torino, sezione lavoro, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'ultimo periodo dell'art. 152 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura civile, come modificato dall'art. 38, comma 1, lettera b), n. 2, del decreto- legge 6 luglio 2011, n. 98 (Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria), convertito, con modificazioni, nella legge 15 luglio 2011, n. 111, che, nei giudizi per prestazioni previdenziali, sanziona, con l'inammissibilità del ricorso, l'omessa indicazione del valore della prestazione dedotta in giudizio, il cui importo deve essere specificato nelle conclusioni dell'atto introduttivo.

I giudici della Consulta, con la sentenza n. 241 del 20 novembre 2017, riconoscendo l'eccessiva gravità della sanzione (e delle sue conseguenze) rispetto al fine perseguito, hanno ritenuto la manifesta irragionevolezza della norma in esame.

In particolare, la Corte, soffermandosi sul controllo di costituzionalità in materia di istituti processuali, ha evidenziato le difficoltà che emergono allorquando si guardi alla fattispecie denunciata attraverso il prisma della ragionevolezza. Difficoltà, queste, che nell'ambito del peculiare giudizio costituzionale in rassegna discendono dal fatto che la valutazione di conformità/difformità è effettuata in relazione a valori e principi, ovverosia ad enunciati con un contenuto normativo di un livello di generalità molto alto, e, dunque, potenzialmente aperti a molteplici e varie declinazioni. Di talché, siffatto riscontro deve essere compiuto verificando «*che il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti non sia stato realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale. Tale giudizio deve svolgersi «attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire,*

tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti» (sentenza n. 1130 del 1988)»[329].

Orbene, secondo il Giudice delle leggi l'ultima parte dell'art. 152 disp. att. cod. proc. civ., oggetto di censura, deve essere letta congiuntamente alla previsione del capoverso immediatamente precedente, introdotto dall'art. 52 della legge 18 giugno 2009, n. 69 (Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile), che stabilisce che il giudice, nei giudizi per prestazioni previdenziali, non può liquidare spese, competenze ed onorari superiori al valore della prestazione dedotta in giudizio.

Il nesso che lega i due periodi - secondo il ragionamento della Corte - è di perspicua chiarezza e la *ratio* sottesa al complessivo intervento normativo *«va ricercata nell'esigenza di evitare l'utilizzo abusivo del processo che, in materia previdenziale, veniva spesso instaurato per soddisfare pretese di valore economico irrisorio, al solo fine di conseguire le spese di lite»*[330]. Ed invero, prosegue il giudice costituzionale, *«nella relazione di accompagnamento al disegno di legge di conversione del decreto- legge 6 luglio 2011, n. 98 (Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria) si chiarisce che l'obbligo di dichiarare il valore della prestazione ha lo scopo di commisurare a tale valore il limite massimo alla liquidazione delle spese processuali (già introdotto dalla legge n. 69 del 2009), intendendosi così "scoraggiare fenomeni elusivi consistenti nella prassi di non quantificare il petitum, limitandosi a richiedere un accertamento generico ovvero indicando valori generici o richieste non sufficientemente quantificate" ed evidentemente pretestuose»*[331].

In conclusione, entrambe le disposizioni in esame mirano a deflazionare il contenzioso c.d. "bagatellare", ma, ad avviso della Corte, siffatto obiettivo è pienamente raggiunto mediante la (sola) previsione della necessaria (per il giudice) parametrazione delle spese al *«valore della prestazione dedotta in giudizio»*, con divieto (sempre per il giudice) di effettuare liquidazioni ad esso superiori. E ciò in quanto - ed è questo il punto focale di questo nostro intervento - detta parametrazione opera nel momento della liquidazione delle spese di lite, quando dunque, a conclusione della controversia, *«il giudice conosce il valore della controversia. Pertanto egli non*

[329] Corte Cost., 30 aprile 2015, n. 71.
[330] Cfr., § 9 del *"Considerato in diritto"*.
[331] Così, *ibidem*.

avrà bisogno della quantificazione contenuta nell'atto introduttivo, ma sarà sottoposto al vincolo derivante dal limite legale imposto dalla liquidazione. L'effetto deflattivo a cui mira il suddetto limite è, comunque, conseguito ed è idoneo a scoraggiare l'instaurarsi di liti pretestuose»[332].

Le premesse da cui muove il ragionamento della Corte assumono, a ben vedere, una condivisibile connotazione assiologica: il contrasto all'abuso del processo è già efficacemente realizzato dalla disciplina introdotta dalla novella di cui all'art. 52 della legge n. 69 del 2009. Sanzionare, allora, con lo stigma dell'inammissibilità il ricorso privo della dichiarazione del valore (e della quantificazione dell'importo) della prestazione dedotta in giudizio varrebbe ad integrare una penalizzazione irragionevole e sproporzionata a fronte di un mancato adempimento di rilevanza meramente formale, eccedente rispetto al fine perseguito dal legislatore.

È trasponendo però sul piano applicativo il canone ermeneutico appena enunciato che si appalesano, per l'interprete, innegabili problemi.

Da un lato, infatti, il generale contesto normativo in cui si inserisce il contenzioso previdenziale è noto: la c.d. "giungla normativa"[333] che nel corso degli anni si è venuta a determinare *in subiecta materia* attraverso la stratificazione di norme di legge, aggiunte nel tempo con reiterati e spesso ravvicinati interventi del legislatore (a volte tampoco coordinati ed armonizzati con la normativa preesistente), ha dato vita ad un quadro giuridico intricato, frammentato, incoerente e farraginoso.

Dall'altro, l'evoluzione, negli ultimi decenni, della struttura demografica ed occupazionale del nostro Paese ha avuto come più tangibile conseguenza una significativa impennata delle domande di protezione sociale che vedono come destinatario il sistema pubblico di *welfare*.

La combinazione dei due ingredienti dà vita ad un sistema difficilmente governabile anche per l'operatore giuridico più accorto e preparato (giudice, avvocato, consulente).

Per tornare all'oggetto della nostra analisi, si pensi, in concreto, al momento in cui il giudice, all'esito della controversia, è chiamato a liquidare le spese ed i compensi ed a parametrarli al valore della *"prestazione dedotta in giudizio"*.

[332] *Idem.*

[333] L'espressione, icastica, viene di sovente utilizzata per definire l'ipertrofia legislativa in materia previdenziale e, più in generale, lavoristica (cfr., in dottrina, *ex aliis*, PISANI, *Norme fondamentali di diritto del lavoro*, Torino, 2014, VII; in giurisprudenza, Cass. civ., sez. lav., 14 luglio 2008, n. 19299, Cass. civ., sez. lav., 12 giugno 1987, n. 518, Trib. Roma, sez. lav., 19 maggio 2009, n. 8990).

Si tenga a mente, quindi, la molteplicità di prestazioni assicurative ed assistenziali contemplate dal legislatore, riflettendo, tra l'altro, sull'assonanza, anche lessicale, tra molte di esse: assegno mensile (art. 13, l. n. 118/1971), assegno ordinario di invalidità (art. 1, l. n. 222/1984), assegno sociale (art. 3, co. 6, l. n. 335/1995), pensione di inabilità (art. 12, l. n. 118/1971), pensione ordinaria di inabilità (art. 2, l. n. 222/1984), pensione di vecchiaia anticipata (art. 1, co. 8, d.lgs. n. 503/1992), pensione ai superstiti (art. 13, l. n. 218/1952), pensione ai superstiti in favore di soggetti maggiorenni inabili (art. 13, r.d.l. n. 636/1939), pensione per ciechi assoluti (art. 7, l. n. 66/1962), pensione per ciechi parziali (art. 8, l. n. 66/1962), speciale indennità per ciechi parziali (art. 3, l. n. 508/1988), pensione non reversibile a favore delle persone sorde (art. 1, l. n. 381/1970 e art. 14 *septies*, d.l. n. 663/1979), indennità di comunicazione in favore dei sordi prelinguali (art. 4, l. n. 508/1988), indennità di accompagnamento (art. 1, l. n. 18/1980), indennità di accompagnamento per ciechi assoluti (art. 1, l. n. 406/1968), ecc.[334]. Si consideri inoltre che, alle volte, il contenzioso previdenziale non ha ad oggetto vere e proprie "prestazioni", bensì l'accertamento di *status*: di portatore di handicap (art. 3, co. 1, l. n. 104/1992), di handicap grave (art. 3, co. 3, l. n. 104/1992), di handicap superiore ai due terzi (art. 21, l. n. 104/1992), ecc.. Si tenga ancora presente come, all'esito del giudizio, possa essere riconosciuto alla parte istante il diritto a percepire una data prestazione - il cui valore aggiornato non si desume peraltro dalla lettera della legge, per essere questa ancorata, nella maggior parte dei casi, a valori espressi, in lire, all'epoca dell'entrata in vigore - con retrodatazione della stessa finanche al momento della presentazione, (diverso) tempo prima, dell'istanza amministrativa.

Alla luce di quanto precede, considerato, a titolo esemplificativo, un ricorso giurisdizionale finalizzato ad ottenere la pensione di inabilità *ex* art. 12, legge n. 118 del 1971 (*«Ai mutilati ed invalidi civili di età superiore agli anni 18, nei cui confronti, in sede di visita medico- sanitaria, sia accertata una totale inabilità lavorativa, è concessa a carico dello Stato e a cura del Ministero dell'interno, una pensione di inabilità di lire 234.000 annue da ripartire in tredici mensilità con decorrenza dal primo giorno del mese successivo a quello della presentazione della domanda per l'accertamento dell'inabilità. […]. La pensione è corrisposta nella misura del 50 per cento a coloro che versino in stato di indigenza e siano ricoverati permanentemente in istituti a carattere pubblico che provvedono alla loro assistenza. A coloro che fruiscono di pensioni o rendite di*

[334] Per un'approfondita casistica, si rimanda a MESITI, *Manuale di diritto previdenziale*, Milano, 2014, 187 ss..

qualsiasi natura o provenienza di importo inferiore alle lire 18.000 mensili, la pensione e ridotta in misura corrispondente all'importo delle rendite, prestazioni e redditi percepiti. Con la mensilità relativa al mese di dicembre è concessa una tredicesima mensilità di lire 18.000, che è frazionabile in relazione alle mensilità corrisposte nell'anno. […].») ed ipotizzato, come è possibile, che all'esito della controversia venga accertato il diritto dell'istante a percepire il beneficio in questione sin dall'epoca della domanda presentata in sede amministrativa (ad es., il 31.12.2014), v'è da chiedersi quali siano gli strumenti attraverso i quali il giudice possa valutare, in concreto, il valore della prestazione (e dei relativi accessori) al fine di non eccedere, nella liquidazione delle spese, la soglia prevista dall'art. 152 disp. att. c.p.c., penultimo periodo.

A parere di chi scrive, non ve ne sono.

E le ricadute applicative della situazione venutasi a determinare sono tangibili. L'empirico districarsi dell'interprete nel labirinto previdenziale può infatti condurre, nel tentativo di individuare il corretto *"valore della prestazione"* cui ancorare la liquidazione di spese e compensi, ad errori di calcolo, specie nell'ipotesi, non così infrequente, di passaggio da uno all'altro dei parametri numerici (più noti come "scaglioni") di cui alla Tabella allegata al d.m. Giustizia del 10 marzo 2014, n. 55[335].

Giungendo a conclusione dalle considerazioni innanzi svolte, deve senz'altro ritenersi corretto l'obiettivo, efficacemente perseguito dalla Corte con la decisione in esame, di centrare un ragionevole e proporzionato bilanciamento tra la garanzia dell'accesso alla tutela giurisdizionale e la sua effettività, da una parte, e la necessità, dall'altra, di arginare eventuali fenomeni di strumentalizzazione del processo.

Il problema, di chiara matrice legislativa, viene però spostato, sugli attori del processo, giudici ed avvocati, chiamati insieme, in nome del convergente obiettivo di rispetto della legalità, ad una picaresca ricerca del "valore perduto".

Anche per questa via si leva dunque la voce per un impellente e necessario riassetto dell'intera materia previdenziale.

[335] Per avere un'idea di ciò che questo comporta, basti considerare che, nelle cause di previdenza, il passaggio dal primo scaglione di valore (da € 0,01 a € 1.100,00) al secondo (da € 1.100,01 a € 5.200,00), conduce, in termini di compensi medi liquidabili, ad un incremento degli importi riconoscibili al difensore di quasi quattro volte l'ammontare complessivo, formato dalla somma di tutte e quattro le fasi della controversia (si passa, infatti, da € 645,00 ad € 2.495,00).

GIUSEPPE TANGO, MARIA TERESA NICOTRI

La Corte di Giustizia e l'abusiva reiterazione di contratti a termine nel pubblico impiego

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Inquadramento normativo e giurisprudenziale della questione. – 3. L'intervento in funzione nomofilattica della Corte di Cassazione (S.U., 15 marzo 2016 n. 5072). – 4. La nuova ordinanza di remissione alla Corte di Giustizia da parte del Tribunale di Trapani. – 5. Corte Giust. 7 marzo 2018, C- 494/16 "Santoro". – 6. Considerazioni conclusive.

1.Premessa.

Il fenomeno del precariato nel pubblico impiego ha dato origine ad un vasto contenzioso nazionale e sovranazionale avente ad oggetto l'abusiva reiterazione di contratti a termine e le eventuali conseguenze relative all'illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro.

Spesso, infatti, le assunzioni a termine hanno di fatto costituito un vero e proprio sistema parallelo di reclutamento del personale, utilizzato per eludere il principio del concorso pubblico, il rispetto delle dotazioni organiche ed i vincoli di bilancio e di contenimento della spesa pubblica.

La sentenza in commento rappresenta soltanto l'ultimo capitolo di una nutrita costellazione di provvedimenti giurisdizionali che si sono - con sempre più assiduità nell'arco dell'ultimo ventennio – susseguiti ed occupati *funditus* della materia.

Infatti, sul punto si sono registrati un importante ancorché risalente intervento della Corte Costituzionale, svariati pronunciamenti di tribunali, corti di merito e di legittimità, nonché circa una decina (compresa quella di cui trattasi) di sentenze significative della Corte di Giustizia[336].

La questione sembrava aver raggiunto un definitivo approdo – almeno sotto il profilo interno - con la sentenza delle Sezioni Unite n. 5072 del 15 marzo 2016.

[336] *Ex multis*: Corte Giust. 7 settembre 2006 C- 53/04 "Marrosu e Sardino", Corte Giust. 4 luglio 2006, C-212/04 "Adelener"; Corte Giust. 7 settembre 2006, C- 180/04 "Vassallo"; Cort. Giust. 23 aprile 2009, nelle cause riunite C- 378/07 - C- 380/07; Corte Giust. 1 ottobre 2010, C- 3/10 "Affatato"; Corte Giust. 8 settembre 2010 C-177/10 "Rosado Santana"; Corte Giust. 12 dicembre 2013, C- 50/13 "Papalia".

Ebbene, tale approdo, aspramente criticato da una parte della dottrina[337] e messo in forte discussione dall'odierno giudice del rinvio (v. *infra* § 4), trova oggi una rassicurante sponda proprio nella sentenza in esame.

Non può, peraltro, trascurarsi che – anche sotto il profilo legislativo – detta questione si presenta connotata da grande attualità, atteso che tra gli obiettivi del d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75 si riscontra anche quello di ridurre il precariato nella Pubblica Amministrazione, sia attraverso la stabilizzazione di dipendenti in possesso di almeno tre anni di anzianità di servizio, anche non continuativi negli ultimi otto, sia ricorrendo a procedure concorsuali riservate, in misura non superiore al cinquanta per cento dei posti disponibili, ai precari della P.A.[338].

2. Inquadramento normativo e giurisprudenziale della questione.

Preliminarmente, è opportuno, seppur in modo sintetico, ripercorrere le tappe più rilevanti di questa intricata vicenda giudiziaria.

La disposizione cardine nell'ambito della normativa del lavoro a tempo determinato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni è senza dubbio l'art. 97 Cost., il cui ultimo comma, come è noto, prescrive che agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si acceda mediante pubblico concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge[339].

[337] M. DE LUCA, *Il giusto risarcimento per illegittima apposizione del termine a contratti privatizzati di pubblico impiego*, in Lavoro e giur., 2016, 12, p. 1053.

[338] V. art. 20 D.lgs. 25 maggio 2017, n. 75, rubricato *Superamento del precariato nelle pubbliche amministrazioni*. Al riguardo, sembra opportuno riportare quanto rilevato dal Consiglio di Stato nel parere allo schema di decreto legislativo di riforma del pubblico impiego (Cons. St., comm. spec., 21 aprile 2017, n. 916); la Commissione speciale, in particolare, osserva che pur riconoscendosi che la previsione di assunzioni dirette costituisce una rilevante eccezione al principio del concorso pubblico, la normativa nazionale, per effetto della giurisprudenza della Corte di Giustizia, «non può ricorrere all'utilizzo abusivo e potenzialmente perenne del c.d. precariato, senza farsi nel contempo carico della posizione di quanti, per anni e magari per decenni, hanno prestato attività lavorativa in favore della pubblica amministrazione con contratto di lavoro flessibile». Sembra rilevante riportare anche il monito finale contenuto nel parere sul tema del precariato: «la Commissione non può non segnalare che, indipendentemente dalle soluzioni concrete che il Governo intenderà adottare per superare il problema del precariato … occorre … un attento e costante monitoraggio da parte del Ministero per la semplificazione e la pubblica amministrazione sulla corretta elaborazione dei piani del fabbisogno delle amministrazioni e sull'utilizzo delle tipologie di lavoro flessibile per evitare nel futuro il riformarsi di fenomeni più o meno estesi di precariato, che pone gravi problemi sia sul piano giuridico (quanto meno con riferimento agli artt. 2, 3 comma 2, 35, 36 e 97 Cost.) che sul piano sociale, dovendo evitarsi il ricorso ciclico a misure straordinarie di stabilizzazione (del tutto simili a condoni più o meno mascherati, che minano la credibilità stessa dell'ordinamento)».

[339] Il canone espresso dall'art. 97 Cost. costituisce proiezione del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), invero, per la P.A. l'obbligo di non discriminazione comporta l'imparzialità dell'azione pubblica; ciò significa che l'art. 97 Cost. rappresenta una estrinsecazione del principio di uguaglianza, meglio la sua applicazione all'*agere* della P.A..

Diretta promanazione del suddetto principio costituzionale è la norma oggi contenuta nell'art. 36 30 marzo 2001, n. 165[340], che regola la disciplina relativa ai rapporti di lavoro a tempo determinato presso la pubblica amministrazione.

L'articolo, frutto di rimaneggiamenti ed oggetto di numerosi interventi legislativi[341] - per la parte che qui interessa - sancisce icasticamente le tassative ipotesi in cui è possibile fare ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato - ovvero solo per rispondere ad esigenze temporanee od eccezionali - , ribadendo il divieto di costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato in esito alla violazione di disposizioni imperative e disponendo, altresì, il risarcimento del pregiudizio subito, con tutte le difficoltà esegetiche in termini di qualificazione e quantificazione del danno e di tipologia del risarcimento[342].

La disposizione testé menzionata ha valicato incolume la scure del Giudice delle leggi (Corte Cost. 27 marzo 2003 n. 89)[343], ma questo esame avrebbe rappresentato soltanto il primo di una lunga serie, non tutti invero superati altrettanto brillantemente.

---

[340] Nonostante i vari rimaneggiamenti cui è stata sottoposta la disposizione (v. da ultimo D.lgs. n. 75/2017), essa rappresenta da sempre l'autentico pomo della discordia nella materia *de qua.*

[341] Cfr. Legge 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008); legge 6 agosto 2008, n. 133, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto- legge 25 giugno 2008, n. 112, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria.; legge 3 agosto 2009, n. 102, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto- legge 1° luglio 2009, n. 78, recante provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini e della partecipazione italiana a missioni internazionali; legge 30 ottobre 2013, n. 125, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto- legge 31 agosto 2013, n. 101, recante disposizioni urgenti per il perseguimento di obiettivi di razionalizzazione nelle pubbliche amministrazioni.

[342] Di seguito il testo dei commi 5 e 5 quater della disposizione in esame: «5. In ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative. Le amministrazioni hanno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave. I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente articolo sono responsabili anche ai sensi dell'articolo 21 del presente decreto. Di tali violazioni si terrà conto in sede di valutazione dell'operato del dirigente ai sensi dell'articolo 5 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286».

«5- quater. I contratti di lavoro posti in essere in violazione del presente articolo sono nulli e determinano responsabilità erariale. I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente articolo sono, altresì, responsabili ai sensi dell'articolo 21. Al dirigente responsabile di irregolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile non può essere erogata la retribuzione di risultato».

[343] Come è noto, la Consulta ha ritenuto, in quella occasione, la disposizione in esame costituzionalmente legittima: a causa del principio dell'accesso mediante concorso al rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, si deve escludere che via sia omogeneità tra il lavoro c.d. "privato" e "pubblico". La differenza rilevante attiene, dunque, al profilo genetico del rapporto di lavoro, che richiede, nel caso del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, il rispetto del vincolo concorsuale di cui all'art. 97, comma 3, della Costituzione. Cfr. sul punto anche A. PRETEROTI, *Il contratto a termine nel settore pubblico tra novità legislative e primi riscontri giurisprudenziali* in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT*, 2010, 95, p. 15 e segg..

Infatti, anche la Corte di Giustizia è stata chiamata più volte dai giudici nazionali ad esprimersi circa l'astratta compatibilità della normativa interna con la disciplina comunitaria in materia di contratti di lavoro a tempo determinato. In particolare, sotto i riflettori della Corte è stata posta la questione relativa alla compatibilità del divieto di costituzione del rapporto a tempo indeterminato per i contratti a termine abusivi alle dipendenze di una pubblica amministrazione con la direttiva n. 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso da UNICE, CEEP, CES, che mira a creare un quadro normativo volto a pervenire gli abusi derivanti dalla successione di contratti a tempo determinato e, a tal fine, indica, nella clausola n. 5, alcune misure che gli Stati membri sono chiamati a recepire.

In sintesi, la giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di corretta applicazione della direttiva 99/70/CE, recepita dal Legislatore nazionale con il d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368[344], ha enucleato i seguenti principi:

la direttiva non è autoapplicativa, dunque anche la clausola 5, non essendo sufficientemente precisa (Cort. Giust. 23 aprile 2009, nelle cause riunite C- 378/07 - C- 380/07; Corte Giust. 1 ottobre 2010, C- 3/10 "Affatato");

la direttiva 99/70/CE e l'accordo quadro si applicano anche ai contratti di lavoro a tempo determinato conclusi con le amministrazioni pubbliche (Corte Giust. 8 settembre 2010, C- 177/10 "Rosado Santana"; Corte Giust. 7 settembre 2006, C- 53/04 "Marrosu e Sardino"; Corte Giust. 4 luglio 2006, C- 212/04 "Adelener"; Corte Giust. 7 settembre 2006, C- 180/04 "Vassallo");

il regime differenziato pubblico/privato è compatibile con il diritto eurounitario (Corte Giust. 7 settembre 2006 C- 53/04 "Marrosu e Sardino");

non sussiste alcun obbligo per gli Stati membri di prevedere la trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato (v. Corte Giust. 4 luglio 2006, C- 212/04 "Adelener"; Corte Giust. 7 settembre 2006 C- 53/04 "Marrosu e Sardino"; Corte Giust. 12 dicembre 2013, C- 50/13 "Papalia");

nell'affermare l'autonomia procedurale degli Stati membri nella modalità di adozione delle misure di cui alla clausola n. 5, la Corte di Giustizia ha rimarcato che queste ultime non devono essere meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna – principio

[344] Va comunque ricordato che oggi la disciplina dei contratti a tempo determinato trova nuova regolamentazione nel d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81.

di equivalenza – né devono rendere praticamente impossibile o difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario – principio di effettività (Corte Giust. 14 dicembre 1995, C- 312/93, "Peterbroeck");

è compito del giudice del rinvio individuare in concreto la sanzione adeguata e verificarne la compatibilità con il parametro europeo, stabilendo di volta in volta come quantificare il danno in maniera che il risarcimento sia equivalente e dissuasivo (Corte Giust. 1 ottobre 2010, C- 3/2010, "Affatato");

il diritto europeo osta a quei provvedimenti della normativa nazionale che prevedano, in caso di abuso di contratto a termine da parte del datore di lavoro pubblico, soltanto il diritto, per il lavoratore interessato, di ottenere il risarcimento del danno, quando tale diritto «è subordinato all'obbligo, gravante su detto lavoratore, di fornire la prova di aver dovuto rinunciare a migliori opportunità di impiego, se detto obbligo ha come effetto di rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio, da parte del citato lavoratore, dei diritti conferiti dall'ordinamento dell'Unione» (Corte Giust. 12 dicembre 2013, C- 50/13 "Papalia");

in ogni caso la situazione che dà luogo a corresponsione dell'indennità al lavoratore in caso di illecita apposizione di un termine ad un contratto a termine è "considerevolmente diversa" da quella che impone il versamento dell'indennità al lavoratore illegittimamente licenziato (Corte Giust. 12 dicembre 2013, C- 361/12, "Carratù").

Tanto premesso, fermi i suddetti principi, il punto nodale controverso è rappresentato dalle differenti misure[345] apprestate dall'ordinamento italiano in ordine al ricorso abusivo al contratto di

[345] La clausola n. 5 indica alternativamente le misure idonee a prevenire gli abusi:

«1. Per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali a norma delle leggi, dei contratti collettivi e della prassi nazionali, e/o le parti sociali stesse, dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi e in un modo che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori, una o più misure relative a:

a) prescrizione di ragioni obiettive per il rinnovo di contratti a termine;

b) durata massima dei contratti a termine;

c) numero massimo dei rinnovi.

2. Gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali, e/o le parti sociali stesse dovranno, se del caso, stabilire a quali condizioni i contratti e i rapporti di lavoro a tempo determinato:

a) devono essere considerati «successivi»; b) devono essere ritenuti contratti o rapporti a tempo indeterminato».

Agli Stati membri è comunque data la possibilità di introdurre misure alternative che siano comunque qualificabili come equivalenti rispetto a quelle contenute nella clausola 5.

lavoro a tempo determinato nel lavoro privato (*id est* conversione del rapporto di lavoro e risarcimento del danno[346]) e nel lavoro pubblico contrattualizzato (*id est* risarcimento del danno).

3. L'intervento in funzione nomofilattica della Corte di Cassazione (S.U., 15 marzo 2016 n. 5072).

In seguito ai numerosi pronunciamenti della Corte di Giustizia in ordine alla corretta attuazione della direttiva 99/70/CE ed all'emergere di un contrasto giurisprudenziale sempre più evidente - in quanto l'interpretazione dei suddetti principi comunitari da parte dei giudici nazionali aveva dato la stura ad un esponenziale incremento del tasso di varianza delle decisioni giudiziali - soprattutto in merito ai criteri da applicare per quantificare il risarcimento del danno ex art. 36 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (ovvero nel caso di abusivo ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato da parte di una pubblica amministrazione), si è reso necessario l'intervento nomofilattico delle Sezioni Unite della Cassazione, chiamate ad individuare "la portata applicativa e la parametrazione del danno risarcibile ai sensi dell'art. 36 d.lgs. n. 165/2001".

Invero, si era registrata un'ampia divaricazione tra le diverse soluzioni adottate in giurisprudenza, per cui il quadro si presentava estremamente disomogeneo: alcune pronunce, seguendo più convintamente gli orientamenti europei sull'automatismo del danno, spesso individuavano un idoneo criterio di quantificazione nell'art. 18, commi 4 e 5, l. 20 maggio 1970, n. 300 (nella formulazione precedente alla riforma del 2012 e nella duplice versione: risarcimento pari a 15 mensilità di retribuzione, cioè nella misura sostitutiva della reintegra o aggiungendo a questa il valore minimo delle cinque mensilità) o, in alternativa, nell'art. 8 l. 15 luglio 1966, n. 604[347] o ancora nell'art. 32 l. 4 novembre 2010, n. 183; altre, talvolta in parallelo alla

[346] Nella misura fissata, originariamente, dall'art. 32, comma 5, legge 4 novembre 2010 n. 183: l'articolo prevede che il giudice condanni il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604; la disposizione è oggi contenuta nell'art. 28 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81.

[347] Sul tema Cass. civ., sez. lav., 22 gennaio 2015, n. 1181 in *Riv. It. Dir. Lav., 2015*, II, p. 917, con nota di L. ZAMPIERI, *Abuso del contratto a termine nel pubblico impiego ed effettività del regime sanzionatorio applicabile nel dialogo tra corti*; Cass. civ., sez. lav., 23 gennaio 2015, n. 1260, in *Lav. e prev. oggi*, 2015, 3- 4, p. 2015, con nota di S. TESTA, *Illegittima reiterazione di contratti a termine nel pubblico impiego: "danno comunitario" e criteri di liquidazione*; Cass. civ., sez. lav., 30 dicembre 2014, n. 27481, in *Dir. Rel. Ind*., 2015, 4, p. 1108 con nota di D. MARINO, *Il "danno comunitario" da illegittima reiterazione di contratti di lavoro a termine: conforme al diritto dell'Unione?*

valorizzazione delle regole ordinarie sulla prova del danno, tendevano a contenere la quantificazione nei limiti dell'art. 1226 c.c..[348]

Le Sezioni Unite - preliminarmente ribadita l'attualità del divieto, già affermata dalla giurisprudenza di legittimità[349], di conversione del rapporto di lavoro illegittimo il rapporto a tempo indeterminato, confermata altresì dall'art. 29, comma 4, d.lgs. 15 giugno 2015, n.81 – si sono soffermate dapprima su tre profili: la natura del danno, il tipo di pregiudizio sofferto, l'onere della prova[350].

Circa il primo aspetto, la sentenza ricostruisce la fattispecie in termini di responsabilità contrattuale, tanto che l'art. 1223 c.c., ad avviso della Corte, sarebbe in astratto la norma di riferimento per l'ipotesi di danno in esame.

Quanto al secondo aspetto, le Sezioni Unite in modo chiaro affermano che il danno risarcibile non è la perdita del posto di lavoro a tempo indeterminato «perché una tale prospettiva non c'è mai stata». Il danno deve riferirsi alla «prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative», come afferma la norma stessa, ed è originato dalla perdita di chance, perché «se la p.a. avesse operato legittimamente emanando un bando di concorso […], il lavoratore […] avrebbe potuto parteciparvi e risultarne vincitore» oppure avrebbe potuto trovare un impiego alternativo (pubblico o privato), in ipotesi anche a tempo indeterminato.

Per quanto concerne il terzo aspetto, le Sezioni Unite, discostandosi dal tradizionale orientamento[351] tendente ad escludere un danno *in re ipsa*, elabora la nozione di «danno comunitario, in presenza del quale il dipendente può limitarsi a provare l'illegittima stipulazione di più contratti a termine sulla base di esigenze falsamente indicate come straordinarie e

[348] L. TEBANO, *Il contratto a termine nel lavoro pubblico: quando la tutela risarcitoria può ritenersi effettiva, adeguata, dissuasiva?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, p. 909; Cass. civ., sez. lav., 21 agosto 2013, n. 19371, Banca Dati DeJure; N. FRASCA, *La quantificazione del 'danno comunitario' da illegittima reterazione di contratti a tempo determinato nel pubblico impiego: nel perdurante silenzio del legislatore, si pronunciano le sezioni unite*, in *Arg. dir. lav*., 2016, 4- 5, p. 855 ss..

[349] Tra gli altri Cass. civ., sez. lav., 15 giugno 2010, n. 14350.

[350] Tra i contributi che si sono occupati dell'argomento v. N. FRASCA, *La quantificazione del 'danno comunitario', cit.;* P. TOSI, *Lavoro pubblico – Contratto a tempo determinato – Il danno del rapporto a termine del dipendente pubblico*, in *Giur. It*., 2016, 5, p. 1169; P.G. MONATERI, *Le Sezioni Unite e le funzioni della responsabilità civile*, in *Danno e Resp*., 2017, 4, p. 419; G. CONTINI, *La Corte di Cassazione e il danno da abuso del contratto a termine nel pubblico impiego: una storia senza fine*, in *Argomenti Dir. Lav*., 2017, 2, p. 471; S. D'ASCOLA, *Lavoro (Rapporto) - Tra ordinamento interno e ordinamento europeo: sarà davvero l'ultima parola sul danno da abuso del termine nel pubblico impiego?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 10, p. 1305.

[351] Cass. civ., sez. lav., 15 giugno 2010 n. 14350; Cass. civ., sez. lav., 13 gennaio 2012 n. 392; Cass. civ., sez. lav., 21 agosto 2013 n. 19371; Cass. civ., sez. lav., 31 luglio 2014 nn. 17455- 17456- 17457.

temporanee», facendo ampio uso della prova presuntiva ed essendo esonerato dalla costituzione in mora del datore di lavoro e dalla prova di un danno effettivamente subito. Sembra opportuno precisare che il suddetto meccanismo presuntivo opera esclusivamente nell'ipotesi di abusiva reiterazione di contratti a termine quale unica ipotesi che rientra nella sfera di applicazione della clausola 5 dell'accordo quadro allegato alla direttiva n. 1999/70/CE.

Ciò premesso, le Sezioni Unite affrontano il *punctum dolens* della quantificazione del risarcimento del danno ex art. 36 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

L'aver escluso che il danno consista nella perdita del posto di lavoro induce le Sezioni Unite coerentemente ad eliminare dal ventaglio delle possibili soluzioni l'art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300, l'art. 8 l. 15 luglio 1966, n. 604, l'art. 3 d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, tutte disposizioni, queste appena citate, attinenti alla disciplina in materia di licenziamento illegittimo.

Invece, il dato normativo individuato e ritenuto compatibile con le sollecitazioni provenienti dalla realtà comunitaria è l'art. 32, comma 5, l. 4 novembre 2010, n. 183, che prevede, tra l'altro, un meccanismo agevolatore dell'onere probatorio. Pur riguardando la diversa ipotesi di conversione del contratto a termine nel lavoro privato, diviene applicabile come parametro di riferimento anche all'ipotesi *de qua*, attesa l'identità di *ratio* che connota le fattispecie: si tratta, infatti, di un'indennità risarcitoria prevista in caso di illegittima apposizione del termine e quindi invocabile anche nel settore pubblico nell'ambito del quale, però, non si accompagna alla sanzione della conversione del rapporto.

Proprio per garantire il rispetto del canone di equivalenza e scongiurare il rischio che il lavoratore privato possa godere di una tutela più incisiva (potendo ottenere la trasformazione del rapporto in contratto *sine die* ed, in aggiunta, l'indennità risarcitoria di cui alla l. n. 183/2010) rispetto al pubblico dipendente (che ha diritto al solo risarcimento da quantificarsi nella stessa misura) si prevede che l'indennizzo forfetizzato costituisca per il primo un limite al risarcimento, cioè una misura di contenimento del danno risarcibile, mentre per il secondo uno strumento di agevolazione probatoria, rappresentando l'entità minima ottenibile, potendo peraltro dimostrare che le possibilità di lavoro perse abbiano determinato un danno patrimoniale più elevato.

4. La nuova ordinanza di remissione alla Corte di Giustizia da parte del Tribunale di Trapani.

La soluzione fornita dalla Corte di Cassazione riunita a Sezioni Unite ha generato talune perplessità, che non hanno tardato a palesarsi a distanza di pochi mesi in una nuova ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, emanata questa volta dal Tribunale di Trapani in data 5 settembre 2016.

L'ordinanza viene emanata nell'ambito di un giudizio in cui una lavoratrice, affermando di aver prestato attività lavorativa in forza di contratti a tempo determinato[352] presso il Comune di Valderice e reputandoli illegittimi, chiede al giudice adito, in via principale, la conversione di detti contratti in un contratto di lavoro a tempo indeterminato a partire dalla fine del 36º mese e, in subordine, il risarcimento del danno subito.

Nonostante il recente pronunciamento della Cassazione a Sezioni Unite, il giudice di prime cure ha ritenuto di inoltrare rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea per ottenere nuovi lumi in ordine alla compatibilità della normativa nazionale[353] con la direttiva CE n. 99/70.

In particolare, il giudice *a quo* solleva la questione di pregiudizialità con riferimento al rispetto dei principi di effettività e di equivalenza, non pienamente rispettati – a detta dello stesso – dalla soluzione offerta dalla Corte di Cassazione.

Specificamente, per quanto attiene al principio di equivalenza, il ragionamento del giudice *a quo* prende le mosse dalle differenze di regime sanzionatorio che ancora oggi persistono tra settore pubblico e privato nell'ipotesi di reiterazione abusiva di contratti a termine e di violazione dei limiti di durata massima del contratto a tempo determinato: nel lavoro privato sono riconosciute al lavoratore sia la trasformazione del contratto a tempo indeterminato sia l'indennità di cui all'art. 32 della l. 183/2010, quest'ultima, peraltro, con la sola prova della violazione di quanto disposto dagli artt. 19 e segg del d.lgs. n. 81 del 2015; al lavoratore pubblico, invece, spetta esclusivamente l'indennità di cui all'art. 32 della l. n. 183 del 2010.

Segnatamente, il giudice del rinvio non è convinto dall'argomentazione della Corte di Cassazione volta ad escludere il risarcimento basato sul valore del posto di lavoro per il

[352] In particolare: dal 1996 al 2002 come Lavoratrice Socialmente Utile; dal 2002 al 2010 con contratto di collaborazione coordinata e continuativa; dal 4.10.2010 fino al 31.12.2016 con contratto di lavoro subordinato a tempo parziale.

[353] In particolare dell'art. 36, comma 5, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

dipendente pubblico: è vero che tale posto di lavoro non sarebbe mai spettato di diritto al dipendente senza aver superato un concorso, ma è altresì vero che, in virtù del principio di autonomia negoziale, anche nel settore privato, il lavoratore non avrebbe avuto diritto ad ottenere il posto di lavoro, senza il consenso della parte datoriale; quindi, anche in tale ipotesi, dovrebbe essere negata la conversione del rapporto di lavoro, non avendo il datore di lavoro mai espresso alcuna volontà di assumere il dipendente a tempo indeterminato.

Circa il profilo di effettività, il giudice *a quo* sostiene che risulta quantomeno dubbio che, per la pubblica amministrazione, la condanna possa avere una reale valenza dissuasiva.

A fronte del quadro sopra decritto, al fine, da un lato, di ridurre il divario sussistente tra la tutela dei lavoratori privati e pubblici e, dall'altro lato, di assicurare una carica dissuasiva maggiore rispetto a quanto prospettato dalla Corte di Cassazione, il giudice *a quo* giunge infine ad auspicare che il risarcimento del danno possa essere quantificato in base al valore del posto di lavoro, non rilevando che il lavoratore non aveva diritto all'assunzione, in quanto «la fonte del risarcimento non va ricercata nel principio "del danno effettivo" ma nel fatto che, in situazioni analoghe, nel settore privato l'ordinamento italiano ha scelto di attribuire in natura il bene "assunzione a tempo indeterminato"».

5. Corte Giust. 7 marzo 2018, C- 494/16 "Santoro".

La Corte di Giustizia chiamata a pronunciarsi, ancora una volta, sull'interpretazione della clausola 5 dell'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura in allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, torna a ribadire i principi già enucleati, confermando, in definitiva, quanto statuito sul tema dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Nella sentenza, dopo la ricostruzione sistematica del quadro legislativo e giurisprudenziale - comunitario e nazionale - in materia, la descrizione sintetica della vicenda che ha originato il rinvio pregiudiziale e dopo aver ritenuto infondata l'eccezione di irricevibilità sollevata dal Governo italiano, la Corte si pronuncia nel merito della vicenda.

La Corte di Giustizia ribadisce che «la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro fissa agli stati membri un obiettivo generale, consistente nella prevenzione di abusi siffatti, lasciando loro

nel contempo la scelta dei mezzi per conseguirlo, purché essi non rimettano in discussione l'obiettivo o l'efficacia pratica dell'accordo quadro».

Nei casi in cui il diritto dell'Unione non preveda sanzioni specifiche nell'eventualità che vengano accertati abusi, le Autorità nazionali sono chiamate ad adottare misure: proporzionate, sufficientemente energiche e dissuasive atte a garantire la piena efficacia delle norme adottate.

Conseguentemente, in siffatte ipotesi e, quindi, anche nel caso di specie, alla Corte di Giustizia è rimessa esclusivamente la valutazione circa l'equivalenza e l'efficacia di dette misure.

Confermato che la clausola 5, punto 2, dell'accordo quadro «non istituisce un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato» ne discende che la medesima clausola non osta a che «uno Stato membro riservi un destino differente al ricorso abusivo a contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione, a seconda che tali contratti o rapporti siano stati conclusi con un datore di lavoro appartenente al settore privato o con un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico»; tuttavia, lo Stato membro dovrà prevedere un'altra misura effettiva destinata ad evitare e sanzionare l'utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato.

Nel caso di specie, in ordine al rispetto del principio di equivalenza, la Corte, rinviando a quanto rilevato dall'avvocato generale nei paragrafi 32 e 33[354] delle sue conclusioni, chiarisce che detto principio, nell'ambito dell'ordinamento europeo, opera esclusivamente nel confronto tra diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione e diritti aventi natura meramente interna.

Ebbene, *in subiecta materia* le misure adottate dal legislatore nazionale per il settore privato e per il settore pubblico hanno ad oggetto, esclusivamente, l'esercizio dei diritti conferiti

[354] « 32. Anzitutto, occorre ricordare che il principio di equivalenza muove dal presupposto che gli individui che fanno valere i diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione non devono essere svantaggiati rispetti a quelli che fanno valere diritti di natura meramente interna. Orbene, le misure adottate dal legislatore nazionale nell'adempimento degli obblighi risultanti dalla direttiva 1999/70, al fine di sanzionare l'utilizzo abusivo dei contratti a tempo determinato da parte dei datori di lavoro del settore privato, continuano ad attuare il diritto dell'Unione anche se il diritto nazionale prevede altre misure applicabili al settore pubblico. Di conseguenza, le modalità di questi due tipi di misure non possono essere comparate sotto il profilo del principio di equivalenza, in quanto tali misure hanno esclusivamente ad oggetto l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione.

33. Alla luce di quanto precede, per quanto riguarda il principio di equivalenza, qualora lo Stato membro preveda unicamente nel settore pubblico misure risarcitorie quali misure sanzionatorie ai sensi della clausola 5, punto 2, dell'accordo quadro, ed escluda la conversione del rapporto di lavoro, riconosciuta nel settore privato, queste due situazioni non possono essere comparate al fine di stabilire se tale principio venga rispettato in quanto, in questi due casi, siamo in presenza dell'esercizio di diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione».

dall'ordinamento giuridico dell'Unione, dunque, «le modalità di questi due tipi di misure non possono essere comparate sotto il profilo del principio di equivalenza».

Con riferimento al principio di effettività, invece, è necessario compiere una valutazione complessiva delle disposizioni previste dal legislatore nazionale, ivi compresi i meccanismi sanzionatori.

In ordine ai quesiti posti dal giudice del rinvio, la Corte precisa in modo netto che: «in un'ipotesi come quella di cui al procedimento principale, gli Stati membri non sono tenuti, dalla clausola 5 dell'accordo quadro, a prevedere la trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato. Di conseguenza, non può nemmeno essere loro imposto di concedere, in assenza di ciò, un'indennità destinata a compensare la mancanza di siffatta trasformazione del contratto».

Il principio di effettività è quindi soddisfatto dalla previsione dell'indennità forfettaria di cui all'articolo 32, comma 5, della legge n. 183/10, nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità della retribuzione, unitamente alla liquidazione del danno derivante dalla perdita di opportunità di lavoro, conseguente alla sola dimostrazione in via presuntiva della perdita della mera possibilità di conseguire un vantaggio.

La Corte evidenzia, altresì, la previsione da parte dell'ordinamento interno di altre misure destinate a prevenire e sanzionare il ricorso abusivo a contratti a tempo determinato, attivabili nei confronti delle pubbliche amministrazioni e dei loro dirigenti[355], la cui valutazione circa l'effettività e la dissuasività spetta ancora una volta al giudice nazionale.

Anche in questa circostanza, quindi, viene sottolineata l'esclusiva competenza della Corte di Giustizia a pronunciarsi sulla compatibilità astratta della normativa interna con i precetti eurounitari, mentre la decisione del caso concreto unitamente alla valutazione relativa all'effettiva irrogazione delle sanzioni previste[356] spetta invece al giudice remittente; in altre parole, la

[355] Cfr. art. 36, commi 5, e 5 *quater*, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

[356] Di seguito si riportano i paragrafi 71 e 72 delle conclusioni dell'avvocato generale: «71. Ne consegue che più misure possono, tramite il loro effetto combinato, sanzionare debitamente violazioni del diritto dell'Unione. Pertanto, la valutazione dell'effetto deterrente delle misure sanzionatorie dovrebbe essere effettuata tenendo conto non solo di quelle previste a favore dei lavoratori vittime dell'utilizzo abusivo di contratti a tempo determinato, bensì anche della totalità delle misure disponibili. 72. Tuttavia, occorre osservare che almeno una delle misure previste nella legislazione nazionale descritta dal governo italiano è subordinata al fatto che l'utilizzo abusivo dei contratti a tempo determinato sia dovuto a dolo o a colpa grave. Spetta al giudice del rinvio valutare se, nella prassi, una siffatta condizione consenta ai responsabili di sottrarsi sistematicamente alle sanzioni, il che priverebbe le misure di cui

responsabilità dell'emananda decisione, ovvero la pronuncia di una sentenza giusta[357], compete esclusivamente al giudice nazionale cui è affidata la valutazione delle particolari circostanze del caso concreto, nonché l'interpretazione del diritto nazionale.

In conclusione, la Corte di Giustizia statuisce che «La clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura in allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, dev'essere interpretata nel senso che essa non osta a una normativa nazionale che, da un lato, non sanziona il ricorso abusivo, da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico, a una successione di contratti a tempo determinato mediante il versamento, al lavoratore interessato, di un'indennità volta a compensare la mancata trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato bensì, dall'altro, prevede la concessione di un'indennità compresa tra 2,5 e 12 mensilità dell'ultima retribuzione di detto lavoratore, accompagnata dalla possibilità, per quest'ultimo, di ottenere il risarcimento integrale del danno dimostrando, mediante presunzioni, la perdita di opportunità di trovare un impiego o il fatto che, qualora un concorso fosse stato organizzato in modo regolare, egli lo avrebbe superato, purché una siffatta normativa sia accompagnata da un meccanismo sanzionatorio effettivo e dissuasivo, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare».

6. Considerazioni conclusive.

Con la sentenza in esame la Corte di Giustizia non fa che ribadire argomentazioni e concetti già espressi in passato, ponendosi pertanto in piena ortodossia esegetica rispetto a quanto nitidamente sancito dai pronunciamenti sopra richiamati[358].

In tale ottica, per esempio, nell'alveo di un flusso ermeneutico sostanzialmente privo di soluzione di continuità, riafferma draconianamente la compatibilità con il sistema comunitario di

---

trattasi di efficacia e di effetto deterrente. Lo stesso vale per le esenzioni di responsabilità eventualmente applicate dalle autorità quando si pronunciano sulle conseguenze degli abusi nei confronti dei dirigenti».

[357] Sul concetto di sentenza giusta si veda da ultimo M. LUCIANI, *Il "giusto" processo amministrativo e la sentenza amministrativa "giusta", Relazione al Convegno "La sentenza amministrativa ingiusta ed i suoi rimedi". Castello di Modanella, Serre di Rapolano (Siena), 19 – 20 maggio 2017,* in https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/cdsintra/index.html.

[358] *Supra* § 2.

una legislazione nazionale che non preveda la trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato, nell'ipotesi di reiterazione abusiva di questi ultimi.

Tuttavia è possibile scorgere all'interno del *dictum* della Corte di Giustizia anche taluni elementi di novità.

Anzitutto è la prima volta che la Corte di Giustizia è chiamata a confrontarsi con la misura sanzionatoria individuata dalle Sezioni Unite e, quindi, a vagliare l'effettività, l'equivalenza e la dissuasività di un quadro normativo nazionale rimasto nel frattempo sì immutato ma revisionato alla luce dell'interpretazione autorevole e nomofilattica della Suprema Corte di legittimità.

Orbene, si deve prendere atto che l'approdo interpretativo delle Sezioni Unite, per quanto frutto di un'operazione ermeneutica inedita ed anche abbastanza ardita - in quanto mette in crisi la funzione rimediale/compensativa e non sanzionatoria tradizionalmente riconosciuta al rimedio risarcitorio - , riceve il plauso della Corte di Giustizia. D'altronde, la creazione del c.d. "danno comunitario" era stata concepita, come si evince dalla denominazione stessa, proprio al fine di adeguarsi, sul punto, ai principi stabiliti dalla giurisprudenza comunitaria.

Ma per pervenire alla promozione a pieni voti da parte dei giudici sovranazionali della soluzione escogitata da ultimo dalla Cassazione, la Corte di Giustizia non solo afferma con chiarezza, mediante un *iter* motivazionale condivisibile, la proporzionalità di quest'ultima[359], ma soprattutto, sotto il differente profilo dell'effettività, valorizza - ed è questo l'ulteriore elemento di novità – un dato troppo a lungo trascurato[360]. Infatti, la Corte, nel ricostruire (finalmente) in modo integrale l'apparato sanzionatorio previsto dalla legislazione nazionale, prende atto delle previsioni contenute nel comma 5 dell'art. 36 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, ossia della responsabilità del dirigente *sub specie* di obbligo delle pubbliche amministrazioni di recuperare,

[359] Cfr. punti nn. 38- 41 della sentenza in commento.

[360] Persino dallo stesso giudice del rinvio, come ha fatto notare l'Avvocato generale nelle proprie conclusioni, punti 67- 68: «Il giudice del rinvio ha osservato che la Corte Suprema di Cassazione, nella sentenza n. 5072/2016, ha considerato idonee a soddisfare le condizioni enunciate nella giurisprudenza della Corte non solo le misure risarcitorie, ma anche le misure aventi ad oggetto le responsabilità del dirigente cui sia ascrivibile il ricorso illecito ad un contratto a tempo determinato. In tale contesto, mi chiedo se siffatte misure sanzionatorie possano porre rimedio alle carenze dell'indennità forfettaria risultante dal fatto che detta indennità non costituisce una misura sufficientemente dissuasiva che consente di sanzionare le violazioni anteriori e di evitare la recidiva.

Si evince dal contesto normativo nazionale presentato dal governo italiano ha adottato almeno tre provvedimenti riguardanti le persone responsabili dell'utilizzo abusivo di contratti a tempo determinato. Curiosamente, tali disposizioni non sono state prese in considerazioni dal giudice del rinvio nella sua domanda di pronuncia pregiudiziale. Orbene, mi sembra che non sia ciascuna misura presa individualmente, bensì la totalità del sistema delle misura sanzionatorie dovrà essere sufficientemente effettiva e dissuasiva».

nei confronti dei dirigenti responsabili, le somme pagate ai lavoratori a titolo di risarcimento del danno sofferto a causa della violazione delle disposizioni relative al reclutamento o all'impiego, quando detta violazione sia dovuta a dolo o colpa grave (violazione che dovrebbe essere inoltre presa in considerazione ai fini della valutazione dell'operato di detti dirigenti i quali, a causa di siffatta violazione, non potrebbero ottenere un premio di risultato); e nel comma 5 quater, dell'art. 36 del citato decreto legislativo, ovvero che le amministrazioni pubbliche che abbiano agito in violazione delle norme relative al reclutamento o all'impiego non possano procedere, a nessun titolo, ad assunzioni nei tre anni successivi a detta violazione.

Sino ad oggi, infatti - risolto presto il problema della compatibilità con la normativa comunitaria di una legislazione nazionale che non preveda la trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato nell'ipotesi di reiterazione abusiva di questi ultimi – il vaglio della Corte di Giustizia ha focalizzato la sua attenzione pressoché esclusivamente sull'effettività della misura sanzionatoria costituita dal risarcimento dei danni.

Con questo nuovo pronunciamento, accanto alla misura risarcitoria, ritenuta peraltro adeguata e tale da soddisfare il principio di effettività[361], si (ri)scoprono le ulteriori sanzioni previste dall'art. 36 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (in particolare dai commi 5 e 5 quater).

In altre parole, tra i due scenari adombrati nelle conclusioni dell'Avvocato Generale, che in definitiva oscillavano tra un invito al legislatore nazionale ad aumentare il tetto massimo dell'indennità forfettaria, in funzione della durata dei rapporti a termine illecitamente reiterati (senza comunque che l'indennità forfettaria si sostituisse al completo risarcimento del danno subito) e la valutazione dell'attuale sistema sanzionatorio italiano nel suo complesso (tenendo conto, ad esempio, delle sanzioni stabilite dall'art. 36, comma 5, dlgs. 165/2001 nei confronti del dirigente cui sia ascrivibile il ricorso illecito ad un contratto a tempo determinato), la Corte di Giustizia opta con decisione per la seconda via.

A questo punto, dopo decenni di arresti giurisprudenziali, il pronunciamento in esame sembrerebbe poter scrivere la parola "fine" alla diatriba. Tuttavia, l'inciso finale della sentenza: «[…] purché una siffatta normativa sia accompagnata da un meccanismo sanzionatorio effettivo e dissuasivo, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare» potrebbe offrire margini di manovra e dare nuova linfa vitale ad un'eventuale ulteriore rimessione della questione

[361] Cfr., in particolare, il punto 50 della sentenza in commento.

all'attenzione della Corte di Giustizia e tutto ciò in attesa di un auspicato e quanto mai opportuno intervento del legislatore in materia, al fine di disciplinare in modo puntuale ed esaustivo le conseguenze dell'abuso dei contratti a termine nell'impiego alle dipendenze della pubblica amministrazione.

ANTONIO D'AMATO

La nuova legge sui testimoni di giustizia: una riforma necessaria.

Il 21 febbraio u.s. sono entrate in vigore le nuove "*Disposizioni per la protezione dei testimoni di giustizia*" per effetto della legge, 11 gennaio 2018, n. 6 (in G.U. n. 30, del 06 febbraio 2018). Le nuove norme sono volte ad adeguare la disciplina in materia, che non è stata integralmente modificata[362] ed alla quale si fa rinvio per quanto non previsto dalle nuove disposizioni, al fine di distinguere la posizione dei testimoni di giustizia rispetto a quella dei collaboratori di giustizia[363].

A richiamare il Parlamento sulla necessità di porre mano ad una riforma era stata la Commissione parlamentare bicamerale sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, all'esito di un proficuo lavoro che si era andato alimentando sia delle numerose audizioni –svolte in commissione plenaria e nell'ambito del V Comitato– sia di un'attenta analisi della documentazione in materia, lavoro le cui conclusioni erano confluite nella relazione approvata il 21 ottobre 2014, da cui emergeva la sostanziale richiesta di una revisione del sistema di protezione dei testimoni di giustizia.

Si segnalano le seguenti importanti novità:

L' art. 1 definisce l'ambito di applicazione delle misure di protezione che sono adottate a beneficio dei testimoni di giustizia e, se ritenute necessarie, salvo dissenso, anche agli "altri protetti". Quest'ultima categoria viene introdotta *ex novo* e richiama sia le persone stabilmente conviventi con il testimone (a qualsiasi titolo), sia coloro i quali, per le relazioni che intrattengono con quest'ultimo, sono esposti a grave, attuale e concreto pericolo.

L'art. 2 fornisce una nuova definizione del testimone di giustizia; per cui è tale colui che:

rende, nell'ambito di un procedimento penale, dichiarazioni dotate di fondata attendibilità intrinseca (in precedenza era sufficiente la semplice attendibilità) e rilevanti per le indagini o il giudizio. L'attendibilità intrinseca delle dichiarazioni appare quella che non necessita di riscontri

[362] Decreto legge n. 8 del 1991 (conv. nella legge n.81 del 1991) e la legge n. 45 del 2001.

[363] Con il decreto- legge n. 8 del 1991 è stato introdotto nel nostro ordinamento un sistema "premiale", per i collaboratori di giustizia per i delitti di tipo mafioso, in analogia con la disciplina adottata in precedenza per i reati di terrorismo. La legge n. 45 del 2001 ha sostanzialmente esteso ai testimoni di giustizia le misure a favore dei c.d. "pentiti".

esterni - requisito, invece, richiesto con riguardo ai collaboratori di giustizia dall'articolo 9, comma 3 d.l. n. 8/91- e che sostanzialmente il giudice desume dalla presenza dei requisiti del disinteresse, della genuinità, della spontaneità, della costanza, della logica interna del narrato (*ex plurimis,* cfr. Cass., *Sez.* 2, *Sent. n.* 43278 *del* 24/09/2015 Ud. - dep. 27/10/2015- Rv. 265104; N. 1666 del 2014 Rv. 261730);

assume, rispetto al fatto delittuoso oggetto delle sue dichiarazioni, la qualità di persona offesa ovvero informata sui fatti o di testimone;

non è stato condannato per delitti non colposi connessi a quelli per cui si procede e non ha tratto profitto dall'essere venuto in relazione con il contesto criminale su cui testimonia;

non è sottoposto a misura di prevenzione ovvero non sia proposto per l'applicazione di una tale misura, nel senso che non deve essere in corso di svolgimento il relativo procedimento, da cui si possa desumere - e qui sta la novità- la persistente attualità della pericolosità sociale del soggetto e la ragionevole probabilità che possa commettere delitti di grave allarme sociale[364];

si trova in una situazione di pericolo grave, concreto ed attuale rispetto al quale appaiono inadeguate le misure ordinarie di tutela adottabili dalle autorità di pubblica sicurezza; la situazione di pericolo viene valutata in relazione alla qualità delle dichiarazioni rese, alla natura del reato, allo stato e grado del procedimento penale, nonché alle caratteristiche di prevedibile reazione dei singoli o dei gruppi criminali oggetto delle dichiarazioni.

L'art. 3 definisce le seguenti tipoligie delle misure:

misure di tutela (fisica);

misure di sostegno economico;

misure di reinserimento sociale e lavorativo.

L'individuazione di ulteriori, apposite disposizioni per i minori oggetto delle misure è demandata ai regolamenti di attuazione.

[364] Quest'ultima preclusione aveva già formato oggetto di una interpretazione estensiva ad opera della Commissione Centrale presso il Ministero dell'Interno che, nelle cd. delibere di massima, l'aveva riferita alla effettiva pericolosità sociale del soggetto dichiarante (in quanto autore di specifici reati o contiguo a contesti criminali), indipendentemente dall'applicazione della misura di prevenzione o dal relativo *iter* in corso. Tale più rigorosa impostazione era stata confermata dalla giurisprudenza amministrativa (cfr. TAR Lazio, Sent. n. 667 del 2014). Pertanto, come già avvenuto per i temi della valutazione di attendibilità e della notevole importanza (richieste per i collaboratori di giustizia, ai fini dell'applicazione delle misure di protezione), anche questa novità sembra rappresentare la traduzione normativa di principi espressi dalla giurisprudenza, ai fini del trattamento da riservare al testimone di giustizia; traduzione che si spiega con la volontà del legislatore di invitare gli organismi competenti a tener conto delle collaborazioni dei testimoni che presentino un elevato grado di credibilità soggettiva.

L'art. 4 stabilisce i criteri di scelta delle misure di protezione, che vanno personalizzate ed adeguate al caso specifico. Tali misure non possono comportare - se non in via temporanea ed eccezionale- diminuzione e perdita dei diritti goduti dal testimone prima delle dichiarazioni. Salvo motivate eccezioni di sicurezza, devono essere garantite al testimone la permanenza nella località di origine e la prosecuzione delle attività finora svolte. Il trasferimento in località protetta e il cambio d'identità del testimone restano, invece, ipotesi derogatorie ed eccezionali rispetto alle misure ordinarie, applicabili "quando le altre forme di tutela risultano assolutamente inadeguate rispetto alla gravità e attualità del pericolo" e devono, comunque, tendere a riprodurre le precedenti condizioni di vita, tenuto conto delle valutazioni espresse dalle competenti autorità giudiziarie e di pubblica sicurezza. In ogni caso deve essere assicurata al testimone e agli altri protetti "un'esistenza dignitosa".

L'art. 5 indica una serie di misure di tutela, volte a garantire la sicurezza dei testimoni di giustizia, degli altri protetti e dei loro beni, da graduare in base all'attualità e gravità del pericolo. L'articolo riunisce in una sola disposizione le misure già previste dal d.l. del 1991 (art. 13, commi 4 e 5, del d.l. n. 8 del 1991) e dal DM 161/2004, eliminando la distinzione tra misure di protezione adottate nella località di origine e quelle adottate col trasferimento in località protetta (ovvero l'attuale speciale programma di protezione).

Il sistema delle misure di tutela comprende:

• misure di vigilanza e protezione;

• misure di natura tecnica per la sicurezza di abitazioni, immobili ed aziende di pertinenza dei protetti;

• misure di sicurezza per gli spostamenti nel comune di residenza o in altro comune;

• il trasferimento in luogo protetto;

• speciali modalità di tenuta della documentazione e delle comunicazioni del sistema informatico;

• l'impiego di documenti di copertura;

• il cambiamento delle generalità, garantendone la riservatezza anche in atti della PA.

Il sistema delle misure di tutela è "chiuso", infine, dalla previsione dell'impiego di "ogni altra misura straordinaria, anche di carattere economico, eventualmente necessaria, nel rispetto

delle direttive generali impartite dal Capo della polizia- Direttore Generale della pubblica sicurezza".

L'articolo 6 disciplina le misure di sostegno economico spettanti a tutti i testimoni di giustizia e agli altri protetti. Tali misure, attualmente - in base all'articolo 16- *ter* d.l. n. 8/1991 - riguardano il solo testimone sottoposto al programma di protezione con trasferimento in località protetta. La disposizione elimina il riferimento all'obbligo di garantire un tenore di vita non inferiore a quello precedente alle dichiarazioni, prevedendo che ai testimoni di giustizia sia assicurata una condizione economica equivalente a quella preesistente. Rispetto alla legislazione vigente sono introdotte le seguenti nuove misure di sostegno economico:

• l'esplicita previsione di un rimborso delle spese occasionalmente sostenute dal testimone o dagli altri protetti come esclusiva conseguenza delle speciali misure di protezione;

• il diritto ad un alloggio - si precisa - idoneo a garantire la sicurezza e la dignità dei testimoni e degli altri protetti (nel caso sia impossibile usufruire della propria abitazione o si sia trasferiti in località protetta).

L'articolo 8 introduce un termine massimo di durata di sei anni delle speciali misure di protezione (sia di tutela che di assistenza economica e reinserimento lavorativo) fissato dalla Commissione Centrale, fatte salve le periodiche verifiche sulla gravità e attualità del pericolo e sull'idoneità delle misure.

Nel caso in cui, al termine delle speciali misure di protezione, il testimone di giustizia e gli altri protetti non abbiano riacquistato l'autonomia lavorativa o il godimento di un reddito proprio, si prevede che il testimone e gli altri protetti accedano o alla capitalizzazione del costo dell'assegno periodico o a un programma di assunzioni nella pubblica amministrazione.

L'articolo 9, modificando l'articolo 10 d.l. n. 8/91, modifica la composizione della Commissione Centrale presso il Ministero dell'Interno cui, su richiesta dell'autorità giudiziaria, compete decidere sull'adozione delle diverse misure di protezione, nonché sulle eventuali vicende modificative. La Commissione, infatti, viene integrata con un avvocato dello Stato; è, inoltre, prevista la nomina di un vicepresidente.

L'art. 11 (Proposta di ammissione alle speciali misure di protezione, coordina la disciplina sulla proposta di ammissione alle speciali misure di protezione (prevista dall'articolo 13 del decreto legge n. 8 del 1991) al nuovo *status* del testimone. La proposta alla Commissione centrale,

che può riguardare anche soggetti coinvolti in fatti costituenti reati di criminalità comune, per i quali la competenza è, dunque, delle "Procure ordinarie", deve contenere anche l'attestazione della sussistenza dei requisiti del testimone di giustizia indicati dall'articolo 2. Si prevede, inoltre, che la Commissione richieda informazioni, oltre che al Servizio Centrale di protezione, anche al Prefetto del luogo di dimora del testimone. Infine, la disposizione impone la trasmissione al Tribunale dei minorenni, per le eventuali determinazioni di competenza, della proposta di misure di protezione relative a minori in condizioni di disagio familiare e/o sociale[365].

Gli articoli 12 e 13 riguardano l'applicazione del programma di protezione.

L'articolo 12 prevede modifiche all'attuale disciplina del piano provvisorio di protezione. Si prevede, infatti, che:

la deliberazione della Commissione centrale avviene di regola senza formalità e, in ogni caso, entro la prima seduta successiva alla proposta dell'autorità giudiziaria proponente;

il piano provvisorio deve assicurare agli interessati le speciali misure di protezione e condizioni di vita congrue rispetto alle precedenti;

nel piano provvisorio, deve operare un referente del testimone di giustizia. Il referente (i cui compiti sono specificamente indicati dall'articolo 16), in sede di piano provvisorio, ha compiti sostanzialmente informativi del testimone sui contenuti delle misure e sui suoi diritti e doveri, deve poi trasmettere alla Commissione centrale entro 30 gg. tutte le informazioni (personali, familiari, patrimoniali) degli interessati nonché chiedere la nomina, ove richiesto, di una figura professionale di supporto psicologico;

è stabilito un termine di 90 gg., trascorso il quale, il piano provvisorio perde efficacia (attualmente, il piano provvisorio decade se entro 180 gg. la proposta del programma definitivo non è stata trasmessa dall'autorità proponente e la commissione non ha deliberato in tal senso). Il presidente della commissione centrale può disporre la prosecuzione del piano provvisorio di protezione per il tempo strettamente necessario a consentire l'esame della proposta da parte della commissione medesima. Il termine di 90 gg. è prorogabile fino a 180 con provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria e comunicato alla commissione centrale.

[365] Sulla proposta di ammissione - ove la testimonianza riguardi delitti di mafia, terrorismo ed altri delitti di particolare allarme sociale (articolo 51, commi 3- *bis*, *ter* e *quater*, cpp) – è resa obbligatoria la richiesta di parere del Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, precedentemente solo eventuale (articolo 11, comma 5, d.l. n. 8/1991).

L'articolo 13 introduce modifiche alla disciplina relativa al Programma definitivo per la protezione. Tra le novità si segnalano:

l'espressa previsione dell'accettazione del programma; attualmente, le misure sono "sottoscritte" dagli interessati (art. 12 d.l. n. 8/91 e 12 DM n. 161 del 2004), che contestualmente assumono l'impegno di:

riferire tempestivamente all'autorità giudiziaria quanto a loro conoscenza sui fatti di rilievo penale;

non rilasciare dichiarazioni su tali fatti a soggetti diversi dall'autorità giudiziaria, dalle forze di polizia e dal proprio difensore;

osservare le norme di sicurezza prescritte;

non rivelare o divulgare in qualsiasi modo elementi idonei a svelare la propria identità o il luogo di residenza qualora siano state applicate le misure di tutela;

la possibilità di modifica o revoca del programma definitivo (come di quello provvisorio) può avvenire in relazione all'attualità, concretezza e gravità del pericolo (rispetto a quanto previsto dall'articolo 13- *ter* del decreto legge n. 8 del 1991 è aggiunto il requisito della "concretezza"), nonché in relazione alle esigenze degli interessati;

l'introduzione di un termine di 20 gg. dalla richiesta per decidere sulla richiesta di modifica o revoca (termine, attualmente, non stabilito), nonché la necessaria acquisizione dei pareri dell'autorità giudiziaria (se non hanno chiesto loro la modifica- revoca) e, eventualmente, del Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo;

l'introduzione di un termine semestrale per la verifica periodica del programma da parte della Commissione.

L'articolo 14 conferma l'affidamento delle modalità esecutive delle misure di protezione al Servizio centrale di protezione, la cui disciplina è contenuta nell'articolo 14 del decreto legge n. 8 del 1991. Le principali novità introdotte dalla riforma sono:

il coinvolgimento del Servizio centrale anche in relazione all'esecuzione del piano provvisorio di protezione (ora si occupa dell'esecuzione del solo programma speciale di protezione);

le misure di protezione, provvisorie e definitive, nel luogo di residenza del testimone sono, invece, eseguite dagli organi di polizia sul territorio;

l'individuazione, nell'ambito della sezione dell'ufficio che si occupa dei testimoni, del referente del testimone di giustizia.

L'ennesima novità di rilievo è costituita dall'art. 16 della legge, che istituisce la figura del referente del testimone di giustizia, al quale vengono attribuiti compiti di assistenza per tutta la durata del programma di protezione e anche successivamente, fino al riacquisto dell'autonomia economica (ad es., informare il testimone e gli altri protetti sui diritti che la legge gli assicura e sulle conseguenze derivati dall'attuazione delle misure).

Sono state introdotte "Disposizioni finali e transitorie"; in particolare, l'art. 20 dispone l'abrogazione:

• dell'articolo 12, comma 3, del decreto legge n. 8 del 1991 che - in sede di assunzione degli impegni- esonera i testimoni di giustizia dall'obbligo di specificare tutti i beni posseduti e controllati;

• del capo II- bis (articoli 16- *bis* e 16- *ter*) dello stesso decreto- legge recante norme per la protezione dei soli testimoni di giustizia.

L'articolo 21 modifica l'articolo 392 cpp, estendendo anche ai testimoni di giustizia la possibilità di essere ascoltati con incidente probatorio durante le indagini preliminari; attualmente, tale forma di assunzione della prova è prevista per i soli collaboratori di giustizia.

L'articolo 22 introduce nell'ordinamento un'ulteriore circostanza aggravante ad effetto speciale del reato di calunnia.

Il delitto in questione è punito dall'articolo 368 c.p. con la pena (base) della reclusione da 2 a 6 anni. L'aggravante, che consiste nell'avere commesso il reato per usufruire o continuare a fruire delle speciali misure di protezione previste dalla legge in esame, comporta un aumento da un terzo alla metà della pena base. Se uno dei benefici è stato ottenuto, l'aumento è dalla metà ai due terzi.

L’articolo 23 detta una norma transitoria secondo cui è testimone di giustizia colui che, alla data di entrata in vigore della nuova legge, è sottoposto al programma o alle speciali misure di protezione.

L’articolo 24 modifica l'articolo 147- *bis*, comma 3, delle norme di attuazione del c.p.p., introducendovi una nuova lettera a- *bis*). La nuova disposizione aggiunge anche le persone ammesse al piano provvisorio o al programma definitivo per la protezione dei testimoni di giustizia tra i soggetti, il cui esame in dibattimento avviene, di regola, a distanza.

CESARE PARODI

Intercettazioni e reati contro la P.A.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La semplificazione delle condizioni per l'impiego. - 3. La modifica del reato presupposto. - 4. Intercettazioni tra presenti e svolgimento dell'attività criminosa. - 5. Il coordinamento con la disciplina transitoria.

1. Premessa

Le nuove indicazioni in tema di intercettazioni nei procedimenti per reati contro la pubblica amministrazione sono tra le poche immediatamente "operative" dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 216/2017. La formula con la quale la legge ha individuato la terza finalità della delega – intesa come semplificazione delle condizioni per l'impiego delle intercettazioni in tema di reato contro la p.a.- lasciava, per altro, spazio a alcune significative incertezze ermeneutiche "….. prevedere la semplificazione delle condizioni per l'impiego delle intercettazioni delle conversazioni e delle comunicazioni telefoniche e telematiche nei procedimenti per i più gravi reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione" (così art. 1 comma 84 l. 103/2017)

In sede di attuazione della delega, il legislatore ha optato per una serie di indicazioni che, pure presentandosi apparentemente come chiare e lineari rispetto al pregresso "sistema intercettazioni", lasciano aperte non poche problematiche sul piano interpretativo.

Questo il testo dell'articolo 6 d.gs 216/2017: "Nei procedimenti per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell'articolo 4 del codice di procedura penale, si applicano le disposizioni di cui all'articolo 13 del decreto- legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203. L'intercettazione di comunicazioni tra presenti nei luoghi indicati dall'articolo 614 del codice penale non può essere eseguita mediante l'inserimento di un captatore informatico su dispositivo elettronico portatile quando non vi è motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa."

Rispetto alle indicazioni della delega, è stata confermata espressamente, in relazione ai soggetti destinatari della nuova disciplina, l'indicazione ai soli pubblici ufficiali, così che nessun

dubbio può porsi sull'applicabilità della norma agli incaricati di pubblico servizio e agli esercenti servizi di pubblica necessità.

Con riferimento alla definizione della categoria dei reati di maggiore gravità, per i quali la disciplina deve essere oggetto della semplificazione, il legislatore si è limitato a richiamare un criterio oggettivo, già espresso dalla formulazione originaria del codice, che difficilmente potrà portare a difficoltà sul piano delle applicazioni. Un criterio già contenuto nella disciplina specifica in tema di intercettazioni, laddove l'art. 266, comma 1, lett. b) c.p.p. consente le captazioni per i «delitti contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni determinata a norma dell'articolo 4».

Un criterio, per altro, esclude della possibilità di intercettazione i delitti di abuso di ufficio (art. 323 c.p.) e di rifiuto o omissione di atti di ufficio (art. 328 c.p.), certamente di non secondario rilievo sul piano della percezione del disvalore sociale.

Sul piano sistematico, si deve rilevare che il principio contenuto nel secondo comma sopra riportato - in ordine ai limiti di utilizzo del captatore informatico nell'ambito della semplificazione prevista per le intercettazioni in materia di reati contro la P.A. - impone di ritenere che tale strumento, anche per i delitti contro la pubblica amministrazione, potrà essere utilizzato:

• per le intercettazioni "ordinarie";

• per le intercettazioni tra presenti nei luoghi diversi da quelli di cui all'art. 614 c.p.;

• per le intercettazioni nei luoghi di cui all'art. 614 c.p. se vi è motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa.

2. La semplificazione delle condizioni per l'impiego.

Il vero nodo da sciogliere da parte del legislatore delegato riguardava le modalità di attuazione della «semplificazione delle condizioni per l'impiego delle intercettazioni». Ciò in quanto l'indicazione – condizioni per l'impiego – non trova diretto e formale riscontro nella disciplina sul tema.

Una prima possibilità avrebbe potuto riguardare il contenuto dell'art. 266 c.p.p.; un'opzione che avrebbe tuttavia comportato una singolare e non condivisibile identificazione delle condizioni con i limiti di ammissibilità di cui all'art. 266 c.p.p. In questo senso, non si sarebbe trattato di una

condizione, quanto di un presupposto dell'attività, per altro già considerato dalla delega sotto un differente profilo.

Era quindi ragionevole ipotizzare – come poi si è verificato – un richiamo ai "Presupposti e forme del provvedimento" di cui all'art. 267 c.p.p.; norma in base alla quale «L'autorizzazione è data con decreto motivato quando vi sono gravi indizi di reato e l'intercettazione è assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini».

Il possibile confronto è con una disciplina differente, stabilita dall'art. 13, d.l. 152/1991, convertito, con modificazioni, dalla l. 203/1991, ossia la disciplina stabilita per l'intercettazione per lo svolgimento delle indagini in relazione ad un delitto di criminalità organizzata o di minaccia col mezzo del telefono: «In deroga a quanto disposto dall'art. 267 c.p.p., l'autorizzazione a disporre le operazioni previste dall'art. 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».

Si tratta di captazioni per le quali, in deroga a quanto disposto dall'art. 267 c.p.p. l'autorizzazione a disporre le operazioni previste dall'art. 266 dello stesso codice è data, con decreto motivato, quando l'intercettazione:

- è necessaria (anziché indispensabile);
- a fronte di sufficienti (anziché gravi) indizi.

In tali casi, quando si tratta di intercettazioni di comunicazioni tra presenti disposta in un procedimento relativo ai soli delitti di criminalità organizzata destinata a essere realizzata nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p., «l'intercettazione è consentita anche se non vi è motivo di ritenere che nei luoghi predetti si stia svolgendo l'attività criminosa».

Attività, inoltre, la cui durata è significativamente maggiore, sia nel periodo iniziale (non più di quaranta giorni, anziché quindici) sia con riguardo alle proroghe (venti giorni anziché quindici).

Una disciplina autonoma, che il legislatore ha già dimostrato di volere proficuamente estendere quando, con il d.lgs. 374/2001, convertito con modificazioni dalla l. 438/2001

(Disposizioni in tema di terrorismo internazionale) sono state introdotte una serie di disposizioni urgenti per contrastare il terrorismo internazionale, alla luce della straordinaria necessità e urgenza di rafforzare gli strumenti di prevenzione e contrasto nei confronti di tale fenomeno, prevedendo l'introduzione di adeguate misure sanzionatorie e di idonei dispositivi operativi.

Il decreto ha adattato le disposizioni in tema di terrorismo nell'ambito della – per certi aspetti – nuova dimensione internazionale che tale fenomeno ha assunto. In questo senso l'art. 3, comma 1, del decreto in oggetto (Disposizioni sulle intercettazioni e sulle perquisizioni) ha stabilito che nei procedimenti per i delitti previsti dall'art. 270- ter c.p. e per i delitti di cui all'art. 407, comma 2, lett. a), n. 4 c.p.p., si applicano le disposizioni di cui all'art. 13, d.l. 152/1991, convertito, con modificazioni, dalla l. 203/1991.

In concreto, il legislatore delegato ha previsto una deroga a quanto disposto dall'articolo 267 c.p.p., correlando l'autorizzazione a disporre le operazioni di intercettazione in oggetto alla valutazione in punto di necessità per lo svolgimento delle indagini e a fronte della sussistenza di sufficienti indizi. Non si può negare che si sia trattato di una scelta coraggiosa e potenzialmente di grande efficacia sul piano dello "stimolo" alle investigazioni nel settore di specie e all'utilizzo dello strumento intercettazioni. Una scelta che attribuisce un potere d'intervento al P.M. – così come indirettamente alla P.G. – di grandissimo momento (potere la cui attribuzione non mancherà di essere al centro di polemiche, non appena qualche commentatore ne rileverà una possibile eccessiva estensione).

L'avere ampliato lo "spettro" di condizioni tali da giustificare l'intercettazione in subiecta materia costituirà un moltiplicatore delle potenziali criticità in tema di deposito degli atti, tutela dei terzi e tutela – comunque – della riservatezza anche degli stessi indagati affrontate dal legislatore nell'ambito del d.lgs. 216/2017. Nondimeno, se veramente la scarsa efficacia dell'intero sistema nella lotta alla corruzione (e a fatti di reato similari) è individuata da tempo come un profilo altamente negativo non solo sul piano "morale", non soltanto in relazione all'efficienza e trasparenza dell'attività della pubblica amministrazione ma anche in rapporto alla credibilità sul piano internazionale del nostro paese, una risposta forte e verosimilmente efficace rappresenta, più che una scelta, una specifica necessità.

3. La modifica del reato presupposto

In esito alla riforma, alla luce delle nuove indicazioni del legislatore, permane una problematica che ha determinato in passato non poche controversie; problematica destinata a riproporsi laddove siano disposte captazione sulla base dei presupposti di cui al d.lgs. 216/2017, nei casi in cui, nello sviluppo delle indagini, le ipotesi di reato originariamente indicate siano oggetto di riqualificazione e risultino "trasformate" in fattispecie che non avrebbero consentito un'intercettazione fondata sui medesimi presupposti.

Una situazione certamente ravvisabile anche alla luce delle indicazioni del d.lgs. 216/2017, laddove la captazione sia stata autorizzata sulla base dei differenti presupposti di cui al citato art. 6 e – in seguito – il reato originariamente ravvisato sia oggetto di riqualificazione, tale da escluderlo dalla categoria delineata dalla lett. b) dell'art. 266 c.p.p.

Al riguardo, si è consolidata negli anni una prospettiva ermeneutica avente a oggetto le frequenti ipotesi di riqualificazione dei reati che costituiscono il presupposto delle intercettazioni, siano esse "ordinarie" che in ambito di criminalità organizzata. Una prospettiva ermeneutica che può essere ribadita anche dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 216/2017 sulla base, ancora una volta, di un rilievo sistematico.

L'art. 4 del d.lgs. 216/2017 , tra l'altro, stabilisce che "…d) all'articolo 270, dopo il comma 1, è aggiunto il seguente comma: «1- bis. I risultati delle intercettazioni tra presenti operate mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile non possono essere utilizzati per la prova di reati, anche connessi, diversi da quelli per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione, salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza."

Se un divieto di utilizzazione per «reati diversi da quelli per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione» è stato espressamente previsto solo nell'ambito delle intercettazioni tra presenti operate a mezzo di captatore informatico, si deve ritenere che un divieto generalizzato non sia in alcun modo ravvisabile e che quindi, come vedremo, debba essere riconosciuto un'ampia prospettiva di utilizzabilità.

È significativo, comunque, il fatto che il legislatore abbia comunque fatta salva l'utilizzabilità laddove i risultati delle captazioni siano «indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza», dimostrando di volere – per quanto possibile,

anche nell'ambito delle delicate intercettazioni a mezzo di un intrusore – non escludere in termini generali un residuale "recupero" degli esiti delle stesse.

Può essere utile una verifica della nuove disposizione alla luce dei principi elaborati dalla S.C. a fronte di riqualificazione del reato sulla base del quale l'intercettazione è stata autorizzata. In generale, nel caso in cui l'intercettazione risulti ex ante legittimamente disposta – con corretta prospettazione di un delitto di criminalità organizzata e delle esigenze probatorie ad esse connesse, anche laddove emerga, in esito alla stessa, una tipologia di reato non riconducibile alla categoria in oggetto, per il quale l'intercettazione avrebbe potuto essere disposta alla luce di presupposti più stringenti e con modalità differenti – l'esito dell'intercettazione deve ritenersi utilizzabile.

La legittimità di un'intercettazione ambientale nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p., disposta adottando la disciplina dell'art. 13, comma 1, d.l. 152/1991 (conv. con l. 203/1991), deve essere ricondotta al momento procedimentale in cui la captazione era stata richiesta e autorizzata, con impossibilità di una verifica in base al panorama retrospettivamente derivante dal prosieguo delle intercettazioni e delle altre acquisizioni. In particolare, nel caso in cui un'intercettazione di comunicazione è disposta applicando la disciplina prevista dall'art. 13, comma 1, d.l. 152/1991, con riguardo ad un'originaria prospettazione di reati di criminalità organizzata, le relative risultanze possono essere utilizzate anche quando il prosieguo delle indagini impone di qualificare i fatti come non ascrivibili alla suddetta area, atteso che la legittimità di un'intercettazione deve essere verificata al momento in cui la captazione è richiesta ed autorizzata, non potendosi procedere al controllo della sua ritualità sulla base delle risultanze derivanti dal prosieguo delle captazioni e dalle altre acquisizioni (Cass. Sez. VI, n. 21740, 1.3.2016, CED 266922; conf. Sez. VI, n. 7, 4.3.1997, CED 207364).

Il problema è stato risolto in termini analoghi anche nell'ambito di un raffronto tra i reati di cui all'art. 266 c.p.p. e ipotesi di reato per i quali non sarebbe stata autonomamente richiedibile l'intercettazione. Si ipotizzi il caso di un'intercettazione per il reato di associazione a delinquere finalizzata a porre in essere truffe, richiesta ed autorizzata sul presupposto della sussistenza del reato associativo; venuto meno quest'ultimo, anche nel caso in cui i presupposti del reato siano stati correttamente ritenuti ex ante e non siano intervenute violazioni procedurali successive, deve essere valutata la possibilità di utilizzare gli esiti dell'intercettazione in funzione dell'accertamento dei reati "fine".

Secondo la S.C., nessuna norma impedisce al giudice di valutare, ai fini dell'accertamento della responsabilità dell'imputato, i risultati di intercettazioni telefoniche o ambientali – ritualmente autorizzate per lo stesso fatto – sia pure inquadrate in una diversa ipotesi di reato, e nell'ambito dello stesso procedimento, purché in seguito alla mutata qualificazione giuridica di tale fatto risulti punibile con una delle pene indicate nell'art. 266, lett. a), c.p.p. (Cass. Sez. VI, n. 9247, 22.31994, CED 200131).

La stessa Cassazione, tuttavia, ha ammesso la possibilità di utilizzo probatorio per reati non previsti dall'art. 266 c.p.p.; la ratio, evidentemente, è quella per cui le garanzie previste in tali casi sarebbero state legate ai presupposti astratti delle fattispecie. Nell'ipotesi in cui un'intercettazione sia ritualmente ordinata con riferimento al reato per il quale si procede, che in astratto prevede la pena massima superiore a cinque anni, e successivamente l'imputazione venga mutata in altra per la quale l'intercettazione stessa non sarebbe stata ammissibile, la prova acquisita deve ritenersi utilizzabile, in quanto il divieto di cui all'art. 271 c.p.p. è stato imposto soltanto con riferimento ai provvedimenti adottati in casi non consentiti. Se l'atto è quindi legittimo, i suoi esiti mantengono tale carattere anche se la modifica della qualificazione giuridica del reato sia tale da fare diventare, con valutazione postuma, non più conforme alla previsione processuale l'intercettazione eseguita (Cass. Sez. III, n. 5331, 28.2.1994, CED 197616; conf. Cass. Sez. I, n. 19852, 11.5.2009, CED 243780).

Conseguentemente, intercettazioni telefoniche disposte nell'ambito di indagini relative a reati rientranti nell'elenco di cui all'art. 266 c.p.p. possono essere utilizzate nella loro interezza nel procedimento in cui sono state legittimamente disposte, a prescindere dalla posizione processuale delle varie persone imputate, che ben potrebbero anche essere indagate sulla base degli elementi raccolti attraverso le intercettazioni medesime (Cass. Sez. III, n. 794, 28.9.1995, CED 204206).

Si deve pertanto ritenere che siano utilizzabili i risultati delle intercettazioni disposte con riferimento ad un titolo di reato per il quale le medesime sono consentite, anche quando al fatto sia 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. VI, n. 22276, 5.4.2012, CED 252870: in tale caso è stata ritenuta utilizzabile l'intercettazione, disposta per associazione a delinquere e corruzione, anche per il delitto di rivelazione di segreto di ufficio).

Anche i più recenti arresti della S.C. confermano – sostanzialmente – la linea ermeneutica sopra esposta.

I risultati delle intercettazioni telefoniche disposte per un reato rientrante tra quelli indicati nell'art. 266 c.p.p. sono utilizzabili anche relativamente ad altri reati per i quali si procede nel medesimo procedimento, pur se per essi le intercettazioni non sarebbero state consentite (Cass. Sez. F, n. 35536, 23.8.2016 CED 267598; in tale caso è stata ritenuta utilizzabile l'intercettazione disposta per il reato di tentato omicidio, anche per il reato di violazione degli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale).

Ancora, i risultati delle intercettazioni telefoniche disposte per uno dei reati rientranti tra quelli indicati nell'art. 266 c.p.p. sono utilizzabili anche relativamente ad altri reati che emergano dall'attività di captazione, ancorché per essi le intercettazioni non siano state consentite, purché tra il contenuto dell'originaria notizia di reato alla base dell'autorizzazione e quello dei reati per cui si procede separatamente vi sia una stretta connessione sotto il profilo oggettivo, probatorio o finalistico, cosicché il relativo procedimento possa ritenersi non diverso rispetto al primo, ai sensi dell'art. 270, comma 1, c.p.p. (Cass. Sez. V, n. 45535, 16.3.2016, CED 268453; fattispecie in cui gli indagati, accusati dell'omicidio del sindaco che voleva denunciarli per spaccio di cocaina, avevano minacciato di gravi lesioni personali un loro "acquirente" per costringerlo a rendere falsa testimonianza, così da far cadere il movente dell'omicidio del sindaco; la S.C. ha ritenuto immune da censure l'ordinanza del tribunale della libertà che ha ritenuto utilizzabile l'intercettazione disposta nel procedimento per il reato di omicidio, anche nel procedimento per il reato di minaccia).

La S.C. ha affermato, altresì, che qualora il mezzo di ricerca della prova sia legittimamente autorizzato all'interno di un determinato procedimento concernente uno dei reati di cui all'art. 266 c.p.p., i suoi esiti sono utilizzabili anche per gli altri reati di cui dall'attività di captazione emergano gli estremi e, quindi, la conoscenza, mentre, nel caso in cui si tratti di reati oggetto di un procedimento diverso ab origine, l'utilizzazione è subordinata alla sussistenza dei parametri indicati espressamente dall'art. 270 c.p.p. e, cioè, all'indispensabilità e all'obbligatorietà dell'arresto in flagranza (Cass. Sez. VI, n. 41317, 15.7.2015, CED 265004).

4. Intercettazioni tra presenti e svolgimento dell'attività criminosa.

Operativamente complesse quanto alle volte straordinariamente efficaci, le intercettazioni tra presenti costituiscono uno degli aspetti concretamente di maggiore rilievo dell'intera disciplina. È verosimile che il legislatore, nel momento in cui ha inteso intensificare l'efficacia delle captazioni attraverso una semplificazione delle condizioni di impiego, abbia ipotizzato un significativo utilizzo delle intercettazioni in oggetto, seppure inserendo una specifica limitazione, sul piano tecnologico, all'effettuazione delle stesse.

In generale, si tratta di attività per le quali sono previste le medesime modalità esecutive e i medesimi presupposti stabiliti per l'intercettazione di comunicazioni; in base all'art. 266, comma 2, c.p.p. tali attività sono consentite negli stessi casi elencati dal comma prima della medesima norma. In linea di massima, quindi, assolutamente identici rispetto alle intercettazioni di comunicazioni devono ritenersi i presupposti di ammissibilità di tale atti in relazione alla tipologia di reati presupposto. Per i soli luoghi di privata dimora richiamati dall'art. 614 c.p. le intercettazioni sono ammesse «solo se vi è fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa», laddove, in base all'art. 13 l. 203/1991, l'intercettazione di comunicazioni tra presenti disposta in un procedimento relativo a un delitto di criminalità organizzata è consentita nei luoghi di cui all'art. 614 c.p. anche se non vi sia motivo di ritenere che nei predetti si stesse svolgendo l'attività criminosa.

Diviene quindi fondamentale precisare, sulla base delle indicazioni della S.C., quali luoghi possano intendersi riconducibili al concetto di privata dimora ex art. 614 c.p., atteso che negli stessi è necessario, nella richiesta, argomentare sull'attuale svolgimento dell'attività criminosa.

Il fatto che – con esclusione dei casi di attività di criminalità organizzata – il presupposto delle intercettazioni ambientali sia individuato nello svolgimento nei luoghi in oggetto dell'attività criminosa esprime la finalità anche e soprattutto "preventiva" delle stesse, in relazione ad ipotesi di reato a consumazione protratta nel tempo, per impedire la prosecuzione di tali illeciti. Ipotesi tra le quali a pieno titolo possono essere inseriti almeno alcuni tra i delitti in danno della P.A. (si pensi a ipotesi di corruzione continuata).

In generale, in tema di intercettazioni ambientali, una volta autorizzata la captazione delle conversazioni in un determinato luogo, l'attività deve ritenersi consentita anche nelle pertinenze del medesimo senza necessità di ulteriore specifica autorizzazione (Cass. Sez. II, n. 4178, 15.12.2010, CED 249207). Inoltre, sarebbero utilizzabili i risultati di tali intercettazioni anche

quando nel corso dell'esecuzione intervenga una variazione dei luoghi in cui deve svolgersi la captazione, purché rientrante nella specificità dell'ambiente oggetto dell'intercettazione autorizzata (Cass. Sez. V, n. 5956, 6.10.2011, CED 252137; nella specie la captazione ambientale era stata trasferita dalla vettura oggetto di autorizzazione ad altra vettura successivamente acquistata dall'indagato sottoposto a intercettazione).

Al fine di verificare la "fattibilità" delle intercettazioni ambientali, è necessario soffermarsi sul concetto di svolgimento dell'attività criminosa. Prevede il comma 2 del menzionato art. 6: "L'intercettazione di comunicazioni tra presenti nei luoghi indicati dall'articolo 614 del codice penale non può essere eseguita mediante l'inserimento di un captatore informatico su dispositivo elettronico portatile quando non vi è motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa."

Pare evidente la volontà del legislatore di concentrare l'attività in oggetto sui fatti – intesi appunto come fatti criminosi, che è ragionevole prevedere si siano manifestando – piuttosto che su luoghi o persone, così da evitare quanto più possibile captazioni di conversazioni calibrate su una "potenzialità" criminale dei soggetti coinvolti piuttosto che su dati oggettivi legati ai reati in corso di accertamento.

Non deve essere trascurata la differenza tra la formula generale dell'art. 266, comma 2 (per il quale la captazione " è consentita solo si vi è motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa") e quella utilizzata in tema di reati contro la P.A.: (la captazione " non può essere eseguita mediante l'inserimento di un captatore informatico su dispositivo elettronico portatile quando non vi è motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa.")

Si passa da una prova logico/storica in positivo a un'indicazione formulata su una doppia negazione, che sostanzialmente precisa che l'uso del captatore non può avvenire se deve essere – di nuovo sul piano logico/storico – esclusa la possibilità che nel luogo ove dovrebbero avvenire le captazioni si stia svolgendo la predetta attività.

Sul piano sistematico si deve, pertanto, rilevare che il principio contenuto nel comma sopra riportato in ordine ai limiti di utilizzo del captatore informatico nell'ambito della "semplificazione" prevista per le intercettazioni in materia di reati contro la P.A. impone di ritenere che tale strumento, anche per i delitti contro la pubblica amministrazione potrà essere utilizzato:

• per le intercettazioni “ordinarie”;

• per le intercettazioni tra presenti nei luoghi diversi da quelli di cui all’art. 614 c.p.;

• per le intercettazioni nei luoghi di cui all’art. 614 c.p. nel caso in cui vi sia una ragionevole possibilità che ivi si stia svolgendo l’attività criminosa.

Resta da comprendere se il divieto di cui all’art. 6, comma 2, possa essere esteso alla comunicazioni informatiche e telematiche di cui all’art. 266- bis c.p.p.: una possibilità di grande rilievo ove si consideri che con tale strumento potrebbero essere intercettate le comunicazioni a mezzo device e quindi, attraverso di esse, tutta la messaggistica utilizzabile online. Una possibilità che non può essere in astratto esclusa,atteso che le intercettazioni informatiche e telematiche ex art. 266- bis c.p.p., in quanto differenti da quelle di cui all’art. 266 c.p.p., non presentano il limite di cui al comma 2 di quest’ultimo articolo.

Di fatto, l’indicazione di cui al menzionato art. 6, comma 2, conferma sostanzialmente il principio espresso da un recente e noto arresto delle S.U.(Cass. S.U, n. 26889, 28.4.2016, CED 266905) che, sul tema, aveva consentito l’attività del captatore nei luoghi di privata dimora, anche in assenza dello svolgimento dell’attività criminosa, solo nei casi in cui si proceda per i delitti di cui all'articolo 51, commi 3- bis e 3- quater c.p.p. e per i casi di associazione a delinquere, escludendo, pertanto, i delitti nei confronti della pubblica amministrazione.

L’intenzione del legislatore è chiara: nonostante il rafforzamento della disciplina in tema di captazioni per reati contro la pubblica amministrazione, non sarà possibile utilizzare il captatore informatico per intercettazioni presso luoghi di privata dimora nei quali non si stia svolgendo l’attività criminosa o perlomeno presso i quali deve essere esclusa che la possibilità che la stessa si stia svolgendo.

Si tratta di una disposizione evidentemente “figlia” del timore/sfiducia sul piano delle garanzie della tecnologia richiamata dalla norma. Il legislatore ha evidentemente operato una valutazione costi/benefici – rispetto alla possibilità di introdurre l’intercettazione tra presenti per mezzo di captatore – che si rivela favorevole solo nella comparazione di interessi tra la repressione dei reati di competenza “distrettuale” ma non rispetto alle ipotesi di reati contro la P.A.

La particolare caratteristica – sostanzialmente anche “preventiva” – delle intercettazioni ambientali rende in concreto frequente l’utilizzo per le stesse del provvedimento ex abrupto da parte del P.M., indispensabile in tutti i casi nei quali un ritardo nell’attivazione della captazione

potrebbe pregiudicare i risultati della stessa e, soprattutto, impedire di accertare e interrompere tempestivamente l'attività criminosa in corso.

Sul tema la S.C. ha chiarito che l'art. 266, comma 2, c.p.p., in tema di intercettazioni tra presenti in luogo di privata dimora, non pone, con riguardo all'ammissibilità, né speciali limiti di tempo, oltre quelli di carattere generale presupposti dall'art. 267, comma 2, c.p.p., né condizioni diverse da quella del fondato sospetto del contestuale svolgimento dell'attività criminosa. Ne consegue che per la legittimità e utilizzabilità dell'intercettazione deve ritenersi necessaria l'urgenza ma non l'immediatezza di essa, né rileverebbe al proposito che l'attività criminosa abbia dovuto compiersi autonomamente ovvero ad iniziativa della parte offesa o di altri (Cass. Sez.VI, n. 36770, 9.6.2003, CED 226333).

Il P.M. - e quindi l'organo giudicante - sono chiamati a effettuare una specifica valutazione sul "fumus committendi delicti" in relazione al luogo di svolgimento dell'intercettazione; un giudizio prognostico, in base al quale gli esiti dell'intercettazione saranno utilizzabili non tanto laddove si ritenga che sia in corso la flagranza di uno dei reati previsti dall'art.266 c.p.p. quanto - a prescindere dalla flagranza del reato - nel caso in cui gli elementi, valutati ex ante, siano tali da rendere verosimile la commissione del reato. In particolare l'attuale formula introdotta dalla riforma impone di ritenere, per ammettere l'uso dei captatori, che non debba essere logicamente escluso il fatto che nei luoghi di cui all'art. 614 c.p. si stia svolgendo l'attività criminosa.

Si tratta di una condizione priva di un riferimento normativo, nonché di un riscontro pratico: basti pensare all'assoluta legittimità di un'intercettazione domiciliare – coordinata con un provvedimento di ritardato sequestro e arresto ai sensi dell'art. 98 d.P.R. 309/1990 – posta in essere ove si possa ragionevolmente presumere che nel luogo nel quale la captazione deve essere disposta possa avvenire un atto di cessione di sostanza stupefacente, destinata a realizzarsi nel volgere di pochi attimi. Si pensi, nel settore di specie, ad accordi continuativi qualificabili come atti di corruzione o concussione.

Inoltre, la condizione consistente nel fondato motivo di ritenere lo svolgimento dell'attività criminosa non potrebbe dirsi non soddisfatta per il fatto che tale presunta attività risulti essere ulteriore rispetto ai fatti criminosi già emersi a seguito delle indagini pregresse, non essendo siffatta limitazione prevista né espressamente né implicitamente dalla legge (Cass. Sez. VI, 17.2.1998, CED 210316).

Per la S.C., il "fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa", non postula che detta attività debba essere stata effettivamente sussistente, dovendosi considerare sufficiente, sulla base del testuale dettato normativo (oltre che dall'evidente ratio legis), che dell'attività in questione possa, con giudizio ex ante, ragionevolmente ritenersi la sussistenza all'atto dell'emanazione del provvedimento di autorizzazione all'effettuazione delle operazioni (Cass. Sez. I, n. 1367, 12.12.1994, CED 200242)

L'attività diretta all'assicurazione del profitto del reato, pur essendo posta in essere post delictum, atterrebbe comunque alla condotta delittuosa consumata, costituendone il completamento economico o, se si vuole, una delle conseguenze ulteriori, così che sarebbe possibile definirla attività criminosa ai sensi e per gli effetti dell'art. 266, comma 2, c.p.p. (Cass. Sez. VI, n. 3093, 29.11.1999, CED 215279). Una situazione riscontrabile, ad esempio, nel caso di un sequestro di persona a scopo di estorsione, laddove le operazioni di intercettazione ambientale siano attivate dopo la liberazione dell'ostaggio, al fine sia di individuare gli autori del reato sia di accertare la loro attività diretta ad assicurare il prezzo del riscatto.

5. Il coordinamento con la disciplina transitoria

Il discorso sull'attuazione della delega in tema di Disposizioni per la semplificazione delle condizioni per l'impiego delle intercettazioni delle conversazioni e delle comunicazioni telefoniche e telematiche nei procedimenti per i più gravi reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, di cui all'art. 6 del d.lgs. 216/2017 non può che concludersi con un richiamo alla disciplina transitoria.

L'art. 9 (Disposizione transitoria) del provvedimento di attuazione della delega prevede che le disposizioni di cui agli articoli 2, 3 4, 5 e 7 acquistano efficacia decorsi centottanta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto medesimo. Pertanto, anche se l'art. 6 è immediatamente efficace, il fatto che il legislatore abbia introdotto contestualmente all'entrata in vigore del provvedimento oggetto del presente commento la possibilità di utilizzo dei captatori informatici in relazione alle operazione relative a delitti contro la pubblica amministrazione senza che le stesse siano inserite – almeno per centottanta giorni – nel contesto normativo generale con il quale la riforma ha disciplinato il problema rappresenta un'inequivoca criticità di sistema.

Ci troviamo, di fatto, a fronte di uno strumento pienamente legittimo in astratto ma non disciplinato in concreto, atteso che il complesso delle disposizioni – giuridiche e tecniche – finalizzate a delinearne le modalità di utilizzo parrebbero destinate, per un periodo non breve, a rimanere lettera morta.

CARLO MARIA PELLICANO

I controlli ufficiali sugli alimenti alla luce del nuovo regolamento 625/2017

Nella Gazzetta ufficiale europea n. 95 del 7 aprile 2017, è stato pubblicato il regolamento 2017/625 *relativo ai controlli ufficiali e alle altre attività ufficiali effettuati per garantire l'applicazione della legislazione sugli alimenti e sui mangimi, delle norme sulla salute e sul benessere degli animali, sulla sanità delle piante nonché sui prodotti fitosanitari*.

Si tratta di una normativa che però non sarà immediatamente operativa in quanto entrerà in vigore solo il 14 dicembre 2019, quindi tra un anno.

Questo regolamento rappresenta certamente un "novum" che attiene ad un aspetto fondamentale nel settore alimentare e cioè la disciplina del controllo ufficiale degli alimenti.

Va detto inoltre che molte delle norme antecedenti, tra cui il regolamento 882/04 e il regolamento 854/04, saranno abrogate.

In prima battuta vanno indicati, sinteticamente, quelli che sono gli aspetti essenziali della nuova normativa:

l'ambito applicativo dei controlli viene esteso anche al mondo vegetale, delle piante e al settore fitosanitario;

viene posta grande attenzione alla protezione della salute umana in tutti i suoi aspetti;

viene dato ampio risalto alla protezione dei consumatori a tutti i livelli;

si opera un'armonizzazione delle norme di settore in materia di controlli al fine di garantire la circolazione di alimenti sicuri, integri e salubri nell'ottica di tutela di cui all'art. 5 l. 283/1962 che, come è noto, è il principale presidio contravvenzionale in materia alimentare;

si punta alla prevenzione della diffusione delle malattie trasmissibili anche dagli animali, dagli organismi nocivi al mondo vegetale;

si esercita un controllo sui fitofarmaci e sugli O.G.M. per prevenire qualunque tipo di rischio (il concetto di *rischio* - come peraltro quello del pericolo- viene definito, unitamente ad altri concetti e definizioni ex art. 3 n. 34 del citato regolamento);

viene data particolare rilevanza al benessere animale, riconoscendo agli animali stessi capacità senzienti nonché una giusta dignità al chiaro scopo di evitare loro dolore e sofferenze inutili. È appena il caso di sottolineare come elidere le sofferenze degli animali aiuti anche a garantire maggiore sicurezza all'alimento di origine animale (come non pensare ai ai c.d allevamenti intensivi e all'abuso di antibiotici ?).

si presta particolare attenzione agli O.G.M. con conseguente applicabilità delle stesse norme dei controlli ufficiali in un'ottica palesemente orientata a monitorare la loro emissione deliberata nell'ambiente a fini di produzione di alimenti e di mangimi.

Viene data forte e puntuale protezione al settore dell'agro- alimentare nonché alla prevenzione e repressione delle frodi e alla tutela delle denominazioni di origine (art. 1 lett. *a*), *j*)) per prevenirne abusi e condotte fraudolente. Viene particolarmente evidenziato il diritto del consumatore a ottenere corrette informazioni sull'alimento. Appare chiaro il riferimento all'art. 517- *quater* c.p. che ha dato rilevanza penale a buona parte di queste condotte anche se, allo stato, con scarsa rilevanza concreta (risulta un unico precedente in Cassazione peraltro nel senso dell'insussistenza del reato);

Viene ribadita la responsabilità degli Osa (Operatore sicurezza alimentare) nell'ambito di tutta la filiera alimentare;

Viene valutata come "d'interesse pubblico" qualunque azione che riduca o comunque contenga i rischi per la salute e per il consumatore in ogni proiezione biologica (animali, piante, ambiente);

Viene precisato che le attività di controllo devono essere effettuate in modo trasparente e uniforme, coerente ed efficace;

Viene fatta propria l'esigenza di garantire alle autorità di controllo mezzi adeguati e viene data particolare rilevanza all'esigenza che il personale operante abbia in concreto un'elevata professionalità;

viene espressamente prevista l'esigenza di una formazione permanente del personale proprio al fine di garantire al servizio professionalità ed efficienza(art. 5). Al riguardo si prevede quindi la necessità di formazione del personale anche col supporto di audit interni (art. 6 reg.);

viene razionalizzata e definita la frequenza dei controlli, controlli che devono essere effettuati con imparzialità, in assenza di conflitto di interessi, senza preavviso e consacrati con documentazione scritta che dia atto delle operazioni compiute (art. 9);

viene valorizzata l'attività informativa e di *rating* per consentire di ottenere una visione ad "ampio spettro" delle aziende sottoposte a controllo. Al riguardo si osserva che l'art. 3 n. 31 fornisce una definizione del concetto di *rating* quale «classificazione degli operatori fondata sulla valutazione della loro corrispondenza ai criteri del *rating* stesso». L'ottica è chiaramente quella di avere parametri certi con riferimento ai controlli effettuati nonché la concreta possibilità di valutazioni ponderate degli Osa anche alla luce di quanto è stato accertato nel tempo. Al riguardo si osserva che *ex* art. 1 lett *f*) è prevista l'istituzione di un sistema informatico per il trattamento delle informazioni e dei dati relativi ai controlli ufficiali ed è previsto altresì che nell'attività di controllo si deve far riferimento ai precedenti controlli (art. 9 lett *c*));

viene precisato che il sistema sanzionatorio deve prevedere sanzioni effettive, dissuasive e proporzionate correlate ai potenziali danni per la salute. In tale ottica si auspica che , nei casi di condotte fraudolente, siano previste sanzioni tali da scoraggiare il perseguimento di profitti illeciti;

viene infine garantita l'esigenza di tutelare chiunque porti a conoscenza fatti e circostanze alle autorità di controllo salvaguardandolo da possibili ritorsioni. E qui la normativa prende atto di come il settore (e in particolare l'agroalimentare) sia divenuto particolarmente appetibile dalla criminalità organizzata con tutte le conseguenze del caso in materia di testimoni e di possibile loro coartazione o intimidazione.

Alla luce di quanto appena evidenziato non si può non apprezzare il tentativo - di cui si fa carico a volte con una certa ridondanza il legislatore- di razionalizzare armonizzare il sistema dei controlli ufficiali in un unico provvedimento legislativo.

Il settore alimentare è particolarmente frammentato e complesso per cui questa precisa ottica armonizzante nello specifico settore dei controlli ufficiali è certamente un notevole passo avanti.

Va allo stesso modo apprezzata la disciplina che viene dettata in tema di frequenza dei controlli nonché i vari riferimenti normativi al dovere di imparzialità, di assenza di interessi confliggenti da parte di chi effettua i controlli nonché alla necessità di predisposizione e di

dotazione di protocolli uniformi sia per l'effettuazione dei controlli "sctictu sensu" sia per prevenire abusi e possibili parzialità.

È apprezzabile altresì la previsione di integrare in misura omnicomprensiva i controlli su un ampio spettro di situazioni e di condizioni o stato che riguardino le merci, gli animali e le piante e in particolare:

gli alimenti veri e propri (che vengono definiti ex art. 3 n. 12 con un richiamo all'art. 2 del Reg. 178/02);

i mangimi (che vengono definiti *ex* art. 3 n. 13 con un richiamo all'art. 3 punto 4 del reg. 178/02);

la salute nel senso più ampio del concetto;

il benessere animale (art. 1 lett *f*));

la sanità delle piante e dei prodotti fitosanitari (art. 1 lett. *g*) ed *h*)).

L'art. 3 del citato regolamento fornisce un ampio elenco di definizioni (ad esempio il rischio e il pericolo ma non solo) dandone una sorta di interpretazione autentica o richiamandosi ad altri regolamenti e in particolare al Reg. n. 178/02.

Non si può non notare inoltre come sia ben chiara al legislatore l'esigenza di rendere i controlli ufficiali davvero penetranti ed esaustivi.

Amplissimi infatti sono i settori nei quali, secondo il nuovo regolamento, si può e si deve esercitare il controllo :

sicurezza, integrità, salubrità degli alimenti in tutte le fasi dalla produzione alla distribuzione;

verifica della lealtà e della correttezza delle pratiche commerciali in un'ottica generale di tutela del consumatore e specifica di prevenzione delle frodi;

dovere di informare i consumatori su tutto ciò che attiene all'alimento e non solo.

Questo ampliamento dell'ambito operativo dei controlli testimonia l'interesse della Ce a garantire ai massimi livelli la sicurezza del settore , una sicurezza che solo un controllo ufficiale all'altezza potrà garantire con la massima efficacia in un'ottica di reale tutela del consumatore.

Si può quindi considerare un dato certo sia l'interesse del legislatore ad esaltare l'ottica della prevenzione sia quello di tentare di ridurre al minimo i rischi sanitari per l'uomo e per gli animali.

Sul punto si richiama l'art. 3 n. 24 del cit. reg. che contiene, come si è già anticipato, un'interessante definizione di rischio (al n. 23 vi è una simmetrica definizione del concetto di pericolo).

Appare particolarmente sentita:

l'esigenza di tutela dei prodotti biologici;

il rafforzamento di presidi di tutela contro le frodi;

la tutela delle denominazioni di origine protetta, delle indicazioni geografiche e delle specialità tradizionali garantite nell'ottica penalistica del nuovo (e scarsamente applicato) reato di cui all'art. 517- *quater* c.p. inserito nel nostro ordinamento a tutela del *made in Italy* nello specifico settore dell'agroalimentare.

In estrema sintesi non si può che evidenziare come la nuova, futura normativa in materia di controlli comporterà in concreto :

l'ampliamento dell'ambito di applicazione dei controlli ufficiali;

la necessità di una formazione permanente del personale;

l'ampliamento della tutela del consumatore (art. 1 lett a);

la rilevanza delle frodi anche in ambito preventivo (e non solo repressivo);

la valorizzazione del settore agro alimentare in genere sia dal punto di vista del prodotto protetto come privativa sia in quanto biologico (art. 1 lett. *i*) – *j*)), con questo cavalcando l'onda che aveva portato ad elaborare la "nuova" fattispecie delittuosa di cui all'art. 517 quater cp.

Passando ad analizzare i controlli ufficiali più nel dettaglio si osserva in primo luogo che essi vengono definiti *ex* art. 2 n. 1) come tutte quelle attività eseguite dalle autorità competenti (si cfr. per la definizione art. 3 n. 3 lett. *a*), *b*), *c*) o dagli organismi delegati (si cfr. art. 3 n. 5) o delle

persone fisiche cui sono stati delegati determinati compiti riguardanti i controlli ufficiali al fine di verificare il rispetto delle norme previste dal presente regolamento e che gli animali e le merci soddisfino i requisiti previsti dalla normativa con particolare riferimento all'art. 1 paragrafo 2 (alimenti, sicurezza alimentare, lealtà dei commerci, salute e benessere animale, piante, fitofarmaci etc.).

La nuova normativa cura in particolare proprio la *fase della prevenzione* con occhio particolare alla valutazione dei rischi.

È evidente come il controllo ufficiale attenga proprio a questi aspetti che sono il "cuore" del regolamento n. 625/17.

Ed infatti solo in esito ai controlli ufficiali si potrà prevedere, valutare ed eliminare il rischio ovvero scoprire ed evitare la frode in un'ottica di garanzia della sicurezza del consumatore.

La fase dei controlli è dettagliatamente regolamentata.

Ritengo tuttavia sarà necessaria da parte delle autorità di controllo l'adozione di protocolli o comunque di linee guida attesa la vastità e complessità del compito istituzionale loro attribuito e preso atto di come il legislatore esiga che i controlli vadano esercitati nel rispetto di esigenze di uniformità e trasparenza.

Gli stati membri hanno l'onore di indicare quali siano le autorità competenti ad effettuare i controlli.

Le autorità , come sopra indicate, assumono un rilievo molto significativo essendo stati officiati di una precisa responsabilità nell'organizzazione e nell'effettuazione dei controlli stessi (si cfr. art. 4 reg.).

Le autorità, inoltre, ai sensi dell'art. 4 lett *a*) hanno anche l'onere di garantire un coordinamento efficiente ed efficace tra tutte le autorità coinvolte e devono garantire coerenza ed efficacia ai controlli ufficiali o alle altre attività di loro competenza.

Per assolvere tale gravoso compito sarà certamente necessario un continuo scambio di informazioni e, come già precisato, la necessità di predisporre veri e propri protocolli o linee guida.

Senza questa predefinita uniformità di modelli la "caldeggiata" esigenza di *coerenza* nell'esercitare le attività di controllo sarà solo un miraggio o un vuoto slogan di marketing.

Sarà quindi fondamentale e doveroso per chiunque operi nel settore adottare un'ottica di concreta collaborazione tra gli enti e le persone incaricate dei controlli nonchè uno scambio continuo di dati.

Questo dovere di coerenza e di scambio di informazioni è strettamente collegato alle esigenza di trasparenza e uniformità che vengono infatti espressamente previste nel successivo art. 5 lett a,b,c.

Tale norma prevede infatti:

la necessità per le autorità competenti di dotarsi di procedure e meccanismi idonei a garantire l'efficacia e l'adeguatezza dei controlli ufficiali;

la necessità di adottare procedure idonee a garantire imparzialità, qualità e coerenza ai controlli ufficiali nonché assenza di qualsivoglia conflitto di interessi.

Compito dell'autorità designata sarà quindi quello di agire nel pubblico interesse al fine di eliminare o comunque ridurre i rischi e i pericoli di natura sanitaria per l'uomo,gli animali,le piante e l'ambiente in genere.

Per assolvere a tali compiti sarà chiaramente necessario non solo avere in dotazione strumenti tecnici adeguati e strutture di laboratorio efficienti (art. 5 lett. *d*), *f*) ma anche un personale adeguato dal punto di vista numerico e particolarmente qualificato (art. 5 lett. *e*).

Il predetto personale, come già sottolineato, dovrà essere adeguatamente formato sia nello specifico ambito dei controlli sia nella fase del concreto rilevamento delle violazioni siano esse di natura amministrativa siano esse di natura penale.

Con riferimento alla formazione il regolamento (si cfr l'art. 5 n. 4) è alquanto dettagliato e prevede che :

il personale debba ricevere formazione adeguata per il proprio ambito di competenza;

debba essere sempre aggiornato;

debba ricevere su temi specifici tutte le informazioni aggiuntive su vari temi valorizzati dal Regolamento stesso quali: pericoli nel settore produzione/trasformazione/distribuzione di animali e merci, valutazione circa l'applicazione delle procedure HACCP, procedimenti giudiziari e implicazioni dei controlli ufficiali.

In conclusione l'art. 5 del citato regolamento prevede che le autorità competenti e quelle comunque preposte ai controlli dispongano di procedure e meccanismi idonei a garantire l'efficacia e l'adeguatezza dei controlli ufficiali e che i controlli stessi siano improntati a criteri tali da garantire imparzialità, qualità e coerenza.

Il tutto nell'ambito di adeguate strutture di laboratorio idonee ad effettuare le analisi tecniche necessarie.

Appare evidente come senza un personale preparato e adeguatamente formato e senza strutture tecniche all'avanguardia quanto a strumentazioni e laboratori quanto auspicato dal Regolamento n. 625/17 sarà lettera morta.

Sempre l'art. 5 lett *h*) sottolinea come il personale deve poter disporre di procedure giuridiche adeguate per poter accedere ai locali degli Osa ed effettuare i controlli sulla documentazione da questi detenuta.

Si pone quindi la necessità non solo che il personale sia altamente qualificato e abbia tutti gli strumenti e attrezzature necessarie per l'attività di servizio e sia adeguatamente formato ma anche che sia in grado di gestire le eventuali emergenze avendo piena contezza delle procedure giuridiche da adottare.

Il tutto sulla base di protocolli giuridici uniformi e chiari (cfr. art. 5 lett. *h*).

Pare evidente la necessità per chiunque operi nel settore di sottoporsi non solo a un duro sforzo di coordinamento ma soprattutto ma anche all'adozione di protocolli e linee guida uniformi da applicare nei casi concreti.

Saranno in particolare i titolari di posizioni apicali a dover organizzare, coordinare e consentire lo scambio di informazioni e a garantire protocolli coerenti e chiari che chi opera sul campo sarà chiamato ad applicare.

Come gli Osa hanno i loro piani e i loro modelli organizzativi di prevenzione (sul punto osservo che il d.lgs. 231/2001 è stato, *ex* art. 25- *bis*, esteso a vari reati alimentari quali agli artt. 513, 515,516, 517, 517- *ter* e 517- *quater* c.p.) le autorità competenti e gli organismi delegati

dovranno certamente predisporre i loro *modelli di controllo* che dovranno essere il più possibile uniformi e trasparenti.

Se così non sarà i controlli ufficiali saranno esposti a un rischio di incorerenza e di non uniformità, in palese violazione della presente normativa.

Dovranno quindi essere predisposti e garantiti dei protocolli giuridici per potersi interfacciare con gli Osa in modo tecnicamente efficace evitando disparità di trattamento, disparità di valutazioni e, soprattutto, disparità di sanzioni.

In una parola chiunque operi in concreto dovrà sapere cosa fare.

Prima era un dato ontologico, ora è nero su bianco (l'art. 5 parla esplicitamente di *obblighi*).

Per raggiungere questo ambizioso obbiettivo tutto il personale dovrà –come è già stato sottolineato- ricevere adeguata e permanente formazione professionale per essere all'altezza dei compiti attribuiti dalla legge.

Il settore della formazione è particolarmente sottolineato nel nuovo regolamento che la pone a fondamento dell'attività di controllo.

È chiaro che senza una buona formazione sarà impossibile un adeguato ed efficace controllo.

Le autorità competenti e quelle preposte ai controlli dovranno predisporre degli specifici e programmi di formazione per il personale che tengano conto delle eventuali novità sia in materia di legislazione sia di natura prettamente tecnico- scientifica.

Come si è avuto modo di osservare anche i profili formali sono oggetto di specifiche disposizioni nell'ambito della nuova normativa.

Il personale dovrà quindi essere in grado di gestire le proprie attività di controllo anche "cartolarmente", nel rispetto di protocolli giuridici che devono rispettare le parole chiave di trasparenza, uniformità e coerenza.

Al fine di evitare ogni arbitrio o sospetto di arbitrio, la designazione dei veterinari e i controlli cui essi sono preposti dovrà sempre avvenire in forma certa e scritta, ivi compresi i loro compiti (art. 5 n. 2).

Ci sarà quindi un soggetto designato, un vero e proprio titolare dell'indagine, del controllo, che dovrà essere indicato dagli apicali che, a mio avviso, dovranno certamente dotarsi anche di un protocollo "trasparente" per le designazioni, adottando criteri il più possibile oggettivi, per evitare qualunque tipo di sospetto circa l'assegnazione dell'incarico.

Mi pare evidente l'intenzione del Legislatore di garantire ai massimi livelli trasparenza e certezza all'attività di servizio alla luce delle già svolte considerazioni sui profili di trasparenza e imparzialità delle procedure nonché di coerenza ed efficacia dei controlli e di tutta l'attività ufficiale.

Sono esplicitamente previsti degli audit interni dedicati alla corretta applicazione del regolamento de quo (art. 6).

Gli *audit* vengono definiti *ex* art. 3 n. 30 del presente reg. come esami sistematici e indipendenti per accertare se determinate attività sono conformi alle disposizioni previste e se tali disposizioni sono applicate efficacemente e sono idonee a conseguire gli obbiettivi.

L'art. 8 del regolamento presta poi particolare attenzione agli obblighi di riservatezza fatta salva l'esistenza di un interesse pubblico alla divulgazione.

La valutazione circa la sussistenza di tale interesse spetta alle autorità competenti che dovranno applicare due criteri generali : il rischio ambientale (uomo, animali, ambiente in senso stretto, piante) e la gravità e la portata dei rischi stessi.

È previsto che l'operatore privato possa presentare osservazioni circa la divulgabilità di dati e notizie.

Il regolamento n. 625/17 disciplina i controlli ufficiali in senso tecnico.

Ed infatti l'art. 9 del reg. 625 prevede che i controlli vengano effettuati con regolarità e frequenza e sulla base di considerazioni che devono essere ancorate alle seguenti specifiche valutazioni relative:

ai rischi associati ad animali e merci anche alla luce della ubicazione dell'attività assoggettata al controllo;

alla particolare tipologia di attività assoggettata a controllo;

all'impiego di prodotti, materiali o sostanze che possano incidere sulla sicurezza, integrità o salubrità degli alimenti nonché sulla sicurezza dei mangimi;

alla presenza di fitosanitari e sul loro impatto ambientale;

alla sanità delle piante e sul benessere degli animali;

all' eventuale inducibilità in errore dei consumatori su indicazioni, provenienza , origine degli alimenti (quindi i profili penalistici relativi ai reati di cui agli artt. 515, 516,517, 517- *quater* c.p.).

L'art. 9 del reg. 625/17 disciplina inoltre le modalità di effettuazione dei controlli.

Non è previsto un numero "minimo" di controlli bensì una sorta di discrezionalità "limitata" e parametrata ad alcuni aspetti che a breve indicherò.

Il primo e fondamentale aspetto è quello della valutazione del rischio.

Sono infatti previsti - da parte delle autorità preposte- controlli che devono essere effettuati senza preavviso sulla base di una frequenza adeguata e la cui adeguatezza è dettata proprio dalla valutazione dei rischi (art. 9 n. 4) e dal risultato dei precedenti controlli.

Quest'ultimo aspetto pare assai significativo perché implica un'acquisizione di dati pregressi e, soprattutto, una circolazione di tali dati nell'ottica del dovere di informazione sul quale ci siè già soffermati in precedenza.

È chiaro che un Osa che sia già stato assoggettato a controllo con esito negativo è un soggetto certamente "a rischio" di controlli più frequenti.

Lo è parimenti un Osa che svolga comunque un'attività "rischiosa" in senso lato per la tipologia di attività imprenditoriale.

Ciò che balza agli occhi è che Il "precedente" che emerga da passati controlli (e a maggior ragione se il controllo è avvenuto in periodo non molto risalente) deve comunque essere valorizzato e valutato opportunamente come accentuazione concreta del rischio con ovvia e consequenziale incidenza sulla frequenza e scansione dei controlli.

La frequenza dei controlli non può comunque essere ancorata esclusivamente al "rischio" in sé e per sé o al rischio di reiterazione di condotte illecite desunta dai "precedenti" ma anche da altri dati oggettivi quali: il tipo di animali e merci trattati, il luogo dell'attività, il tipo di operazioni svolte dagli Osa, l'eventuale impiego di sostanze particolari.

Nel nuovo regolamento viene anche valorizzato il dato probatorio testimoniale e quindi le eventuali informazioni che attestino il pericolo di immissione in commercio di prodotti in frode ai consumatori o a rischio genuinità (origine, quantità, qualità, provenienza, composizione e quindi gli artt. 515, 516, 517- *quater* c.p. e l'art. 5 l. 283/1962) o da qualsiasi informazione che indichi un pericolo di *non conformità* (art. 9 lett. *b*), *e*)).

Si è visto che i controlli in genere devono essere effettuati senza preavviso purtuttavia a tale regola generale è derogabile in tutti i casi in cui il preavviso stesso sia invece necessario proprio in ragione del tipo di controllo previsto e per le concrete modalità esecutive dello stesso (si pensi ai casi di controlli eseguiti sui macelli in periodo di macellazione o in tutti i casi di controlli che comunque necessitino la presenza continuativa del personale operativo in loco).

Sono fatti salvi ovviamente gli eventuali *audit* programmati, che sono un formidabile strumento di prevenzione in senso generale.

L'art. 11 del reg. 625 indica esplicitamente quel criterio di "trasparenza" che , come si è visto, permea tutto il regolamento 625/17: i controlli ufficiali devono essere trasparenti.

Almeno una volta l'anno, infatti, le autorità competenti devono mettere a disposizione del pubblico (e quindi dei consumatori) anche mediante internet tutte le informazioni che riguardano l'organizzazione e lo svolgimento dei controlli ufficiali.

Le stesse autorità devono inoltre garantire la regolare e tempestiva pubblicazione di tipologia, numero e risultato dei controlli nonché delle eventuali valutazioni di non conformità rilevate e di tutti i casi in cui sono state inflitte sanzioni.

Ai sensi dell'art. 13 del reg. è obbligatorio formare documentazione scritta di ogni controllo effettuato, anche in forma elettronica.

I controlli inoltre devono essere eseguiti sulla base di protocolli o procedure documentate.

Palese il fine di evitare nell'ambito delle attività ufficiali ogni sorta di arbitrio o approssimazione oltre quello di garantire comunque uniformità operativa e valutativa.

Queste ultime disposizioni non fanno che confermare la già indicata esigenza (se non necessità) di predisporre linee guida e quindi modelli di controllo il più possibile uniformi.

Nel documentare l'attività svolta occorre infatti dare contezza formale ex art. 13 del reg.:

degli obiettivi che hanno reso necessario il controllo;

dei metodi di controllo applicati;

degli esiti del controllo;

delle azioni che si richiedono all'Osa per rientrare all'interno di parametri di conformità.

Il criterio della "trasparenza" viene quindi esplicitamente codificato nel regolamento con l'art. 11.

Ex art. 13 n. 2 le copie che attestano il compimento degli atti di controllo devono essere consegnate agli Osa che ne facciano richiesta.

A tale regola si potrà deroga per ragioni investigative o comunque di tutela delle indagini nel caso di procedimenti penali.

È chiaro che qualunque esito di non conformità deve essere immediatamente segnalato con informativa scritta allo stesso Osa.

E infine previsto che possano essere pubblicati i *rating* relativi ai singoli Osa sottoposti a controllo sulla base dei risultati dei controlli ufficiali.

Questo dovere di "pubblicità" di dati e informazioni implica l'ovvia conseguenza che ogni attività di controllo debba essere svolta sulla base di criteri il più possibile uniformi per evitare valutazioni sbilanciate, incoerenti o difformi a seconda di chi operi in concreto il controllo e poi divulghi dati "inquinati", sbilanciati e non parametrati a criteri valutativi certi e oggettivi.

Appare sempre più fondamentale , come più volte sottolineato, l'esigenza di predisporre protocolli e criteri di valutazioni uniformi: i modelli di controllo (M.D.C.).

L'art. 14 detta i metodi e le tecniche di controllo che comprendono: l'esame dei controlli applicati e i risultati ottenuti, l'ispezione di attrezzature, animali, merci, tracciabilità, etichettatura, l'esame delle condizioni igieniche, campionamenti, analisi e diagnosi.

Nell'ambito di queste attività si dovrà procedere a interviste con gli Osa e il loro personale nonché ad *audit*.

L'art. 15 detta infine norme relative agli obblighi degli operatori e ai rapporti con il personale preposto ai controlli.

È codificato un vero e proprio onere di collaborazione da parte degli Osa che dovranno consentire l'accesso alle loro attrezzature e ai loro locali nonché ai propri sistemi informatici, ai documenti, agli animali e alle merci di cui hanno la disponibilità.

L'art. 15 n. 2 precisa infatti che gli operatori durante i controlli ufficiali devono fornire assistenza e collaborare con il personale che effettua il controllo.

Ai sensi dell'art. 15 n. 3 e n. 5 lett *a*), *b*), infine, l'Osa ha il dovere di mettere a disposizione degli enti di controllo ogni tipo di informazioni riguardanti gli animali e le merci e deve fornire tutti gli aggiornamenti relativi alla natura giuridica dell'azienda e delle specifiche attività svolte.

Per concludere si può certamente affermare come la nuova normativa si muova all'interno di un disegno generale di razionalizzazione e semplificazione del sistema dei controlli in un'ottica di armonizzazione a livello Ue.

Balza agli occhi l'esigenza di omogeneizzazione dei controlli e la necessità di adozione di protocolli uniformi per garantire l'imparzialità dei controlli.

La normativa sottolinea inoltre la necessità di garantire a chi opera in concreto i controlli una professionalità ai massimi livelli.

Per raggiungere tale ambizioso obiettivo sarà necessaria un'attività di formazione permanente da parte degli operatori chiamati a compiti sempre più complessi e articolati e soprattutto svincolati dagli eventuali arbitri del singolo.

Le autorità competenti sono infatti tenute a garantire qualità, coerenza e efficacia dei controlli ufficiali.

La formazione è necessaria e doverosa anche per la predisposizione di protocolli uniformi sia a fini del controllo sia ai fini delle valutazioni conseguenti al controllo.

Questo sarà compito specifico delle autorità competenti, dei dirigenti che, non solo in questo settore, saranno sempre più spesso chiamati a elaborare modelli organizzativi uniformi e standardizzati in un'ottica che non è esagerato definire "manageriale".

L'intensità e frequenza dei controlli deve anche seguire criteri di uniformità " tenendo conto della necessità che l'impegno nei controlli sia proporzionato al rischio e al livello di conformità previsto nelle diverse situazioni" e agli altri parametri che ho già indicato.

Si tratta quindi di una valutazione discrezionale ma al tempo stesso vincolata.

Sono convinto che, attesa la complessità delle valutazioni alla luce di questo spirito armonizzante e di uniformità che permea tutta la nuova normativa, sarà necessaria una normazione di dettaglio o comunque l'emanazione di linee guida per evitare che i profili innovativi come descritti sino ad ora non restino un "flatus vocis", un vuoto nominalismo senza concretezza.

Certo pare arduo poter sperare, in tempi di ristrettezze finanziarie come gli attuali, in un numero adeguato di operatori, di strumenti all'avanguardia e di tecnologia all'altezza ma lo spirito della normativa è questo e su questo si dovrà comunque lavorare.

In ultimo non si può dimenticare il ruolo fondamentale che assumerà la "formazione del personale", formazione sulla quale il regolamento 625/17 insiste particolarmente e che in un settore sempre più "liquido" perchè esposto permanentemente a continue variazioni, riforme, aggiustamenti , sarà davvero la chiave di volta per attuare i principi della nuova normativa.

Senza un'adeguata formazione nulla di quanto scritto nel Regolamento sarà attuabile in concreto.

Apologia del fascismo. Nota a Tribunale di Tivoli 7.11.2017.

La sentenza esamina la condotta posta in essere dalla Giunta di un Comune - consistita nel deliberare l'intitolazione di un mausoleo al soldato, realizzato con il finanziamento regionale, al Generale Rodolfo Graziani (esponente del fascismo) e nell'organizzare una cerimonia pubblica per la sua inaugurazione - ed il suo inquadramento nella fattispecie delittuosa di apologia del fascismo, disciplinata dal comma 2 dell'art. 4 della dalla L. 654/1952.

La condotta oggetto di contestazione è stata analizzata in tutti i suoi aspetti ravvisando in essa, - in considerazione della natura istituzionale del soggetto agente, rappresentativo della collettività locale, della collocazione topografica del monumento (spazio pubblico, frequentato abitualmente da un numero indifferenziato e variegato di persone) - , la celebrazione di un esponente del regime fascista non i termini di una semplice difesa elogiativa che, in quanto tale, sarebbe stata espressione della libera manifestazione del pensiero, diritto costituzionalmente garantito e tutelato, bensì di esaltazione idonea, per gli elementi ripercorsi e caratterizzanti l'azione, ad offendere o almeno mettere in pericolo i valori democratici della Repubblica, bene giuridico tutelato dalla norma, determinando un pericolo concreto alla riorganizzazione del disciolto partito.

A tale conclusione il giudice è pervenuto inquadrando la fattispecie nell'ottica dell'interpretazione costituzionalmente orientata della norma e alla luce dei principi sanciti dalla Suprema Corte di Cassazione.

La Corte Costituzionale con la sentenza n. 1 del 1957, nel dichiarare la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 L. 645/1957 con riferimento alla violazione dell'art. 21 Cost., che tutela la libertà di manifestazione del pensiero, ha sancito che la condotta in concreto per integrare la fattispecie delittuosa dell'apologia del fascismo, senza violare il citato disposto costituzionale, deve consistere non in una pura e semplice difesa elogiativa del pensiero fascista, ma in una esaltazione tale da potere condurre alla riorganizzazione del disciolto partito espressione di quell'ideologia, cioè in una «istigazione indiretta a commettere un fatto rivolto alla detta riorganizzazione e a tal fine idoneo ed efficiente» .

L'interpretazione della norma in esame data dalla Corte è espressione del principio di offensività, in virtù del quale è possibile punire con sanzioni penali solo condotte idonee ad

offendere o almeno mettere in pericolo il bene giuridico tutelato che, nel caso in esame, va individuato nella stabilità dell'ordine democratico della Repubblica.

Tale principio è stato ribadito dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 74/1958 con la quale si è pronunciata sulla questione di legittimità costituzionale dell' art.5 L. 645/1952, dichiarandone la manifesta infondatezza.

Anche la Suprema Corte di Cassazione è intervenuta in materia ed allineandosi all'orientamento della Corte Costituzionale ha affermato il seguente principio di diritto: "Alla stregua della precisazione contenuta nella sentenza n.1 del 1957 della Corte costituzionale l'apologia del fascismo, per costituire reato, deve consistere in un'esaltazione suggestiva tale da poter condurre alla riorganizzazione del disciolto partito fascista. L'apologia deve essere cioè idonea a determinare quel risultato; e per accertare tale idoneità, rifacendosi alla struttura del delitto tentato, cosi come configurato nell'art 56 cod. pen. occorre valutare se l'attività denunciata abbia provocato un 'concreto' pericolo di una riorganizzazione del disciolto partito" (Sez. 2, Sentenza n. 8506 del 31/01/1977 Rv. 136341).

Il giudicante ha poi richiamato, a sostegno delle conclusioni cui è pervenuto, una recente pronuncia giurisprudenziale con la quale è stato ritenuto che non ricorresse il reato nella fattispecie relativa all'impiego del "saluto romano", l'intonazione della "chiamata del presente" e l'utilizzo della croce celtica nel corso di una cerimonia commemorativa di alcuni defunti militanti nella R.S.I. ed in formazioni politiche di destra in successive fasi storiche (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 11038 del 02/03/2016 Rv. 269753).

In particolare, con la citata sentenza, la Cassazione escludendo che tali condotte non avessero alcuna concreta idoneità offensiva, essendo rivolte esclusivamente ai defunti in segno di omaggio ed umana pietà, ha sostanzialmente confermato il principio di diritto sancito dalla Corte Costituzionale e ribadito dalle più risalenti e citate pronunce della Suprema Corte.

TRIBUNALE DI TIVOLI

REPUBBLICA ITALIANA

In nome del popolo Italiano

Il Giudice Dott.ssa Marianna Valvo all'udienza del 7.11.2017 ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa penale per giudizio abbreviato nei confronti di :

[redacted] nato ad [redacted] il [redacted] ed ivi elett.te domiciliato alla via [redacted] n. [redacted]

presente –

Difeso dall'Avv. [redacted] di fiducia

[redacted] nato a [redacted] il [redacted] ed elett.te domiciliato in [redacted] alla via [redacted]

- presente -

[redacted] nato a [redacted] il [redacted] ed elett.te domiciliato in [redacted] alla via [redacted]

presente –

Entrambi difesi dall'avv. [redacted] di fiducia

Parte civile : [redacted]

Avv. [redacted] presente

I M P U T A T I

Vedi allegato

Le parti hanno così concluso

Il P.M : per [redacted] : condanna alla pena di anni 1 e mesi 4 di reclusione ed € 300,00 di multa; per [redacted] e [redacted] condanna alla pena di anni 1 e gg 20 ed e 240 di multa ciascuno; Pene accessorie : sequestro e confisca dell'edificio adibito a museo intitolato al Gen. Graziani;

sequestro, confisca e distruzione del documento di Giunta del 21.7.2012, sequestro e confisca dell'edificio di cui sopra.

Il difensore di parte civile : conclude chiedendo condannarsi alla pena ritenuta di giustizia con condanna al risarcimento del danno ed alla rifusione delle spese processuali come da conclusioni scritte che si rassegnato unitamente alla nota spese

Avv. [redacted] : assoluzione ai sensi dell'art. 530 comma 1 cpp

Avv. [redacted] : assoluzione ai sensi dell'art. 530 comma 2 cpp

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con decreto di citazione del 20.1.2015, emesso dal pubblico ministero presso il Tribunale di Tivoli, [redacted], [redacted] e [redacted] venivano tratti a giudizio per rispondere del reato di apologia al fascismo, analiticamente indicato in epigrafe.

Alla prima udienza, celebrata in data 21 settembre 2015, l'avv. [redacted] e l'avv. [redacted], muniti di procura speciale, depositavano atto di costituzione di parte civile, rispettivamente per l'[redacted] e per i Comuni di [redacted], [redacted], [redacted]), [redacted], [redacted] e la Provincia di [redacted].

I difensori degli imputati si opponevano alla costituzione di parte civile dei Comuni di [redacted], [redacted], [redacted], [redacted] e della Provincia di [redacted], per carenza di legittimazione, ed il giudice riservava la decisione, rinviando il prosieguo della trattazione al 16.2.2016.

Con ordinanza del 12.11.2015, notificata alle parti, il giudice escludeva la costituzione di parte civile dei Comuni di [redacted], [redacted], [redacted], [redacted] e per la Provincia di [redacted], ammettendo solo l' [redacted], [redacted] [redacted]. Si riporta il testo del provvedimento : "*La condizione legittimante la costituzione di parte civile in un processo penale per gli enti esponenziali è rappresentata dall'essere danneggiati dal*

reato, in particolare la tutela del bene giuridico leso dal reato deve essere lo scopo esplicito e specifico dell'attività dell'ente.

Come sancito dalla Suprema Corte con la pronuncia a Sezioni Unite n. 38343/2014, l' interesse perseguito dal sodalizio deve essere posto nello statuto quale ragione istituzionale della propria esistenza ed azione, con la conseguenza che ogni attentato a tale interesse si configura come lesione di un diritto soggettivo inerente la personalità o identità dell' ente.

È necessario, dunque, che al vaglio del giudice sia sottoposta la documentazione necessaria al fine di poter accertare le condizioni legittimanti la costituzione di parte civile, onere al quale non hanno assolto i predetti Comuni, non risultando allegati gli Statuti Comunali da cui possa emergere tra le finalità dell'ente la lotta al fascismo ed al nazismo, quale scopo specifico dell'ente.

Né la circostanza che i Comuni intervenuti siano stati vittime delle stragi naziste ed abbiano preso parte alla lotta di resistenza e di liberazione dai nazifascisti, può da sola essere idonea a legittimarli alla costituzione di parte civile nell'ambito del presente procedimento a carico del sindaco di Affile, imputato del reato di apologia al fascismo, per aver con delibera del 21.7.2011 approvato, firmato e deliberato la dedica di un mausoleo al Gen. Rodolfo Graziani, esponente del predetto movimento, e successivamente aver organizzato una pubblica manifestazione per inaugurare il monumento.

Invero, si ritiene che non sussiste alcun collegamento territoriale tra i fatti accaduti nel Comune di [redacted] *ed i predetti Comuni che, in quanto enti esponenziali territoriali, non sono portatori di un interesse generale e nazionale".*

All'udienza del 16.2.2016 gli imputati personalmente chiedevano la definizione del procedimento mediante il rito abbreviato ed il giudice, disposto il mutamento del rito ed acquisito agli atti il fascicolo del Pubblico Ministero, su concorde richiesta della parti rinviava la discussione del processo all'udienza del 5 luglio 2016.

In tale data, su richiesta dell'Ufficio di Procura, il giudice differiva la discussione all'udienza del 20.12.2016, data in cui, dopo aver ascoltato le conclusioni, rispettivamente illustrate e formulate dal PM, dal difensore di Parte Civile e dai difensori degli imputati, rinviava per eventuali repliche al 21.3.2017, fissando un termine alle parti per il deposito di memorie.

A tale udienza i difensori degli imputati aderivano all'astensione proclamata dall'Unione Camere Penali e la trattazione del processo veniva differita al 7.11.2017, data in cui il giudice, preso atto della rinuncia del PM alle repliche, si ritirava in camera di consiglio ed all'esito della deliberazione, rendeva pubblica la sentenza, dando lettura del dispositivo allegato al verbale di udienza.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Prima di esporre le ragioni di fatto e di diritto poste a fondamento della decisione è opportuno ripercorrere brevemente la vicenda che è all'origine del presente procedimento - che vede coinvolti il Sindaco del Comune di [redacted] e due consiglieri comunali - , per come è stato possibile ricostruirla attraverso l'esame delle risultanze in atti, essenzialmente documentali, tutte pienamente utilizzabili, in forza della scelta processuale posta in

essere dagli imputati.

Elementi fattuali della vicenda

In data 5.6.2008 perveniva alla Regione [redacted] la domanda, prot. n. 1180 del 28.4.2008, del Sindaco del Comune di [redacted], [redacted], con la quale si chiedeva di valutare, per la definizione del programma straordinario di interventi, la proposta relativa al progetto per la realizzazione di un parco pubblico in località [redacted] del Comune di [redacted], per un costo complessivo di € 75.000,00 ed un costo lotto/stralcio funzionale di € 50.000,00.

Nella domanda si specificava che l'area su cui doveva essere realizzato l'intervento era stata concessa da un Comitato al Comune, in comodato d'uso gratuito per novantanove anni, ed era conforme al piano urbanistico.

Veniva trasmessa successivamente alla Regione la copia della delibera della Giunta Comunale del 7 giugno 2008, approvata da tutti i consiglieri, tra cui [redacted] e [redacted], di approvazione del progetto preliminare per la sistemazione ed arredo del parco in località [redacted] e la relazione tecnica sull'opera da realizzare.

In data 21.11.2008, con la delibera n. 861, la Giunta della Regione [redacted], approvava il programma triennale straordinario in materia di interventi di opere pubbliche per lo sviluppo

locale, prevedendo anche la realizzazione di un parco pubblico in località [redacted], nel Comune di [redacted] riportato nell'Allegato A del detto programma e stabilendo, a pena di decadenza dal finanziamento, che i soggetti beneficiari avrebbero dovuto inviare il programma progettuale definitivo alla Regione entro e non oltre 60 giorni dalla pubblicazione della delibera.

Il contributo stanziato per la realizzazione del parco era di € 50.000,00.

Con delibera n. 8 del 9.2.2009 la Giunta Comunale approvava il progetto definitivo/esecutivo relativo al completamento del Parco in località [redacted], redatto dall'Arch. [redacted].

Con delibera n.13 del 9.3.2009 la Giunta Comunale approvava la proposta tecnico-economica relativa al progetto di completamento del Parco [redacted], redatta dallo stesso [redacted], Responsabile dell'Ufficio Tecnico del Comune, per un importo complessivo di € 197.956,00 ed in data 7.4.2009 perveniva alla Regione [redacted] la domanda, n. prot 712 del 11.3.2009, del Sindaco [redacted], ad oggetto la valutazione di tale proposta nell'ambito della definizione del programma straordinario regionale di investimenti per lo sviluppo locale.

La relazione dell'arch. [redacted], al punto relativo agli obiettivi e tipologia dell'intervento, prevedeva tra gli altri la realizzazione di un piccolo museo al soldato, circa 60,000 mq e servizi igienici per museo e parco, per un costo di € 80.000,00.

Dalla relazione emergeva, altresì, che l'area su cui doveva essere realizzata l'opera da finanziare, originariamente di proprietà del "Comitato per l'erezione del sacrario dedicato al Soldato", era stata donata al Comune, con atto redatto in data 3 gennaio 2010 innanzi al notaio [redacted].

In particolare, la donazione veniva effettuata allo scopo di realizzare: 1) uno spazio chiuso ma fruibile finalizzato a contenere cimeli del soldato; 2) uno spazio attrezzato per manifestazioni, quali ad esempio teatro, mostre, concerti"; 3) uno spazio attrezzato per picnic.

Nell'atto era stabilito che il parco così realizzato doveva essere intitolato al promotore dell'iniziativa [redacted] e ricordare il soldato.

Con delibera n. 643 del 7.8.2009, la Giunta Regionale approvava l'aumento del finanziamento per il completamento del Parco [redacted] di [redacted], in complessivi € 180.866,00.

La Giunta Comunale, con delibera n. 90 del 10.7.2010, approvava il progetto esecutivo del Parco, redatto dall'Arch. [redacted], per un importo di € 247.956,00.

In data 9.4.2011, all'esito della gara di evidenza pubblica, indetta con determinazione n. 114 del 19.10.2010, l' arch. [redacted] stipulava con la [redacted] costruzioni s.r.l. il contratto di appalto per l'esecuzione dei lavori di "realizzazione di un parco pubblico, con annesso piccolo museo e servizi igienici in località [redacted]".

Nella delibera si dava atto che l'opera era realizzata con i contributi della regione [redacted] per la somma di € 50.000,00 ed € 180.866,00 - in virtù della delibera n. 861 del 21.11.2008 e della delibera n. 649 del 7.8.2009 - e con la somma di € 17.090,00 proveniente dai fondi di Bilancio comunale, previsti al Capitolo 209011/12 competenza.

Il 13.8.2012 veniva firmato il certificato di regolare esecuzione dei lavori e, con la determinazione n. 13.9.2012, l'Arch. [redacted] approvava lo stato finale dei lavori e relativi atti di contabilità, il certificato di regolare esecuzione dei lavori e la liquidazione del credito d'impresa.

Con delibera n. 66 del 21.7.2012 la Giunta Comunale di [redacted], alla presenza del sindaco [redacted] e degli assessori [redacted] e [redacted], deliberava, su proposta del Sindaco, l'intitolazione del Parco Radimonte a "[redacted]" e l'intitolazione del "museo al soldato" al Generale Rodolfo Graziani.

In data 6 agosto 2012 perveniva al Comandate della Stazione CC di [redacted] ed al Comandante della Compagnia Carabinieri di [redacted] un invito, da parte del Sindaco [redacted], a partecipare all'inaugurazione del "Parco [redacted] e Sacrario al Soldato Maresciallo d'Italia Rodolfo Graziani", per il giorno 11.8.2012.

Il programma della manifestazione prevedeva: ore 16:00 raduno piazza San Sebastiano, ore 17:00 Conferenza di Don Ennio Innocenti "Memoria del generale Rodolfo Graziani", ore 18:00 deposizione corona presso al Tomba del Maresciallo, ore 18:30 Santa Messa presso il sacrario nel Parco [redacted], ore 19:30 interventi Autorità, ore 20:00 cena a Buffet, ore 20:30 Spettacolo Musicale.

Veniva predisposto dal Mar. [redacted] e dall'App. [redacted] un servizio di osservazione.

Secondo quanto relazionato dal Comandante del Nucleo Investigativo Carabinieri Gruppo [redacted], nel corso della cerimonia inaugurale non venivano compiute manifestazioni esteriori proprie delle organizzazioni aventi tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla

violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, nè dalla documentazione fotografica acquisita veniva rilevata l'ostentazione di simboli ed emblemi di tali organizzazioni o associazioni.

Solo successivamente alla delibera ed alla cerimonia inaugurale, in data 15.10.2012, il sindaco [redacted] inviava al Ministero dell'Interno - Prefettura - Ufficio Territoriale di [redacted] - Toponomastica- la richiesta di autorizzazione all'intitolazione del Parco [redacted] a "[redacted]" e del museo al soldato al Generale Rodolfo Graziani, con allegati i curricula di [redacted] e Rodolfo GRAZIANI.

Il Prefetto rispondeva in data 22.11.2012 di non avere competenze in merito.

Con delibera n. 82 del 13.3.2015, la Giunta Regionale chiedeva al Comune di [redacted] di revocare la delibera n. 66 del 21.7.2012 nella parte in cui veniva stabilito di intitolare il museo al generale Rodolfo Graziani, pena la revoca del finanziamento regionale, utilizzato per la realizzazione del museo.

Questi essenzialmente i fatti oggetto della vicenda processuale che ci occupa.

Inquadramento normativo e giurisprudenziale: struttura della fattispecie incriminatrice

Prima di esaminare se la condotta posta in essere dagli odierni imputati integri gli estremi dell'illecita fattispecie ipotizzata nell'editto accusatorio, è opportuno esaminare la struttura del reato di apologia del fascismo e fare un breve inquadramento normativo e giurisprudenziale.

La condotta contestata è disciplinata dal comma 2 dell'art. 4 della dalla L. 654/1952, come sostituito dalla L. 205/1993 "Misure urgenti in materia sedi discriminazione razziale etnica e religiosa", e sancisce "*alla stessa pena di cui al comma 1 soggiace chi pubblicamente esalta esponenti, principi, fatti o metodi del fascismo, oppure le sue finalità antidemocratiche. Se il fatto riguarda idee o metodi razzisti, la pena è della reclusione da uno a tre anni e della multa da uno a due milioni"*.

Dunque, affinchè si concretizzi l'ipotesi delittuosa in esame, l'azione deve consistere in una rievocazione elogiativa, nell'ambito di una pubblica manifestazione o cerimonia, di esponenti, principi, fatti o metodi espressione del regime fascista.

Fu sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 L. 645/1957 con riferimento alla violazione dell'art. 21 Cost., che tutela la libertà di manifestazione del pensiero, e la Corte Costituzionale si pronunciò con la sentenza n.1 del 1957, dichiarando la manifesta infondatezza

della questione e delineando la natura del reato e le caratteristiche che deve assumere la condotta in concreto per integrare la fattispecie delittuosa dell'apologia del fascismo, senza violare il citato disposto costituzionale.

In particolare, la condotta deve consistere non in una pura e semplice difesa elogiativa del pensiero fascista, ma in una esaltazione tale da potere condurre alla riorganizzazione del disciolto partito espressione di quell'ideologia, cioè *in una «istigazione indiretta a commettere un fatto rivolto alla detta riorganizzazione e a tal fine idoneo ed efficiente»* .

L'interpretazione della norma data dalla Corte è espressione del principio di offensività, in virtù del quale è possibile punire con sanzioni penali solo condotte idonee ad offendere o almeno mettere in pericolo il bene giuridico tutelato che, nel caso in esame, va individuato nella stabilità dell'ordine democratico della Repubblica.

Dunque, esula dalla pura e semplice manifestazione del pensiero solo quella forma di elogio che abbia quell'attitudine a condurre ad una riorganizzazione del disciolto partito fascista, attitudine che è quindi il requisito della condotta apologetica e che legittima l'incriminazione.

Si tratta, perciò, di un reato di pericolo concreto, come sancito anche dalla Suprema Corte di Cassazione, con alcune pronunce che saranno successivamente riportate.

La Corte Costituzionale è poi nuovamente intervenuta sulla questione, - in particolare sulla legittimità costituzionale dell' art.5 L. 645/1952 (che sanziona chi, partecipando a pubbliche riunioni, compie manifestazioni usuali del disciolto partito fascista ovvero di organizzazioni naziste) con riferimento al medesimo disposto costituzionale dell'art. 21- , con la sentenza n. 74/1958 nella quale ha chiarito che "*il legislatore ordinario, nel dare con le sue norme concreta attuazione ai criteri espressi dalla norma costituzionale, era autorizzato a spingere i suoi divieti al di là degli atti veri e propri di riorganizzazione strettamente intesi, comprendendovi anche quelli idonei a creare un effettivo pericolo"…. "Chi esamini il testo dell'art. 5 della legge isolatamente dalle altre disposizioni, e si limiti a darne una interpretazione letterale, può essere indotto, come è accaduto alle autorità giudiziarie che hanno proposto la questione di legittimità costituzionale, a supporre che la norma denunziata preveda come fatto punibile qualunque parola o gesto, anche il più innocuo, che ricordi comunque il regime fascista e gli uomini che lo impersonarono ed esprima semplicemente il pensiero o il sentimento, eventualmente occasionale o transeunte, di un individuo, il quale indossi una camicia nera o intoni un canto o lanci un grido.*

Ma una simile interpretazione della norma non si può ritenere conforme alla intenzione del legislatore, il quale, dichiarando espressamente di voler impedire la riorganizzazione del disciolto partito fascista, ha inteso vietare e punire non già una qualunque manifestazione del pensiero, tutelata dall'art. 21 della Costituzione, bensì quelle manifestazioni usuali del disciolto partito che, come si è detto prima, possono determinare il pericolo che si è voluto evitare".

La Corte, dunque, ha ribadito i principi sanciti con la sentenza n. 1/1957, dando una interpretazione costituzionalmente orientata alla fattispecie delittuosa oggetto della pronuncia, in ossequio alla ratio del legislatore ed alla tutela dei valori democratici su cui si fonda la Repubblica Italiana, valori che rappresentano il bene giuridico, tutelato dalla fattispecie delittuosa di apologia del fascismo .

Come anticipato, anche la Suprema Corte di Cassazione si è espressa in materia ed, allineandosi all'orientamento della Corte Costituzionale, ha affermato il seguente principio di diritto: "*Alla stregua della precisazione contenuta nella sentenza n.1 del 1957 della Corte costituzionale l'apologia del fascismo, per costituire reato, deve consistere in un'esaltazione suggestiva tale da poter condurre alla riorganizzazione del disciolto partito fascista. L'apologia deve essere cioè idonea a determinare quel risultato; e per accertare tale idoneità, rifacendosi alla struttura del delitto tentato, cosi come configurato nell'art 56 cod. pen. occorre valutare se l'attività denunciata abbia provocato un 'concreto' pericolo di una riorganizzazione del disciolto partito*" (*Sez.* 2, *Sentenza n.* 8506 *del* 31/01/1977 Rv. 136341).

Una recente giurisprudenza ha affermato, in proposito, che non ricorre il reato nella fattispecie relativa all'impiego del "saluto romano", l'intonazione della "chiamata del presente" e l'utilizzo della croce celtica nel corso di una cerimonia commemorativa di alcuni defunti militanti nella R.S.I. ed in formazioni politiche di destra in successive fasi storiche (Cass. *Sez.* 1, *Sentenza n.* 11038 *del* 02/03/2016 Rv. 269753).

In particolare, la Cassazione ritenendo, nel quadro di un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma incriminatrice, che tali condotte non avessero alcuna concreta idoneità offensiva, essendo rivolte esclusivamente ai defunti in segno di omaggio ed umana pietà, ha sostanzialmente confermato il principio di diritto sancito dalla Corte Costituzionale e ribadito dalle più risalenti e citate pronunce della Suprema Corte.

Alla luce dei richiamati principi, è evidente che occorre esaminare il singolo caso concreto in tutti i suoi elementi, accertando se gli atti e i fatti, in cui si attua l'esaltazione, siano in concreto idonei a provocare adesioni e consensi favorevoli alla ricostituzione del partito fascista.

Esaminando la struttura della fattispecie, viene in rilievo il requisito della pubblicità dell'esaltazione, ossia la condotta apologetica deve avvenire in luogo pubblico o aperto al pubblico ed alla presenza di più persone.

Per quanto concerne l'elemento soggettivo del reato emerge dalla struttura della norma che è integrato dal dolo generico, ossia la consapevolezza e volontà di esaltare, a prescindere dalla finalità e dai motivi sottesi all'azione.

D'altronde a corroborare ciò, vi è il consolidato principio di diritto, affermato dalla Suprema Corte in ordine all'elemento soggettivo dell' apologia di delitto, sanzionata dall'art. 414 cp, di cui il reato oggetto di contestazione non è altro che una forma particolare.

Sul punto, invero la Cassazione ha sancito che "*Nel delitto di apologia l'elemento soggettivo del reato consiste nel dolo generico e non in quello specifico, bastando che la condotta del reo sia sorretta dalla sua coscienza e volontà, intesa come consapevolezza dei possibili effetti apologetici della propria condotta*." *(Sez.* 1, *Sentenza n.* 4506 *del* 16/10/1973 Rv. 127265).

Valutazione del materiale probatorio

Occorre a questo punto esaminare il compendio probatorio sopra sintetizzato ed, in applicazione dei richiamati principi, verificare:

se il Mar. GRAZIANI sia stato un esponente del fascismo, elemento questo che rappresenta un presupposto necessario per la configurazione del reato;

se la deliberazione ad oggetto l'intitolazione del mausoleo, realizzato con il finanziamento regionale, al soldato al Generale Rodolfo Graziani e l'organizzazione di una cerimonia pubblica, per l'inaugurazione del parco e del sacrario siano espressione di una forma di elogio della sua figura e di quello che rappresentava;

se, integrati i requisiti di cui ai punti 1) e 2), si configuri, altresì, quello del carattere pubblico dell'esaltazione;

se, una volta appurata la sussistenza dell'elemento oggettivo, sia integrato altresì l'elemento psicologico.

Il personaggio oggetto della celebrazione è il Generale Rodolfo Graziani, per cui occorre soffermarsi sulla sua figura storica e sul ruolo dal medesimo ricoperto durante il regime fascista.

In atti sono versati numerosi articoli, sia di stampa che scaricati da internet, su episodi storici che hanno avuto come protagonista il Mar. GRAZIANI, nonchè la sentenza pronunciata in data 2 maggio 1950 dal Tribunale Militare Territoriale di Roma, all'esito del processo contro GRAZIANI, imputato di "collaborazione con il tedesco invasore", nella quale viene delineato il profilo storico del personaggio e ripercorse le sue gesta.

Rodolfo Graziani fu un Generale italiano, nel 1908 prestò servizio nei reparti coloniali eritrei e nel 1913 nelle truppe libiche.

Partecipò alla 1^ guerra mondiale, prima con il grado di capitano e poi di maggiore.

Divenuto, dopo l'armistizio, colonnello dei reparti coloniali libici, operò alla loro testa nella riconquista della Tripolitania (1922- 1923) e poi della Cirenaica (1925- 1931). Fu promosso subito generale di brigata, vicegovernatore della Cirenaica e generale di divisione (1930).

Generale di corpo d'armata dal 1932, nel 1935 fu nominato governatore della Somalia; quale comandante designato d'armata, nel conflitto italo- etiopico, comandò vittoriosamente le forze del fronte sud, guadagnando il grado di maresciallo d'Italia e il titolo di marchese di Neghelli.

Dal giugno 1936 al novembre 1937 fu viceré d'Etiopia, dopo il Mar. Badoglio, caratterizzando in senso dispotico il suo governo.

Nel 1939 divenne capo di Stato Maggiore dell'esercito; allo scoppio delle ostilità contro l'Inghilterra assunse il comando delle operazioni nell'Africa settentrionale e guidò le truppe fino a Sīdī el- Barranī (sett. 1940). Costretto alla ritirata dall'offensiva del gen. A. P. Wavell, fu sostituito dal generale I. Gariboldi nel comando e nella carica di capo di S. M. (marzo 1941).

La sentenza del Tribunale Militare ripercorre i fatti oggetto dell'imputazione - che si svolgono in un preciso e circoscritto arco temporale, dall'8 settembre 1943 al 25 aprile 1945 - , ricostruiti anche attraverso le lettere scritte in quel periodo ed il testo dei discorsi pronunciati.

Dalla ricostruzione compiuta dal Tribunale emerge che il generale Graziani il 23 settembre 1943 accettava l'incarico di Ministro della difesa e di Capo di Stato Maggiore Generale del costituendo governo fascista della Repubblica Sociale Italiana, esistita tra il settembre del 1943 e

l'aprile del 1945, e con il discorso del 25 settembre proclamava i motivi della polemica nazionalsocialista e fascista contro l'armistizio.

La sentenza ha ricostruito i momenti più importanti della collaborazione militare della Repubblica Sociale con la Germania e del ruolo svolto da Graziani nella costituzione ed organizzazione dell'esercito e delle altre forze armate del predetto governo, condotta oggetto della contestazione e, secondo i giudici del Tribunale Militare, ampiamente provata nel corso del dibattimento.

Graziani, dunque, fece parte del sedicente governo nazionale fascista che dichiarava di operare in nome di Mussolini il cui primo intendimento, dopo la liberazione, era proprio la riorganizzazione delle forze armate, come emergente da una serie di ordini del giorno che il predetto fece diffondere dalla radio e pubblicare dalla stampa.

In particolare, l' ordine del giorno n. 1 annunciava la riassunzione della suprema direzione del fascismo in Italia.

Mussolini, nel suo primo discorso, manifestava alla radio la volontà di riprendere le armi a fianco della Germania riorganizzando le forze armate, orientamento questo ben chiaro a GRAZIANI, come appurato nel corso dell'istruttoria, la cui figura veniva accreditata dal duce, in una lettera indirizzata ad Hitler.

Sono evidenziati nella sentenza gli intensi contatti tra Graziani e Mussolini il quale, nei giorni immediatamente precedenti la riunione del consiglio dei ministri del 27 ottobre e 24 novembre 1943, lo sollecitava ad accelerare i tempi per realizzare la riforma strutturale dell'esercito.

Con decreto del 5 novembre 1945, Mussolini, nella sua qualità di capo di Stato, decretava la nomina del ministro Graziani a Capo di Stato Maggiore Generale, qualifica che gli permetteva di partecipare direttamente alle decisioni del governo che concernevano anche la conduzione della guerra, di cui aveva la responsabilità.

Secondo i giudici, apprezzabile fu l'opera svolta dal Mar. GRAZIANI nella ricostituzione delle forze armate.

Alla luce di quanto sopra delineato sulla figura storica di Graziani, appare pacifico che il soldato, celebrato dalla Giunta guidata dal sindaco Viri, nella sua vicinanza a Mussolini, avendo ricoperto ruoli apicali nell'ambito del governo della Repubblica Sociale, essendosi reso autore di

efferati crimini di guerra, funzionali a promuovere l'ideologia propria di quel regime, sia stato un esponente di rilievo del fascismo.

Appurata la sussistenza di questo presupposto, occorre accertare se l'intitolazione con una delibera della Giunta Comunale, del sacrario posto all'interno di un parco al Mar. GRAZIANI e la sua inaugurazione con una cerimonia pubblica integri la condotta di esaltazione, tipizzata nel disposto normativo oggetto di contestazione.

Ritiene questo giudicante che tale condotta ha natura chiaramente rievocativa del Mar. Graziani, in un'ottica di celebrazione del personaggio e di quello che ha rappresentato, nel significato delineato dalla Corte Costituzionale e dalla Suprema Corte di Cassazione, in termini tali da poter condurre alla riorganizzazione del disciolto partito fascista.

Si ravvisano, nel caso concreto, alcuni elementi sintomatici dell'idoneità della condotta a determinare "messa in pericolo" dell'ordine democratico dello stato.

In primo luogo, si evidenzia la natura (istituzionale) pubblica del soggetto agente: invero, la circostanza che l'intitolazione del museo ad un esponente del fascismo sia stata posta in essere dalla Giunta di un Comune, organo rappresentativo della collettività locale, conferisce una maggiore valenza celebrativa all'azione, amplificando il rischio di un apprezzamento condiviso ed, in quanto tale, di per sè emulativo.

In secondo luogo, la collocazione topografica del monumento, situato in uno spazio pubblico, frequentato abitualmente da un numero indifferenziato e variegato di persone, e la stabilità dell'opera contribuiscono a rendere concreto e sempre attuale il pericolo che la rievocazione costante di un personaggio, celebrato quale rappresentate dell'ideologia fascista, possa far riemergere valori antidemocratici propri di quel regime.

Pertanto, le modalità dell'azione - realizzazione di un sacrario, permanente e collocato in uno spazio frequentato dalla collettività e l' inaugurazione nel corso di una cerimonia pubblica- rappresentano un concreto antecedente causale idoneo a provocare adesioni e consensi ed a concorrere alla diffusione di idee favorevoli alla ricostituzione di organizzazioni fasciste (*rif. sentenza Corte Costituzionale n.1 del 1957 richiamata dalla Cassazione del 7 giugno 2017*).

Consegue a quanto argomentato che alcun rilievo ha la circostanza che, nel corso della cerimonia inaugurale, non siano state compiute manifestazioni esteriori di incitamento alla

discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, e non siano stati ostentati simboli ed emblemi di tali organizzazioni o associazioni.

A parere di questo giudicante, la condotta contestata non rappresenta una semplice difesa elogiativa che, in quanto tale, sarebbe espressione della libera manifestazione del pensiero, diritto costituzionalmente garantito e tutelato, bensì l'esaltazione di un personaggio che incarna l'ideologia fascista e che, per gli elementi sopra ripercorsi e caratterizzanti l'azione, è idonea ad offendere o almeno mettere in pericolo i valori democratici della Repubblica, bene giuridico tutelato dalla norma.

Dunque, la 'concretezza' del pericolo di una riorganizzazione del disciolto partito fascista, si fonda sull'esistenza di un luogo stabile e qualificato di ritrovo per altre occasioni, potenzialmente illimitate, di manifestazioni apologetiche, che favorisce, per il suo alto valore simbolico, la possibilità di aggregazioni funzionali al momento organizzativo ed alla rievocazione dell'ideologia fascista.

La connotazione illecita della condotta, realizzata dalla Giunta Comunale, nelle persone degli odierni imputati, è stata rilevata per altro dalla Regione [redacted] che, con deliberazione del 13.3.2015 n. 82, richiedeva al Comune di [redacted] di provvedere all'annullamento in autotutela della deliberazione di Giunta n. 66 del 21. luglio 2012, "*nella parte di dedicazione del piccolo museo del soldato al generale Rodolfo Graziani, pena la revoca del finanziamento regionale utilizzato per la realizzazione del museo"*.

La Giunta Regionale rilevava come, in primo luogo, la delibera fosse stata adottata in data posteriore alla chiusura dei lavori e che, in tutta la documentazione relativa al finanziamento, conservata agli atti della direzione competente, non era mai emersa la volontà di procedere a tale intitolazione.

In secondo luogo, è stato ritenuto che la dedica del monumento al gen. Graziani, - definito nel provvedimento come uno dei più importanti gerarchi del fascismo italiano (Ministro della guerra, inserito dall'ONU nella lista dei criminali di guerra per l'uso di gas tossici e bombardamenti degli ospedali della Croce Rossa) - "*esprima un giudizio positivo rispetto ad eventi contrari ai valori che guidano l'azione dello Stato Italiano e della Regione, che per statuto fa propri i principi della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo riconoscendo il primato*

della persona, della vita, della libertà e dei valori della democrazia, della partecipazione e del pluralismo, con il ripudio di ogni forma di discriminazione e di intolleranza".

Significativo il provvedimento della Regione che ha ritenuto la suddetta intitolazione un inadempimento del beneficiario del finanziamento alle condizioni statuite in sede di erogazione, determinando ciò il venir meno del pubblico interesse che aveva inizialmente determinato l'Amministrazione regionale alla concessione del contributo.

Invero, secondo l'organo della Regione, la dedica del museo a GRAZIANI, quale esponente del fascismo, è in contrasto con il dovere di una società civile di promuovere tutte le azioni di opposizione a principi fondati sulla violenza, intolleranza e qualunque forma di fondamentalismo ideologico.

L'allarme istituzionale destato dalla condotta apologetica in esame, che ha indotto la Regione [redacted] ad intervenire, richiedendo alla Giunta Comunale l'emanazione di un immediato atto in autotutela, è la riprova della sua attitudine a determinare un pericolo concreto per la riorganizzazione del disciolto partito fascista.

Ulteriore requisito richiesto dalla norma in esame affinché una condotta integri la fattispecie incriminatrice di apologia del fascismo è la sua realizzazione pubblica.

Nel caso di specie, è evidente che l'azione celebrativa del personaggio sia stata posta in essere pubblicamente, in primo luogo l'inaugurazione dell'opera veniva comunicata alla collettività attraverso la diffusione di inviti e manifesti recanti nell'oggetto "Inaugurazione Parco [redacted] e Sacrario al Soldato M.llo D'Italia Rodolfo Graziani", ove veniva indicato il programma della cerimonia, ed avveniva nella pubblica piazza [redacted].

Sussiste, altresì, l'elemento soggettivo inteso come dolo generico, infatti il Sindaco [redacted] e gli assessori [redacted] e [redacted] hanno consapevolmente e volontariamente individuato il Mar. GRAZIANI, nella scelta di un personaggio cui intitolare il sacrario eretto, [redacted] quale proponente dell'intitolazione ed i consiglieri appoggiando tale scelta, esprimendo il voto favorevole e determinando così l'approvazione della delibera all'unanimità dei presenti.

Indicativo del fatto che la scelta posta in essere dalla Giunta del Comune di [redacted] di intitolare il mausoleo a Graziani sia stata consapevole ed intenzionale è la circostanza che la delibera è intervenuta dopo la concessione dei finanziamenti regionali e la realizzazione dell'opera.

Altrettanto sintomatico dell'elemento intenzionale del reato è la circostanza che la richiesta di autorizzazione all'intitolazione del Parco [redacted] a "[redacted]" ed il museo al soldato al Generale Rodolfo Graziani è stata presentata successivamente alla delibera ed alla cerimonia inaugurale.

In particolare, solo in data 15.10.2012 il Sindaco inviava al Ministero dell'Interno - Prefettura - Ufficio Territoriale di [redacted] - Toponomastica – la richiesta di autorizzazione.

D'altronde, il Sindaco [redacted] affermando, in sede di spontanee dichiarazioni, che il mausoleo non poteva che essere intitolato a Graziani, il più grande concittadino degli [redacted], ha confermato la preesistenza dell'elemento intenzionale - espresso con la delibera - , rispetto alla richieste di finanziamento dell'opera.

Per quanto concerne la posizione degli imputati [redacted] e [redacted] , è evidente che la contestata condotta illecita sia a loro riferibile, avendo partecipato unitamente al Sindaco alla sua realizzazione.

Come sancito da consolidata giurisprudenza di legittimità, affinchè una condotta integri il concorso nel reato, è necessario che offra un consapevole apporto, morale o materiale, all'altrui condotta criminosa, anche sotto forma di agevolazione o rafforzamento del proposito criminoso del concorrente.

Nel caso che ci occupa, si evidenzia che [redacted] e [redacted], in qualità di consiglieri comunali, hanno preso parte alla seduta di Giunta del 21.7.2012 ed, esprimendo voto favorevole alla proposta del Sindaco di intitolare il "piccolo museo dedicato al soldato" al Generale Graziani, hanno fornito il loro contributo sia materiale che morale all'azione illecita.

Invero, con il voto espresso hanno consentito che la delibera fosse approvata e, rafforzando in tal modo anche dal punto di vista morale il proposito del Sindaco hanno consapevolmente contribuito alla realizzazione del presupposto della successiva azione, ossia la cerimonia inaugurale del museo, che unitamente all'azione di deliberazione integra la condotta celebrativa del personaggio esponente del fascismo.

Invero, l'intitolazione del museo era finalizzata alla sua successiva inaugurazione in forma pubblica, indetta dal Comune di [redacted].

PROSPETTAZIONE DIFENSIVA

L'intenzione della Giunta Comunale, per come rappresentata dal Sindaco, è stata quella di onorare GRAZIANI in quanto cittadino affilano - pur se nativo del Comune di [redacted] - e combattente pluridecorato che, pertanto, meritava l'intitolazione del museo.

Queste argomentazioni non influiscono né sulla sussistenza della condotta in sé, né tanto meno sulla sussistenza del profilo soggettivo.

Quanto asserito è privo di riscontri, non avendo la difesa portato alcun elemento a sostegno, invero non è dimostrato che l'elogio della figura di GRAZIANI fosse connessa a profili diversi da quelli relativi al ruolo che il predetto ha avuto nella storia, in particolare nel regime fascista, ed all'ideologia di cui è stato esponente.

E' evidente che il caso che ci occupa è diverso da quello esaminato dalla Suprema Corte con la pronuncia n. 11038 *del* 02/03/2016, sopra citata, che non ha ravvisato il reato nel saluto romano finalizzato alla commemorazione di tre defunti, in quanto la condotta posta in essere dal sindaco e dai due consiglieri è connotata da elementi (*soggetto agente, collocazione topografica, permanenza dell'opera celebrativa dell'esponente fascista*) che pongono in pericolo la tenuta dell'ordine democratico e dei valori allo stesso sottesi, per come ampiamente esposto.

Si tratta della celebrazione di un personaggio che non viene ricordato per azioni diverse da quelle compiute durante il regime fascista di cui è stato un esponente di rilievo: invero, nulla di ciò è stato documentato dalla difesa.

Inoltre, è evidente che la Giunta fosse ben consapevole delle portata storica del personaggio, del ruolo di rilievo dal predetto assunto durante il regime fascista, della cui ideologia si fece portatore, come dimostra il curriculum vitae di Graziani, allegato alla richiesta di autorizzazione all'intitolazione del Piccolo Museo al Generale, inoltrata alla Prefettura, ove sono riportati anche gli incarichi ricoperti dal predetto nel governo della Repubblica Sociale e la condanna inflittagli dal Tribunale Militare di Roma.

Per mero scrupolo argomentativo si rileva che non può configurarsi un errore sul fatto che esclude l'elemento psicologico, ossia l'aver agito senza la consapevolezza di un elemento costitutivo del reato che caratterizza il fatto tipico, presupponendo una realtà diversa da quella effettiva.

Nel caso di specie non risulta neanche fornita tale prospettazione essendo ben nota al Sindaco, come provato e sopra argomentato, la realtà e la portata storica del personaggio.

Infine, si evidenzia che la circostanza che in altri contesti, - come per esempio nel comune di [redacted] ove vi è un parco intitolato a Graziani - non si sia proceduto ad esercitare l'azione penale, come evocato dalla difesa, non scrimina la condotta in esame.

Le azioni ed i fatti devono essere valutati caso per caso, nella loro oggettività e la condotta contestata agli imputati, per le motivazioni esposte, integra l'apologia del fascismo.

TRATTAMENTO SANZIONATORIO

Venendo al trattamento sanzionatorio concretamente applicabile vanno svolte, in primo luogo, alcune considerazioni in ordine alla continuazione ed al mancato riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche.

L'Ufficio di Procura ha contestato la continuazione, invocandone il riconoscimento in sede di richiesta di pena, tra la condotta concretizzatasi nella deliberazione dell'intitolazione del Piccolo museo al Soldato al Gen. Graziani e l'organizzazione di una pubblica cerimonia di inaugurazione.

Ritiene questo giudicante di dover escludere la continuazione in quanto le due azioni non sono altro che due frazioni della medesima condotta di esaltazione e come tali non possono scindersi.

La sola deliberazione di intitolare il monumento a Graziani, in assenza della successiva manifestazione pubblica difetterebbe dei connotati necessari, affinchè si configuri la condotta apologetica, come delineata dalla Corte Costituzionale e dalla Suprema Corte di Cassazione.

Piuttosto la deliberazione non è altro che il presupposto della successiva organizzazione della cerimonia inaugurale, unitamente alla quale attua l'esaltazione idonea in concreto a provocare adesioni e consensi favorevoli alla ricostituzione del partito fascista.

Non possono essere concesse agli imputati le circostanze attenuanti, in virtù del divieto di cui al disposto codicistico dell'art. 62 co 3 bis cp, non essendo sufficiente il solo stato di incensuratezza e non essendo emersi elementi da valorizzare per il loro riconoscimento.

Nella determinazione della pena si terrà conto della diversa valenza del ruolo del Sindaco, promotore della proposta di intitolare il museo a GRAZIANI, rispetto a quello dei Consiglieri.

Pena, equa, tenuto conto dei criteri di commisurazione della stessa cristallizzati nell'art. 133 c.p., - in particolare, tenuto conto della gravità del fatto (l'aver commesso l'azione in qualità di

esponenti di un organo istituzionale di natura pubblica, rappresentativo della collettività) si stima essere :

- per [redacted] quella di mesi 8 di reclusione ed € 120,00 di multa, così determinata : pena base anni uno di reclusione ed € 180,00 di multa, ridotta alla pena sopra indicata per la scelta del rito.

- per [redacted] e [redacted] quella di mesi 6 di reclusione ed € 80,00 di multa ciascuno, così determinata : pena base mesi 9 di reclusione ed € 120,00 di multa, ridotta alla pena sopra indicata per la scelta del rito.

All'affermazione della penale responsabilità degli imputati segue, secondo legge, la condanna degli stessi al pagamento delle spese processuali, ciascuno per la propria parte.

Lo stato di incensuratezza degli imputati consente di effettuare una prognosi positiva circa l'astensione in futuro dalla commissione di ulteriori reati e, pertanto, di concedere agli stessi il beneficio della sospensione condizionale della pena.

In applicazione del disposto normativo di cui agli artt. 4 ultimo comma L. 645/1952 e 28 comma 2 cp gli imputati vanno dichiarati interdetti dai pubblici uffici, limitatamente ai numeri 1) e 2) dell'art. 28 cp., per la durata di cinque anni.

Gli imputati vanno condannati, inoltre, al risarcimento dei danni subiti dall' [redacted], costituita parte civile, la cui liquidazione va, tuttavia, rimessa, data la lacunosità delle risultanze istruttorie sul punto, al competente giudice civile.

Può, tuttavia, assegnarsi alla costituita parte civile una provvisionale di euro 8.000,00 sull'ammontare dei danni che saranno verosimilmente riconosciuti alla stessa, in sede civile.

Gli imputati vanno condannati, inoltre, ai sensi dell'art. 541 c.p.p., alla rifusione delle spese di costituzione e rappresentanza in giudizio sostenute dalla costituita parte civile, che possono liquidarsi in complessivi euro 1.800,00, oltre spese generali, i.v.a. e c.p.a. come per legge.

PENE ACCESSORIE

Occorre, in ultimo, esaminare la richiesta dell'Ufficio di Procura di sequestro del monumento, spiegando le ragioni del mancato accoglimento.

L'istanza è stata avanzata, ai sensi dell'art. 321 comma 1 cpp, al fine di scongiurare che la libera disponibilità del mausoleo potesse aggravare e protrarre le conseguenze del reato contestato,

nonché agevolare la commissione di ulteriori reati corrispondenti a quello contestato, ovvero previsti dalla stessa L. n. 645/52.

Ritiene questo giudicante di non dover disporre l'invocata misura cautelare reale, evidenziando che ciò che rappresenta il prodotto del reato non è l'edificio adibito a museo, bensì la sua intitolazione ad un esponente del fascismo.

Dunque, ciò che impedirebbe la protrazione delle conseguenze del reato non è l'apposizione del vincolo cautelare sull'edificio, bensì la cessazione di ciò che lo stesso rappresenta in virtù della delibera della Giunta Comunale di [redacted] che, con la sua intitolazione al Gen. Graziani, ha attribuito all'immobile una determinata valenza storica, rievocativa di un personaggio esponente di valori ed ideologie espressione del regime fascista ed in contrapposizione ai principi democratici fondanti lo Stato.

Deve, altresì, essere rigettata la richiesta di confisca e distruzione del documento della Giunta Comunale del 21 luglio 2012, avanzata ai sensi dell'art. 240, comma 1 e 2 c.p., trattandosi di cosa che servì a commettere il reato.

Ritiene questo giudicante di non poter accogliere l'istanza dell'Ufficio di Procura in quanto il documento di cui si chiede la distruzione è un atto che promana dalla Pubblica Amministrazione, e che ciò che va eliminato sono gli effetti della delibera.

La Pubblica Amministrazione interviene unilateralmente con i mezzi amministrativi a sua disposizione, tutelando autonomamente la propria sfera d'azione, in virtù della potestà generale conferitale dall'ordinamento giuridico.

Dunque, gli effetti illeciti del provvedimento amministrativo, nonché il pericolo di aggravamento del reato possono essere eliminati con altri strumenti dell'ordinamento giuridico, anche in via di autotutela, come per altro, richiesto dalla Regione [redacted] con determinazione n. 82 del 13.3.2015 : e per tali motivi va disposta la trasmissione del dispositivo al Comune di [redacted] per quanto di competenza.

P.Q.M.

visti gli artt. 442, 533, 535 c.p.p.,

dichiara [redacted], [redacted] e [redacted] colpevoli del reati loro ascritti in rubrica ed esclusa la contestata continuazione, considerata la diminuente per la scelta del rito, condanna [redacted] alla pena di mesi 8 di reclusione ed € 120,00 di multa, [redacted] e [redacted] alla pena di mesi 6 di reclusione ed € 80,00 di multa ciascuno, oltre al pagamento delle spese processuali, ciascuno per la propria parte.

Letto l'art, 163 cp concede agli imputati il beneficio della sospensione condizionale della pena.

Letti gli artt. 4 ultimo comma L. 645/1952 e 28 comma 2 cp dichiara gli imputati per la durata di cinque anni interdetti dai pubblici uffici limitatamente ai numeri 1) e 2) dell'art. 28 cp..

Visti gli artt. 538, 539 e 541 c.p.p., condanna, altresì [redacted], [redacted] e [redacted] in solido al risarcimento del danno cagionato alla costituita parte civile, da liquidarsi all'esito di separato giudizio; condanna gli imputati al pagamento di una provvisionale immediatamente esecutiva di € 8.000,00 ed alla refusione delle spese di lite sostenute dalla costituita parte civile, pari ad euro 1.800,00, oltre accessori come per legge.

Dispone la trasmissione del presente dispositivo al Comune di [redacted] per quanto di competenza.

Letto l'art. 544 comma 3 cpp indica in giorni 90 il termine per il deposito della motivazione.

Così deciso a Tivoli il 7.11.2017

IL Giudice

Marianna Valvo

ANDREA VENEGONI

La Corte di cassazione e la procura Europea: ipotesi di futura convivenza

Come è ormai noto a molti, anche non cultori della specifica materia del diritto penale dell'Unione Europea, l'anno scorso è stato approvato il regolamento dell'Unione per istituire l'Ufficio della Procura Europea[366].

In quanto tale, si tratta ovviamente di un atto ad efficacia diretta negli ordinamenti dei singoli Stati Membri, senza necessità di normativa di recepimento, e quindi può oggi dirsi con chiarezza che l'istituzione della Procura Europea (generalmente indicata come "EPPO" acronimo dell'espressione inglese "European Public Prosecutor's Office") è una realtà.

Infatti, le Istituzioni dell'Unione sono già al lavoro per gli adempimenti necessari per il funzionamento del nuovo organismo.

Lo stesso regolamento prevede alcune tappe: la prima è, naturalmente, la nomina dei componenti dell'ufficio, dopodiché si procederà alla creazione di un regolamento interno e poi l'EPPO inizierà concretamente ad operare con l'avvio delle indagini.

A differenza di quanto avvenuto finora a livello sovranazionale, infatti, l'EPPO non sarà un organismo di coordinamento di indagini penali (come, per intenderci, Eurojust), ma sarà un autentico ufficio giudiziario investigativo di dimensione europea.

Non è questa la sede per soffermarsi in dettaglio sul regolamento; basti, al riguardo, evidenziare gli aspetti essenziali del nuovo ufficio, dopo avere ricordato che non tutti i 28 (ormai quasi 27) Stati dell'UE hanno aderito al progetto: l'EPPO quindi opererà per venti Stati, non essendone, al momento, parte, oltre al Regno Unito che si avvia ad uscire anche dalla UE, l'Irlanda, la Danimarca, la Polonia, la Svezia, l'Ungheria, Malta e l'Olanda.

Struttura:

L'EPPO si comporrà, nel suo complesso, di un ufficio centrale e di procuratori europei delegati operanti fisicamente nei singoli Stati Membri, ma appartenenti all'ufficio. L'ufficio centrale è costituito dal Procuratore Europeo, due vice ed il collegio dei procuratori europei, formato da un procuratore per ciascuno Stato membro aderente all'EPPO.

[366] Regolamento 2017/1939(UE) DEL CONSIGLIO del 12 ottobre 2017 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea («EPPO»), in GUUE del 31.10.2017

Ogni Paese sarà libero di organizzare la propria struttura di procuratori delegati sul proprio territorio come meglio ritiene, con la sola condizione che siano presenti almeno due procuratori delegati per Stato e che la stessa sia idonea ad assicurare una efficiente ed efficace conduzione delle indagini. I procuratori delegati per ogni Stato saranno scelti dal collegio dei procuratori europei dell'ufficio centrale, a quel punto già costituito

I procuratori delegati sono magistrati appartenenti amministrativamente all'ordine giudiziario nazionale, ma quando essi svolgeranno indagini su reati di competenza dell'EPPO, funzionalmente apparterranno a quest'ultimo ufficio, anche se operanti negli Stati Membri.

Essi rivestono una particolare importanza nell'EPPO perché saranno coloro che condurranno in concreto le indagini. Queste saranno svolte, infatti, essenzialmente a livello decentrato, a partire dalla iscrizione della notizia di reato. Tuttavia, le stesse saranno monitorate e supervisionate a livello centrale dal Procuratore europeo della stessa provenienza geografica del Paese in cui il delegato le starà conducendo.

Il collegio a livello centrale, nella composizione plenaria, si occuperà essenzialmente di questioni amministrative o di politiche generali dell'ufficio. I procuratori europei saranno, tuttavia, anche coinvolti in alcune decisioni operative chiave per l'indagine. Per fare ciò, saranno suddivisi in "camere permanenti", mini- collegi di tre membri, di cui uno presidente. Il procuratore europeo delegato sarà, quindi, colui che condurrà operativamente l'indagine, peraltro sotto la supervisione del collega dell'ufficio centrale. La camera permanente, però, avrà un ruolo importante in essa, secondo quanto previsto dall'art. 10: sarà infatti coinvolta nella decisione sulla chiusura dell'indagine, e cioè sul rinvio a giudizio o sulla richiesta di rinvio a giudizio, o sull'archiviazione, o sulla definizione con rito alternativo del procedimento. Deciderà, inoltre, sulla valutazione sulla competenza dell'EPPO in merito al reato per cui esso procede, con conseguente invio del caso alle autorità nazionali qualora ritenga che il procedimento non rientri nella competenza dell'ufficio, e sulla riapertura dell'indagine.

Non meno importanti i poteri della camera permanente prima dell'avvio dell'indagine, potendo incaricare un procuratore europeo delegato di avviarla, così come di esercitare il diritto di avocazione dell'indagine, qualora emerga che la stessa riguarda un reato di competenza dell'ufficio, in caso di inerzia del possibile procuratore delegato competente.

Competenza:

Quanto alla competenza, l'EPPO viene, ad oggi, istituito come organo addetto a condurre indagini, esercitare l'azione penale e partecipare ai processi relativi ai reati di cui alla direttiva del Consiglio n. 1371/2017 sulla tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea; il regolamento ha quindi scelto di definire la competenza dell'EPPO mediante rinvio ad un altro strumento giuridico di recente approvato, la c.d. direttiva PIF, entrata in vigore nell'ottobre 2017.

Si tratta della direttiva adottata – dopo lungo dibattito nel Consiglio dell'Unione e nel Parlamento Europeo – sulla base dell'art. 83 TFUE, anziché dell'art. 325 TFUE come originariamente proposto dalla Commissione Europea, finalizzata all'armonizzazione del diritto penale sostanziale per favorire la tutela degli interessi finanziari dell'Unione attraverso il diritto penale. Essa sostituisce la ben nota Convenzione PIF del 1995, che era già stata attuata negli Stati membri nel corso di questi anni. Rinviando per l'analisi della stessa ai testi specifici, basti in questa sede ricordare che la direttiva delinea come reati che colpiscono gli interessi finanziari dell'Unione i tre "classici" individuati fin dai tempi della Convenzione del 1995, e cioè la frode, sia nelle entrate che nelle spese del bilancio dell'Unione, la corruzione ed il riciclaggio. Ad essi, però, aggiunge la frode nelle procedure di appalto e l'appropriazione indebita dei fondi europei da parte di un pubblico ufficiale, in sostanza una sorta di quello che nel nostro sistema si definirebbe come peculato.

È stata riaffermata, quindi, nel testo del regolamento la competenza che si potrebbe definire primigenia dell'EPPO, come del resto delineata dallo stesso art. 86 TFUE, e cioè quella della tutela, o protezione, degli interessi finanziari dell'Unione, la già citata c.d. "area PIF", che si conferma, così, come il settore principe nello sviluppo del diritto penale dell'Unione Europea. L'estensione della competenza ad altri reati, ed in particolare a quelli di terrorismo, che così tanto ha fatto discutere negli ultimi tempi in virtù dei tragici avvenimenti recenti, resta così, per ora, solo una possibilità.

In tema di competenza, è molto interessante notare come il regolamento ha risolto un aspetto relativo al problema dei reati connessi, in particolare quando un "reato EPPO" concorre con un reato non rientrante nella competenza dell'ufficio. Vi era, infatti, il forte rischio che la connessione con reati più gravi sottraesse all'EPPO anche quelli di propria competenza, svuotandone così, di fatto, il campo di azione. Al riguardo, il regolamento prevede espressamente una ipotesi di connessione, quella con il reato di associazione a delinquere finalizzata alla

commissione di "reati EPPO", stabilendo che in tal caso, pur essendo il reato associativo, nella generalità dei sistemi, più grave del reato EPPO, la competenza di quest'ultimo prevale ed attrae il primo (art. 22 comma 2). L'applicazione del principio secondo cui il reato più grave attrae quello meno grave avrebbe, infatti, rischiato di erodere grandemente la reale competenza dell'EPPO, nei casi in cui, invece, i fatti illeciti riguardavano specificamente reati rientranti nella sua competenza. È esperienza comune, infatti, che i reati PIF siano spesso "reati satellite" di associazioni a delinquere. Tale disposizione rende, così, l'EPPO competente ad indagare reati di notevole portata.

Il regolamento, tuttavia, non prevede la competenza dell'EPPO sui "reati PIF" come esclusiva. Il regolamento prevede la possibilità che reati astrattamente rientranti nella competenza dell'EPPO possano essere investigati dalle autorità nazionali, se così l'EPPO consente (art 25).

Le frodi iva, poi, devono essere oggetto di particolare attenzione. Sull'inclusione delle stesse all'interno della "area PIF" si è giocata negli anni scorsi una lunga ed estenuante battaglia, essendosi, ad un certo momento, diffusa all'interno di vasti settori dell'Unione l'opinione secondo cui l'iva è essenzialmente un'imposta nazionale che non riguarda gli interessi finanziari euro-unitari. Non è questa la sede per una approfondita disamina della questione; basti, tuttavia, ricordare che, in conclusione, e grazie al ruolo esercitato dal Parlamento Europeo, i relativi reati sono stati inseriti tra quelli della direttiva 1371/2017, e, di conseguenza, di competenza dell'EPPO, ma solo allorché l'importo della frode superi i 10 milioni e la frode sia transnazionale, cioè riguardi almeno due Paesi. Restano, pertanto, escluse dalla competenza EPPO le frodi iva puramente nazionali e di valore inferiore ai 10 milioni di euro.

L'EPPO e la Corte di Cassazione

Premesso tutto quanto sopra, può essere interessante chiedersi quale sarà l'impatto dell'EPPO sul lavoro della Corte di Cassazione, e se vi saranno momenti di contatto tra i due uffici.

Va, innanzi tutto, chiarito che il regolamento EPPO si occupa solo della fase delle indagini fino alla richiesta di rinvio a giudizio. Il primo impatto che esso avrà sugli ordinamenti nazionali coinvolge, quindi, certamente gli uffici del pubblico ministero, perché vi saranno alcuni pubblici

ministeri, appartenenti ai sistemi giudiziari nazionali, che si troveranno, in realtà, a lavorare e condurre indagini per una autorità diversa da quella interna, una autorità sovranazionale.

Questo è un aspetto sul quale le autorità dei singoli Stati dovranno certamente riflettere in tema di ordinamento interno.

La funzione giudicante non è, invece, oggetto di disciplina da parte del regolamento EPPO; essa continua a restare puramente nazionale. In altri termini, l'EPPO eserciterà l'azione penale davanti alle giurisdizioni nazionali (art. 36 del regolamento), così come, se durante la propria indagine necessitasse di sottoporre richieste ad organi giudicanti (misure cautelari, autorizzazioni per misure investigative), questi saranno esclusivamente gli organi nazionali. Non esiste, infatti, ad oggi, un giudice "europeo" competente ad esaminare le richieste della Procura Europea o a celebrarne i processi in dibattimento. Il regolamento assegna solo, nell'art. 42 comma 2, alla Corte di Giustizia un ruolo di sindacato sugli atti dell'EPPO a determinati specifici fini, ma, nel comma 1, ribadisce il principio generale secondo cui *"gli atti procedurali dell'EPPO destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi sono soggetti al controllo degli organi giurisdizionali nazionali competenti conformemente alle procedure e ai requisiti stabiliti dal diritto nazionale*".

L'azione del nuovo ufficio avrà, pertanto, notevoli momenti di contatto con l'attività giudicante, e, di riflesso, questi potranno anche riguardare la Corte di Cassazione.

Ad una primissima riflessione, alcuni temi appaiono rilevanti per gli organi giudicanti:

Individuazione dello Stato davanti al quale esercitare l'azione penale

Poiché, come visto, la competenza dell'EPPO, all'interno del campo della tutela degli interessi finanziari dell'Unione, non sarà esclusiva ma residuerà una competenza nazionale per gli stessi reati, il regolamento disciplina il rapporto tra l'EPPO e le autorità nazionali, con una tendenza a privilegiare i poteri dell'EPPO che, se ritiene che un caso rientri nella propria competenza, può esercitare il diritto di avocazione, che impedisce alle autorità nazionali di proseguire l'indagine (art. 27). Tuttavia, il regolamento prevede la possibilità di conflitto tra l'EPPO e le procure nazionali per la trattazione di un caso.

In tale situazione stabilisce (art. 25 comma 6) che "le autorità nazionali competenti a decidere sull'attribuzione delle competenze per l'esercizio dell'azione penale a livello nazionale

decidono chi è competente per indagare il caso. Gli Stati membri specificano l'autorità nazionale che decide sull'attribuzione della competenza".

La situazione ricorda quella dei contrasti tra pubblici ministeri che, se gli stessi appartengono a distretti diversi, sono risolti dalla Procura Generale presso la Corte di Cassazione. Si tratta di vedere quale autorità lo Stato italiano indicherà per risolvere tali conflitti.

Per quanto riguarda, invece, l'individuazione dello Stato davanti al quale esercitare l'azione penale, secondo il regolamento, questa è una prerogativa dell'EPPO, sebbene, poi, la specifica indicazione dell'organo giudicante in concreto avverrà secondo il diritto nazionale. Nulla è, però, detto sul caso in cui l'organo giudicante dello Stato individuato dall'EPPO ritenga che la giurisdizione spetti all'organo giudicante di altro Stato. Non è prevista, quindi, una ipotesi di soluzione di conflitti tra organi giudicanti, che nel nostro sistema è una delle attribuzioni della Corte di Cassazione. Poiché, però, in linea di principio, non si può escludere un conflitto di giurisdizione ad opera dei giudici, si tratterà di vedere come tale situazione potrà essere risolta.

Ammissibilità delle prove

Un tema che certamente si porrà nei processi relativi ad indagini dell'EPPO, sia a livello di merito ma che certamente potrebbe essere oggetto di ricorso in cassazione, è quello della ammissibilità delle prove. L'EPPO, infatti, supera il concetto di mutuo riconoscimento per l'acquisizione delle prove in uno Stato diverso da quello del luogo dell'indagine e del processo (con l'EPPO addirittura è superato lo stesso concetto di "Stato diverso", attesa la unitarietà dell'ufficio), ma non risolve il problema del fatto che una prova può essere stata acquisita con modalità diverse da quelle con cui sarebbe stata assunta nello Stato del procedimento (e non solo del processo, atteso che il problema si può certamente porre anche per i provvedimenti cautelari, posto che l'art. 42 del regolamento attribuisce alle autorità nazionali il controllo giurisdizionale sugli atti "procedurali dell'EPPO destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi", salvo eccezioni).

Il punto critico è, infatti, che per quanto l'EPPO cerchi di realizzare il compimento di un autentico spazio investigativo europeo, con libera circolazione della prova, alla fine il regolamento ha sì creato un ufficio unitario europeo, ma non un unitario sistema di acquisizione della prova.

Per quest'ultimo sarebbe necessario, infatti, se non un codice di procedura penale europeo, quanto meno alcune regole comuni applicabili in tutti gli Stati EPPO. Il regolamento, invece, prevede che le prove saranno acquisite tendenzialmente - oltre che secondo il regolamento che, però, detta al riguardo pochissime regole, in sostanza mirate ad assicurare le maggiori garanzie possibili - , secondo la legge dello Stato in cui l'atto probatorio viene compiuto *(lex loci*), con possibilità per il procuratore procedente, proprio per rendere la prova il più possibile utilizzabile nello Stato del processo, di indicare particolari modalità di esecuzione secondo la *lex fori*, che saranno seguite a meno che non contrastino con i principi fondamentali dello Stato del procuratore delegato che procede a compiere l'atto (art. 32). Nonostante quest'ultima previsione, quindi, è alta la probabilità che l'acquisizione di una o più prove transfrontaliere (per usare la terminologia della versione italiana del regolamento, sebbene forse non perfetta sotto questo profilo) sia condotta non completamente in conformità alla legge dello Stato del procuratore titolare del procedimento "principale", con conseguente rischio di indebolimento del quadro probatorio.

Così, è stata introdotta nel regolamento una norma "di chiusura" (art 37 comma 1) secondo la quale

"Le prove presentate a un organo giurisdizionale dai procuratori dell'EPPO o dall'imputato non sono escluse per il solo motivo che sono state raccolte in un altro Stato membro o conformemente al diritto di un altro Stato membro",

con la precisazione (art. 37 comma 2) che

"Il presente regolamento non pregiudica la facoltà dell'organo giurisdizionale di merito di valutare liberamente le prove presentate dall'imputato o dai procuratori dell'EPPO".

Il tema, in realtà, non è nuovo perché è proprio di tutti i procedimenti dove si pongono problemi di transnazionalità e si pone il costante dilemma tra *lex fori* e *lex loci*. Infatti la Corte ha sviluppato una propria giurisprudenza pluriennale in tema di rogatorie e la svilupperà verosimilmente anche in tema di ordine investigativo europeo (OIE), il nuovo strumento per l'acquisizione della prova all'interno della UE (peraltro, non applicabile nei procedimenti EPPO che, proprio perché in essi si supera il principio di mutuo riconoscimento su cui si fonda l'OIE, hanno una disciplina specifica sul tema negli artt. 31 e 32 del regolamento).

Sussiste, però, una differenza significativa tra i procedimenti in tema di rogatorie o OIE e quelli che saranno i procedimenti EPPO. Nei primi, esiste una normativa nazionale che rappresenta il primo punto di riferimento per le decisioni (il codice di procedura penale, eventuali accordi bilaterali ratificati, o atti di recepimento di convenzioni internazionali o provvedimenti legislativi dell'Unione non direttamente applicabili, come decisione quadro e direttiva).

Nei procedimenti EPPO ciò non dovrebbe avvenire perché, come detto, gli stessi sono disciplinati da un regolamento, atto direttamente efficace, il quale, però, sulle modalità di acquisizione della prova e l'utilizzabilità non si diffonde in maniera eccessiva.

Non è escluso, quindi, che vengano presentate al giudice, nell'ambito di un procedimento dell'EPPO, prove assunte da un procuratore sito in altro Stato, con modalità differenti da quelle che si dovrebbero applicare nello Stato del giudice che deve prendere una decisione nel merito o cautelare.

Le questioni sulla ammissibilità di tali prove dovranno essere decise, però, applicando direttamente il regolamento dell'Unione (e la legge nazionale solo ove esso a questa rinvii), con conseguente disapplicazione della normativa nazionale difforme. Questo, è prevedibile, anche ad opera della Corte di Cassazione quando sarà investita dei ricorsi contro sentenze, o anche in fase cautelare.

Per quanto, probabilmente, ciò non porterà a grossi mutamenti nelle posizioni giurisprudenziali, - attesa la comunanza di molti principi – il fatto di avere come riferimento diretto per una decisione in materia penale una normativa sovranazionale rappresenta, comunque, una situazione piuttosto nuova, di cui si è avuto solo un tormentato, e non felicissimo, assaggio – sebbene con alcune differenze - nell'ormai notissimo "caso Taricco".

Queste costituiscono primissime riflessioni, ma è opportuno avere presente fin da ora tali questioni perché, come accennato in apertura, le procedure per la creazione materiale dell'ufficio sono ormai in movimento e si ipotizza l'operatività del medesimo nel giro di due- tre anni al massimo, e quindi con esse ci si dovrà confrontare nella pratica a breve.

È una nuova significativa evoluzione nei rapporti tra ordinamento dell'Unione e sistemi nazionali, di fronte alla quale è bene essere preparati per tempo.

ANNA FERRARI

L'esperienza italiana della «stanza della familiarità» anticipa la Raccomandazione CM/Rec(2018)5 adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa relativa ai figli di detenuti

Abstract

Il "diritto vivente" è qui inteso come diritto che "matura" all'interno del carcere. Il contributo offre una prima lettura dei principi ispiratori della nuova Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa a tutela dei diritti dei figli delle persone detenute e affronta la prassi virtuosa avviata in taluni istituti penitenziari italiani che ne ha, in concreto, anticipato l'applicazione attraverso la cd *stanza della familiarità.*

1. Premessa.

La raccomandazione è lo strumento attraverso il quale il Comitato dei Ministri, vale a dire l'organo competente ad agire in nome del Consiglio d'Europa[i], invita i Governi degli Stati aderenti ad adottare una politica comune in determinate materie[ii]. Fra le fonti del diritto, la raccomandazione, seppur priva di efficacia giuridica vincolante, ha un alto valore esortativo in ragione dell'autorità morale e politica dell'organo da cui promana: persegue lo scopo di armonizzare le legislazioni degli Stati membri su questioni di interesse comune. Fra queste, il Consiglio d'Europa attribuisce una rilevanza centrale al tema dei minori di età i cui genitori sono ristretti in istituti di pena: lo scopo perseguito, a detta del preambolo della Raccomandazione, è quello di consentire loro di beneficiare dei medesimi diritti[iii] degli altri minorenni nonostante gli oggettivi indubbi ostacoli derivanti dallo stato di detenzione di uno o entrambi i genitori.

La Raccomandazione CM/Rec (2018)5[iv] concernete i figli di detenuti, adottata il 4 aprile 2018, origina dalla constatazione del significativo numero di minori di età nei Paesi Membri i cui genitori sono detenuti in un istituto penitenziario. Si stima, sul punto, che siano oltre due milioni i minori di cui uno o entrambi i genitori sono, alla data di approvazione della Raccomandazione da parte del Comitato dei Ministri, detenuti negli Stati membri del Consiglio d'Europa; un numero senza dubbio considerevole di soggetti a rischio di subire un trauma derivante dalla detenzione dei

genitori. Per tale ragione, la Raccomandazione persegue un approccio sistematico e globale in ordine alla misure da attuare in loro favore. Ed infatti, il campo di applicazione è a tutto tondo posto che la Raccomandazione si rivolge non soltanto a tutti coloro che non hanno compiuto i diciotto anni di età e che hanno almeno un genitore detenuto ma anche ai bambini in tenera età nati o che vivono in carcere.

2. Il significato di «prison».

Molto ampio è il significato che la raccomandazione in esame attribuisce all'espressione carcere; infatti, questo termine vuole indicare non soltanto l'istituto penitenziario ove sono ristretti i detenuti condannati con pronuncia definitiva, ma anche i centri di detenzione provvisoria ove sono ristrette le persone indagate. Ciò in quanto gli effetti negativi derivanti dalla detenzione di un genitore possono essere più gravi nelle prime fasi del procedimento penale[v], allorché vi è incertezza sui tempi e sullo sviluppo del processo.

Rimane tuttavia esclusa dal campo di applicazione della Raccomandazione la detenzione domiciliare, nonostante il suo carattere privativo della libertà personale.

3. I principi fondamentali.

Principio ispiratore della Raccomandazione è quello della non discriminazione: si prende le mosse dalla considerazione - che può sembrare ovvia ma che non è affatto scontata - secondo cui il minore di età figlio di genitore detenuto non ha commesso alcun reato. Pertanto, questi ha diritto a non subire alcuna discriminazione derivante dallo stato giuridico del genitore, nemmeno di riflesso, ed a fruire dei diritti compendiati dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dei minorenni al pari degli altri minorenni. Tant'è che la Raccomandazione ravvisa una linea guida interpretativa - da porre alla base di ogni intervento e misura in favore del minorenne figlio di genitori detenuti- nella necessità di vegliare contro ogni forma di stigmatizzazione o discriminazione nei suoi riguardi: «La sensibilizzazione, il cambiamento culturale e l'integrazione sociale sono necessari per superare i pregiudizi e la discriminazione derivanti dalla carcerazione di un genitore»[vi]. A tal fine, la Raccomandazione non ignora la necessità di una formazione specifica per le Forze dell'Ordine e la Polizia Penitenziaria che consenta loro di interagire con i minori di età, fornendo il sostegno e la protezione indispensabili: la Raccomandazione si concentra sulle

risorse umane disponibili e sulla relativa formazione continua nella convinzione che spazi attrezzati per l'accoglienza dei bambini resterebbero "sterili" se il clima generale di accoglienza degli stessi fosse quello prettamente carcerario[vii].

Si è detto dei diritti riconosciuti dalla Convenzione delle Nazioni Unite relativa ai diritti dei minorenni; fra questi, il diritto alla tutela del preminente interesse del minore, il diritto allo sviluppo ed alla possibilità di esprimere la propria opinione - direttamente o indirettamente - ogniqualvolta si tratti di assumere decisioni rilevanti[viii]; ed ancora, il diritto ad intrattenere regolari relazioni personali, ivi compreso il contatto diretto, con i genitori.

A tale ultimo proposito, nel rapporto esplicativo della Raccomandazione si esprime preferenza per le misure alternative alla detenzione[ix] soprattutto quando il genitore detenuto rappresenta la persona investita in via principale della cura del minore[x]. Tuttavia, se il ricorso a forme di esecuzione della pena al di fuori del circuito carcerario non è possibile, è posta primaria attenzione alla tutela del diritto e al bisogno del minore di età di avere una relazione affettiva continua con il genitore incarcerato: e tale principio va garantito, nell'ottica della Raccomandazione, anche nel caso di applicazione della misura della detenzione cautelare provvisoria[xi]. Dunque, i minori che hanno un genitore detenuto vantano il diritto fondamentale ad intrattenere una stabile relazione col medesimo: il rapporto esplicativo della Raccomandazione cita espressamente il paragrafo 3 dell'art. 9 della Convenzione relativa ai diritti dell'Infanzia[xii] (CIDE) del 1989 cui hanno aderito tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa secondo cui: «Gli Stati aderenti rispettano il diritto del minore separato da entrambi i genitori o da uno di essi a intrattenere regolari relazioni personali e contatti diretti con i genitori, ad eccezione se ciò sia contrario all'interesse superiore del minore».

4. La regola 20: «un éspace dédié aux enfants».

Di particolare interesse riveste la regola 20 inerente «un apposito spazio dedicato ai minori di età» per i colloqui in carcere; la Raccomandazione esorta gli Stati Membri a prevedere all'interno degli istituti penitenziari una stanza attrezzata per i bambini, ad esempio con scalda-biberon, fasciatoio, giocattoli, libri, materiale per colorare, giochi di società ove i bambini possano sentirsi benvenuti e rispettati. Lo scopo è quello di per far sì che le visite in carcere si svolgano in

un ambiente favorevole al gioco e alla serena interazione col genitore, nel pieno rispetto della dignità e della vita privata del minore di età.

Ma la Raccomandazione va oltre e invita le legislazioni degli Stati membri a prevedere che le visite siano svolte in ambienti prossimi al carcere ma al di fuori dello stesso onde favorire, mantenere e far crescere il rapporto genitore/figlio con modalità le più normali possibile.

Anche le modalità di controllo sui minori devono essere svolte, nella prospettiva della Raccomandazione, in maniera adatta al rispetto della sua dignità, intimità e integrità fisica e psichica; l'attenzione è volta anche ad aspetti particolarmente concreti: così ad esempio, si prevede che il minore lasci il parlatorio anteriormente al genitore potendo rischiare, in caso contrario, di rimanerne traumatizzato[xiii]. Ed ancora, nei casi in cui il detenuto si presenti con abbigliamento fornito dall'amministrazione penitenziaria, dovrà esserne salvaguardata la dignità soprattutto durante le visite con i figli.

Il rapporto esplicativo dà conto di esperienze concrete in Europa che costituiscono anticipazione della predisposizione di spazi appositamente creati per rispondere alle esigenze dei bambini durante lo svolgimento dei colloqui con i genitori, in Francia, nel Regno Unito e in Italia[xiv].

5. La «stanza della familiarità».

Fra queste esperienze si annovera, nel nostro sistema penitenziario, la cd *stanza della familiarità*[xv] quale luogo dedicato ai colloqui con i minorenni[xvi].

A tutela delle relazioni familiari e genitoriali si è, infatti, introdotta una progettualità penitenziaria che privilegia spazi riservati ai colloqui fra genitori detenuti e figli minorenni, con l'ausilio di operatori qualificati: si sono creati luoghi di interazione all'interno del carcere, riservati allo sviluppo del ruolo genitoriale del recluso. In questa ottica, si è dunque posto al centro della tutela penitenziaria il legame affettivo fra genitore e figlio.

La prospettiva è quella non soltanto di tutelare il diritto ad esercitare il ruolo genitoriale da parte della persona ristretta ma, soprattutto, quello del diritto dei figli minori a mantenere saldo e vivo il legame affettivo con il genitore. La stanza della familiarità persegue tale scopo ponendo al centro la tutela del rapporto genitore ristretto col figlio: collocata all'interno del carcere vuole rispondere al bisogno di accoglienza ed intimità affettiva fra padre[xvii] e minore.

L'intero arredo della stanza, anticipando il contenuto sopra esaminato della nuova Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, è stato modellato offrendo ai bambini possibilità di gioco, di lettura e anche di un piccolo ristoro. Appare evidente lo scopo di alleggerire e "diluire" la durezza dello spazio detentivo: e così gli arredi e le pareti si presentano con colori vivaci e caratteristiche tipiche di una scuola per l'infanzia anziché di un istituto di pena.

All'aspetto squisitamente logistico, si è accompagnata una specifica formazione del personale penitenziario: l'approccio professionale appare, infatti, indispensabile per valorizzare l'opportunità offerta dalla stanza della familiarità. Il personale penitenziario ha così adattato e modulato il proprio comportamento alle esigenze dei minori di età. È possibile affermare che l'elemento umano costituisce un dato indispensabile per sviluppare le potenzialità offerte dalla stanza della famigliarità nella consapevolezza della necessità di ascoltare e motivare gli operatori penitenziari il cui apporto è imprescindibile se si vuole raggiungere l'obiettivo di contatti quanto più normali (e affettivamente proficui) fra genitore ristretto e minore.

6. Conclusioni.

La prassi italiana sinteticamente esaminata della stanza della familiarità ha, dunque, anticipato e favorito il maturare di un diritto penitenziario europeo a tutela del rapporto genitore ristretto e figlio minorenne, attraverso la predisposizione di appositi spazi entro gli istituti penitenziari per lo svolgimento dei colloqui. Ciò rappresenta un intervento diretto a concretizzare il diritto del minore, fortemente tutelato in Costituzione, ad uno sviluppo equilibrato dei legami affettivi e familiari nonostante la detenzione di uno o entrambi i genitori.

[i] Per un approfondimento sul Consiglio d'Europa, ALINE ROYER, *Il consiglio d'Europa*, Publishing Editions, 2010; ELEONORA BERTI, *Itinerari culturali del Consiglio d'Europa tra ricerca di identità e progetto di paesaggio*, Firenze University Press, 2012.

[ii] Cfr. art. 15 dello Statuto del Consiglio d'Europa, Londra, 5 maggio 1949 e succ. mod. Il Comitato dei Ministri è l'organo decisionale del Consiglio d'Europa; è composto dai Ministri degli Affari esteri degli Stati membri e, in tale composizione, si riunisce una volta all'anno a livello mentre, quanto alle delegazioni (Rappresentanti permanenti presso il Consiglio d'Europa, una volta a settimana. Le delegazioni sono coadiuvate da un Bureau, da Gruppi di Referenti, da Coordinatori tematici e da Gruppi di Lavoro *ad hoc*. Fra questi ultimi, si colloca il Gruppo di Lavoro del Consiglio di Cooperazione Penalogica (PC- CP) composto da nove membri eletti dal Consiglio di Cooperazione nelle materie Criminali (CD- PC); compito del Gruppo di Lavoro del Consiglio di Cooperazione

Penalogica è la predisposizione dei progetti di raccomandazione da sottoporre, previo vaglio del CD- PC, al Comitato dei Ministri sulle materie, in senso lato, inerenti le tematiche del carcere e del sistema di probation.

[iii] Il rapporto esplicativo della Raccomandazione (cfr. B, Principes et facteurs à prendre en compte dans l'élaboration de la recommandation) parla della «nécessité de défendre leurs droit de façon qu'ils puissent les exercer sur un pied d'égalité avec les autres enfants», , .

[iv] Si veda: https://rm.coe.int/recommandation- cm- rec- 2018- 5- concernant- les- enfants- de- detenus-fra/16807b343b. Per una lettura globale della Raccomandazione, L. CESARIS, *Una nuova Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa a tutela dei diritti dei figli delle persone detenute,* Giurisprudenza Penale Web, 2018, 5.

[v] Si fa l'esempio dell'arresto da parte delle Forze dell'Ordine che può essere molto traumatizzante per il minore di età. In specie, si auspica di evitare la presenza del minore al momento dell'arresto, Raccomandazione, 8. Nel rapporto esplicativo (cfr. A, La nécessité de la recommandation) si evidenzia come in questa fase il minore può subire discriminazioni a scuola, nel paese dove abita, nella società in genere e ciò può nuocere gravemente al suo sviluppo.

[vi] Raccomandazione, parte I, Valori, ultimo capoverso.

[vii] Rapporto esplicativo della Raccomandazione, Principi Fondamentali, 7.

[viii] V. Raccomandazione, Principi fondamentali, 1.

[ix] Nel senso ampio di misure e sanzioni di comunità di cui alla Raccomandazione CM7Rec (2017)3: sia consentito di rinviare al ns *Osservazioni sulla raccomandazione CM/Rec(2017) 3 adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sulle sanzioni e misure di comunità,* su *Questa Rivista*, 17 febbraio 2018.

[x] Si veda la regola 9 ed il rapporto esplicativo, II, Principi fondamentali, 2.

[xi] Regola 9.

[xii] Approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989.

[xiii] Nel rapporto esplicativo (punto 24) si afferma che la fine della visita può essere particolarmente difficile e delicata sia per il minore che per il genitore: il fatto di vedere quest'ultimo allontanarsi quando la polizia penitenziaria indica che il tempo è scaduto, può aggravare tale momento già complesso. Per tale ragione, si raccomanda di invitare i minori ad allontanarsi prima del detenuto.

[xiv] Si afferma anche che nei Paesi scandinavi le visite genitori- figli si svolgono in una stanza privata separata, modalità che aiuta a rendere più normale l'incontro. In taluni Paesi è presente anche la cd cellule intime come in Belgio, presso il carcere di Beveren, vicino ad Anversa: la questione dell'affettività all'interno degli istituti di pena e la mancata previsione nel nostro ordinamento delle cd visite coniugali è oggetto di ampio dibattito, cfr. PULVIRENTI, *Diritti del detenuto e libertà sessuale,* in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Catania*, Milano, 2001, p. 212.

[xv] In questi termini è stata definita presso la Casa circondariale di Sondrio dal direttore S. MUSSIO, spazio attivo dall'autunno 2017.

[xvi] Per la disciplina dei colloqui, V. art. 18 Ord. Penit. che prevede lo svolgimento in appositi locali sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia , e per i colloqui con prole di età inferiore ai dieci anni, V. l'art. 37, comma 9 e 10, Reg. Esec. Ord. Penit. ove si stabilisce che possono essere concessi colloqui anche oltre i limiti del comma 8 (di norma, sei colloqui al mese) e di durata prolungata.

[xvii] La Casa Circondariale di Sondrio è esclusivamente maschile.