Numero 2 - 2017

Il diritto *vivente*

Rivista quadrimestrale di *Magistratura Indipendente*

Direttore *Mario Cicala*

Direttore

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

Comitato di direzione

CECILIA BERNARDO (*giudice del Tribunale di Roma*) - MANUEL BIANCHI (*giudice del Tribunale di Rimini*) - PAOLO BRUNO (*consigliere per la giustizia e gli affari interni presso la Rappresentanza permanente d'Italia presso l'Unione europea*) - MARINA CIRESE (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - VITTORIO CORASANITI (*magistrato addetto all'Ufficio studi del Consiglio superiore della magistratura*) - ALESSANDRO D'ANDREA (*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*) - 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*) - LUCA VARRONE (*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 2º

(maggio-agosto 2017)

Gli Autori 5

PAOLO CRISCUOLI, *Commemorazione di Paolo Borsellino e degli agenti della scorta* 6

ORDINAMENTO GIUDIZIARIO

ANTONELLO RACANELLI, *Relazione introduttiva al seminario di studi La fabbrica di San Pietro. Dalla legge n. 111 del 2007 alle recenti proposte di riforma: il cantiere infinito del "nuovo" ordinamento giudiziario, Roma, 15 giugno 2017* 9

ANNIBALE MARINI, *La responsabilità disciplinare nel sistema del d.lgs. 109 del 2006: due riforme necessarie* 13

CATERINA MANGANO, *Criteri per l'assegnazione degli affari negli uffici giudiziari previsti dalla nuova circolare sulla formazione delle tabelle* 17

ANDREA NOCERA, *Controlli amministrativo-contabili e limiti del sindacato ispettivo*. 25

CIVILE

ANTONIO MONDINI, *Il nuovo art. 2929 bis c.c. in tema di espropriazione di beni oggetto di atti a titolo gratuito: spunti di carattere processuale*. 41

CORRADO CARTONI, *Il giudice civile e la responsabilità sanitaria* 66

LUCA CAPUTO, *Rettifica di sesso e mutamento del nome* 86

PAOLO SPAZIANI, *Matrimonio, filiazione e omosessualità nell'ordinamento italiano tra principi normativi e decisioni giurisprudenziali* 94

CARLO INTROVIGNE, *Charlie Gard, una storia brutta. Passare il segno per lasciare il segno?* 120

TRIBUTARIO

ANDREA VENEGONI, *La tassazione del trust* 124

PENALE

VALENTINA SELLAROLI, *Riforma "Orlando": le modifiche al codice penale* 139

GAETANO BONO, *Nuovi termini per l'esercizio dell'azione penale e rischio depotenziamento della tutela cautelare: spunti per un correttivo alla Riforma Orlando* 152

CESARE PARODI, *Ruolo e poteri del Procuratore Generale dopo la riforma "Orlando".* 159

ANTONIO D'AMATO, *Le misure di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso della CEDU, tra la necessità di contrastare l'accumulazione illecita di ricchezze e le garanzie per l'individuo di tipicità e determinatezza della condotta* 168

ADRIANA BLASCO, *Il "caso Riina": adeguata sintesi tra tutela della collettività e tutela della dignità del detenuto ovvero primazia assoluta del diritto ad una morte dignitosa?* 174

LAURA COLICA, *La responsabilità penale del medico alla luce della legge n. 24 del 2017* 198

SARA FAINA e GIANPAOLO MOCETTI, *La responsabilità penale del produttore dei rifiuti* 215

ANDREA VENEGONI, *"Interessi economici e tutela dei diritti: la rilevanza dei proventi da attività illecite in una prospettiva nazionale ed europea"* 250

PUBBLICO

EMANUELE QUADRACCIA, *Alcune riflessioni sui rapporti tra Ambiente e Costituzione*.....264

MARIA FRANCESCA RUSSO, *Libertà di iniziativa economica e dignità della persona umana* 269

Gli Autori

Adriana BLASCO, *sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Milano*

Gaetano BONO, *sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Crotone*

Laura COLICA, *sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Teramo*

Sara FAINA, *magistrato ordinario in tirocinio*

Luca CAPUTO, *giudice del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere*

Corrado CARTONI, *giudice del Tribunale di Roma*

Paolo CRISCUOLI, *giudice del Tribunale di Palermo*

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

Carlo INTROVIGNE, *sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Aosta*

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

Annibale MARINI, *Presidente emerito della Corte costituzionale, già componente del Csm*

Gianpaolo MOCETTI, *magistrato ordinario in tirocinio*

Antonio MONDINI, *consigliere della Corte di cassazione*

Andrea NOCERA, *magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione*

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

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

Antonello RACANELLI, *Procuratore aggiunto presso la Procura della Repubblica del Tribunale di Roma*

Maria Francesca RUSSO, *avvocato*

Valentina SELLAROLI, *sostituto procuratore della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Torino*

Paolo SPAZIANI, *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*

PAOLO CRISCUOLI

Commemorazione di Paolo Borsellino e degli agenti della scorta

Credo sia doveroso dare conto della commemorazione svoltasi lunedì 17.7.2017, nella splendida cornice di Palazzo Branciforte a Palermo in memoria di Paolo Borsellino e degli agenti della scorta.

L'incontro è stato partecipato, oltre 110 i colleghi presenti nel corso dei lavori, ed intenso, sia sul piano emotivo, che su quello tecnico.

Come ho avuto modo di sottolineare in apertura dei lavori, si è inteso coniugare memoria e riflessione.

Memoria che, come gruppo di magistrati, deve essere declinata anche con l'impegno di fornire ai mot di oggi, nati in media nel 1987, una rappresentazione della figura di Paolo Borsellino.

Magistrato libero, indipendente, che non si sottraeva al confronto, sicuramente non conformista, ma sempre attento al massimo rispetto per le istituzioni ed al massimo rispetto per la dignità di tutte le persone, lavoratore instancabile, impegnato nell'associazionismo, impegnato per il riscatto della Sicilia.

Caratteristiche, queste, connotate da una cifra etica costante: il rigore morale.

Rigore morale, dunque, che deve connotare il nostro lavoro ed il nostro impegno e, quindi, che deve divenire l'esempio per i giovani magistrati.

Riflessione su temi di stringente attualità:

l'attività degli uffici minorili e la loro valenza, in particolare, in territori connotati dalla presenza della criminalità organizzata;

'indipendenza del magistrato declinata in due momenti, prima la proposta di modifica dell'art. 2 L.G., poi e la individuazione del miglior equilibrio possibile, con riferimento alla normazione secondaria, nel rapporto tra il Procuratore della Repubblica ed il singolo sostituto.

Dopo i saluti portati dal Segretario Generale dell'ANM, Edoardo Cilenti, e del Presidente della Ges di Palermo Sergio Gulotta, ha aperto i lavori il Segretario Generale di Magistratura Indipendente Antonello Racanelli il quale ha ricordato l'impegno nell'associazionismo di Paolo Borsellino (presidente GES ANM di Palermo, Presidente Consiglio Nazionale di Magistratura Indipendente), nonché, con estrema chiarezza e precisione, la posizione del gruppo in relazione ai temi oggetto del dibattito: contrarietà alla soppressione degli Uffici Minorili ovvero al loro accorpamento all'interno degli uffici ordinari; contrarietà ad ogni proposta di modifica sostanziale dell'art. 2 L. Guarentigie; individuazione di opportuni pesi e contrappesi nel rapporto tra il Procuratore della Repubblica ed il singolo sostituto al fine di evitare, da un lato, la eccessiva gerarchizzazione e lo svilimento del ruolo del sostituto e, dall'altro, la burocratizzazione degli uffici di Procura.

E' intervenuto poi, mentre scorrevano le immagini dei "padri"di MI già diffuse nel corso dell'ultima assemblea nazionale, N. Mazzumuto che al ricordo di Borsellino ha unito la presentazione del progetto di ricostruzione della storia di Magistratura Indipendente.

La prima sessione si è svolta con gli appassionati ed approfonditi interventi di A. Settineri, Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni di Roma, e Franco Micela, Presidente del Tribunale per i Minorenni di Palermo.

Entrambi hanno affrontato il tema della rilevanza dell'intervento degli uffici minorili nei percorsi difficili di giovani che vivono in contesti ambientali e familiare intrisi di controcultura mafiosa; è stata sottolineata l'importanza di un giudice specializzato che operi, col conforto dei Servizi e delle Associazioni, al fine di individuare la giusta misura dell'intervento dell'AG nell'ambito delle famiglie "difficili".

La sessione si è poi chiusa con un breve intervento del Consigliere L. Forteleoni sul parere - contrario - espresso dal CSM sulla proposta di modifica normativa e sul lavoro svolto dalla sesta commissione del CSM sulla individuazione delle migliori prassi nei predetti uffici.

La seconda sessione, moderata da Angelo Piraino, si è aperta, nel ricordo di passaggi della carriera di Borsellino al cospetto del CSM, con una eccellente relazione di G. Castiglia sull'ambito

di applicazione dell'art. 2 L.G. e sulla inconsistenza dei presupposti addotti per proporne una modifica, con particolare riferimento alla presunta relazione col procedimento disciplinare.

Si è proseguito con una tavola rotonda, un confronto aperto e trasparente, sulle posizioni, anche molto divergenti su alcuni aspetti, di A. Lepre, di Francesco Lo Voi e di Luca Forteleoni sui rapporti tra i singoli sostituti ed il Procuratore della Repubblica alla ricerca del miglior equilibrio nell'assetto ordinamentale delle Procure.

Dopo l'intenso confronto, ha chiuso i lavori A. Mura, Presidente del Consiglio Nazionale, il quale ha indicato i principi costanti ed imprescindibili, anche alla luce degli altri ordinamenti europei, che devono informare anche la normazione secondaria delle Procure.

Speriamo di aver dato il nostro contributo per mantenere viva la memoria e l'insegnamento di Paolo Borsellino.

ANTONELLO RACANELLI

Relazione introduttiva al seminario di studi *La fabbrica di San Pietro. Dalla legge n. 111 del 2007 alle recenti proposte di riforma: il cantiere infinito del "nuovo"ordinamento giudiziario,* Roma, 15 giugno 2017.

Ho il compito di introdurre i lavori di questo incontro ma, preliminarmente, voglio rinnovare il ringraziamento ai colleghi che l'hanno organizzato (Stefano Guizzi, Gianluca Grasso e Roberto Mucci),

Voglio ringraziare per il loro intervento, che ci onora, il Presidente della Corte di Cassazione ed il Procuratore Generale Aggiunto presso la Corte di Cassazione, il segretario generale dell'ANM e tutti coloro che interverranno. Un ringraziamento particolare al Procuratore Generale Salvi per l'ospitalità che ci consente di riunirci in questa bellissima sala. Permettetemi poi di rivolgere un ringraziamento particolare sia ai nostri consiglieri superiori Forteleoni, Galoppi e Pontecorvo sia ai miei ex colleghi del Consiglio Superiore che hanno accettato di intervenire: il Presidente Marini, l'avv. Palumbo ed i colleghi Nappi e Fuzio.

Il nostro Presidente Giovanna Napoletano si scusa per la sua assenza dovuta ad indifferibili impegni di ufficio.

Un cordiale saluto a tutti i presenti.

Solo qualche breve riflessione perché siamo già in ritardo e non voglio sottrarre tempo ai confronti previsti.

Quando qualche mese fa mi è stata presentata la proposta di organizzare questo incontro e mi è stato anche anticipato il possibile titolo "la fabbrica di San Pietro"ho subito manifestato la mia convinta adesione. E' un titolo indovinatissimo: ormai è diventato un modo di dire per indicare un lavoro perennemente in cantiere. Ho trovato su un dizionario la seguente definizione: opera, situazione o azione che si trascina nel tempo senza mai concludersi e che fa dubitare della capacità o dell'onestà dei responsabili. Ed in effetti l'ordinamento giudiziario è un cantiere in continua attività.

Se da una parte militano ragioni per un fermo biologico dall'altra vi sono altrettante ragioni che spingono per interventi immediati e significativi.

L'incontro di oggi è articolato in distinte sessioni per focalizzare alcuni dei principali problemi.

Anche se dobbiamo con soddisfazione prendere atto che finalmente dopo anni di assoluto disinteresse il Ministero della Giustizia è seriamente impegnato nella copertura degli organici dei magistrati (è di questi giorni la notizia di un ulteriore bando di concorso per l'assunzione di oltre 300 magistrati), siamo, però, nello stesso tempo ormai tutti consapevoli che è necessario intervenire anche sulle modalità di accesso in magistratura: ormai si entra in magistratura ad un'età troppo avanzata e dopo molti anni dalla laurea. E questo pone molteplici problemi, anche di natura previdenziale in relazione al recente abbassamento dell'età pensionabile.

Saranno poi affrontate altre tematiche molto importanti.

Parleremo di valutazioni di professionalità, del conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi e di responsabilità disciplinare.

Trattasi di temi centrali nella vita del magistrato e non solo del magistrato.

Ormai è passato qualche tempo dalla modifica della circolare per il conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi, modifica alla quale hanno contribuito in modo rilevante i nostri tre consiglieri: centinaia di incarichi sono stati conferiti sulla base dei nuovi criteri ed è quindi possibile provare a tracciare un primo bilancio.

La riflessione sul sistema disciplinare ci permetterà anche di sfatare alcuni luoghi comuni piuttosto diffusi: mi riferisco in particolare alla pretesa irresponsabilità dei magistrati, smentita dai dati statistici dell'attività disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura.

Sul punto non posso non salutare con particolare favore una recente delibera del Consiglio Superiore che propone al Ministro della Giustizia di farsi portatore di una proposta di modifica normativa diretta ad introdurre anche nel sistema disciplinare dei magistrati l'istituto della riabilitazione del magistrato condannato disciplinarmente dopo un congruo periodo di ineccepibile servizio delle funzioni e di buona condotta. E' un risultato importante che non era stato possibile raggiungere nella precedente consiliatura nonostante l'impegno dei consiglieri di Magistratura Indipendente ed anche di alcuni consiglieri laici, tra i quali, in particolare, il Presidente Marini e l'avv. Palumbo.

Personalmente, l'ho già detto in altre occasioni, non ritengo sia un tabù riflettere su eventuali interventi sull'attuale assetto del nostro sistema disciplinare. Credo si possa riflettere con

pacatezza e serenità sull'opportunità di evitare coincidenza di ruoli tra attività consiliare lato sensu ed attività giurisdizionale in sede disciplinare. È possibile, quindi, pensare a modifiche normative in tal senso, ovviamente purchè venga mantenuta l'attuale proporzione tra membri togati e laici nella composizione della Sezione Disciplinare (2/3 togati, 1/3 laici).

Poiché da alcune parti si evidenzia anche l'imperfetto funzionamento del principio di obbligatorietà dell'azione disciplinare, si potrebbero prevedere meccanismi procedurali diretti a garantire un maggiore controllo sull'esercizio ovvero sul non esercizio dell'azione disciplinare.

Maggiori perplessità suscita, invece, l'idea di superare la tipizzazione dell'illecito disciplinare, che rappresenta un'importante garanzia per il magistrato. Sul punto non sono d'accordo con quanto è stato detto nei precedenti interventi.

Particolarmente interessante si presenta anche l'ultima parte dell'incontro: rifletteremo a 360 gradi sul nostro organo di governo autonomo.

Sarà una discussione aperta alla quale parteciperanno laici e togati, espressioni di diverse sensibilità e che ben conoscono pregi e difetti dell'attuale sistema, anche perché alcuni ne fanno o ne hanno fatto parte.

Come segretario di una delle c.d. correnti della magistratura ritengo sia utile che le correnti e l'ANM, pur nel rispetto dell'autonomia del Consiglio Superiore della Magistratura, recuperino un ruolo di osservatore anche critico, ove necessario, nei confronti del nostro organo di governo autonomo.

Sono molti i temi che sul punto potrebbero essere oggetto di riflessione. Questo Consiglio si è indubbiamente caratterizzato per uno spirito riformista (vedi interventi sul regolamento, in materia di incarichi direttivi etc…) ma pongo una domanda provocatoria: stiamo assistendo ad un proliferare di linee-guida da parte del Consiglio su molti temi, alcuni anche strettamente legati all'esercizio delle funzioni giudiziarie in senso stretto. Mi chiedo: verso quale ruolo del Consiglio ci stiamo avviando? Non esprimo valutazioni ma formulo solo una domanda che possa essere di stimolo per la discussione finale.

Un'ultima riflessione: è necessario fare attenzione su due questioni che possono apparire contraddittorie ma non lo sono: da una parte stiamo attenti ad aumentare i poteri del Consiglio Superiore della Magistratura (mi riferisco in particolare alle prospettate ipotesi di riforma dell'art. 2 Legge Guarentigie: sul punto personalmente vedrei con favore una riforma della procedura sotto

il profilo delle garanzie informative e di accesso agli atti da parte dei magistrati interessati e dei tempi di svolgimento della procedura ma sono contrario a modifiche di natura sostanziale, anche sulla base dell'uso che è stato fatto dell'istituto in questione e parlo di uso e non adopero altri termini che pure si potrebbero utilizzare) e dall'altra parte difendiamo le prerogative proprie del Plenum del Consiglio rispetto alle competenze del Comitato di Presidenza e dei suoi componenti. E' necessario recuperare la centralità del Plenum: il Consiglio Superiore della Magistratura si identifica con il Plenum e parla solo attraverso il Plenum: ogni altra manifestazione di pensiero, pur provenendo da fonti autorevoli, non rappresenta il pensiero del Consiglio Superiore della Magistratura.

Avevo promesso di essere breve: mi fermo qui e vi ringrazio per l'attenzione e vi auguro buon lavoro!

ANNIBALE MARINI

La responsabilità disciplinare nel sistema del d.lgs. 109 del 2006: due riforme necessarie[1]

Il limitato tempo riservato dagli organizzatori dell'incontro odierno al capitolo disciplinare mi suggerisce, anzi mi obbliga, a ricordare Tacito iniziando il mio intervento con un cenno alla filosofia che sta alla base non solo dell'ordinamento disciplinare, ma anche di ogni ordinamento punitivo che aspiri a definirsi civile.

E il cenno è a quella tipizzazione dell'illecito antitetica alla discrezionalità del giudice ed in un certo senso al giusto processo.

Passo ad un altro cenno.

Chi parla ritiene superata ogni e qualsiasi ragione di dubbio sulla serietà della giustizia disciplinare spesso etichettata sprezzantemente come giustizia domestica o meglio addomesticata e in quanto tale diversa e lontana dalla vera giustizia.

Va, invece, detto che quella che riguarda i magistrati è una giustizia particolarmente severa se è vero, ed è vero, che la categoria dei magistrati è più di ogni altra sottoposta al rigore sanzionatorio.

E la comparazione corre, con non l'avesse capito, con lo sterminato esercito dei pubblici dipendenti e con l'ancora più sterminato esercito dei liberi professionisti gli uni e gli altri soggetti ad un regolamento disciplinare non solo diverso ma molto più permissivo di quello applicato ai magistrati.

Dire, come purtroppo si dice e si ripete, che i magistrati sono gli unici cittadini che non pagano per gli errori commessi significa dire cosa non vera che il dato statistico è pronto a smentire.

È vero che il giudizio disciplinare a carico dei magistrati, come del resto qualsiasi giudizio punitivo, spesso si conclude con una pronuncia assolutoria.

[1] Relazione tenuta al seminario di studi "*La fabbrica di San Pietro. Dalla legge n. 111 del 2007 alle recenti proposte di riforma: il cantiere infinito del "nuovo" ordinamento giudiziario*", Roma, 15 giugno 2017.

Che non elimina, tuttavia, le conseguenze negative per l'incolpato del giudizio sia quanto alla progressione della sua carriera che al pagamento dell'onorario che dovrà corrispondere al suo difensore, magistrato o avvocato che sia.

Mi si può rispondere che si tratta in entrambi i casi del danno che subisce qualsiasi cittadino accusato di un illecito; danno che è risarcibile nei soli casi in cui vengono ad essere lesi diritti personale.

Se contrariamente a quanto potrebbe pensarsi e spesso si pensa, l'ordinamento disciplinare dei magistrati non è stato, dunque, pensato per assicurare l'impunità ad una categoria di servitori dello Stato che di tutto ha bisogno tranne che della impunità, va tuttavia escluso che si tratti di un ordinamento che vada bene così com'è e che non debba essere invece riformato.

E la opportunità o meglio la necessità di una riforma è attestata indirettamente da tutte le proposte continuamente e inutilmente avanzate pur essendo espressive di un disagio autentico della società.

E di queste proposte, senza indossare la veste del legislatore, una mi sembra indilazionabile ed è quella che vuole eliminare la incompatibilità ontologica tra due funzioni: quella di governare e quella di giudicare.

E la riforma dovrebbe consistere, parlo sempre per cenni, nel rendere reciprocamente indipendenti e autonomi l'organo disciplinare e l'organo gestorio.

Occorre in poche parole avere la consapevolezza che l'organo disciplinare è un giudice in senso proprio e non può dunque essere nominato dagli stessi soggetti che dovrà poi giudicare e ancor meno assumere un colore politico (mi riferisco ai membri cosiddetti laici).

In entrambi i casi, signori, avremmo un giudice privo di quella imparzialità e indipendenza senza le quali il giudizio cessa di essere tale o, peggio ancora, si trasforma in una parvenza di giudizio o in un giudizio solo apparente.

L'organo di governo e l'organo disciplinare non possono a seconda dei giorni esercitare due funzioni che non solo sono diverse, ma sono e devono rimanere autonome e indipendenti: quella di governo della magistratura e quella di giudice della stessa magistratura che viene governata.

Non ho la necessità di ricordare, trattandosi di un principio elementare della divisione dei poteri, che chi governa non deve giudicare e chi giudica non deve governare.

E l'unico e deplorevole caso in cui le due funzioni vengono ad essere identificate è offerto proprio dal Consiglio Superiore della Magistratura.

Si dice che una delle riforme più necessarie e urgenti sarebbe quella di eliminare il correntismo.

Non sono affatto d'accordo.

L'alternativa al correntismo è la sorte e chi vi parla ha conosciuto in ambito universitario i danni prodotti da questo singolare modo elettivo.

Ritengo che uno dei modi più corretti di rappresentare una categoria è, invece, quello, democratico, del giudizio della stessa categoria.

E ricordo a me stesso che la libertà di associazione è tutelata dall'art. 18 della Costituzione e che la libertà di associazione non può non essere comprensiva della libertà di eleggere coloro che l'associazione sono chiamati a rappresentare.

Mentre, dunque, governo e giudizio sono due funzioni incompatibili e rendono, perciò stesso, urgente e indilazionabile la loro reciproca indipendenza e autonomia, il divieto del correntismo non ha nessuna copertura costituzionale o normativa e non necessita di alcuna riforma che tra l'altro sarebbe difficile da individuare e non viene infatti individuata facendolo diventare una semplice espressione priva di giuridica consistenza e di portata essenzialmente politica.

E allora l'unica soluzione corretta sarebbe di affidare il giudizio disciplinare ad un organo ai vertici dell'ordinamento nei confronti del quale non può valere né il sospetto di parzialità né quello di incompetenza.

E quest'organo esiste nel nostro ordinamento con il *nomen iuris* di Corte Costituzionale e con la funzione testuale di giudicare (art. 134 Cost.).

Un'altra riforma che, forse a causa dell'età, ha per me assunto un carattere ripetitivo è quella dell'introduzione nell'ordinamento disciplinare dei magistrati di una riforma che ritengo, e penso di non sbagliare, essenziale ad un corretto svolgimento della funzione punitiva.

Ovviamente, la riabilitazione dovrebbe essere modulata in relazione alla gravità degli illeciti commessi.

Ma, quando si tratta di illeciti di scarsa rilevanza, mi riferisco ad alcune ipotesi di ritardato deposito di un provvedimento, ho ritenuto, ritengo e continuo a ritenere che la riabilitazione può incentivare l'incolpato a non incorrere più nell'illecito e quindi risponda non solo a criteri di

giustizia ma anche (e direi soprattutto) ad un corretto esercizio della punizione ricordando che la pena, per precetto costituzionale, deve essere diretta alla rieducazione del condannato (art. 27 Cost.).

Sicchè, e concludo sul punto, la perdurante, mancata introduzione della riabilitazione non può non sollevare dubbi di incostituzionalità.

E qui mi fermo sperando di avervi convinto della necessità di una riforma della giustizia disciplinare.

Anche se sono consapevole che la perdurante in attuazione della necessaria riforma fa assumere al mio convincimento il colore positivo della speranza o, forse, quello negativo dell'illusione.

E se così è non mi resta che ringraziarVi comunque dell'attenzione che mi avete voluto riservare.

CATERINA MANGANO

Criteri per l'assegnazione degli affari negli uffici giudiziari previsti dalla nuova circolare sulla formazione delle tabelle.

Un valore fondamentale del nostro sistema giustizia è quello del giudice naturale precostituito per legge, garantito dalla Carta Costituzionale all'art. 25 Cost.. Sulla falsariga di un percorso tracciato fin dai primi anni '70 dal CSM, la garanzia del giudice naturale è oggi assicurata, oltre che dalle norme in materia di competenza, dal c.d. sistema tabellare, e propriamente dagli artt. 7 *bis* e 7 *ter* del r.d. 30 gennaio 1941, n. 12.

L'art. 7 *bis* disciplina le "tabelle degli uffici giudicanti"mentre l'art. 7 *ter* indica i "*criteri* per *l'assegnazione* degli *affari* e la sostituzione dei giudici impediti": l'art. 7 *bis* precisa che le tabelle vengono approvate ogni tre anni "con decreto del Ministero della giustizia, in conformità delle deliberazioni del Consiglio superiore della magistratura, assunte sulle proposte dei presidenti delle Corti di appello, sentiti i Consigli giudiziari".

È certo, pertanto, che le tabelle degli uffici giudiziari si formano in conformità di normative secondarie date da circolari del CSM, le quali, oltre a garantire l'indipendenza interna dei magistrati, rendono concreto il diritto al giudice naturale.

Ai sensi dell'art. 7 ter dell'ordinamento giudiziario, …..*L'assegnazione degli affari alle singole sezioni ed ai singoli collegi e giudici è effettuata, rispettivamente, dal dirigente dell'ufficio e dal presidente della sezione o dal magistrato che la dirige, secondo criteri obiettivi e predeterminati, indicati in via generale dal Consiglio superiore della magistratura ed approvati contestualmente alle tabelle degli uffici e con la medesima procedura. Nel determinare i criteri per l'assegnazione degli affari penali al giudice per le indagini preliminari, il Consiglio superiore della magistratura stabilisce la concentrazione, ove possibile, in capo allo stesso giudice dei provvedimenti relativi al medesimo procedimento e la designazione di un giudice diverso per lo svolgimento delle funzioni di giudice dell'udienza preliminare. Qualora il dirigente dell'ufficio o il presidente della sezione revochino la precedente assegnazione ad una sezione o ad un collegio o ad un giudice, copia del relativo provvedimento motivato viene comunicata al presidente della*

sezione e al magistrato interessato. 2. Il Consiglio superiore della magistratura stabilisce altresi' i criteri per la sostituzione del giudice astenuto, ricusato o impedito.

Da ultimo, il Capo V della Circolare del Consiglio Superiore della Magistratura sulla formazione delle tabelle degli Uffici Giudiziari per il triennio 2017/2019, adottata con la delibera del plenum del 25 gennaio 2017, individua i criteri per l'assegnazione degli affari negli Uffici Giudiziari (e tra questi anche la Corte di Cassazione, nei limiti della compatibilità con le peculiarità dei tale Ufficio) premettendo alcuni principi fondamentali che regolano l'istituto ordinamentale che ci occupa.

Viene in rilievo in primo luogo l'attribuzione dei compiti concernenti l'articolazione e l'attuazione dei criteri di assegnazione degli affari: i primi, spettano al dirigente dell'Ufficio, i secondi spettano al presidente di sezione o al magistrato che dirige la sezione ai sensi dell'art. 47 quater R.D. n. 12/1941, fatti salvi il dovere di vigilanza ed il potere sostitutivo che comunque compete al dirigente dell'Ufficio (art. 163 disp. cit) .

In secondo luogo, viene enunciato il principio di "precostituzione del giudice", secondo cui gli affari devono essere assegnati alle sezioni, ai collegi ed ai giudici, monocratici o componenti del collegi, in base a criteri oggettivi e predeterminati nella proposta tabellare; detti criteri dovranno riguardare anche la ripartizione degli affari della materia tra le diverse sezioni e tra i diversi magistrati, quando la stessa materia sia assegnata a più sezioni o a più giudici all'interno dell'unica sezione.

Analoghi principi regolano i criteri di distribuzione degli affari e di determinazione del relatore per le singole controversie con riferimento alle sezioni specializzate in materia di impresa (art. 164 disp. cit.).

Del pari, criteri oggettivi e predeterminati valgono con riferimento alla designa del giudice estensore, da parte del presidente del collegio, nell'ambito dei suoi componenti.

La regola è tuttavia temperata dalla necessità che il presidente tenga conto della specifica condizione soggettiva del magistrato, in ossequio ai principi che, nella recente circolare, valorizzano le esigenze di tutela del magistrato all'interno degli uffici giudiziari con specifico riguardo alle condizioni di benessere materiale e psicologico.

In linea con tale impostazione, particolare attenzione viene espressamente riservata ai magistrati in astensione obbligatoria per maternità, rispetto ai quali è prescritto che il presidente

non proceda all'assegnazione della redazione del provvedimento quando il termine di deposito venga a scadere nel periodo di astensione (art. 165 disp. cit.).

La tutela è rafforzata dalla disposizione successiva che pone il divieto di assegnazione di affari nel periodo di congedo per maternità, paternità o parentale anche nel caso in cui si tratti di affari di immediata e urgente trattazione e fatta salva l'ipotesi della sostituzione del magistrato (art. 166 disp. cit.).

Si tratta di disposizioni del tutto coerenti con i principi innovativi introdotti dal Titolo IV che, per la prima volta, riconduce nell'ambito della circolare sulle tabelle alcune norme dirette a garantire il benessere fisico psicologico e sociale dei magistrati.

Come si legge nella relazione introduttiva alla nuova Circolare *....Per garantire lo sviluppo e l'efficienza dell'amministrazione della giustizia, le condizioni emotive dell'ambiente in cui si lavora e la sussistenza di un clima organizzativo positivo costituiscono elementi di fondamentale importanza, in grado di favorire il miglioramento degli ambienti di lavoro e di incidere positivamente sull'efficacia dell'azione giudiziaria, sul potenziamento della professionalità e sui livelli di produttività. È necessario quindi creare le specifiche condizioni che possano incidere sul miglioramento del sistema sociale interno, delle relazioni interpersonali e, in generale, della cultura organizzativa.*

Compito specifico del dirigente dell'ufficio è, quindi, quello di attivarsi oltre che per raggiungere obiettivi di efficacia e di produttività, anche per mantenere il benessere fisico e psicologico dei magistrati, attraverso la costruzione di ambienti e relazioni di lavoro che contribuiscano al miglioramento della qualità della loro vita professionale (articolo 274).

Oggettivi e predeterminati nelle tabelle di organizzazione dell'ufficio giudicante, saranno anche i criteri di attribuzione degli affari al Presidente del Tribunale, ai Presidenti di Sezione del Tribunale e delle Corti d'Appello ed al Presidente aggiunto della sezione GIP/GUP (art. 167 disp. cit.)

Strettamente correlato al principio di precostituzione del giudice che viene in rilievo in materia di assegnazione degli affari da parte del dirigente, è quello che si riferisce alla obiettività ed automaticità dei criteri di sostituzione dei magistrati astenuti, ricusati o comunque impediti.

Ulteriore garanzia è assicurata dalla disposizione secondo cui il provvedimento di sostituzione deve essere congruamente motivato con l'indicazione delle ragioni e modalità della

scelta e ciò soprattutto nel caso in cui siano stati derogati i criteri automatici tabellari (art. 168 disp. cit.).

Sono ammissibili, più in generale, deroghe ai criteri predeterminati di assegnazione degli affari "in caso di comprovate esigenze di servizio"che devono esser adeguatamente e specificamente motivate e comunicate al magistrato che sarebbe stato competente in base ai criteri tabellari (art. 169 disp. cit.).

Disposizioni particolari concernono l'assegnazione degli affari in singole materie: si tratta delle controversie in materia di lavoro, di previdenza e di assistenza obbligatoria, dell'assegnazione degli affari negli uffici GIP/GUP, negli Uffici minorili, nei Tribunali ed Uffici di sorveglianza.

In tutti i casi, la distribuzione degli affari è presidiata da criteri obiettivi e predeterminati che si armonizzano con le peculiarità dell'organizzazione e del contenzioso relativo all'Ufficio Giudiziari che viene in rilievo.

Quanto alle controversie in materia di lavoro, previdenza e assistenza obbligatoria, è previsto il riferimento ai correttivi che siano volti ad assicurare evidenti esigenze di funzionalità, ad evitare la prevedibilità dell'assegnazione ovvero la possibilità di scelta del giudice ad opera della parte (art. 170 disp. cit.)

Con riferimento agli affari degli uffici GIP/GUP, i criteri di ripartizione del lavoro devono assicurare un equilibrio tra esigenze di specializzazione e di rotazione negli affari ai fini dell'acquisizione di una professionalità comune a tutti i magistrati.

E' indicato il criterio della concentrazione nello stesso giudice di tutti gli incidenti probatori e di tutti i provvedimento relativi allo stesso procedimento (art. 171 disp. cit.).

Quanto agli Uffici minorili, è espressamente privilegiata la diretta e contestuale esperienza di ciascun giudice nelle diverse attribuzioni della funzione giudiziaria minorile, sia nelle funzioni civili che penali. E' espressamente prevista l'assegnazione ai giudici onorari delle materie che risultino congrue riguardo alle loro attitudini e preparazione (art. 172 disp. cit.).

Nell'ambito dei Tribunali ed Uffici di sorveglianza, sono perseguiti criteri di assegnazione diversi a seconda che l'affare concerna i condannati detenuti o quelli liberi: nel primo caso, opera il riferimento all'istituto di detenzione sulla cui organizzazione il magistrato di sorveglianza è chiamato a vigilare combinato con altri criteri automatici; nel secondo caso, i criteri di

assegnazione privilegiano la continuità della trattazione da parte dello stesso magistrato (art. 173 disp. cit.).

E' espressamente prevista l'assegnazione degli affari ai componenti esperti nelle materie che richiedono valutazioni compatibili con le specifiche attitudini e preparazione professionale degli stessi.

Strettamente correlato alla materia dell'assegnazione degli affari, è il tema dei provvedimenti funzionali al riequilibrio dei carici di lavoro.

L'art. 174 disp. cit. contiene una disposizione innovativa, disciplinando l'intervento del dirigente dell'Ufficio nel riequilibrio dei carichi di lavoro ed individuando alcune tra le "ragioni di servizio"che giustificano tali misure, quali l'esigenza di definire i procedimenti che abbiano superato i termini previsi dalla c.d. legge Pinto, nonché i procedimenti in tema di riconoscimento della protezione internazionale. I provvedimenti di riequilibrio devono indicare le ragioni che giustificano la misura, illustrare i criteri oggettivi e predeterminati adottati e tendere a conservare l'attività processuale già svolta (art. 174 disp. cit.) .

Il procedimento da seguire è quello concernente le variazioni tabellari ed il provvedimento di riequilibrio dei carichi di lavoro, trascorsi 12 mesi, deve essere seguito da una relazione descrittiva dell'esito di tale iniziativa e del contributo dei magistrati interessati (art. 175 e 176 disp. cit.).

Misure organizzative peculiari concernenti anche la distribuzione degli affari, possono essere imposte dalla necessità di prevenire o porre rimedio ai casi di significativo ritardo nel deposito dei provvedimenti da parte dei magistrati addetti all'Ufficio.

Detti interventi, che sono espressamente dichiarati immediatamente esecutivi nei limiti stabiliti dall'art. 40 (ovvero dal momento in cui il Consiglio giudiziario esprime parere favorevole, salva la deliberazione del C.S.M. per la relativa variazione tabellare), presuppongono una verifica semestrale da parte del dirigente dell'ufficio con la collaborazione dei presidenti di sezione, della tempestività nella trattazione degli affari assegnati ai magistrati e muovono dall'accertamento di situazioni di criticità che impongano l'adozione di misure organizzative peculiari. Queste dovranno essere adottate sentiti i presidenti di sezione ed i magistrati interessati e dovranno rendere esplicite le ragioni e le esigenze di servizio che li giustificano (art. 177 disp. cit.).

Quanto al contenuto specifico di detti interventi, è previsto che essi attengano al riequilibrio dei ruoli, al numero, al dimensionamento e alla competenza per materia delle sezioni e che siano funzionali allo smaltimento dei procedimenti in cui sono maturati i ritardi, attraverso la programmazione di un piano di rientro sostenibile (art. 178 disp. cit.).

Un'espressa previsione disciplina il caso di insufficienza del programma di smaltimento o di inefficacia dello stesso, disponendo che il dirigente adotti ulteriori misure organizzative, indicate a titolo esemplificativo nella stessa disposizione nel parziale o totale esonero temporaneo del magistrato dall'assegnazione di nuovi affari;

nell'esonero temporaneo da specifiche attività giudiziarie; nella redistribuzione dei procedimenti o processi all'interno della sezione, con l'assegnazione di ruoli aggiuntivi ai singoli giudici, disponendo l'affiancamento di G.O.T., ovvero con l'eventuale formazione di ruoli autonomi da assegnare ai G.O.T. nei casi espressamente indicati.

E' significativamente previsto che tali misure organizzative non devono comportare una sperequazione permanente dei carichi di lavoro tra tutti i magistrati dell'ufficio per cui, attuato il programma di rientro, devono prevedere adeguati meccanismi compensativi.

In conclusione di questa breve disamina giova osservare che l'art. 7 bis dell'Ordinamento Giudiziario, prevede tra l'altro che … *La violazione dei criteri per l'assegnazione degli affari, salvo il possibile rilievo disciplinare, non determina in nessun caso la nullita` dei provvedimenti adottati.*

Fino alla riforma introdotta con legge n. 111/2007(Modifiche alle norme sull'ordinamento giudiziario), le conseguenze sul piano processuale della violazione delle regole imposte dall'ordinamento giudiziario e dalle circolari del Consiglio superiore della magistratura, in materia di predeterminazione del giudice destinato ad emettere i singoli provvedimenti, era stata affidata soltanto alla elaborazione giurisprudenziale.

Per un verso, l'art. 158 c.p.c. afferma che i vizi relativi alla costituzione del giudice determinano una nullità insanabile e rilevabile d'ufficio, per altro la giurisprudenza della Suprema Corte aveva sempre precisato che non determina un siffatto vizio la formazione di un collegio con magistrati non risultanti dalle tabelle di composizione, trattandosi di mera irregolarità interna (Cfr. Cass. 18 gennaio 2000 n. 48). e che neppure costituisce motivo di nullità del procedimento e della sentenza la trattazione della causa da parte di un giudice diverso da quello individuato secondo le

tabelle, determinata da esigenze di organizzazione interna, anche se mancante di un formale provvedimento di sostituzione, in quanto la nullità di un atto per inosservanza di forme non può essere pronunciata se non è comminata dalla legge e, pertanto, non può che risolversi in mera irregolarità (Cfr. Cass. 22 maggio 2001 n. 6964).

Anche Corte Costituzionale (Cfr. sentenza 23 dicembre 1998 n. 419) sindacando la legittimità dell'art. 33 comma 2 c.p.p. – che, in campo penale, stabilisce in modo specifico che non si considerano attinenti alla capacità del giudice le disposizioni sulla destinazione del giudice agli uffici e alle sezioni e sulla assegnazione degli affari- aveva escluso la illegittimità della norma, assumendo che la disciplina ivi prevista in materia di capacità del giudice evita che vicende amministrative ed irregolarità formali possano incidere sulla validità dei processi.

Significativamente, il Giudice delle Leggi aveva precisato che, per contro, la capacità del giudice deve essere identificata con l'idoneità a rendere il giudizio, mentre tutti i criteri che presidiano alla destinazione dei giudici e degli affari attengono all'esercizio della funzione e pertanto il principio di precostituzione del giudice non implica che i criteri di assegnazione debbano essere configurati come elementi costitutivi della sua generale capacità, sebbene la violazione dei criteri di assegnazione degli affari non rimanga per ciò priva di rilievo, dovendo essere prefigurati appropriati rimedi.

Con l'introduzione dell'art. 7-*bis*, comma 1, dell'ordinamento giudiziario, il legislatore, in coerenza con l'indirizzo della giurisprudenza di legittimità, ha scelto di intervenire sulla materia, non sul versante della capacità del giudice- istituto sensibile in quanto coinvolgente il principio costituzionale del giudice naturale- ma sul versante dei criteri di distribuzione degli affari ai giudici all'interno dell'ufficio, ed ha stabilito che la sanzione per la violazione di quelle regole non è di carattere processuale, ma eventualmente disciplinare: la violazione dei criteri di assegnazione degli affari all'interno dell'ufficio non può mai incidere sulla capacità del giudice, così che la stessa incompetenza funzionale deve escludersi, qualora si assumano violate le regole che - nell'ambito di una data funzione - concorrono a identificare il giudice che concretamente è chiamato a svolgerla, anche mediante lo strumento della supplenza.

Anche successivamente, la Suprema Corte ha ribadito tali principi, arricchendone la portata attraverso la specificazione delle conseguenza di violazioni delle norme tabellari volte ad eludere la garanzia costituzionale della precostituzione del giudice: secondo Cass. Pen. n. 34244/2010,

infatti, …l*e norme dell'ordinamento giudiziario che regolano le tabelle degli uffici giudicanti e i criteri per l'assegnazione degli affari penali non attengono alla capacità del giudice e, quindi, la loro inosservanza non è causa di nullità, esclusa l'ipotesi in cui venga accertato che la violazione delle norme tabellari è stata posta in essere proprio per eludere la garanzia costituzionale della precostituzione del giudice naturale.*

Infine, significative indicazioni in ordine alla natura ed all'efficacia degli atti presidenziali di assegnazione degli affari, provengono da una recente pronuncia del Consiglio di Stato (Consiglio di Stato, Sezione V, 4 gennaio 2017 n. 10): *il presidente di tribunale ….è il preposto con funzioni di direzione a un organo della giurisdizione e come tale nell'esercizio degli specifici poteri di legge emette vuoi atti monocratici di giurisdizione o inerenti alla giurisdizione vuoi - ad es., per quanto concerne il governo del personale - atti amministrativi in senso proprio……Quanto a tipologia dell'atto…….* avente ad oggetto l'assegnazione della trattazione ad una sezione o a un giudice *…, esso non incide sui contenuti del ius dicere perché non ne rappresenta un parametro né di rito né di merito: esso esaurisce gli effetti in una dimensione meramente organizzativa e gestoria, interna all'ufficio giudiziario e relativa alla ripartizione degli affari tra le articolazioni dell'unitario ufficio. Non si tratta quindi di un atto del processo, perché è un atto di amministrazione del processo. Ma è un atto comunque non amministrativo: non giurisdizionale in senso stretto (cioè processuale), ma comunque inerente alla giurisdizione. Non è infatti cura diretta di interessi pubblici, ma solo necessaria organizzazione della trattazione e della dichiarazione a opera del giudice della volontà di legge nel caso controverso. L'organo da cui emana è un organo giudiziario e non vi è soggetto a controlli esterni o gerarchie ministeriali. I suoi effetti naturali si dispiegano sulla gestione del singolo processo.*

Ed è proprio nella gestione del singolo processo che la garanzia del giudice naturale precostituito per legge assicurata dal sistema tabellare costituisce un presidio irrinunciabile.

ANDREA NOCERA

Controlli amministrativo-contabili e limiti del sindacato ispettivo.

1.Premessa.

Con Delibera consiliare dell'8 marzo 2017, in tema di "Controlli amministrativo-contabili e possibili interferenze con l'attività giurisdizionale", il Consiglio Superiore della Magistratura, è tornato sul tema dei limiti del sindacato ispettivo sull'attività giudiziaria e, in particolare, sull'attività di spesa nell'esercizio delle funzioni del pubblico ministero.

La Delibera ha dato risposta al quesito sollevato dal Procuratore della Repubblica di Bolzano che ha chiesto al C.S.M. di valutare se l'attività di verifica amministrativo-contabile condotta dall'Ispettorato generale di finanza del Ministero dell'Economia e delle Finanze presso l'Ufficio giudiziario da lui diretto e, in particolare, i rilievi formulati in ordine ai costi sostenuti dall'Amministrazione, ritenuti ingiustificati, fossero tali da "ledere l'insuperabile principio di autonomia ed indipendenza dell'esercizio della funzione giudiziaria affidata all'Ufficio".

In sede istruttoria, la Prima commissione consiliare[2] ha concluso che "la verifica amministrativo-contabile del Ministero delle Finanze non può e non deve spingersi a sindacare il merito degli atti giudiziari, né le strategie di indagini adottate dal pubblico ministero, cui la legge (art. 327 c.p.p.) rimette l'esclusiva direzione delle indagini preliminari e la disponibilità della polizia giudiziaria (art. 109 Cost.) […] neppure possono ammettersi valutazioni di 'economicità' delle risorse finanziarie destinate a mezzi di indagine, laddove tali verifiche dovessero tradursi in un sindacato della discrezionalità delle relative strategie del Pubblico Ministero, con conseguente violazione del principio costituzionale dell'indipendenza della funzione giudiziaria". Ha, quindi, sollecitato sul tema una risoluzione di carattere generale del Consiglio "che possa costituire punto di riferimento per la trattazione anche delle questioni che dovessero in futuro insorgere".

Il C.S.M. ha inteso ribadire i principi[3] già espressi con riferimento all'attività di verifica ed accertamento riservata al Ministro della Giustizia in punto di leale collaborazione con gli organi ispettivi, di pertinenza dei controlli svolti, di rispetto delle regole procedurali, tempi e finalità, tali

[2] Delibera della Prima commissione consiliare dell'11 marzo 2015

[3] Per tutte, anche perche indica tutte le piu significative precedenti, v. Deliberazione C.S.M. 24.7.2003, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, Anno 2004- N. 141, 400 ss

da salvaguardare l'autonomia della funzione giudiziaria e prevenire il pericolo di compromissione delle indagini in corso, e di tutela del segreto investigativo.

Tali principi di ordine generale devono trovare applicazione, *a fortiori*, anche per l'attività di controllo amministrativo-contabile svolta dall'organo ispettivo del MEF con due precipue ulteriori limitazioni: 1. da un lato, l'attività di accertamento dell'Ispettorato generale della finanza richiede una puntuale verifica in concreto - da condursi in ragione della natura dell'atto verificato od oggetto di rilievo ispettivo e delle modalità di accertamento - del rispetto del sindacato sulla "legittimità dell'esercizio di funzioni meramente amministrative di carattere vincolato", non potendo involgere il "merito delle valutazioni discrezionali di opportunità e convenienza proprie di determinazioni procedimentali rimesse in via esclusiva ed incondizionata alle prerogative giudiziarie affidate esclusivamente all'ufficio"; 2. dall'altro, a differenza dell'attività dell'Ispettorato Generale del Ministero della Giustizia, all'organo ispettivo della finanza è sempre vietato l'accesso a singoli atti o all'intero procedimento che siano stati segretati, atti ritenuti in via generale e preventiva non conoscibili al fine di tutelare il segreto investigativo.

2. Le verifiche amministrativo-contabili dell'Ispettorato generale della Finanza: il quadro normativo di riferimento.

La norma generale che legittima l'esercizio del potere di controllo attribuito all'Organo ispettivo contabile del Ministro delle Finanze è l'art. 29 del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, ("Nuove disposizioni sul patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato")[4]. Il potere di controllo è funzionale al riscontro contabile su tutte le Amministrazioni dello Stato che abbiano compiti di gestione finanziaria o attribuzioni contabili ("centri di spesa"). In concreto, la sua attuazione è oggetto di una proposta programmatica del Ragioniere Generale dello Stato, che ha compiti di controllo sulle singole Ragionerie centrali (artt. 161, 171 e 174 R.D. 23 maggio 1924 n. 827), per il tramite, appunto, dell'Ispettorato generale di finanza.

In particolare, l'art. 3 della legge 26 luglio 1939, n. 1037 ("Ordinamento della Ragioneria generale dello Stato") riserva al suddetto organo ispettivo, secondo le disposizioni impartite dal

[4] L'art. 29, commi 3 e 4, del R.D. n. 2440 del 1923 prevede che: "Il Ministro delle finanze esercita il riscontro finanziario e contabile su tutte le amministrazioni dello Stato e sulle aziende autonome che ne dipendono. A tale fine esso ha facoltà di disporre verifiche ed ispezioni presso qualsiasi ufficio o servizio che abbia gestione finanziaria o attribuzioni contabili".

Ministro delle finanze e dal Ragioniere generale, "compiti di verifica generali sulla conformità alle norme di legge delle spese effettuate dalle Amministrazioni "nel modo più proficuo ai fini dello Stato", sulla corretta gestione del servizio del consegnatario e del regolare funzionamento dei relativi servizi di gestione.

All'esito della attività di verifica, l'Ispettorato generale di finanza redige una relazione sul lavoro compiuto (art. 8) e può formulare, se del caso, suggerimenti all'Ufficio circa l'adozione di misure dalle quali possa derivare economia nella gestione del bilancio (art. 7).

L'art. 23 del d. lgs. 30 giugno 2011, n. 123 ("Riforma dei controlli di regolarità amministrativa e contabile e potenziamento dell'attività di analisi e valutazione della spesa, a norma dell'articolo 49 della legge 31 dicembre 2009, n. 196") ha, inoltre, previsto che le verifiche amministrativo-contabili svolte dai servizi ispettivi di finanza siano volte "a ricondurre a economicità e regolarità amministrativo-contabile le gestioni pubbliche, a verificare la regolare produzione dei servizi, nonché a suggerire le misure dalle quali possano derivare miglioramenti dei saldi delle gestioni finanziarie pubbliche e della qualità della spesa"

Il complesso quadro normativo[5] delinea, dunque, l'oggetto del potere di verifica esercitato dall'Ispettorato generale delle finanze, alle dipendenze della Ragioneria Generale, che si identifica nei "controlli di regolarità amministrativo-contabile delle amministrazioni pubbliche"[6], cui si associano i compiti di verifica delle spese in termini di economicità, in ordine all'impiego delle risorse economiche a disposizione dei singoli uffici, in vista dell'esigenza di assicurare, in un'ottica di funzionalità e razionalità, la migliore utilizzazione possibile delle risorse destinate a gravare sul bilancio dello Stato.

Sul punto, l'art. 7 del D.P.C.M. 27 febbraio 2013, n. 67 ("Regolamento di organizzazione del Ministero dell'economia e delle finanze") attribuisce al MEF, nell'ambito della attività di indirizzo e coordinamento normativo in materia di contabilità delle amministrazioni pubbliche, il "controllo e vigilanza dello Stato in materia di gestioni finanziarie pubbliche, anche attraverso i

[5] Il quadro normativo dei poteri di verifica degli uffici di ragioneria e dei servizi ispettivi di finanza, si è, quindi, arricchito per effetto dell'art. 2 del d. lgs. 30 luglio 1999 n. 286 ("Riordino e potenziamento dei meccanismi e strumenti di monitoraggio e valutazione dei costi, dei rendimenti e dei risultati dell'attività svolta dalle amministrazioni pubbliche "), dall'art. 14, co. 1, della legge 31 dicembre 2009, n. 196 ("Legge di contabilità e finanza pubblica") e dall'art. 7 del D.P.C.M. 27 febbraio 2013, n. 67 ("Regolamento di organizzazione del Ministero dell'economia e delle finanze).

[6] Il richiamo al potere di controllo di regolarità amministrativo-contabile dell'organo ispettivo delle finanze è contenuto nell'art. 2 d. lgs. n. 286 del 1999 e nell'art. 14 l. n. 196 del 2009.

servizi ispettivi del dipartimento, secondo criteri di programmazione e flessibilità". La funzione ispettiva, per effetto del rinvio contenuto nella norma, è finalizzato a verificare il controllo di gestione da parte delle amministrazioni pubbliche "in ordine alla loro armonizzazione con quelli previsti nell'ambito dell'Unione europea"e ad individuare gli "strumenti per il controllo di economicità ed efficienza; analisi, verifica, monitoraggio e valutazione dei costi dei servizi e dell'attività delle amministrazioni pubbliche".

L'attività dell'organo ispettivo delle finanze può, dunque, essere qualificata in termini di mera verifica contabile, priva di sistematicità, con obiettivi programmatici flessibili e di contenuto esclusivamente "informativo"o referente, essendo rimessa alle valutazioni discrezionali delle Ragionerie dello Stato e del Ministro delle Finanze l'adozione di eventuali provvedimenti correttivi. Il potere di formulare suggerimenti o raccomandazioni in sede ispettiva, previsto dall'art. 7 della l. n. 1037 del 1939, si colloca in un ambito di mero rapporto collaborativo con l'Amministrazione interessata, lungi dall'essere espressione di potere autoritativo.

3. Gli Uffici giudiziari come centri di responsabilità contabile.

Gli Uffici giudiziari costituiscono "centri di responsabilità contabile"soggetti alla verifica amministrativo-contabile programmata dal MEF, nell'ambito dell'attività di coordinamento delle esigenze di finanza pubblica. L'attività ispettiva investe, in particolare, le spese di giustizia ed i sequestri giudiziari, le procedure concernenti il recupero delle spese ripetibili iscritte al campione civile o penale ed anticipate dall'Erario, nonché la giacenza dei corpi di reato e di valori nell'ambito di processi o sequestri penali e civili[7]

L'art. 172 del d.P.R. n. 115 del 2002 (T.U. sulle spese di giustizia) dispone che i magistrati e i funzionari amministrativi sono responsabili delle liquidazioni e dei pagamenti da loro ordinati e, come tali, sono tenuti al risarcimento del danno subito dall'erario a causa degli errori e delle

[7] Cfr. sul punto, la "Relazione al sig. Ragioniere Generale dello Stato sul lavoro compiuto dall'Ispettorato Generale di Finanza e sull'attività del Sistema delle ragionerie nell'esercizio finanziario 2012", pur richiamata per stralci nella Delibera del C.S.M. in commento, in cui si precisa che "l'Amministrazione della Giustizia ha costantemente invitato i Presidenti delle Corti d'Appello interessate a procedere alla costituzione in mora dei responsabili, prestando ogni sollecita ed indispensabile collaborazione per rendere possibile il perseguimento di eventuali responsabilità, allo scopo di assicurare tempestività, concreta efficacia ed economicità, alle verifiche ispettive ed alla conseguente gestione dei rilievi segnalati nei referti".

irregolarità delle loro disposizioni, secondo la disciplina generate in tema di responsabilità amministrativa".

Le disposizioni del T.U. Spese di giustizia hanno razionalizzato il riparto dei compiti in materia di pagamenti, concentrando sul funzionario amministrativo addetto allo specifico settore la competenza alla quantificazione del dovuto e all'emissione dell'ordine di pagamento; di contro, è affidato al magistrato la quantificazione della somma oggetto di decreto di pagamento, con un provvedimento di liquidazione costituente autonomo titolo impegnativo di spesa, senza necessità di un ulteriore ordine di pagamento da parte del funzionario.

Nella specie, spetta al Magistrato la liquidazione, tra le altre, delle:

1. spese "straordinarie"del processo penale, non espressamente previste nel T.U., che siano ordinate in quanto ritenute indispensabili (art. 70 T.U.). Tra queste, le spese per intercettazioni telefoniche, per la fornitura di strumenti e per la locazione degli apparati;

2. spese per la demolizione di opere abusive e di riduzione in pristino dello stato dei luoghi (artt. 61, 62, 63 e 169), dovute alle imprese private e alle strutture tecnico-operative del Ministero della Difesa;

3. indennità per la custodia e conservazione onerosa dei beni sottoposti a sequestro penale e nei casi previsti dal cod. proc. civ. (artt. 58 e 168);

4. la determinazione degli onorari e spese spettanti al difensore, nei casi di ammissione al al patrocinio a spese dello Stato (art. 82), al programma di protezione dei collaboratori di giustizia (art. 115), nella difesa di ufficio (art. 116), di persona irreperibile (art. 117) e di ufficio del minore (art. 118), nei procedimenti di volontaria giurisdizione; 5. gli onorari e le spese per gli ausiliari (49 e ss.. 168 T.U.).

La individuazione dell'Ufficio giudiziario come "centro di spesa"emerge anche dalla attribuzione al funzionario amministrativo delle competenze per il recupero delle spese di giustizia.

Nel complesso le disposizioni del T.U. Spese di giustizia riconoscono il ruolo di ente creditore all'Ufficio Giudiziario che ha emesso il provvedimento e da cui deriva il credito dello Stato, ed attribuiscono allo stesso 1'onere di quantificare 1'importo del credito, di inviare al debitore 1'invito al pagamento e, quindi, di procedere alla formazione del ruolo da inoltrare al

concessionario, perche proceda alla materiale riscossione mediante emissione di cartella esattoriale[8].

4. Il potere di "alta sorveglianza del Ministro della Giustizia. L'attività di verifica svolta dall'Ispettorato Generale.

L'art. 13 del R.D. Lgs. n. 511 del 1946 attribuisce al Ministro della Giustizia l'"alta sorveglianza"su tutti gli uffici giudiziari, su tutti i giudici e su tutti i magistrati del Pubblico Ministero, per il tramite dell'Ispettorato Generale del Ministero della Giustizia.

Il potere di "alta sorveglianza"è esercitato in via ordinaria e generale attraverso lo strumento della verifica ispettiva (art. 7 l. n. 1311 del 1962). Le verifiche ispettive ordinarie, con cadenza di norma triennale[9], hanno lo scopo di accertare, alla luce delle leggi, dei regolamenti e delle istruzioni vigenti, la regolarità dell'organizzazione e dell'andamento di un ufficio, in funzione del buon andamento ed imparzialità dell'amministrazione ai sensi dell'art. 97 Cost., nonché il lineare svolgimento del lavoro dei magistrati, quali componenti l'Ufficio giudiziario, in termini quantitativi e di tempo.

Alle verifiche ispettive ordinarie, compiute dall'Ispettorato Generale presso tutti gli Uffici giudiziari in conformità alle direttive impartite dal Ministro, si affiancano le verifiche c.d. mirate, disposte dal Ministro della Giustizia ai sensi dell'art. 7, comma 3, della l. n. 1311 del 1962, e le inchieste amministrative ex art. 12 l. n. 1311 del 1962, per il cui esercizio sono previsti più penetranti e flessibili poteri di accertamento.

Le ispezioni mirate si svolgono al di là di quelle periodiche e possono essere disposte, in ogni tempo, dal Ministro, anche in forma parziale, per specifici servizi o settori dell'Ufficio, al fine di accertare, in modo più approfondito, la produttività degli uffici, nonché l'entità e la tempestività del lavoro dei singoli magistrati (art. 7, comma 3, L. n. 1311/1962, come sostituito dall'art. 1 L. 16 ottobre 1988, n. 432).

[8] Dalla titolarità del credito discende anche la competenza esclusiva dell'Ufficio Giudiziario stesso - e del funzionario che ne gestisce l'attività - a decidere sulle istanze di rateizzazione del credito, ove ciò non sia stato disposto dal giudice nel provvedimento decisorio, e la potestà di discarico e di annullamento della partita di credito.

[9] Il capo dell'Ispettorato Generale ha il potere di ordinare che le verifiche siano ripetute entro un termine minore negli uffici ove siano state riscontrate irregolarità o per i quali vengano segnalate deficienze o irregolarità (art. 7, commi 1 e 2, L. n. 1311/1962).

Le inchieste amministrative, di contro, sono tendenzialmente rivolte alla verifica di fatti ed episodi concreti circoscritti - e già individuati - di presunta violazione, al fine di accertare la loro effettiva sussistenza nei termini in cui fin dall'inizio sono stati oggetto di denunzia o di rappresentazione.

Le inchieste amministrative vertono sul personale appartenente all'Ordine giudiziario e su qualsiasi altra categoria di personale dipendente dal Ministero della Giustizia. La relativa attività è circoscritta nell'oggetto e non può estendersi al di fuori di esso, se non per effetto di integrazione o nuovo mandato ispettivo.

In sede di verifica ispettiva ordinaria il controllo delle voci di spesa e dei tempi di gestione delle procedure è operato in proiezione delle eventuali esigenze di regolarizzazione del servizio (c.d. funzione di normalizzazione) oltre che della attenzione ai profili e/o elementi di eventuale responsabilità amministrativa e contabile del magistrato, dei dirigenti e funzionari amministrativi.

In concreto, mediante un protocollo ispettivo dedicato, attraverso l'utilizzo di uno schema applicativo standard che opera per *query* predefinite[10], messo a punto dall'Ispettorato Generale, si provvede:

- alla verifica della regolarità amministrativa – sotto il profilo formale – dei procedimenti trattati, con specifica attenzione agli atti che generano pagamenti di somme costituenti spese di giustizia anticipate dall'erario;

- alla rilevazione dei casi di pagamenti di somme non rientranti nell'ambito delle spese di giustizia;

- alla individuazione di ipotesi di danno derivanti da irregolarità per omissioni, ritardi o errori.

L'emergere di ipotesi di danno addebitabile a responsabilità per colpa grave sarà, quindi, oggetto di eventuale segnalazione, ai sensi degli artt. 82 e 87 R.D. n. 244 del 1923, 53 R.D. n. 1214 del 1934 e 3 d.l. n. 543 del 1996, convertito nella legge n. 639 del 1996, alla competente Procura Regionale della Corte dei Conti, oltre alle segnalazioni di competenza ispettiva pre e paradisciplinare e degli eventuali fatti aventi rilevanza penale ai sensi dell'art. 331 c.p.p.

[10] Le "query" per la segnalazione delle voci di spesa operano per tematiche di spesa infrequenti e per gli importi più rilevanti. E' prevista una soglia minima di rilevanza standard, che può variare ed essere adattata a seconda del risultato emergente della selezione, in funzione della verifica di una significativa campionatura per ciascuna tipologia di spesa. Il dato è tratto dai registri informatici degli Uffici giudiziari soggetti a verifica.

5. Il controllo di spesa nella fase delle indagini preliminari: i criteri di adeguatezza e proporzionalità della spesa.

Il controllo sulle modalità di quantificazione della spesa e, di conseguenza, la valutazione della eccessività della stessa – che, come visto, nel caso dell'Ispettorato generale di finanza è essenzialmente di tipo consuntivo e riepilogativo della gestione dei flussi di spesa – può presentare aspetti di particolare delicatezza nella fase delle indagini preliminari, per la possibile frizione tra principi e valori contrapposti.

E' di tutta evidenza, infatti, che il rischio di interferenza del controllo amministrativo-contabile nell'esercizio della funzione giurisdizionale è particolarmente elevato allorquando l'accertamento riguardi attività di esercizio della funzione giudiziaria ancora in corso.

Da un lato, infatti, 1'attività di indagine preliminare svolta dal Pubblico Ministero riveste un indiscusso carattere giudiziario, caratterizzata da una totale discrezionalità nella determinazione degli obiettivi delle indagini e, soprattutto, nelle concrete scelte della attività di investigazione da svolgersi per il loro perseguimento, sottoposta al solo rispetto delle norme processuali che ne disciplinano le modalità di esecuzione.

E' pur vero, di contro, che la discrezionalità delle scelte operate in fase di indagini preliminari deve essere comunque orientata verso principi generali di pubblico interesse e di corretta amministrazione, onde non ridondare in attività di puro arbitrio. In tal senso, 1'attività investigativa in concreto svolta deve essere congrua rispetto agli obiettivi di indagine e presentare logica rispondenza tra i mezzi di indagine adottati e le finalità perseguite.

Il rispetto dei principi di corretta amministrazione comporta in via astratta che il Pubblico Ministero, nell'ipotizzare ed attuare le proprie discrezionali scelte investigative, sia tenuto a valutare preventivamente se i mezzi di ricerca della prova risultino direttamente ed adeguatamente finalizzati all'acquisizione di elementi probatori pertinenti al procedimento.

Sul piano logico i criteri guida per 1'esercizio del potere discrezionale in esame sono stati individuati nella: 1. concretezza nella individuazione degli obiettivi dell'indagine; 2. pertinenza nella scelta degli strumenti investigativi adeguati; 3. proporzionalita tra obiettivi e costi[11].

Il punto di frizione investe proprio la verifica di coerenza ed economicità oggettiva della spesa, il margine di valutazione della sostenibilità economica dei mezzi investigativi prescelti, sotto il profilo della proporzionalità e adeguatezza delle relative spese alle finalità investigative: se i costi preventivati per 1'attività di indagine, in termini di risorse economiche e sociali, risultino proporzionali alla acquisizione della prova ed all'obiettivo della indagine complessiva.

Le perplessità di un sindacato contabile al riguardo – escluso dal C.S.M. – derivano dal fatto che non possono essere subordinate le scelte investigative a valutazioni esterne all'ambito della giurisdizione, quali quelle della mera efficienza ed equilibrio nell'impiego e gestione delle risorse economiche disponibili, senza violare le garanzie di indipendenza della funzione giudiziaria svolta.

Pur non essendo contestabile un intrinseco onere del P.M. di valutazione preventiva dei costi delle indagini in termini di ragionevolezza della spesa, connaturato ad ogni esercizio discrezionale di funzioni pubbliche, diventa arduo ipotizzare la possibilità (e, soprattutto, i confini) dell'esercizio di poteri esterni di controllo contabile - di carattere consuntivo e finale[12] - che involgono profili di opportunità ed adeguatezza della spesa con i risultati prefissi e con la effettiva potenzialità di risultato positivo.

La valutazione preventiva della spesa non può che essere rimessa al P.M. procedente e non è suscettibile di sindacato amministrativo o contabile se non ridondi in atti abnormi o manifestamente illegittimi, ovvero in condotte costituenti reato.

6. Le spese per intercettazioni ambientali o telefoniche: profili di responsabilità disciplinare e contabile.

[11] G. MANTELLI, *La responsabilità amministrativa e contabile del magistrato*, in Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, Atti dell'Incontro di studio sul tema: "Il Testo Unico delle spese di giustizia", Roma, 23 - 25 maggio 2005.

[12] Anche si ammettesse un siffatto potere di controllo contabile di coerenza della spesa, questo non potrebbe che operare *ex ante*, al momento della scelta della finalità e del mezzo investigativo.

In tema di liquidazione di spese per intercettazioni telefoniche o ambientali, il controllo amministrativo-contabile non può che limitarsi alla legittimità delle attività captatorie. Appare, invece, di difficile configurabilità il controllo sull'eccesso di attività investigativa e degli eventuali profili di responsabilità amministrativo-contabile del magistrato per danno derivante dalle spese da tale eccesso prodotte.

Il principio di fondo, giova ribadirlo, è la insindacabilità delle scelte processuali del P.M. in fase di indagini preliminari, alla cui discrezionalità è rimessa la individuazione degli obiettivi delle indagini e le scelte della concreta attività di investigazione, sussistendo soltanto il vincolo di sottoporre le modalità di esecuzione adottate al rispetto delle norme processuali.

Né il generale obbligo della corretta amministrazione, di valutazione preventiva della ragionevolezza e sostenibilità dei costi delle indagini tecniche può legittimare un controllo diffuso dell'organo ministeriale ispettivo su tali temi. Per il rischio di interferenza sulla autonomia del Magistrato, le eventuali attività di colpa per eccesso di attività investigativa che sono in contrasto con i suddetti criteri possono al più essere oggetto di accertamento a mezzo di penetranti – e garantiti - strumenti ispettivi della ispezione mirata o dell'inchiesta.

In tema di responsabilità del magistrato, dalle pronunce della Sezione disciplinare dell'Organo di autogoverno si rileva che il sindacato sulle scelte processuali del P.M. in tema di intercettazioni attiene ai profili di palese illegittimità degli atti compiuti dal magistrato, che assumono rilievo disciplinare in quanto abnormi o espressione di condotta di reato.

Secondo la costante giurisprudenza della Sezione disciplinare del C.S.M. e delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione[13], il limite della insindacabilità dell'attività giudiziaria è quello dell'abnormità dell'atto, compiuto dal magistrato al di fuori di qualsivoglia schema processuale ovvero adottato sulla base di un errore macroscopico o di grave e inescusabile negligenza. In tali casi l'intervento disciplinare ha per oggetto non già il risultato dell'attività giurisdizionale, ma il

[13] Cfr. Cass., Sez. U, Sentenza n. 1628 del 27/01/2010 (Rv. 611111), secondo cui «sono oggetto di sindacato disciplinare, senza che possa essere in proposito invocata l'esimente di cui all'art. 2, comma secondo, d.lgs. n. 109 del 2006, quei comportamenti concretatisi in atti o provvedimenti affetti da patologie genetiche o procedimentali tanto gravi da renderli assolutamente anomali ed atipici rispetto alle previsioni normative»..

comportamento deontologico deviante posto in essere dal magistrato nell'esercizio della sua funzione[14].

Tale principio è stato affermato, ad esempio, con riguardo all'atto di autorizzazione verbale al noleggio di un'autovettura messa a disposizione di un soggetto, presunto collaborante, alle indagini, per un lungo viaggio, con contestuale disposizione di intercettazione ambientale su detta autovettura[15]. In tale ipotesi è stato ritenuto sufficiente a integrare il disvalore di rilievo disciplinare l'abnormità dell'atto, che «non solo non ha assunto la necessaria forma scritta per un errore macroscopico o l'inescusabile negligenza del suo autore, ma certamente esula dalla funzioni del pubblico ministero, appartenendo senza dubbio alla gestione dei collaboranti di competenza della polizia giudiziaria».

In altri casi le condotte sanzionate sul piano disciplinare hanno riguardato la illegittima ed indebita liquidazione delle spese per attività collaterale ed accessoria rispetto a quella captatoria, quali il noleggio delle apparecchiature per intercettazione o il ricorso ad illegittimi criteri di determinazione dei compensi per i consulenti.

E' il caso, ad esempio, della censura disciplinare per l'emissione di plurimi provvedimenti di liquidazione in via anticipata in favore di consulenti tecnici, tutti facenti ad un unitario centro di interessi, per il noleggio di apparecchiature da utilizzare per la trascrizione, filtraggio ed informatizzazione di intercettazioni telefoniche e/o ambientali, ove i verbali di conferimento degli incarichi venivano spesso compilati e sottoscritti direttamente dal soggetto destinatario dell'incarico o da suoi collaboratori[16], condotte per le quali era stato disposto il rinvio a giudizio del magistrato per i delitti di concorso in abuso in atti di ufficio e falso in atto pubblico (110, 323 e 479 cod. pen.).

Allo stesso modo per la condotta del magistrato che, nella qualità e nell'esercizio delle funzioni di sostituto Procuratore della Repubblica, abbia omesso i doverosi controlli di congruità sulle richieste di liquidazione avanzategli dai titolari delle ditte fornitrici di apparati di intercettazione ed incaricati del filtraggio e trascrizione per le operazioni di intercettazioni

[14] Cfr., Cass., Sez. U, n. 20730 del 2009 (Rv. 609492);in senso conforme, Sez. U, n. 504 del 1999 (Rv. 528885).

[15] Sentenza n. 12 del 2004 della Sezione disciplinare del C.S.M.

[16] Sezione disciplinare del C.S.M., sentenza n. 14 del 2010. Nel caso di specie, nel periodo compreso tra il marzo e l'agosto 2000, il P.M. veniva incolpato di aver liquidato con le siffatte modalità la somma di lire 1.200.000.000 (un miliardo duecento milioni) circa a titolo di anticipo delle spese.

telefoniche, ambientali e visive «disponendo il pagamento di somme esageratamente onerose per lo Stato (ammontanti, per il solo anno 2000, ad oltre un miliardo di lire) in consapevole violazione delle norme riguardanti i compensi degli ausiliari di Polizia Giudiziaria»[17].

Anche sul piano della responsabilità contabile del magistrato l'analisi della giurisprudenza della Corte dei conti esclude un sindacato diretto sulla economicità e congruità delle spese per le attività di captazione. Le ipotesi di responsabilità contabile del magistrato derivano dalla illegittimità del procedimento di liquidazione delle spese per acquisto e noleggio di apparecchiature destinate alle intercettazioni, ordinariamente rientranti nell'ambito del conferimento di un incarico di consulenza tecnica.

Si è ritenuto, infatti, condotta produttiva di danno la «dolosa inosservanza di quei doveri di diligenza professionale e di quegli obblighi di ufficio e di servizio quali si debbono collegare alla posizione di magistrato di procura"nella condotta di liquidazione dei spese in via anticipata in favore dei consulenti tecnici «per l'asserito, ma in realtà, non effettuato noleggio di apparecchiature»[18]. La violazione dei doveri di servizio è, infatti, ricollegata all'attività di conferimento degli incarichi e alla emissione dei provvedimenti di liquidazione delle spese e dei compensi.

Sussiste in capo al P.M. che procede alla liquidazione delle spese per intercettazioni un obbligo di controllo amministrativo e contabile sui documenti presentati a corredo delle note di spesa, che include lo svolgimento di un preventivo accertamento, prima dell'adozione dei provvedimenti dispositivi della spesa, sulla idoneità ed adeguatezza dei mezzi in funzione dell'espletamento delle attività di consulenza e la valutazione della regolarità generale della documentazione presentata.

[17] Sezione disciplinare del C.S.M., sentenza n. 115 del 2010. Nella incolpazione si contestava il vincolo di amicizia ed il rapporto di assidua frequentazione tra il P.M. e l'ausiliario, che «gli aveva messo a disposizione due utenze telefoniche intestate a sue società sulle quali gravavano le spese del traffico telefonico e gli aveva in più occasioni fornito graziosamente accessori per telefonini utilizzati da lui o dalla moglie». Nella specie, la Sezione disciplinare ha dichiarato non doversi procedere nei confronti del magistrato incolpato per estinzione del procedimento disciplinare per cessazione dell'appartenenza all'Ordine Giudiziario.

[18] C. Conti, sez. Calabria, 24 gennaio 2006 n. 411. L'ipotesi di danno all'erario derivava dalla perpetrazione di una condotta di peculato , in quanto l'illegittima liquidazione della spese ha determinato un'appropriazione ingiustificata di denaro. Nel caso di specie, in relazione a n. 6 procedimenti penali il sostituto procuratore, avendo già conferito incarichi per la trascrizione, il filtraggio e l'informatizzazione su cd delle intercettazioni telefoniche, sottoscriveva n. 36 decreti di liquidazione in favore di due diverse ditte di noleggio.

7. I limiti del sindacato ispettivo.

Costituisce principio consolidato che l'esercizio di funzioni giudiziarie non può in astratto impedire la valutazione della illiceità della condotta, né essa trova limite nel principio di indipendenza del magistrato[19].

In tema di controllo amministrativo-contabile[20], nondimeno, nella valutazione della condotta del magistrato trova applicazione il generale principio di insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali[21]. Si riconosce, infatti, che la valutazione degli atti del magistrato non può che avvenire attraverso i canali processuali delle impugnazioni previste dalle norme processuali, non potendo essere sindacato il profilo della opportunità e convenienza delle scelte processuali, ma solo l'eventuale condotta violativa di norme espresse o principi giuridici[22]. Del pari, non soggetti al sindacato sono le ragionevoli e motivate interpretazioni normative, pur se in contrasto con indirizzi prevalenti.

Il Consiglio Superiore, in più occasioni, ha indicato, con riferimento all'attività conoscitiva del Ministro della Giustizia, le forme attraverso le quali contemperare le tensioni tra le non sempre convergenti esigenze di tutela del buon andamento e di efficienza della Amministrazione della giustizia e dell'autonomia della funzione giudiziaria. Con delibere consiliari del 17 maggio 1995, 24 luglio 2003 e 8 ottobre 2010 ha stabilito che tale potere di verifica si inserisce nel quadro dell'art. 110 Cost. e, dunque, è funzionale ad assicurare l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia.

[19] Cfr. Corte Cost., 5 novembre 1996, n. 385, ove si afferma che «l'indipendenza della funzione giudiziaria è conciliabile con il principio della responsabilità civile, penale ed amministrativa del magistrato. Invero, gli artt. 101, 102, 104 e 108 Cost. non assicurano al giudice uno status di assoluta irresponsabilità, anche quando si tratti di esercizio delle sue funzioni riconducibili alla più rigorosa e stretta nozione di giurisdizione».

[20] Cfr. C. Conti, Sez. riun., 3 giugno 1996 n. 30/A, che applica al sindacato sull'attività giurisdizionale il principio generale in tema di sindacato sugli atti amministrativi, che preclude la valutazione su quali siano le migliori scelte gestionali e i migliori strumenti da utilizzare, pena la possibile paralisi o pressante condizionamento delle iniziative di pubblici amministratori o dirigenti.

[21] In tema di responsabilità amministrativo contabile tale principio è espresso dall'art. 1, comma 1, della legge n. 20 del 1994.

[22] C. Cost, con sentenza 6 luglio 2006 n. 273, ha ritenuto manifestamente inammissibile la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 172 del d. lgs. 30 maggio 2002 n. 113, trasfuso nel d.P.R. 30 maggio 2002 n. 115 (T.U. sulle spese di giustizia), con riferimento agli artt. 3, 101, 102, 104 e 108 Cost., poiché «i magistrati e i funzionari amministrativi sono responsabili delle liquidazioni e dei pagamenti da loro ordinati e sono tenuti al risarcimento del danno subito dall'erario a causa degli errori e delle irregolarità delle loro disposizioni, secondo la disciplina generale in tema di responsabilità amministrativa».

Al di là di tale limite funzionale, il potere di "alta vigilanza è tendenzialmente libero nel suo contenuto. Tuttavia, quando la funzione di "alta vigilanza"ha ad oggetto l'attività giudiziaria dei magistrati, il suo esercizio deve essere svolto "secondo regole procedurali, tempi e finalità tali da renderla compatibile con il principio fondamentale che impone il rispetto dell'autonomia della funzione giudiziaria e la sua immunità da possibili interferenze esterne"[23], esplicitamente garantito dall'art. 104, comma 1, Cost.

In tal senso, il Consiglio Superiore della Magistratura, quale organo di tutela e garanzia dell'autonomia ed indipendenza nell'esercizio della funzione giurisdizionale, ha rivendicato un proprio spazio di intervento qualora atti concreti, emanati in attuazione di quei poteri, risultino idonei ad incidere sull'autonomia e l'indipendenza garantita dalla Costituzione alla funzione giudiziaria". Ciò che non si risolve nel dettare regole generali che possano incidere sull'esercizio dei poteri di alta sorveglianza attribuiti al Ministro, ma, sulla base di specifiche segnalazioni dei dirigenti degli uffici giudiziari e dei singoli magistrati, a formulare princìpi, criteri e direttive tendenti a regolare il dispiegarsi dei rapporti istituzionali concernenti la funzione giudiziaria in termini tali da risultare pienamente garantite l'indipendenza e l'autonomia della Magistratura.

L'intervento consiliare, per altro verso, non può comportare una ingerenza nell'attività giudiziaria[24], ma deve limitarsi ad indicazioni di "carattere ordinamentale".

Solo attraverso l'intermediazione dell'intervento consiliare[25] può essere evitato il rischio che eventuali attività di accertamento, specie di carattere amministrativo-contabile sulla congruità ed economicità della spesa erogata per l'attività di indagine, possano interferire nell'esercizio della funzione giurisdizionale.

Il dovere dei dirigenti degli Uffici e dei magistrati di prestare una leale collaborazione nei confronti dei soggetti incaricati di svolgere l'attività ispettiva non esclude che agli stessi sia

[23] Cfr. il richiamo alle delibere consiliari 17 maggio 1995, 24 luglio 2003, 8 ottobre 2010 operato dalla Delibera 8 marzo 2007 in commento.

[24] Cfr. la Risoluzione consiliare del 16 settembre 1986, in cui si statuisce che "restano escluse dalla sfera consultiva del Consiglio tutte le norme che attengono all'interpretazione della legge sostanziale, ovvero disciplinano la forma, il contenuto e i modi di esercizio dell'azione, l'iniziativa e l'intervento del P.M., gli atti ed i provvedimenti del giudice e

l'attività processuale in genere".

[25] Oltre allo strumento della Risoluzione consiliare sulla segnalazione proveniente dall'Ufficio giudiziario, il Consiglio è legittimato a verificare la sussistenza dei presupposti per l'apertura di una procedura a tutela, oltre che dell'indipendenza, del prestigio dei magistrati e della funzione giudiziaria, ai sensi del regolamento interno del Consiglio medesimo.

riconosciuto un potere-dovere di salvaguardare l'autonomia e l'indipendenza della funzione giudiziaria, segnalando l'eventuale rischio di interferenza. Si realizza in tal modo un potere di sorveglianza diffuso dei magistrati interessati sul corretto esercizio dei poteri di controllo amministrativo in sede ispettiva.

8. Esercizio del potere ispettivo contabile e segreto investigativo.

Nella dinamica dei rapporti fra la funzione di "alta sorveglianza"riconosciuta al Ministro della Giustizia e la funzione giudiziaria, l'esercizio dei poteri di verifica ispettiva (e di controllo amministrativo-contabile) sull'attività del magistrato presenta un ulteriore rischio di interferenza nella esigenza di tutelare il segreto di indagine.

Come sopra evidenziato, non sembra dubitarsi della insindacabilità nel merito degli atti giudiziari e delle strategie di indagine adottate dal pubblico ministero.

Costituisce ormai "punto fermo"per il Consiglio Superiore della Magistratura che "il superamento dei divieti formali posti a tutela del segreto investigativo, e quindi la conoscibilità di atti ancora segretati ex art. 329 c.p.p., non dovrà comunque pregiudicare il positivo sviluppo delle indagini penali e la sicurezza delle persone, e pertanto il magistrato del PM che procede potrà certamente allo stato degli atti rifiutare, o ritardare, le informazioni e i dati richiesti ogni qualvolta sussistano concreti pericoli legati allo specifico momento processuale".

Il dovere di leale collaborazione con l'organo ispettivo trova un precipuo limite nel segreto investigativo, per la cui salvaguardia viene riconosciuto al magistrato titolare dell'indagine il potere-dovere di autorizzare o negare l'accesso agli atti segretati quando l'accesso allo stesso possa determinare rischi per l'indagine medesima ovvero la richiesta ispettiva non appaia giustificata.

In concreto, le forme e le modalità di accesso a tali atti dovranno essere concordate con l'organo ispettivo e valutate, in ultima istanza, dal magistrato titolare delle indagini, non potendo essere riconosciuto un potere di sindacato amministrativo esterno.

L'attribuzione al P.M. procedente della valutazione circa la ostensibilità degli atti segretati trova la propria giustificazione nella necessità di contemperare il segreto investigativo – e, quindi, il possibile pregiudizio per il positivo sviluppo delle indagini e per la sicurezza delle persone – con la funzione di "alta vigilanza"propria del Ministro della Giustizia.

Tale necessità non si presenta in relazione ai controlli dell'organo ispettivo del MEF, legittimato esclusivamente a valutare la regolarità amministrativa e contabile della gestione delle spese di giustizia, secondo criteri di economicità, funzionalità e migliore utilizzazione delle risorse disponibili.

Si apre, dunque, una profonda differenza tra i limiti imposti al il potere ispettivo espressione della funzione di "alta vigilanza"del Ministro della Giustizia, esercitato per il tramite dell'Ispettorato Generale e i poteri di verifica amministrativo-contabile di competenza del Ministero dell'economia, per i quali l'analisi della attività giudiziaria costituisce mera occasione per gli accertamenti contabili di spesa.

Sul punto, con la delibera consiliare in commento, il Consiglio Superiore della Magistratura ha osservato che non può essere oggetto di sindacato ispettivo l'esame valutativo delle conseguenze contabili di scelte che siano espressione di opzioni procedimentali rimesse all'esclusiva discrezionalità tecnica dell'organo inquirente, unico titolare del potere di ponderare l'opportunità e la convenienza degli atti da lui posti in essere nell'esercizio della funzione giudiziaria. Tale è il caso «dell'attività strettamente interpretativa di norme giuridiche (rispetto al quale può anche essersi formato un giudicato) ovvero alle scelte dei provvedimenti istruttori adottati dal magistrato, sia con riguardo alla congruità dei mezzi di ricerca della prova adottati rispetto al fine perseguito sia con riguardo agli specifici atti di indagine».

L'attività dell'Ispettorato generale delle finanze, oltre ad essere soggetta ai limiti di sindacato generale sulla attività giudiziaria, trova un ulteriore argine insuperabile nel segreto investigativo, limite funzionale ad assicurare la tutela del segreto istruttorio rispetto a singoli atti od anche, a seconda dei casi, all'intero procedimento. All'organo ispettivo del MEF non può, infatti, essere riconosciuto una esigenza di desegregazione come quella che, nel caso concreto, può legittimare gli ispettori del Ministero della Giustizia a prendere cognizione di atti processuali funzionali all'esito dell'indagine avviata, seppur in ossequio all'obbligo di riservatezza che fa carico ad ogni pubblico ufficiale.

ANTONIO MONDINI

Il nuovo art. 2929 bis c.c. in tema di espropriazione di beni oggetto di atti a titolo gratuito: spunti di carattere processuale.

I. Considerazioni introduttive.

I.1 Il nuovo testo dell'art. 2929 bis, c.c. ([26]), è stato introdotto in considerazione, per un verso, dell'ingente numero di procedimenti per revocatoria contro atti di alienazione o di "segregazione", sospettabili di finalità elusiva o comunque lesivi della garanzia patrimoniale del credito e, per altro verso, del fatto che il rimedio della revocatoria (al quale, fino all'entrata in vigore della norma in esame, il creditore ha dovuto far ricorso per poter aggredire beni fatti oggetto di uno di quegli atti) richiede tempi tali, dalla domanda al passaggio in giudicato della sentenza, da essere inefficace e da indurre spesse volte il creditore a transazioni anche assai gravose pur di ottenere qualcosa, presto e con certezza, a fronte della possibilità di ottenere il tutto solo dopo lunga attesa.

La nuova disposizione ha, nell'ottica del legislatore ([27]), lo scopo di accelerare il soddisfacimento del diritto dei creditori titolati ([28]), lo scopo di ridurre il contenzioso ([29]); essa,

---

26 L'articolo, introdotto dall'art. 12.1, d.l. 27 giugno 2015, n. 83, conv. in l. 6 agosto 2015, n. 132., e poi modificato dalla l. 30 giugno 2016, n. 119, di conversione del d.l. 3 maggio 2016, n. 59, rubricato "Espropriazione di beni oggetto di vincoli di indisponibilità o di alienazioni a titolo gratuito", prevede:

1.Il creditore che sia pregiudicato da un atto del debitore, di costituzione di vincolo di indisponibilità o di alienazione, che ha per oggetto beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri, compiuto a titolo gratuito successivamente al sorgere del credito, può procedere, munito di titolo esecutivo, a esecuzione forzata, ancorché non abbia preventivamente ottenuto sentenza dichiarativa di inefficacia, se trascrive il pignoramento nel termine di un anno dalla data in cui l'atto è stato trascritto. La disposizione di cui al presente comma si applica anche al creditore anteriore che, entro un anno dalla trascrizione dell'atto pregiudizievole, interviene nell'esecuzione da altri promossa.

2. Quando il bene, per effetto o in conseguenza dell'atto, è stato trasferito a un terzo, il creditore promuove l'azione esecutiva nelle forme dell'espropriazione contro il terzo proprietario ed è preferito ai creditori personali di costui nella distribuzione del ricavato. Se con l'atto è stato riservato o costituito alcuno dei diritti di cui al primo comma dell'art. 2812, il creditore pignora la cosa come libera nei confronti del proprietario. Tali diritti si estinguono con la vendita del bene e i terzi titolari sono ammessi a far valere le loro ragioni sul ricavato, con preferenza rispetto ai creditori cui i diritti sono opponibili.

3. Il debitore, il terzo assoggettato a espropriazione e ogni altro interessato alla conservazione del vincolo possono proporre le opposizioni all'esecuzione di cui al titolo V del libro terzo del codice di procedura civile quando contestano la sussistenza dei presupposti di cui al primo comma o che l'atto abbia arrecato pregiudizio alle ragioni del creditore o che il debitore abbia avuto conoscenza del pregiudizio arrecato.

4. L'azione esecutiva di cui al presente articolo non può esercitarsi in pregiudizio dei diritti acquistati a titolo oneroso dall'avente causa del contraente immediato, salvi gli effetti della trascrizione del pignoramento.

27 Come è dato ricavare dai lavori parlamentari e segnatamente dalla relazione illustrativa della l. 132/2015.

probabilmente, mira anche, come è stato detto ([30]), a porre un freno al "proliferare scellerato e vergognoso di atti ... in spregio non solo a qualsiasi regola del diritto civile e penale ma, soprattutto, ai pilastri fondanti una società civile"([31]).

Per realizzare queste finalità, l'articolo 2229 bis, c.c. ha delineato un meccanismo che si incentra su tre elementi: un ampliamento dell'efficacia soggettiva del titolo esecutivo -il creditore

28 Avuto riguardo ai creditori bancari, l'agevolazione, rimuovendo un freno alla concessione di prestiti, è indirettamente un sostegno al sistema economico.

29 E' prevedibile un effetto deflattivo netto anche considerando il contenzioso relativo alle opposizioni: il creditore ha, fino all'introduzione dell'art. 2929 bis, avuto sempre necessità di agire in revocatoria e la sua propensione ad agire è stata sostenuta dalla probabilità di un risultato favorevole connesso all'atteggiarsi degli onori di allegazione e di prova per le revocatorie contro atti a titolo gratuito; i debitori, i terzi aventi causa dai debitori e gli altri interessati al mantenimento degli effetti dell'atto traslativo o "segregativo", hanno un interesse variabile ad agire in opposizione e la loro propensione a farlo è ridotta dall'onere della prova, come si dirà, a loro carico.

30 Così, con enfasi, Tonelli, *La vergogna della classe professionale*, in *www.filodiritto.com*, 29 giugno 2015.

31 Al di là della ratio così articolata, l'innovazione normativa produce obiettivamente effetti ulteriori. In primo luogo, essa favorisce "senza mezzi termini il principio di conservazione della garanzia patrimoniale a scapito di atti dell'autonomia privata" perché l'atto, se è a titolo gratuito, ha un'efficacia sospesa per un anno dalla relativa trascrizione (Il virgolettato riprende l'espressione di L. Caputi-A. Palmieri, nota a Trib. Genova, sentenza, 18 febbraio 2015, in Foro it., 2015, parte I, col. 2543). L'incidenza del meccanismo previsto dall'art. 2929 bis, c.c. sull'autonomia negoziale del debitore è negata, facendo leva sulla presenza dei rimedi oppositivi, da Trib. Ferrara, ord. 10 novembre 2015, in Foro it. 2016, I, col. 2265. La pronuncia non può essere condivisa: il meccanismo suddetto opera in deroga alla regola prescritta dagli artt. 2914 e 2915 c.c. -entro il limite dell'anno, l'atto è sempre attaccabile anche se trascritto prima della trascrizione del pignoramento, mentre ai sensi degli artt. 2914 e 2915 c.c., gli atti trascritti prima della trascrizione del pignoramento hanno effetto in pregiudizio del creditore pignorante e dei creditori intervenuti nell'esecuzione- e pertanto costituisce innegabilmente un limite per la facoltà dispositiva del debitore e, oltre, per la stabilità dei traffici giuridici (in questo senso, anche Oberto, La revocatoria degli atti a titolo gratuito ex art. 2929 bis, c.c.. Dalla pauliana alla "renziana" ?, Torino, 2015, 24; Muritano, Il nuovo art. 2929 bis c.c.: quale futuro per la protezione del patrimonio familiare?, in <www.dirittobancario.it>, 4; Smaniotto, L'art. 2929 bis, c.c. Espropriazione di beni oggetto di vincoli di indisponibilità o di alienazione a titolo gratuito, in Imm. & propr., 2015, 588; Spina, La nuova esecuzione. Le procedure esecutive dopo il d.l. 83/15 convertito con l. 132/15, Milano, 2015, 24; Tedoli, Le novità in materia di esecuzione forzata nel d.l.83/2015 … in attesa della prossima puntata ..., in Corr. Giur., 2016, 160; Caputi-Palmieri, op. cit., col. 2543); le opposizioni offrono una tutela solo ex post e una tutela la cui efficacia -anche a prescindere dalla tesi per cui essendo il giudizio di opposizione "una sorta di revocatoria introdotta a seguito di una provocatio ad opponendum", la sentenza non produce effetto fino alla formazione del giudicato (Capponi, Qualche sparsa osservazione sull'art. 2929-bis c.c. "ripensato" nell'estate 2016, in Riv. esec. forzata, 2016, 623)- è sostanzialmente legata alla decisione sommaria sulla sospensiva (art. 624 c.p.c.) giacché, una volta intervenuta la vendita, la sentenza di accoglimento dell'opposizione non produce effetto verso il terzo acquirente, se non nel caso eccezionale di dimostrata sua collusione col creditore procedente (Cass., Sez. U., Sentenza n. 21110 del 28/11/2012; sulla centralità della sospensiva, v., in particolare, Capponi, Prime impressioni sugli aspetti processuali dell'art. 2929 bis c.c. (la tecnica del bypass applicata all'esecuzione forzata), in Riv. esec. forzata, 2016, 63 s. e Violante, L'esecuzione forzata senza revocatoria di cui all'art. 2929 bis c.c. introdotto con il d.l. 27 giugno 2015 n. 83, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2015 n. 132, in Riv. esecuzione forzata, 2015, 599 s.).

Altro effetto obiettivo dell' innovazione normativa in esame è quello di rendere annullabili gli effetti di qualsiasi atto traslativo o "segregativo" a prescindere dalla natura di tali effetti e senza un previo scrutinio comparativo di meritevolezza rispetto all'interesse del creditore(Per questo rilievo L. Caputi-Palmieri, op. cit., col. 2543.), con conseguenti dubbi di legittimità costituzionale laddove gli effetti riguardino soggetti deboli (Antonucci, L'azione revocatoria «semplificata»: dubbi di costituzionalità dell'art. 12 d.l. 83/15, in www.ilcaso.it, 6; Proto Pisani, Profili processuali del'art. 2929 bis c.c., in Foro it. 2016, col. 137 ss.).

può pignorare beni che non sono di (piena) proprietà del debitore ma sono di un terzo o formano un patrimonio separato-([32]); l' inversione del rapporto tra processo di cognizione e processo esecutivo -quest'ultimo può essere immediatamente iniziato (senza necessità del previo esperimento della revocatoria) e un processo di cognizione si ha solo nell'eventualità in cui il debitore, il terzo avente causa dal debitore o un altro interessato propongano un incidente oppositivo per recuperare all'atto gli effetti posti nel nulla dalla trascrizione del pignoramento-; l'imposizione, a carico degli opponenti, dell'onere della prova della inesistenza dei presupposti applicativi del meccanismo stesso ([33]).

II. Spunti di carattere processuale.

La norma presenta molteplici profili d'interesse. Si offrono qui alcuni spunti di carattere processuale.

II.1 La legittimazione attiva.

La legittimazione ad avvalersi dell'art. 2929 bis spetta al creditore munito di titolo esecutivo, il cui diritto sia sorto anteriormente al compimento dell'atto pregiudizievole, ancorché il titolo esecutivo sia invece venuto in essere dopo il compimento dell' atto ([34]).

A differenza della revocatoria, la norma non è utilizzabile dal creditore "successivo"a prescindere da ciò che l'atto sia stato compiuto al preciso fine di svuotare o rendere inattaccabile il patrimonio del disponente che poi si indebita.

32 V. Capponi, Prime impressioni sugli aspetti processuali dell'art. 2929 bis c.c. (la tecnica del bypass applicata all'esecuzione forzata), 64, il quale sottolinea che l'art. 2929 bis rappresenta un cambio di prospettiva ("una tendenza nuova") nelle tecniche di tutela del credito perché, mentre fino all'adozione dell'art. 2929 bis, c.c. il legislatore aveva moltiplicato le fattispecie di titolo esecutivo, pagando l'inevitabile prezzo dell'instabilità dell'esecuzione forzata, ora, con l'art. 2929 bis, si consente al creditore di usare il titolo esecutivo contro il terzo.

33 Sulla questione –discussa- del riparto dell'onere della prova tra creditore e opponenti, v. infra nel testo, paragrafo II.8.

34 Il titolo deve comunque venire in essere con anticipo rispetto alla scadenza dell'anno dalla trascrizione dell'atto perché altrimenti non potrebbe procedersi alla tempestiva trascrizione del pignoramento. Si nota che, ai fini della valutazione dell'anteriorità del credito, il riferimento è costituito dal compimento dell'atto dispositivo o di costituzione del vincolo; ai fini della valutazione della tempestività della trascrizione del pignoramento occorre guardare alla trascrizione dell'atto.

E' stato affermato che la legge, sebbene faccia riferimento espresso, puramente e semplicemente, al creditore, deve essere intesa come facente riferimento al creditore a titolo oneroso ([35]).

L'affermazione, priva di appiglio testuale, non appare giustificabile, neppure nell'ottica propria di chi ne è l'autore, di un bilanciamento tra l'interesse del creditore e l'interesse dell'avente causa dal debitore o del beneficiario del vincolo di destinazione, posto che si tratta di interessi acquistati tutti a titolo gratuito ma quello del creditore antecedentemente rispetto agli altri; del resto, sul piano sistematico, l'azione revocatoria, che al pari del meccanismo di cui all'art. 2929 bis è uno strumento di tutela del credito, è data al creditore a prescindere dalla gratuità o onerosità del titolo di acquisto del diritto.

La norma attribuisce poi al creditore anteriore, munito di titolo esecutivo, la legittimazione ad intervenire, entro un anno dalla trascrizione dell'atto pregiudizievole, nell'esecuzione da altri promossa ([36]).

L'esecuzione in cui il creditore che si trova nelle condizioni previste dall'art. 2929 bis, c.c. è legittimato ad intervenire, è certamente quella promossa da altro creditore del debitore-disponente ai sensi dello stesso art. 2929 bis. c.c.

Si discute se sia anche l'esecuzione promossa dal creditore del terzo avente causa dal debitore.

Dato che l'art. 2929 bis, nel prevedere la facoltà di intervento, non distingue a seconda che il processo esecutivo sia iniziato sul bene del terzo ai sensi della stessa norma ovvero sia iniziato dal creditore del terzo (nelle forme del pignoramento presso il debitore), l'intervento ex art. 2929 bis, c.c., deve considerarsi ammissibile anche nel secondo caso, coerentemente con la ratio legis di favorire il creditore.

In senso contrario ([37]) è stato detto che il creditore del dante causa non potrebbe intervenire nella esecuzione promossa dal creditore dell'avente causa "perché egli interverrebbe in una esecuzione nella quale il debitore esecutato non è anche suo debitore"([38]).

35 Di Sapio, Introduzione all'art. 2929 bis c.c. e al novellato art. 64 l. fall, in Diritto ed economia dell'impresa, 2016, fasc. 2, 352.

36 Al creditore privo dei requisiti per intervenire resta la strada della revocatoria: Peraltro, come si dirà oltre, difficilmente, una volta ottenuta una sentenza definitiva, egli troverà il processo esecutivo ancora in corso e avrà così tempo per partecipare alla distribuzione del ricavato dalla vendita.

In realtà, il fatto che il creditore del dante causa non sia creditore del terzo, non è ostativo a ché il creditore del dante causa intervenga ai sensi dell'art. 2929 bis, c.c. nell'esecuzione promossa contro il terzo da un creditore del terzo stesso: premesso che intervenendo ai sensi dell'art. 2929 bis, c.c. il creditore del dante causa interviene in una esecuzione relativa ad un bene che, per lui, è del (suo) debitore, il punto è solo quello per cui il creditore deve coinvolgere il debitore-dante causa e a tal fine occorre, ed però anche sufficiente, che egli notifichi il ricorso di intervento anche al debitore e che nel ricorso dichiari di intervenire ai sensi dell'art. 2929-bis c.c., esplicitandone i presupposti ([39]) ([40]).

II.2 La forma dell'esecuzione in genere e in caso di atto segregativo non traslativo.

La legge stabilisce la forma dell'esecuzione da seguire in caso di trasferimento del bene a terzi: "Quando il bene, per effetto o in conseguenza dell'atto, è stato trasferito a un terzo, il creditore promuove l'azione esecutiva nelle forme dell'espropriazione contro il terzo proprietario"([41]).

L'esecuzione ha ad oggetto un bene del terzo ([42]) e pertanto la forma dell'esecuzione è quella disciplinata dagli art. 603 e 604 c.p.c. ([43]).

Occorre che il titolo esecutivo e il precetto siano notificati al debitore ed al terzo proprietario; il precetto e l'atto di pignoramento devono contenere l'indicazione dell'immobile che si intende espropriare, il riferimento all'art. 2929 bis -essenziale a spiegare perché il procedente, pur avendo un titolo esecutivo contro il dante causa, si rivolge al terzo-, l'indicazione che il bene è

37 Bove, Profili processuali dell'art. 2929 bis, c.c., in Riv. esec. forzata, 2016, 171.

38 Opinare in tal senso comporta che il creditore del dante causa potrebbe solo pignorare a propria volta il bene ai sensi dell'art. 2929 bis, c.c.; con la conseguenza che, ove la trascrizione del pignoramento fosse successiva alla trascrizione del pignoramento del creditore del terzo, questi sarebbe preferito.

39 Così anche Dominicis, L'art. 2929 bis c.c. e l'azione esecutiva revocatoria, in Giur.it., 2016, 2046.

40 A proposito della posizione dell'intervenuto, merita incidentalmente evidenziare che la trascrizione del pignoramento del procedente giova solo al procedente medesimo e non anche all'intervenuto e che, pertanto, se, per qualunque ragione, la trascrizione del pignoramento eseguita dal procedente viene cancellata e il terzo assoggettato all'esecuzione, cui il bene pignorato è stato trasferito dal debitore dell'intervenuto, cede il bene di nuovo e l' atto di cessione viene trascritto, il creditore intervenuto è pregiudicato.

41Art. 2929 bis, comma 2.

42 Il creditore può, con la trascrizione del pignoramento, rendere l'atto traslativo a sé inopponibile; ciò non toglie che l'atto mantenga il suo effetto traslativo; dacché la giustificazione della necessità di seguire le forme dell'esecuzione presso il terzo proprietario.

43 E' da precisare che se il bene è trasferito al terzo non per intero ma pro quota, il creditore deve procedere secondo le forme dell'espropriazione dei beni indivisi (art.599 c.p.c.).

stato oggetto di atto a titolo gratuito a favore del terzo, l'indicazione della data di trascrizione dell'atto stesso; il precetto deve contenere la dichiarazione di avvenuta notifica del titolo esecutivo anche al terzo e il pignoramento deve contenere la dichiarazione di avvenuta notifica del titolo esecutivo e del precetto anche al terzo.

La legge non regola la forma dell'esecuzione in caso di atto di segregazione non traslativo ([44]).

In dottrina si registrano due tesi: per l' una, devono sempre essere seguite le forme dell'esecuzione contro il debitore ([45]); per l'altra, occorre invece distinguere a seconda che l'amministrazione del bene rimanga al debitore disponente oppure venga attribuita ad un terzo: se l'amministrazione resta al debitore ([46]), devono essere seguite le forme dell'espropriazione presso il debitore; se l'amministrazione viene affidata ad un terzo, devono essere seguite le forme del pignoramento sia contro il debitore sia contro il terzo proprietario, giacché, sebbene l'amministratore non sia pieno proprietario ma sia titolare di una posizione funzionale ai bisogni di terzi, l'adozione (anche) delle forme del pignoramento contro il terzo proprietario si impone al fine di sottrarre i beni a tale disponibilità funzionale ([47]).

---

44 In caso di segregazione traslativa, si seguono le forme dell'espropriazione presso il terzo proprietario. Merita aggiungere, per quanto concerne il fondo patrimoniale, che, se il bene segregato appartiene ad entrambi i coniugi, e il creditore personale di uno di essi agisce ex art. 2929 bis, c.c., allora l'esecuzione deve avvenire con le forme dell'espropriazione di beni indivisi (art. 599 c.p.c.) -come già detto alla nota precedente-, ove il bene sia oggetto di comunione ordinaria mentre deve avvenire con le forme dell'espropriazione nei confronti del debitore quando si tratta di bene oggetto di comunione legale (sul punto, v. Cass. sentenza n.6575 del 14/03/2013: "La natura di comunione senza quote della comunione legale dei coniugi comporta che l'espropriazione, per crediti personali di uno solo dei coniugi, di un bene (o di più beni) in comunione abbia ad oggetto il bene nella sua interezza e non per la metà, con scioglimento della comunione legale limitatamente al bene staggito all'atto della sua vendita od assegnazione e diritto del coniuge non debitore alla metà della somma lorda ricavata dalla vendita del bene stesso o del valore di questo, in caso di assegnazione").

E' opportuno altresì precisare che in caso di destinazione di un bene ad un trust (non autocostituito), si ha il trasferimento del bene in favore non del trust ma in favore del trustee (che ne diventa proprietario nell'interesse del beneficiario, il quale, a sua volta, ne diventerà proprietario nel momento di effettivo godimento delle relative utilità giuridiche) e che quindi l'espropriazione deve essere condotta contro quest'ultimo (Cass. 27/01/2017, n. 2043: "Il pignoramento di beni immobili eseguito nei confronti di un "trust" in persona del "trustee", e non di quest'ultimo, è illegittimo, in quanto il "trust" è un ente privo di personalità giuridica, costituendo un mero insieme di beni e rapporti destinati ad un fine determinato, formalmente intestati al "trustee", il quale è l'unico soggetto che, nei rapporti con i terzi, è titolare dei diritti conferiti nel patrimonio vincolato: ne deriva che il giudice dell'esecuzione, nell'ambito della verifica in ordine all'esistenza delle condizioni dell'azione esecutiva, può disporre d'ufficio la chiusura anticipata della procedura esecutiva").

45 Bove, op. cit., 163.

46 Come, ad esempio, nel caso del fondo patrimoniale costituito dai coniugi con beni comuni.

47Questa seconda tesi è sostenuta da Di Sapio, L'art. 2929 bis dalla prospettiva della tutela dell'affidamento dei terzi, in Diritto ed economia dell'impresa, 347.

Va peraltro evidenziato che la categoria stessa dell'atto segregativo, attributivo del potere di gestione ma non traslativo, è (una categoria) controversa dato che, per un forte orientamento dottrinario, il potere di gestione integra il contenuto di una posizione di diritto reale -variamente descritta come atipico diritto di proprietà nell'interesse altrui ([48]) o come atipico diritto di gestire il bene e di disporne, separato dalla titolarità (che resta al conferente conformandosi come "aspettativa su ciò che avanzi del fondo quando esso abbia esaurito la sua funzione") ([49]) o, ancora, come diritto di usufrutto o assimilabile all'usufrutto ([50]), e quindi l'atto attributivo di quel potere di gestione è un atto (costitutivo e) traslativo. L'adesione a questo orientamento non incide sulla conclusione per cui, nel caso dell'atto (da considerarsi) traslativo, devono essere adottate le forme della espropriazione contro il debitore e contro il terzo proprietario, tranne che nell'ipotesi in cui il diritto del terzo sia configurato come usufrutto in senso stretto, perché allora dovrebbe applicarsi il capoverso del secondo comma dell'art. 2929 bis, c.c. ([51]).

III.3 Il termine annuale tra la trascrizione dell'atto a titolo gratuito e la trascrizione del pignoramento.

L'art. 2929 bis stabilisce che il creditore deve trascrivere il pignoramento entro un anno dalla trascrizione dell'atto pregiudizievole ([52]).

Si tratta di un termine di decadenza; non si applicano quindi le regole sulla sospensione e sulla interruzione ([53]).

48 Graziadei, Diritti nell'interesse altrui, Trento, 1995, 480 ss.

49 Oppo, Patrimoni autonomi familiari ed esercizio di attività economica, in Scritti Giuridici V, Persona e famiglia, Padova, 1992, 318.

50 Parla di usufrutto tout court, Carresi, Fondo patrimoniale, voce Enc. Giur Treccani, Roma, 1988, p.2; parla di "usufruttto legale", Gabrielli, Patrimonio familiare e fondo patrimoniale, voce Enc. Dir., vol. XXXII, Milano, 1982, 296.

51 Sul quale vedi, nel testo, il paragrafo conclusivo.

52 Il termine può essere abbastanza stretto per il creditore che non disponga di un titolo esecutivo fino da prima della trascrizione dell'atto pregiudizievole: il creditore dovrà infatti conseguire il titolo, il ché potrà fare attivandosi in via monitoria e prospettando in ricorso l'esigenza del rispetto del termine come motivo della richiesta di provvisoria esecutività, provvedere alla notifica del titolo e del precetto, il ché potrà trovare ostacolo nel fatto che il debitore o il terzo si rendano irreperibili proprio per ritardare la notifica, infine trascrivere il pignoramento, per il ché occorrono di regola almeno 60 giorni dalla data della emissione della formula esecutiva. E' necessario quindi che il creditore monitori costantemente la pubblicità immobiliare per essere subito avvisato della trascrizione dell'atto traslativo o "segregativo". Per questi rilievi, v. Ceccacci, L'art. 2929 bis c.c., dalla prospettiva delle banche, in Diritto ed economia dell'impresa, 2016, 374 s.

53 Cirulli, La riforma del processo esecutivo, www.judicium.it, 2015, 8.

Il mancato rispetto del termine può essere contestato in sede di opposizione e non è rilevabile d'ufficio.

Ove si ammetta che tra i beni mobili "iscritti in pubblici registri"possano essere incluse le quote di srl, il termine annuale entro cui deve essere trascritto il pignoramento decorre dalla data della iscrizione dell'atto avente ad oggetto tali quote, nel registro delle imprese ex art. 2471 c.c. ([54]).

L'ultimo comma dell'art. 2929 bis, c.c. stabilisce che "L'azione esecutiva di cui al presente articolo non può esercitarsi in pregiudizio dei diritti acquistati a titolo oneroso dall'avente causa del contraente immediato, salvi gli effetti della trascrizione del pignoramento".

La norma ha riguardo solo all'acquisto dal contraente immediato.

Essa va tuttavia interpretata estensivamente perché l'esigenza di tutela del creditore è identica e identicamente prevalente rispetto all'interesse dell'acquirente, tanto che si tratti di acquirente dall'avente causa tanto che si tratti di acquirenti successivi, sempre che in questo caso siano gratuiti anche tutti gli acquisti precedenti.

A proposito degli atti a titolo gratuito, successivi al primo, "il termine dell'anno decorrerà dal primo dei negozi e non da ciascuno di essi (atto pregiudizievole, per la norma resta quello considerato dal 1° co.)"([55]).

Per ciò che concerne l'atto di costituzione di un fondo patrimoniale, si è posta la questione del coordinamento della previsione normativa che ancora la decorrenza del termine alla trascrizione, con la doppia pubblicità dell'atto costitutivo e di dotazione del fondo, soggetto ad annotamento ex art. 162 c.c. e a trascrizione ex art. 2647 c.c.

54 La inclusione delle quote di srl tra i beni mobili "iscritti in pubblici registri", è discussa: in senso contrario, Pagliantini, A proposito dell' art. 2929 bis c.c.: la tutela del credito tra esecuzione forzata speciale e deterrenza, in Europa e Diritto Privato, 2017, 167 s., rifacendosi a Proto Pisani, Profili processuali dell'art. 2929 bis c.c. cit., 136; Muritano, Il nuovo art. 2929 bis c.c.: quale futuro per la protezione del patrimonio familiare?, in www.dirittobancario.it, 5 e nota 11, il quale, richiamata la sentenza della Corte di Cass. n. 22361 del 21.10.2009 ("La quota di partecipazione in una società a responsabilità limitata esprime una posizione contrattuale obiettivata, che va considerata come bene immateriale equiparabile al bene mobile non iscritto in pubblico registro ai sensi dell'art. 812 cod. civ."), sostiene che "la norma, in considerazione del vulnus che determina sulla sicurezza della circolazione giuridica, dovrebbe essere di stretta interpretazione"; favorevole invece Bove Profili processuali dell'art. 2929-bis c.c., in Riv. es. forzata, 2016, 160, n. 13.

55 Così Capponi, Qualche sparsa osservazione sull'art. 2929-bis c.c. "ripensato" nell'estate 2016, in Riv. esec. forzata, 2016, 620.

In dottrina è stato affermato sia che debba farsi riferimento alla trascrizione ([56]) sia che debba farsi riferimento invece alla "trascrizione e alla annotazione"([57]).

La questione merita maggiore un approfondimento.

Occorre intanto richiamare l'opinione consolidata in giurisprudenza, che riconosce alla annotazione effetti dichiarativi e assegna alla trascrizione funzione solo di notizia([58]).

Occorre poi richiamare l'insegnamento della dottrina largamente maggioritaria ([59]), per cui, nell'ipotesi di atto di conferimento con efficacia traslativa della proprietà del bene, sono necessarie due trascrizioni e precisamente, una, ai sensi dell'art. 2643, n. 1 o 3, c.c., a carico del disponente ([60]) e a favore dei coniugi o del coniuge a cui sia trasferito il bene, e una, ai sensi dell'art. 2647 c.c., al fine di far emergere il vincolo di indisponibilità, a carico dei coniugi o del coniuge a favore dei quali o de1quale è stato disposto il trasferimento ([61]) ([62]); nell'ipotesi in cui l'atto di conferimento non sia traslativo della proprietà del bene ma sia (costitutivo e al tempo stesso)

56 Oberto, op. cit, 52 s. il quale sottolinea che la trascrizione, "in realtà in molti casi viene omessa perché ritenuta... non più necessaria perché degradata a mera pubblicità notizia secondo l'insegnamento della giurisprudenza di legittimità".

57 Bove, op.cit.,161, nota 14.

58 Tesi consolidatasi a seguito della sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, n. 21658 del 13/10/2009, la quale ha precisato che "la costituzione del fondo patrimoniale di cui all'art. 167 cod. civ. è soggetta alle disposizioni dell'art. 162 cod. civ., circa le forme delle convenzioni matrimoniali, ivi inclusa quella del quarto comma, che ne condiziona l'opponibilità ai terzi all'annotazione del relativo contratto a margine dell'atto di matrimonio, mentre la trascrizione del vincolo per gli immobili, ai sensi dell'art. 2647 cod. civ., resta degradata a mera pubblicità-notizia e non sopperisce al difetto di annotazione nei registri dello stato civile, che non ammette deroghe o equipollenti, restando irrilevante la conoscenza che i terzi abbiano acquisito altrimenti della costituzione del fondo". In dottrina, considerano la annotazione come necessaria per poter opporre ai terzi il vincolo di indisponibilità e parlano di pubblicità con funzione dichiarativa, Palermo, La disciplina della pubblicità nella riforma del diritto di famiglia, in Riv. notariato 1975, 750 ss.; Gabrielli, Questioni recenti in tema di pubblicità immobiliare, in Contratto e impresa, 1989, 809 ss.; Gazzoni, La trascrizione immobiliare,42 ss., Commentario cod civ., t. II, sub artt. 2646-2651, Milano, 1993, 42. Parlano invece di valore costitutivo della annotazione, Feola, Il Diritto di Famiglia, Trattato diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo e continuato da G. Bonilini, vol II, Il regime patrimoniale della famiglia, Torino, 2004, p. 520; De Paola, Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale, Milano, 1995, 114 ss. e 125 ss. Le due impostazioni divergono perché la seconda, a differenza dalla prima che vede nell'annotazione un elemento esterno alla convenzione matrimoniale, attribuisce alla annotazione il ruolo di elemento che si unisce alla convenzione in una fattispecie a formazione progressiva dal cui completamento discendono gli effetti tipici dell'istituzione del fondo. Non è questa la sede per affrontare a fondo la questione della correttezza dell'una o dell'altra impostazione, bastando evidenziare la convergenza di esse sotto il profilo che qui interessa, del prodursi degli effetti della convenzione riguardo ai terzi.

59 Tra altri, De Rubertis, La trascrizione del vincolo derivante da fondo patrimoniale, in Dir. Fam., 1981,1087; Auletta, Il fondo patrimoniale, in Commentario Schlesinger al cod. civ., Milano 1992, 155; Gazzoni, La trascrizione immobiliare, ibidem, II, Artt. 2646-2651, 52; Feola, op. cit., 521 e note di richiami 64 e 65.

60 La trascrizione deve avvenire ai sensi del' art. 2643, n. 1 in caso di conferimento da parte di un terzo, ai sensi dell'art. 2643, n. 3 in caso di conferimento da parte di uno dei coniugi, proprietario esclusivo del bene.

61 Feola, op.cit., 521 e note di richiami 64 e 65; A. Zaccaria-S. Troiano, Gli effetti della trascrizione, Torino, 2008, 219 s.

62 Analoga necessità di doppia trascrizione vale per i beni mobili registrati ex art. 2684 c.c.

traslativo del solo diritto di gestione del bene, sono necessarie una trascrizione a carico del conferente (il terzo o il coniuge proprietario esclusivo) e a favore di entrambi i coniugi (in caso di conferimento da parte del terzo) o del solo coniuge non proprietario (in caso di conferimento da parte dell'altro), ai quali o al quale viene attribuito un diritto di usufrutto o assimilabile all'usufrutto, ai sensi dell'art. 2643, n. 2, c.c. o dell' art. 2645, c.c. ([63]), e, ancora, la trascrizione finalizzata a far emergere il vincolo di indisponibilità, a carico dei coniugi o del solo coniuge non proprietario, ex art. 2647 c.c.

In conseguenza di questo sistema, alla trascrizione, ex art. 2643 c.c. o 2645 c.c., nei registri particolari del singolo bene conferito, si correla l'opponibilità dell'atto traslativo mentre alla annotazione a margine dell'atto di matrimonio, si correla l'opponibilità del vincolo di indisponibilità.

Nell'ulteriore ipotesi di atto di conferimento posto in essere nell'ambito della convenzione istitutiva del fondo patrimoniale, conclusa tra i coniugi riguardo ad un bene ad essi comune, senza, quindi, alcun effetto traslativo (della proprietà o dell'usufrutto) ma con effetto esclusivamente "segregativo", vi è solo la trascrizione del regime patrimoniale istitutivo del vincolo, a favore e a carico di entrambi i coniugi, ex art. 2647 c.c.

Tutto ciò considerato, le due tesi sopra riportate paiono riferibili a quest'ultima ipotesi.

La prima tesi è legata alla lettera della legge ed è coerente con l'impostazione critica verso l'orientamento giurisprudenziale sopra richiamato e che ravvisa nella trascrizione la forma di pubblicità con funzione dichiarativa ([64]).

La seconda tesi (con le specificazioni di cui subito infra) appare preferibile perché l'interpretazione rigida della lettera della legge non consente di tener conto della specificità del sistema pubblicitario del fondo patrimoniale, siccome interpretato dalla giurisprudenza con l'avallo di vasta dottrina e soprattutto trascura di considerare che se la ratio legis è quella di

63 Precisamente: la trascrizione dovrebbe avvenire ai sensi dell'art. 2643 n.2, qualora il diritto attribuito al gestore sia ricondotto all'usufrutto, ai sensi dell'art. 2645, qualora sia qualificato come diritto reale atipico.

64 In questo senso, ritenendo l'art. 162 c.c. non applicabile al fondo, Oberto, La pubblicità dei regimi patrimoniali della famiglia, in Riv. dir. civ., 1996, 240; Triola, Trascrizione, voce Enc. Dir., Milano 1992, 952; Tullio, Annotazione e trascrizione del fondo patrimoniale, in Famiglia persoane e successioni, 206, 543 ss.; in termini anche L. Ferri, Forma e pubblicità del regime patrimoniale della famiglia, in Riv., trim. dir. e proc., civ, 1988, 66, secondo cui la annotazione ha riguardo alle sole convenzioni matrimoniali "programmatiche", ossia alle convenzioni riguardanti beni acquistati in seguito e che non possono essere pubblicizzate mediante trascrizione proprio per la assenza di beni al momento della stipula; la annotazione non ha riguardo invece alla convenzione istitutiva del fondo patrimoniale, immediatamente suscettiva di trascrizione con gli ordinari effetti di pubblicità dichiarativa.

"colpire il debitore che "sottrae"beni al creditore mediante un atto a lui opponibile, l'espressione "data in cui l'atto è stato trascritto"va intesa –per gli atti aventi a oggetto immobili che prevedono per l'opponibilità un mezzo diverso dalla trascrizione- come "data in cui l'atto è stato reso opponibile"([65]).

Pertanto: in caso di vincolo non traslativo, il termine non decorre fino alla annotazione e la trascrizione (ai sensi dell'art. 2647 c.c.) non conta, perché fino alla annotazione non vi è, per il creditore procedente, né un atto di destinazione né un pregiudizio e quindi il creditore può agire ordinariamente contro il debitore senza riferimento all'art. 2929 bis; in caso di convenzione istitutiva del fondo con conferimento traslativo, il termine annuale decorre dalla data della annotazione del regime patrimoniale se la annotazione è eseguita prima della trascrizione (ai sensi dell'art. 2643 c.c. o dell'art. 2645 c.c.); nello stesso caso, il termine decorre invece dalla trascrizione, se questa è eseguita prima della annotazione, rilevando la situazione, allora, non come atto segregativo del bene conferito nel fondo patrimoniale ma come atto traslativo; in caso di successiva esecuzione delle due forme pubblicitarie dell'atto di conferimento atto traslativo, il termine resta ancorato alla data della prima pubblicità e non si sposta in avanti a partire dalla seconda, in quanto è dalla prima che si verifica l'emersione dell'atto in una delle due forme prese in considerazione dalla norma ([66]) come presupposto per l'esercizio (tempestivo) del diritto di procedere al pignoramento.

III.4 Il rapporto tra il meccanismo previsto dall'art. 2929 bis, c.c. e l'azione revocatoria.

L'introduzione dell'art. 2929, bis c.c., ha fatto sorgere il problema del rapporto tra il meccanismo previsto da tale articolo e l'azione revocatoria.

Merita premettere che l'uno è tutt'altra cosa rispetto all'altra: si tratta infatti non di un'azione volta alla conservazione della garanzia patrimoniale ma di un mezzo di soddisfacimento diretto del credito ([67]); esso si sostanzia nel riconoscimento, in favore del creditore (che si trovi nelle

65 Muritano, L'articolo 2929-*bis,* cod. civ. e la protezione del patrimonio familiare, in www.euroconference.it, 2016, 1, 7.

66 La forma dell' atto segregativo o dell' atto traslativo.

67 In questo senso, anche Di Sapio, Introduzione all'art. 2929 bis c.c. e al novellato art. 64 l. fall, in Diritto ed economia dell'impresa, 2016, fasc. 2, 215 s.

condizioni di cui al primo comma della norma), del diritto di rendere inefficace l'atto pregiudizievole mediante la trascrizione del pignoramento ([68]); si tratta di uno strumento che opera sul piano sostanziale e non processuale. Le definizioni che ne sono state date di "revocatoria per saltum", "revocatoria semplificata", "revocatoria accelerata"e simili, sono fuorvianti: se il debitore, il terzo o un qualche altro interessato non propongono opposizione all'esecuzione, non vi è alcuna azione né alcuna pronuncia giudiziale di sorta ([69]) ([70]).

Tanto premesso, secondo una tesi ([71]), il rapporto tra il nuovo mezzo di tutela del credito e la revocatoria è tale per cui, laddove l'ambito di applicazione dell'uno e quello dell'altra coincidono, il creditore non può più agire in revocatoria.

Ciò in quanto, considerato che "sul piano della successione delle leggi nel tempo, l'art. 2929 bis, c.c., si presenta come una norma di natura speciale o eccezionale rispetto all'art. 2901 c.c. e quindi, in base al principio espresso nel brocardo lex posterior derogat priori, parzialmente abrogativa della stessa disposizione", l'eventuale azione revocatoria sarebbe inammissibile per difetto di una disposizione a tutela della posizione giuridica vantata dall'attore, oppure in quanto, considerato che il meccanismo dell art. 2929 bis consente di aggredire direttamente il bene alienato o vincolato e rende la revocatoria "superflua", l'eventuale azione revocatoria, oltre ad

68 Non è corretto parlare di inefficacia (temporanea) "legale" dell'atto; l'inefficacia non deriva direttamente dalla legge; è determinabile dal creditore mediante la trascrizione del pignoramento.

69 La tesi di Lai, Atto gratuito, superfluità dell'azione revocatoria e tutela del terzo, Riv. Esec. forzata, 2016, 367, per cui la norma non opererebbe sul piano sostanziale ma sul piano processuale perché si sostanzierebbe nell'inversione dell'ordine tra cognizione ed esecuzione rimettendo all'esecutato o ai terzi l'onere di instaurare il giudizio di merito dopo la notifica del precetto o l'inizio dell'esecuzione non è condivisibile: l'atto, se non fosse (stato) reso inefficace dal creditore, non potrebbe essere attaccato se non previo esperimento di una azione che producesse l'inefficacia.

70 Dal fatto che il meccanismo previsto dall'art. 2929 bis sia altro rispetto alla azione revocatoria derivano varie conseguenze: in primo luogo, ai fini della ripartizione dell'onere della prova sulla sussistenza dei presupposti applicativi dell'art. 2929 c.c., in caso di opposizione (salvo i maggiori approfondimenti che saranno svolte oltre nel testo, fin d'ora si evidenzia che), la alterità segnalata comporta che non si possa traslare all'opposizione contro l'esecuzione ex art. 2929 bis quanto vale in tema di revocatoria (dove l'onere della prova grava sul creditore sia pure con le semplificazioni del caso introdotte dalla giurisprudenza); in secondo luogo, la trascrizione del pignoramento o l'intervento ex art. 2929 bis, c.c., non determinano l'interruzione della prescrizione quinquennale della azione revocatoria; in terzo luogo, l'opposizione non sospende automaticamente l'esecuzione iniziata ex art. 2929 bis. c.c. (mentre, se l'art. 2929 bis configurasse una revocatoria ritardata, poiché l'esecuzione è possibile laddove sia stata proposta una revocatoria solo a seguito del passaggio in giudicato della sentenza, dovrebbe aversi una automatica sospensione dell'esecuzione).

71 M. Dominici, L'art. 2929 bis c.c. e l'azione esecutiva revocatoria, in Giur.it., 2016, 2046.

integrare un "abuso del processo"([72]), andrebbe incontro ad una sentenza di rigetto in rito per difetto della condizione di cui all'art. 100 c.p.c.

Prevale tuttavia la tesi opposta, in forza della quale, pur dopo l'introduzione del nuovo istituto, il creditore ha la facoltà di ricorrere all'azione revocatoria ordinaria anche nell'ipotesi in cui l'atto pregiudizievole rientri fra quelli che legittimano l'immediato pignoramento ex art. 2929 bis c.c. e l'attore risulti munito di titolo esecutivo per un credito anteriore al suo compimento ([73]).

Questa tesi tra fondamento dalla lettera dell'art. 2929 bis, c.c. laddove è previsto che il creditore, in presenza delle condizioni stabilite nella prima parte del primo comma della norma, può precedere ad esecuzione forzata "ancorché non abbia preventivamente ottenuto sentenza dichiarativa di inefficacia"(se trascrive il pignoramento nel termine di un anno dalla data in cui l'atto è stato trascritto): la disposizione contenuta nell'art. 2929 bis, c.c. è sì speciale rispetto a quella contenuta nell' 2901 c.c. ([74]) e tuttavia essa, per come è formulata, non è incompatibile con la norma generale né quindi tacitamente abrogativa della norma generale; essa, al contrario, si (è) affianca(ta) alla norma generale dando al creditore l'alternativa tra il procedere al pignoramento immediato e chiedere la revocatoria.

La tesi maggioritaria si basa anche su considerazioni relative all'interesse ad agire in revocatoria per chi può agire ex art. 2929 bis: nei casi in cui vi sia incertezza sulla sussistenza dei presupposti dell'esecuzione immediata e comunque e massimamente nel caso in cui sia stata proposta opposizione ai sensi dell'art. 2929 bis, comma 3°, il creditore, agendo esecutivamente beneficia degli effetti della trascrizione del pignoramento ma solo agendo in revocatoria (anche riconvenzionalmente rispetto all' opposizione), beneficia degli effetti della trascrizione della domanda giudiziale, di cui agli artt. 2901, comma 4 c.c., e dell'art. 2952 c.c., e pertanto evita di soccombere nell'eventuale conflitto con il terzo subacquirente dall'avente causa del debitore o con

72 Parla di abuso del processo, Tedoldi, Le novità in materia di esecuzione forzata nel d.l. n. 83/2015 … in attesa della prossima puntata …, cit., p. 157, il quale peraltro non dice come l'abuso sia sanzionato.

73 Proto Pisani, Profili processuali del'art. 2929 bis c.c., in Foro it. 2016, co. 137 ss; Oliviero, La revocatoria "semplificata" degli atti gratuiti: profili problematici, in Le nuove leggi civili commentate 2016, 1181 ss, in part. 1229 ss; parla di strumenti alternativi, pur senza approfondire particolarmente, Mir. Bianca, Il nuovo art. 2929-bis, del codice civile: riflessioni sparse sulla tutela dei creditori contro atti abusivi, in Riv. dir. civ., IV, 2016,.1149; Bonini, Dall'azione revocatoria all'espropriazione anticipata: la tutela dei creditori rispetto agli atti di destinazione, in Giur. it., 238; Campi, Il nuovo articolo 2929 bis c.c., tra inefficacia presunta, espropriazione anticipata e libertà negoziale, in Riv. esec. forzata, 2016, 383.

74 Il rapporto di specialità si ha allorché, in una stessa materia, una disposizione (speciale) regola solo un certo numero di casi in modo diverso da come l'altra (disposizione generale) regola tutti gli altri casi.

il terzo creditore ipotecario o creditore pignoratizio dell'avente causa del debitore, che abbiano trascritto il loro titolo o il pignoramento dopo la trascrizione della domanda, ove l'opposizione sia accolta ([75]).

Può infine aggiungersi che la tesi maggioritaria, a differenza della tesi minoritaria, non espone il creditore il quale si trovi in una situazione di assenza di certezza assoluta sui presupposti dell'art. 2929 bis, c.c. all'alternativa tra agire ugualmente ex art. 2929 bis per non incorrere nella dichiarazione di inammissibilità dell'azione ex art. 2901 c.c., potendo però incorrere nella sanzione della responsabilità per danni ove fosse ritenuto in colpa per avere agito ex art. 2929 bis senza avere certezza della possibilità di avvalersi della norma, oppure agire ex art. 2901 c.c., per non incorrere in sanzioni, ma col rischio di andare incontro ad una pronuncia di inammissibilità.

Detto questo quanto alla coesistenza del meccanismo di cui all'art. 2929 bis e dell'azione revocatoria, occorre guardare ad ulteriori profili problematici del rapporto tra l'uno e l'altra.

Vi è, innanzi tutto, quello relativo al se l'azione revocatoria resti esperibile per il creditore che non abbia agito ex art. 2929 bis, c.c. entro l'anno dalla trascrizione dell'atto pregiudizievole ([76]).

Secondo una tesi, la risposta dovrebbe essere negativa o perché, trascorso l'anno, vi sarebbe un legittimo affidamento delle parti del negozio pregiudizievole sulla ormai acquisita stabilità dello stesso ([77]) o perché, trascorso l'anno, «il soddisfacimento del creditore non è stato pregiudicato dall'alienazione a titolo gratuito effettuata dal debitore, ma dall'inerzia del creditore che, pur potendo eseguire il pignoramento ex art. 2929 bis c.c. in virtù della temporanea inopponibilità ex lege, non ha proceduto all'esecuzione entro l'anno dalla trascrizione» ([78]).

La tesi non appare convincente: al primo argomento è da obiettare non solo che esso finisce per porre ingiustificatamente il creditore facultizzato ad agire ex art. 2929 bis, c.c. in una posizione peggiore rispetto al creditore privo di titolo esecutivo, posto che quest'ultimo, a differenza del primo, potrebbe agire ex art. 2901 c.c. anche dopo l'anno, ma soprattutto che esso

75 Sul punto, Miccolis, Brevi riflessioni sull'art. 2929 bis c.c., in Riv. es. forzata, 2016, 339 ss.

76 Questo problema si pone anche per chi ritiene che il meccanismo di cui all'art. 2929 bis renda l'actio pauliana inammissibile potendo l'inammissibilità essere limitata al periodo di un anno dalla trascrizione dell'atto in cui è esperibile l'azione ex art. 2929 bis.

77 Pagliantini, A proposito dell'art. 2929-bis c.c.: la tutela del credito tra esecuzione forzata speciale e deterrenza, Europa e diritto privato, 2017, 172.

78 Federico, Alienazioni a titolo gratuito e tutela dei creditori ex art. 2929 bis c.c., in Rass. Dir. civ., 2016, 805.

postula un legittimo affidamento delle parti del negozio pregiudizievole, che non è postulabile perché l'atto rimane sottoponibile a revocatoria per iniziative di altri creditori ([79]); al secondo argomento è da obiettare che esso confonde tra causa del pregiudizio e mancata attivazione per rimuovere il pregiudizio (il pregiudizio deriva in effetti dall'atto e non dal mancato esercizio del potere esecutivo finalizzato a rimuovere gli effetti dell'atto stesso).

In conclusione, quindi, in ordine a questo primo profilo problematico, deve dirsi che il creditore può procedere ex art. 2929 bis, c.c. per un anno dalla trascrizione dell'atto pregiudizievole e, trascorso l'anno, può ancora avvalersi della azione revocatoria.

Altri problemi ancora si pongono quando il creditore, dopo avere agito ex art. 2901 c.c., ovvero dopo aver ottenuto una sentenza di revoca non ancora definitiva, agisce con l'esecuzione immediata ex art. 2929 bis, c.c.

In primo luogo, vi è da qui da chiedersi se il creditore abbia o non, questa possibilità di agire.

In senso contrario, è stato affermato che il creditore, avendo agito in revocatoria, ha consumato il potere di agire in via esecutiva immediata perché il pignoramento diretto determina la "pendenza virtuale"-e suscettiva di divenire concreta con la proposizione dell'opposizione all'esecuzione- del petitum revocatorio ([80]).

L'affermazione non sembra condivisibile: oltre al rilievo per cui la coincidenza di oggetto tra eventuale opposizione e oggetto della revocatoria è possibile ma non necessaria perché l'opposizione potrebbe riguardare presupposti specifici dell'art. 2929 bis, c.c. quali l'anteriorità del credito o la tempestività della trascrizione del pignoramento, sta il rilievo generale per cui, proprio perché l'opposizione è solo un'ipotesi, non può ritenersi che essa osti al ricorso all'art. 2929 bis; ove poi l'opposizione venga effettivamente proposta e riguardi gli stessi profili oggetto della revocatoria, vi sarà la necessità di disporre la riunione della cause ai sensi dell'art. 39 c.p.c. o dell'art. 273 c.p.c.

79 Oliviero, op.cit., 1231.

80 De Cristofaro, La prospettiva processuale della Pauliana (note sull'introduzione del nuovo art. 2929 bis c.c.) (art. 12 D.L. 27 giugno 2015 n. 83 con modificazioni L. 6 agosto 2015 n. 132), in Le Nuove Leggi Civili Commentate, 2016, 453. Ne dovrebbe conseguire che il debitore o qualunque terzo interessato potrebbe proporre opposizione ai sensi dell'art. 615 c.p.c. e che il giudice dovrebbe dichiarare inesistente il diritto a procedere esecutivamente ex art. 2929 bis.

Né pare che sorgano difficoltà per il caso in cui, a seguito della opposizione all'esecuzione, vi siano i presupposti per la sospensione dell'esecuzione: tali difficoltà sono state ravvisate per il fatto che -si è detto- il giudice potrebbe sospendere l'esecuzione ma anche l'opposizione dovrebbe essere a sua volta sospesa in attesa della definizione della revocatoria e se poi, dopo l'accoglimento della revocatoria, fosse riassunta ai sensi dell'art. 297 c.p.c., potrebbe essere infine accolta per difetto dei presupposti specificamente richiesti dal primo comma dell'art. 2929 bis, c.c. ([81]); in realtà, una volta che il giudice dell'esecuzione abbia sospeso l'esecuzione nell'esercizio della sua competenza funzionale a provvedere sul punto, l'opposizione non dovrebbe essere a sua volta sospesa ma dovrà essere dichiarata la litispendenza o la connessione per pregiudizialità rispetto alla revocatoria, con conseguente applicazione dell'art. 39 c.p.c. e dell'art. 273 c.p.c.

Ciò detto, si pone poi il problema del se il pignoramento diretto determini il sopravvenire del difetto di interesse e la cessazione della materia del contendere relativamente alla revocatoria ordinaria.

Malgrado affermazioni in questo senso ([82]), non sembra che sia così perché «il "venir meno dell'interesse", suscettibile di portare alla pronuncia di cessazione della materia del contendere, deve essere oggettivo e concernere entrambe le parti del rapporto processuale [e] invece, nel caso di pauliana seguita da pignoramento diretto, non vi è alcun venir meno oggettivo delle ragioni del contendere (poiché le stesse potranno essere dispiegate nuovamente in sede di opposizione esecutiva) e l'unico interesse che risulterebbe parimenti (se non più intensamente) soddisfatto è quello del creditore, mentre resta del tutto priva di considerazione la prospettiva del debitore» ([83]).

Deve inoltre anche a questo proposito richiamarsi quanto si è osservato sopra e cioè che ([84]) chi ha agito ex art. 2929 bis, c.c., ha il beneficio degli effetti della trascrizione del pignoramento ex art. 2913 c.c., ma non ha il beneficio degli effetti della trascrizione della domanda giudiziale, di cui usufruisce invece chi agisce in revocatoria ai sensi dell' art. 2901, comma 4 c.c., e dell'art.

81 Bove, op. cit. 168 s., il quale sostiene che se è proposta opposizione all'esecuzione, il processo relativo all'opposizione viene sospeso ex art. 295 c.p.c. in attesa della definizione di quello pregiudiziale sulla revocatoria, in quanto la pretesa liberatoria oggetto della opposizione è condizionata nella sua fondatezza dalla revocabilità dell'atto posto in essere dal debitore esecutato.

82 P. Gallo, in Commentario del codice civile diretto da E. Gabrielli, Della tutela dei diritti, a cura di G. Bonilini e A. Chizzini, Milano, 2016, sub art. 2929 bis, 425 e Oberto, La revocatoria degli atti a titolo gratuito ex art. 2929 bis c.c. Dalla pauliana alla "renziana"?, cit., p. 54 ss.

83 M. De Cristofaro, La prospettiva processuale della pauliana (note sull'introduzione del nuovo art. 2929 bis c.c.), cit., p. 454.

84 Miccolis, Brevi riflessioni sull'art. 2929 bis c.c., in Riv. es. forzata, 2016, 339 ss.

2952 c.c.: pertanto, se il creditore agisce in applicazione dell'art. 2929 bis, c.c. può avere interesse a portare avanti anche la revocatoria per evitare di subire, in caso di accoglimento della opposizione all'esecuzione promossa ai sensi dell'art. 2929 bis, comma 3°, c.c., la perdita degli effetti della trascrizione del pignoramento senza avere frattanto acquisito gli effetti della trascrizione della domanda revocatoria.

In appendice merita osservare che mentre l'esperibilità dell'azione ex art. 2929 bis, c.c., mentre non esclude la revocatoria ordinaria, rende invece privo di interesse il ricorso per sequestro conservativo contro il terzo proprietario (a differenza di quanto avviene laddove vi sia da agire o si agisca con la revocatoria ordinaria).

III.5 Sulle opposizioni.

Il debitore, il terzo avente causa e qualunque altro interessato può proporre opposizione contro l'esecuzione preannunciata o intrapresa ex art. 2929 bis c.c., nelle forme dell'opposizione all'esecuzione, dell'opposizione agli atti esecutivi e dell'opposizione di terzo all'esecuzione.

Con l' opposizione all'esecuzione, che è regolata ordinariamente secondo gli artt. 615 e ss., c.p.c., il debitore e il terzo avente causa possono contestare, oltre che l'espropriabilità del bene, la sussistenza dei presupposti applicativi dell'art. 2929 bis, c.c.; possono quindi far valere che l'atto non ha recato pregiudizio al creditore ([85]), che il credito non è sorto prima dell'atto dispositivo, che l'alienazione non è avvenuta a titolo gratuito, che il pignoramento non è stato trascritto entro l'anno dalla trascrizione dell'atto, che il credito non esiste.

Quest'ultima contestazione, per quanto concerne il debitore e un credito portato in un titolo giudiziale, è soggetta al limite della litispendenza o del giudicato (per cui la contestazione non può essere fondata su ragioni che possono essere fatte valere o che avrebbero potuto essere fatte valere davanti al giudice del titolo), mentre per quanto concerne il terzo non è soggetta allo stesso limite perché il titolo giudiziale da cui risulta il credito, se è stato emesso all'esito di un processo in cui è stato parte il debitore, non è opponibile al terzo il quale non è un avente causa dal debitore rispetto alla situazione –il credito, appunto- oggetto di quel giudizio.

85 Il pregiudizio da valutare è quello presente al momento del compimento dell'atto mentre cambiamenti dello stato patrimoniale del debitore che intervengono successivamente non rilevano.

L'opposizione di terzo ex art. 619 c.p.c. è proponibile da parte del soggetto, diverso dal debitore-disponente e dall'avente causa dal debitore, "interessato alla conservazione del vincolo sul bene pignorato"([86]).

La tutela del debitore, del terzo avente causa e degli altri interessati trova un momento centrale nella sospensione dell'esecuzione ([87]): infatti, se l'esecuzione non è sospesa e il bene viene venduto, gli opponenti, pur vittoriosi, difficilmente, dati i tempi di esaurimento dell'opposizione rispetto a quelli di espletamento della procedura esecutiva, ottengono un risultato davvero utile, considerato che essi non possono mettere in discussione l'acquisto; in tale caso, il terzo può solo soddisfarsi sul prezzo in via subordinata rispetto al credito procedente e agli intervenuti, salvo il risarcimento del danno, spettante al debitore, al terzo e ad ogni altro interessato vittorioso, nei confronti del creditore che abbia agito senza la normale prudenza ed eventualmente anche nei confronti dell'acquirente in ipotesi di sua collusione con il creditore.

E' stato evidenziato ([88]) che l'art. 615, c.p.c. prevede che il giudice sospende "l'efficacia esecutiva del titolo"e che nel caso dell'opposizione a precetto fondata sull'insussistenza dei presupposti dell'art. 2929 bis, c.c., vengono in considerazione elementi che possono essere estranei al diritto di credito o al titolo esecutivo, talché deve ammettersi una interpretazione estensiva dell'art. 615, 1º comma, c.p.c., per adeguare la disciplina generale all'istituto dell'art. 2929 bis c.p.c., e deve dunque ammettersi che il giudice dell'opposizione a precetto possa dichiarare provvisoriamente improcedibile l'azione esecutiva, per difetto dei presupposti previsti dall'art. 2929 bis c.c.; per effetto di ciò "si verifica una particolare situazione processuale in cui, sospeso il procedimento esecutivo per difetto delle condizioni dell'art. 2929 bis, c.c., rimane pienamente efficace il titolo esecutivo … il creditore mantiene il diritto alla soddisfazione coattiva del diritto di credito incorporato nel titolo e, notificando nuovamente il precetto al debitore (senza alcuna indicazione del bene del terzo e senza riferimento all'art. 2929 bis, c. c.), può esperire il pignoramento sui beni dello stesso obbligato".

86 Possono essere tali, ad es., il coniuge o i figli maggiorenni non autonomi, in caso di aggressione di beni costituiti in fondo patrimoniale, il beneficiario del trust, in casi di pignoramento dei beni vincolati in trust. Questi soggetti possono anche intervenire in via adesivo-dipendente nel giudizio di opposizione all'esecuzione promossa dal debitore o dal terzo avente causa.

87 Sul punto, v. già nota 6.

88 Dominici, op. cit., 2048 ss.

III.6 Sulla ripartizione dell'onere della prova.

L'azione esecutiva ex art. 2929 bis c.c., è esperibile semplicemente allegando, nell'atto di precetto, che vi sono i presupposti per il relativo esperimento.

Il problema dell'onere della prova si pone allorché il debitore, il terzo avente causa dal debitore o un altro interessato, propongono opposizione all'esecuzione o, a seconda dei casi, opposizione di terzo all'esecuzione.

In dottrina si registrano due tesi.

Per l'una è onere del creditore opposto dare prova della esistenza dei requisiti applicativi della norma.

A sostegno si osserva che l'attore sostanziale è il creditore e quindi è il creditore colui che deve provare la esistenza dei presupposti della propria azione, contestati dal debitore o dal terzi ([89]), con una sorta di assimilazione della fattispecie in esame a quella del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo.

Si osserva inoltre che dalla previsione secondo cui sia la conoscenza del pregiudizio sia il pregiudizio sono suscettivi di contestazione da parte del debitore e del terzo, si desume che essi sono elementi costitutivi della fattispecie e, come tali, devono essere provati dal creditore ([90]).

Si sottolinea ancora che far gravare l'onere della prova sul terzo significherebbe, per un verso, creare una differenziazione tra creditori titolati e creditori non titolati, in quanto gli uni, a seguito dell'opposizione, non dovrebbe provare nulla, mentre gli altri, agendo in revocatoria, sarebbero tenuti a dare la prova dei presupposti della revocatoria stessa ([91]) e significherebbe, per altro verso, pregiudicare le esigenze di difesa del terzo ([92]).

Su questo secondo versante è richiamata l'elaborazione giurisprudenziale per cui, in sede di revocatoria contro atti a titolo gratuito, il creditore è sostanzialmente esentato dall'onere della prova dell' eventus damni e della scientia fraudis, perché l'uno e l'altra sono tratti per presunzione dalla alterazione qualitativa o quantitativa del patrimonio del debitore ma questa esenzione vale nei confronti del debitore (su cui è di fatto scaricato l'onere di dimostrare la sufficienza del suo

89 Bove, op. cit., 168.

90 Cirulli, Le nuove disposizioni in materia di espropriazione forzata contenute nella legge 30 giugno 2016, n. 119, in www.judicium.it, 34.

91 Lai, op.cit., 361.

92 Lai, op.cit., 373.

residuo patrimonio) ma non può valere per il terzo acquirente a titolo gratuito: non è ipotizzabile che questi possa avere sempre conoscenza della situazione patrimoniale complessiva del debitore (dai pubblici registri il terzo può sapere se il debitore ha diritti immobiliari o su mobili registrati ma non può sapere se ha disponibilità su conti correnti o strumenti finanziari) né dunque che sappia dello stato psicologico del debitore (la prova della ignoranza da parte del debitore del pregiudizio che l'atto arreca al creditore può essere data solo per presunzione desunta dalla prova della sussistenza di un patrimonio capiente e questa prova, come è stato appena detto, mentre può essere data dal debitore, di regola non può essere data -né pretesa- dal terzo).

Per l'altra tesi, è onere dell'opponente dare la prova della inesistenza dei presupposti applicativi della norma ([93]).

A supporto di questa tesi sta, in primo luogo, quanto si legge nella Relazione alla legge di conversione (da valorizzarsi come criterio ermeneutico, ai sensi dell'art. 12, 1° co., delle disposizioni preliminari al codice civile) dove si parla di presunzione di inefficacia; in secondo luogo, milita l'osservazione per cui la legge, consentendo l'esecuzione immediata senza un previo giudizio di cognizione, presume che i requisiti dell'azione esistano e quindi è onere dell'opponente provare i fatti costitutivi del fondamento della pretesa di conservare effetto ad un atto che, a seguito della trascrizione del pignoramento, ne è privo.

Sembra poi decisivo considerare che l'art. 2929 bis, c.c. è norma tesa a favorire i creditori di fronte ad atti che si presumono fraudolenti (tanto che possono essere resi immediatamente inefficaci): in coerenza con la ratio legis e con questa presunzione, l'onere della prova deve gravare non sul creditore ma su chi propone l'opposizione.

A quanto precede, si aggiunge che non può ipotizzarsi un parallelo con l'opposizione a decreto ingiuntivo perché in questa vi è una domanda dell'opposto, che è attore in senso sostanziale, e una contestazione di quella domanda da parte dell'opponente, che è convenuto in senso sostanziale, e, in linea con la posizione delle parti, l'onere della prova è ripartito ex art. 2697

93 In questo senso, ad esempio, Campi, Il nuovo articolo 2929 bis c.c., tra inefficacia presunta, espropriazione anticipata e libertà negoziale, in Riv. esec. forzata, 2016, 383; Capponi, Prime impressioni sugli aspetti processuali dell'art. 2929 bis c.c. (la tecnica del bypass applicata all'esecuzione forzata), cit., 64; V. Violante, L'esecuzione forzata senza revocatoria di cui all'art. 2929 bis c.c., cit, 597; Oberto, op. cit, 29; Smaniotto, op. cit., 585; Petrelli, Pignoramento di beni oggetto di vincoli di indisponibilità e di alienazioni gratuite – Pignoramento successivo, in www.gaetanopetrelli.it, Rassegna delle recenti novità normative di interesse notarile, primo semestre 2015, 2; Mauritano, op. cit., 23; R. Franco, La novella codicistica dell'art. 2929 bis, c.c.: tra accelerazione delle tutele creditorie e riflessioni sistematiche. Primo commento, in lodd.it, 2016, II, 50 in nota 4.

c.c.; diversamente, nell'opposizione all'esecuzione ex art. 2929 bis, c.c., non vi è alcuna domanda del creditore ma vi è una domanda dell'opponente che è attore sia in senso formale sia in senso sostanziale e che deve provare i fatti fondativi della propria pretesa volta a far accertare l'efficacia dell'atto di disposizione o dell'atto segregativo.

Quanto poi all'argomento tratto dalla previsione normativa secondo cui sia la conoscenza del pregiudizio sia il pregiudizio sono suscettivi di contestazione, è stato sottolineato ([94]) che "il 4° comma dell'art. 2929 bis, c.c., prevede che la contestazione deve riguardare i presupposti per l'esecuzione immediata o (esplicitando quello che peraltro era un presupposto implicito) il pregiudizio oggettivo arrecato dall'atto o (elemento aggiuntivo) la conoscenza, da parte del debitore, di quello specifico pregiudizio e così ribadisce che questo elemento, benché di certo non integrante un presupposto, deve essere contestato dall'opponente; la contestazione riguarda elementi costitutivi dell'azione esecutiva e un elemento diverso; questo, in quanto elemento diverso, non deve, ex art. 2697 c.c., essere dimostrato dal creditore ma sta a chi lo nega dimostrarne l'inesistenza e se ciò vale per questo elemento vale anche per gli altri in quanto elementi che la legge presume".

Infine anche l'affermazione per cui l'onere della prova non può gravare sul terzo perché ciò pregiudicherebbe le sue esigenze difensive in quanto il terzo di regola non ha modo di accertare l'integrale consistenza patrimoniale del debitore, è controbilanciata dall'affermazione, che ha pari consistenza, per cui anche il creditore può trovarsi nella condizione non ha modo di dimostrare che il debitore non ha una consistenza patrimoniale tale da escludere il pregiudizio prodotto dall'atto. Ed allora, tanto più tenuto conto della circostanza per cui il terzo sa che, acquisendo un diritto a titolo gratuito, è esposto per un anno dalla trascrizione dell'atto al rischio di vedere l'acquisto attaccato da un creditore del dante causa, fra il terzo che tende a conservare un'attribuzione ricevuta gratuitamente e il creditore che tende ad eliminare un pregiudizio, è da preferire il secondo.

III. 7 Il concorso tra creditori.

Il concorso tra creditori può aversi:

94 Capponi, Qualche sparsa osservazione sull'art. 2929-bis c.. "ripensato" nell'estate 2016, in Riv. esec. forzata, 2016, 619 ss.

-tra più creditori che agiscono tutti ex art. 2929 bis, c.c., sullo stesso bene con pignoramenti successivi e poi riuniti in base all'art. 493 c.p.c.;

-tra il creditore che agisce ex art. 2929 bis, c.c. e il creditore che, ai sensi dell'ultima parte del primo comma dello stesso articolo, interviene nell'esecuzione promossa da altri ([95]);

-tra il creditore che agisce ex art. 2929 bis e il creditore non munito di titolo esecutivo ma legittimato all'intervento secondo la normativa ordinaria dell'art. 499 c.p.c. Questa ipotesi è invero discussa perché vi è chi ritiene che, in ragione della eccezionalità dell'art. 2929 bis, possono intervenire nell'esecuzione promossa in base a tale norma solo coloro che hanno i requisiti di cui al primo comma della norma stessa ([96]). La soluzione estensiva (che tutela i creditori che hanno sequestrato il bene pignorato, i creditori garantiti da pegno o da prelazione risultante da pubblici registri ovvero titolari di somme di denaro risultanti da scritture contabili di cui all'art. 2214 c.c.) appare preferibile perché i creditori muniti dei requisiti di cui all'art. 499 c.p.c. sono considerati, proprio ex art. 499 c.p.c., meritevoli di una particolare tutela. L'intervento ex art. 499, comma 1, c.p.c. si risolve, ai sensi dell'art. 499, comma 2, c.p.c., nella legittimazione a partecipare alla distribuzione del ricavato;

-tra il creditore legittimato ad agire ex art. 2929 bis, c.c. e il creditore dell'avente causa che proceda al pignoramento del bene in via autonoma ed il cui pignoramento venga riunito con quello conseguente all'azione del creditore del dante causa, o che intervenga nell'espropriazione promossa ex art. 2929 bis, c.c.

Il concorso rifluisce nel riparto del ricavato dalla vendita o dalla assegnazione, ed è regolato sulla base della priorità della trascrizione del pignoramento: se il creditore del dante causa trascrive il pignoramento prima che il creditore dell'avente causa faccia altrettanto, il creditore dell'avente causa partecipa al concorso non su basi paritarie con il procedente ma, ex secondo comma dell'art. 2929 bis, c.c., subordinatamente rispetto a lui; se invece il creditore dell'avente causa trascrive il pignoramento prima che il creditore dell'avente causa trascriva il pignoramento ex art. 2929 bis, il creditore dell'avente causa prevale sul creditore del debitore.

95 Sul significato di questa parte dell'articolo 2929 bis, c.c., come legittimante l'intervento sia nell'esecuzione promossa da un creditore del debitore ai sensi dello stesso art. 2929 bis, c.c., sia nell'esecuzione promossa da un creditore del terzo avente causa dal debitore, v. sopra, punto II.1.

96 In questo senso, Oberto, La revocatoria degli atti a titolo gratuito ex art. 2929 bis c.c. Dalla pauliana alla "renziana"?, 12; in senso estensivo, invece, Finocchiaro, Creditore legittimato a pignorare il bene del suo debitore, in Guida al diritto, 2015. n. 31, 65.

In tutte le sopradette ipotesi di concorso, eventuali contrasti, anche involgenti la esistenza dei presupposti di applicazione dell'art. 2929 bis, c.c., sono risolti dal giudice dell'esecuzione in sede di distribuzione ex art. 512 c.p.c.

Non c'è concorso quando un creditore agisce ex art. 2929 bis e un altro agisce in revocatoria ordinaria; in tale caso, poiché non è possibile sospendere l'esecuzione forzata o la distribuzione del ricavato in attesa della definizione del giudizio revocatorio e del passaggio in giudicato della relativa sentenza, perché la sospensione contrasterebbe con la ratio dell'art. 2929 bis, si avrà che, dati i tempi della revocatoria fino al passaggio in giudicato della sentenza, il creditore che agisce in revocatoria è destinato, con l'introduzione dell'art. 2929 bis, ad essere pregiudicato perché ottiene, tramite la revocatoria, la possibilità di agire esecutivamente allorché il processo esecutivo è, di regola, ormai estinto ([97]).

III.8 Il capoverso del secondo comma.

Il capoverso del secondo comma dell'art. 2929 bis prevede che "se con l'atto è stato riservato o costituito alcuno dei diritti di cui al primo comma dell'art. 2812, il creditore pignora la cosa come libera nei confronti del proprietario. Tali diritti si estinguono con la vendita del bene e i terzi titolari sono ammessi a far valere le loro ragioni sul ricavato, con preferenza rispetto ai creditori cui i diritti sono opponibili"([98]).

97 Secondo Miccolis, op. cit., 351, occorre ipotizzare che la revocatoria provochi la sospensione dell'esecuzione o della distribuzione per evitare i dubbi di legittimità costituzionale che altrimenti si porrebbero. La tesi pare non condivisibile in quanto il principio di parità di trattamento tra creditori non ha copertura costituzionale e perciò l'art. 2929 bis, c.c., legittimamente privilegia i creditori che ex art. 2929 bis possono agire in via esecutiva immediatamente o intervenire nell'esecuzione da altri attivata. Sul punto, v. anche M. De Cristofaro, op.cit., 450.

98 Ad esempio: donazione con riserva di usufrutto, costituzione di un diritto di abitazione a favore del donatario. Ricorda Teodoldi, Le novità in materia di esecuzione forzata nel D.L. n. 59/2016 … terza e non ultima puntata della never ending story (sulle sofferenze bancarie), in Il corr. giur., 2016, 1336 ss. che "l'assegnazione della casa familiare a coniuge separato o divorziato non soltanto è un diritto personale di godimento non assimilabile ai suddetti diritti reali minori, ma non deriva mai da un atto a titolo gratuito: talché contro questa non potrà punto adoprarsi il pignoramento revocatorio *ex* art. *2929 bis* c.c., bensì unicamente l'*actio pauliana ex* art. 2901 c.c. o l'opposizione di terzo revocatoria *ex* art. 404, comma 2, c.p.c. (a seconda che l'assegnazione derivi da un accordo tra i coniugi a seguito di negoziazione assistita da avvocati o da un provvedimento giudiziario, non importa se di volontaria giurisdizione, come la separazione consensuale, o di giurisdizione contenziosa), con l'onere per i creditori di dimostrare la collusione del debitore e del coniuge assegnatario per frodare le loro ragioni, non senza tener conto della condizione dei figli, minori o maggiorenni, a protezione dei quali l'assegnazione della casa familiare è concepita e dettata *ex* art. 337 *sexies* c.c.".

Il primo comma dell'art. 2812 c.c. si riferisce ai diritti di servitù, usufrutto, abitazione, uso; in questo caso il creditore può agire direttamente ed esclusivamente contro il debitore e far vendere il bene come libero da quei diritti.

Ove invece si tratti di diritti di superficie e di enfiteusi, gli stessi sono disciplinati non nel primo ma nel terzo comma dell'art. 2812 c.c. con la previsione che se l'acquisto di questi diritti è stato trascritto dopo l'iscrizione della ipoteca, si osservano le disposizioni relative ai terzi acquirenti ossia l'art. 602 ss. c.p.c.; in applicazione analogica dell'art. 2812 c.c., si può ritenere che anche il creditore che agisce ex art. 2929 bis, c.c., deve seguire le forme della espropriazione contro il terzo proprietario essendo a quest'ultimo parificato il titolare del diritto di superficie e del diritto di enfiteusi ([99]).

E' discusso se i titolari dei diritti previsti dal primo comma dell'art. 2812 abbiano diritto di essere avvisati dell'eseguito pignoramento ai sensi dell'art. 498, poiché diventano, per effetto della vendita forzata che estingue il loro diritto, creditori privilegiati iscritti ([100]), o se debbano ricevere la notifica del precetto, in applicazione analogica dell'art. 603 c.p.c. ([101]), con l'indicazione del bene espropriando e del pignoramento in questo modo da assicurare, oltre al loro diritto di difesa, anche la continuità fra la trascrizione del pignoramento e quella del decreto di trasferimento. Sul punto vale ricordare che la Corte di Cassazione, con la sentenza 27 marzo 1993, n. 3722 ([102]), ha sostanzialmente recepito questa opinione: "il creditore ipotecario, al quale sia inopponibile l'atto costitutivo di servitù, usufrutto, uso od abitazione, trascritto dopo l'iscrizione dell'ipoteca, può procedere ad esecuzione forzata sul bene ipotecato direttamente ed unicamente

99 La distinzione tra i diritti reali minori si spiega, quanto alla abitazione e all'uso, perché questi sono inalienabili e quindi non possono formare oggetto di espropriazione diversamente dalla superficie e dalla enfiteusi; la distinzione non si spiega invece facilmente per l'usufrutto -tant'è che in dottrina si è parlato della assimilazione dell'usufrutto alla abitazione a all'uso come di una "svista" del legislatore (Luiso, Diritto Processuale civile III, VI ed., pag. 162) salvo a non ritenere che il legislatore abbia voluto accumunare i diritti reali minori che pregiudicano maggiormente il creditore ipotecario: se la espropriazione separata del diritto reale minore pregiudica gravemente la garanzia, i diritti sono inopponibili (servitù, usufrutto, abitazione, uso) con la conseguenza che il creditore ipotecario può procedere unitariamente contro il proprietario nelle forme degli articoli 602 ss., c.p.c. e, con la vendita o l'assegnazione, il diritto reale minore si estingue; se invece la espropriazione separata del diritto reale minore non pregiudica gravemente la garanzia, il creditore deve procedere separatamente e quindi con le forme dell'espropriazione contro il terzo proprietario per quanto concerne i diritti reali minori (superficie ed enfiteusi).

100 Miccolis, Brevi riflessioni sull'art. 2929-bis c.c., in Riv. esec. forz., 2016, 344. Sulla questione, in generale, v. Bonsignori, Assegnazione forzata, 386; Luiso, op.cit., III, VI ed., 163; Soldi, Manuale dell'esecuzione forzata, V ed., 556.

101 Cirulli, op. cit. p. 41.

102 La sentenza è pubblicata in Fall., 1993, 1021.

nei confronti del proprietario, avvalendosi del vantaggio derivante dalla liquidazione unitaria dell'immobile e determinando l'estinzione dei predetti diritti parziari, benché debba notificare il precetto al terzo".

CORRADO CARTONI

Il giudice civile e la responsabilità sanitaria

SOMMARIO: 1. La natura contrattuale della responsabilità sanitaria. — 2. Onere della prova e nesso causale. — 3. Il rapporto tra paziente e struttura ospedaliera. — 4. La cartella clinica. — 5. La questione del c.d. « consenso informato » quale presupposto di liceità del trattamento medico-chirurgico. — 6. Casistica del Tribunale di Roma sulla responsabilità sanitaria (progetto OR.ME).

1. La natura contrattuale della responsabilità sanitaria. — La giurisprudenza inquadra la responsabilità dell'ente ospedaliero nella responsabilità contrattuale, sul rilievo che l'accettazione del paziente in ospedale, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto (1). A sua volta anche l'obbligazione del medico dipendente dall'ente ospedaliero, così come quella del medico privato nei confronti del paziente, ancorché non fondata sul contratto ma sul c.d. « contatto sociale », ha natura contrattuale (2), considerato che le obbligazioni possono sorgere anche da rapporti contrattuali di fatto nei casi in cui taluni soggetti entrano, appunto, tra loro in contatto, dai quali derivano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso.

La situazione descritta si riscontra, in particolare, nei confronti dell'operatore di una professione che ha per oggetto beni costituzionalmente garantiti, come avviene per la categoria medica, la quale incide sul bene della salute tutelato dall'art. 32 cost.La responsabilità sia del medico che dell'ente ospedaliero per inesatto adempimento della prestazione, dunque, è quella tipica del professionista, con la conseguenza che trovano applicazione sia il regime proprio di questo tipo di responsabilità quanto alla ripartizione dell'onere della prova, come vedremo infra, § 2, sia i principi delle obbligazioni da contratto d'opera intellettuale professionale relativamente alla diligenza, al grado della colpa ed alla prescrizione ordinaria.

Peraltro, in tema di obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, l'inadempimento del professionista non può essere desunto ipso facto dal mancato raggiungimento

del risultato utile avuto di mira dal cliente, ma deve essere valutato alla stregua dei doveri relativi allo svolgimento dell'attività professionale e, in particolare, a quello di diligenza.

Al riguardo trova applicazione, in luogo del tradizionale criterio della diligenza del buon padre di famiglia, il parametro della diligenza professionale fissato dall'art. 1176, comma 2, c.c., il quale comporta il rispetto di tutte le regole e degli accorgimenti che nel loro insieme costituiscono la conoscenza della professione medica (3).

Pertanto, la diligenza va, a sua volta, individuata con riguardo alla natura dell'attività di medico chirurgo, la quale implica scrupolosa attenzione e adeguata preparazione professionale.

Dunque è richiesta, in primo luogo, la conoscenza ed attuazione delle regole tecniche proprie di una determinata arte o professione, vale a dire la c.d. « dili-gentia in abstracto », mentre, per il resto, il grado di diligenza deve essere apprezzato in relazione alle circostanze concrete e tra queste rientrano anche le dotazioni della struttura ospedaliera in cui il medico opera.

Sul punto occorre ulteriormente precisare che a norma dell'art. 2236 c.c., applicabile anche ai medici, qualora la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera, per quanto concerne la perizia, risponde dei danni solo in caso di dolo o colpa grave, ma non per l'imprudenza e la negligenza (4).

Per la giurisprudenza, peraltro, la limitazione della responsabilità del medico alle sole ipotesi di dolo o colpa grave si applica unicamente a quelle ipotesi che trascendono la preparazione professionale media, ovvero quando la particolare complessità del caso discende dal fatto che non è stato ancora studiato a sufficienza o dibattuto con riferimento ai metodi da adottare (5).

2. Onere della prova e nesso causale. — In tema di onere della prova nelle controversie di responsabilità professionale del medico si è più volte enunciato il principio secondo cui, quando l'intervento da cui è derivato il danno non è di difficile esecuzione, la dimostrazione da parte del paziente dell'aggravamento della sua situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie è idonea a fondare una presunzione semplice in ordine all'inadeguata o negligente prestazione, spettando all'obbligato fornire la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti peggiorativi sono stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile (6).

Più specificamente, nel caso di intervento di difficile esecuzione, il medico ha l'onere di provare soltanto la natura complessa dell'operazione ed il paziente deve dimostrare quali siano state le modalità di esecuzione ritenute inidonee, mentre, nel caso di intervento di facile o di semplice esecuzione, il paziente ha il solo onere di provare la natura routinaria dell'intervento, ed è il medico, se vuole andare esente da responsabilità, a dover dimostrare che l'esito negativo non è ascrivibile alla propria negligenza o imperizia.

I risultati sopra riassunti ai quali sono pervenuti i giudici di legittimità sono stati riletti alla luce del principio enunciato in termini generali da Cass., sez. un., 30 ottobre 2001 n. 13533 (7), in tema di onere della prova dell'inadempimento e dell'inesatto adempimento.

Le sezioni unite, come è noto, hanno infatti stabilito che il creditore quando agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento, deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento.

Analogo principio è stato enunciato con riguardo all'inesatto adempimento, atteso che al creditore istante è sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza o difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto ed esatto adempimento.

Quindi, il paziente dovrà provare l'esistenza del contratto e l'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'inter-vento, restando a carico del sanitario o dell'ente ospedaliero la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento a loro non imputabile.

La distinzione tra prestazione di facile esecuzione e intervento implicante la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, dunque, non rileva più quale criterio di distribuzione dell'onere della prova, ma dovrà essere apprezzata per la valutazione della diligenza e del corrispondente grado di colpa (8), restando comunque a carico del sanitario la prova che la prestazione era di particolare difficoltà, non potendo l'allocazione del rischio essere rimessa alla maggiore o minore complessità della prestazione.

In merito al nesso causale tra condotta del medico ed evento lesivo, la giurisprudenza penale è intervenuta con la celebre e fondamentale Cass. pen., sez. un., 10 luglio 2002 n. 30328 (9), stabilendo il criterio di cui deve tenersi conto al fine di individuare tale nesso di causalità.

Per tale sentenza, in sintesi, il collegamento eziologico nel processo penale sussisterà tutte quelle volte in cui, in base alle circostanze di fatto ed esclusa l'interferenza di fattori alternativi, risulti processualmente certo che la condotta omissiva del medico sia stata condizione necessaria dell'evento « con alto o elevato grado di credibilità razionale » o « probabilità logica », ovvero « al di là di ogni ragionevole dubbio ».

Per l'accertamento del nesso causale in materia civile, invece, in ragione dei differenti valori sottesi ai due processi, vige la regola ispirata al principio della normalità causale della preponderanza dell'evidenza o del « più probabile che non », caratterizzata, dunque, dall'accedere ad una soglia meno elevata di probabilità rispetto a quella penale (10), con la conseguenza che l'accertamento della responsabilità del sanitario in sede penale è molto più difficile rispetto al giudizio civile, dove, in sostanza e per semplificare, è sufficiente accertare che la condotta, commissiva od omissiva, del medico si pone come causa dell'evento secondo un criterio probabilistico del 51 per cento.

3. Il rapporto tra paziente e struttura ospedaliera. — Per diverso tempo il legame contrattuale tra il paziente e la struttura ospedaliera è stato interpretato e disciplinato sulla base dell'applicazione analogica delle norme in materia di contratto di prestazione d'opera intellettuale vigenti nel rapporto medico-paziente, con il conseguente appiattimento della responsabilità della struttura su quella del medico.

Da ciò derivava che il presupposto per l'affermazione della responsabilità contrattuale della struttura fosse l'accertamento di un comportamento colposo del medico in essa operante.

Oggi, invece, il suddetto rapporto è ormai inquadrato in termini autonomi da quello paziente-medico e considerato come un contratto atipico a prestazioni corrispettive, chiamato di spedalità o di assistenza sanitaria, nell'ambito del quale la struttura deve fornire al paziente una prestazione assai articolata, definita genericamente di « assistenza sanitaria », la quale ingloba al suo interno, oltre alla prestazione principale medica, anche una serie di obblighi cd. di protezione ed accessori.

In particolare la giurisprudenza ha valorizzato la complessità e l'atipicità del legame che si instaura tra struttura e paziente, il quale va ben oltre la fornitura di prestazioni alberghiere, comprendendo anche la messa a disposizione di personale medico ausiliario e paramedico, nonché l'apprestamento di medicinali e di tutte le attrezzature necessarie, anche per eventuali complicazioni (11).

Dunque, sono ormai individuate forme di responsabilità autonome dell'ente per inadempimento delle obbligazioni direttamente riferibili alla struttura e si può avere una responsabilità verso il paziente danneggiato, non solo per il fatto del personale medico dipendente o del personale ausiliario che operano presso la struttura ex art. 1228 c.c., ma anche per fatto della struttura stessa, in particolare per insufficiente o inidonea organizzazione.

Il discorso è il medesimo sia che il paziente si rivolga presso una struttura del servizio sanitario nazionale, ovvero a una convenzionata o privata, in quanto sono da ritenere sostanzialmente equivalenti a livello normativo gli obblighi dei due tipi di struttura nei confronti del fruitore dei servizi, dato anche che si tratta di violazioni incidenti sul bene della salute tutelato quale diritto fondamentale dalla Costituzione (12).

4. La cartella clinica. — Particolari problematiche investono la cartella clinica, la quale adempie la funzione di diario del decorso della malattia e di altri fatti clinici rilevanti, i quali devono essere annotati contestualmente al loro verificarsi.

Le attestazioni in essa contenute sono riferibili a una certificazione amministrativa per quanto attiene alle attività espletate nel corso di una terapia o di un intervento, mentre le valutazioni, le diagnosi o comunque le manifestazioni di scienza o di opinione di cui si compone non hanno alcun valore probatorio privilegiato rispetto ad altri elementi di prova (13).

La regolare tenuta della cartella clinica rientra nelle prestazioni a cui è tenuto il sanitario, tanto è vero che le omissioni imputabili al medico nella sua redazione rilevano sia come figura sintomatica di inesatto adempimento, per difetto di diligenza ex art. 1176, comma 2, c.c., sia come nesso eziologico presunto, posto che l'imperfetta compilazione della stessa non può, in via di principio, risolversi in danno di colui che vanti un diritto in relazione alla prestazione sanitaria (14).

Sotto altro profilo e per altro aspetto, poi, la difettosa tenuta della cartella clinica non vale ad escludere la sussistenza del nesso eziologico tra la colposa condotta del medico e le conseguenze

dannose sofferte dal paziente, ove risulti provata la idoneità di tale condotta a provocare il danno, ma consente anzi il ricorso alle presunzioni, assumendo rilievo, al riguardo, il criterio della c.d. « vicinanza alla prova », cioè della effettiva possibilità per l'una o per l'altra parte di offrirla (15).

Infatti, l'inottemperanza del medico all'obbligo di controllare la completezza ed esattezza del contenuto della cartella clinica configura difetto di diligenza nell'adempimento della prestazione lavorativa, da qualificarsi oggettivamente come di particolare gravità, avuto riguardo alla rilevante funzione che la cartella assume, sotto il profilo sanitario, nei confronti del paziente e, indirettamente, nei confronti della struttura sanitaria a cui il paziente stesso si è affidato (16).

Da ultimo è opportuno evidenziare come la struttura debba risarcire il danno sofferto dal paziente in conseguenza della diffusione di dati sensibili contenuti nella cartella clinica, a meno che non dimostri di avere adottato tutte le misure necessarie per garantire il diritto alla riservatezza ed evitare che i dati relativi ai test sanitari e alle condizioni di salute del paziente possano pervenire a conoscenza di terzi (17).

5. La questione del c.d. « consenso informato » quale presupposto di liceità del trattamento medico-chirurgico. — La obbligatorietà del c.d. « consenso informato » costituisce oggi problematica particolarmente rilevante in materia di colpa medica.

Si tratta del principio che rappresenta il diritto del paziente di scegliere, accettare o anche rifiutare i trattamenti (diagnostici, terapeutici ecc.) che gli vengono proposti, dopo essere stato pienamente informato, salvo sua esplicita rinuncia, sulla diagnosi e il decorso previsto della malattia e sulle alternative terapeutiche, incluso il loro rifiuto, e le loro conseguenze.

E invero, se da un lato non è lecito procurare una qualsiasi lesione a una persona, in molti casi risulterebbe oggettivamente impossibile curare un malato senza incidere sull'integrità psicofisica e l'unico modo per realizzare pienamente il rispetto dell'individuo bisognoso di cure è stato individuato, appunto, in quello di procurarsi preventivamente il suo consenso dopo averlo adeguatamente informato.

Nella concezione tradizionale l'opera del sanitario era improntata al principio paternalistico, in base al quale il medico poteva agire per il malato ove avesse ritenuto, secondo scienza e coscienza, l'intervento utile alla sua salute, mentre altro valore che faceva del medico l'unico interprete della salute e della malattia era il c.d. « privilegio terapeutico », il quale consentiva di

omettere di dare alcune informazioni in circostanze particolari, purché ciò fosse a vantaggio del paziente.

Il consenso informato oggi, invece, costituisce uno degli elementi del contratto tra il paziente e il professionista sotto il profilo dell'obbligo di informazione, con la conseguenza che anche la violazione del dovere di informazione e dell'obbligo di acquisire il consenso integra un'ipotesi di inadempimento contrattuale.

Sotto l'aspetto giuridico, l'acquisizione del consenso si ricollega, in primo luogo, al fatto che la Costituzione garantisce all'art. 13 l'inviolabilità della libertà personale, intesa come libertà fisica e morale, e al successivo art. 32 tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo, fissando il principio secondo cui nessuno può essere sottoposto a un trattamento sanitario contro la sua volontà, se tale trattamento non è previsto come obbligatorio per disposizione di legge.

La volontarietà degli accertamenti e dei trattamenti sanitari (non obbligatori), del resto, è ribadita dall'art. 1 l. 13 maggio 1978 n. 180 e dall'art. 33 l. 23 dicembre 1978 n. 833.

Anche il codice deontologico dei medici, chirurghi e odontoiatri, che è norma etica, ma giuridicamente rilevante nell'ambito dell'ordinamento professionale medico, prevede all'art. 30 l'obbligo per il medico di fornire al paziente la più idonea informazione sulla diagnosi, sulla prognosi, sulle prospettive, sulle eventuali alternative diagnostico-terapeutiche e sulle prevedibili conseguenze delle scelte operate, mentre all'art. 32 dispone che il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso informato del paziente.

In sostanza l'abilitazione all'esercizio della professione sanitaria conferisce al medico la facoltà o la potestà di curare, ma, per aderire ai principi dell'ordina-mento, è necessario il consenso della persona che deve sottoporsi al trattamento sanitario.

Il diritto all'autodeterminazione, il quale consente al malato di sottoporsi facoltativamente a trattamenti sanitari e di decidere, trova limite soltanto nel caso degli accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori che, nel rispetto della dignità della persona, la legge può prevedere nell'interesse della collettività.

In particolare si osserva che il consenso informato, espressione del diritto personalissimo e di rilevanza costituzionale all'autodeterminazione terapeutica, è un obbligo contrattuale del medico perché è funzionale al corretto adempimento della prestazione professionale, pur essendo autonomo da esso (18), e che lo stesso riveste natura di principio fondamentale in materia di tutela

della salute in virtù della sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona, all'autode-terminazione ed alla salute (19).

In definitiva il consenso informato costituisce la legittimazione e il fondamento del trattamento sanitario e senza di esso l'intervento del medico è sicuramente illecito, anche quando è nell'interesse del paziente (20).

Per quanto riguarda la forma del consenso, in mancanza di una norma che imponga quella scritta per lo specifico intervento (21), considerato che nel nostro ordinamento vige il principio della libertà della forma del negozio giuridico, deve affermarsi la validità di qualsiasi forma, ivi compresa la forma orale e quella tacita, vale a dire il comportamento concludente.

L'art. 32 del codice deontologico, cit. prevede che il consenso debba essere espresso in forma scritta nei casi previsti dalla legge e nei casi in cui, per la particolarità delle prestazioni diagnostiche e/o terapeutiche o per le possibili conseguenze delle stesse sulla integrità fisica, si renda opportuna una manifestazione chiara della volontà della persona.

Tuttavia, anche quando la prestazione del consenso informato, per lo specifico intervento, non fosse soggetta ad alcuna condizione particolare, la forma scritta diventa inevitabile al fine di tutelarsi sotto l'aspetto della prova di tale adempimento gravante sul sanitario (22).

Infatti, la mancata richiesta del consenso costituisce autonoma fonte di responsabilità per il medico, e di riflesso della struttura per cui egli agisce, anche quando l'intervento abbia esito positivo, atteso che il paziente potrebbe sempre obiettare di non essere stato messo in condizione di effettuare le proprie scelte (23).

L'attività medica oggi è posta, dunque, a tutela di due beni fondamentali, la salute e il diritto all'informazione e all'autodeterminazione nella scelta del trattamento terapeutico, e la lesione anche di uno solo dei due beni è fonte di autonoma responsabilità per il sanitario.

La giurisprudenza evidenzia anche che, per un consenso valido, il paziente deve essere opportunamente e adeguatamente informato in modo esaustivo anche in ordine allo stato di efficienza e al livello di dotazioni della struttura sanitaria in cui il medico presta la sua attività (24) e che il sanitario è responsabile anche quando vengano fornite assicurazioni errate in ordine all'assenza di rischi o complicazioni derivanti da un intervento chirurgico necessariamente da eseguire (25), ovvero quando sottoponga al paziente per la sottoscrizione del consenso un modulo

del tutto generico, dal quale non sia possibile desumere con certezza che il paziente abbia ottenuto in modo esaustivo le suddette informazioni (26).

Peraltro, il rifiuto del paziente di sottoporsi ad un trattamento medico deve risultare, perché sia efficace, da una manifestazione espressa, inequivoca, informata ed attuale, la quale, dunque, deve seguire e non precedere l'informazione fornitagli dai medici sulla sua effettiva situazione di salute (27).

In caso di interventi chirurgici condotti in equipe, invece, se le singole fasi assumono un'autonomia gestionale e presentano varie soluzioni alternative, ognuna delle quali comporti rischi diversi, il dovere di informazione si estende anche alle singole fasi e ai rispettivi rischi (28).

Si è precisato inoltre che, se vi può essere un risarcimento per la semplice violazione del diritto di autodeterminazione, verificatasi per la mancata informazione da parte del medico sulle conseguenze dell'intervento terapeutico al paziente, pur senza correlativa lesione del diritto alla salute ricollegabile a quella violazione per essere stato l'intervento predetto correttamente eseguito, la risarcibilità del danno da lesione della salute, il quale si verifichi per le non imprevedibili conseguenze dell'intervento medico, necessario ed eseguito correttamente, ma senza la preventiva informazione del paziente circa i suoi possibili effetti pregiudizievoli, dunque, in assenza di un consenso consapevolmente prestato, richiede in ogni caso l'accertamento che il paziente avrebbe rifiutato quel determinato intervento se fosse stato adeguatamente informato (29), con conseguente aggravio della posizione dello stesso assistito sotto il profilo dell'onere probatorio.

Peraltro, a parte l'ipotesi di trattamento sanitario obbligatorio, è prevista una ulteriore deroga all'obbligo di acquisire il consenso informato, quando, a seguito di un intervento concordato e programmato e per il quale sia stato richiesto e ottenuto il consenso, sorgano improvvisi casi di urgenza che pongano in gravissimo pericolo la vita della persona (30).

Deve, però, trattarsi di urgenza imprevedibile, perché se prevedibile rientra dell'obbligo di informazione, con la conseguenza che del relativo e ulteriore intervento urgente il sanitario dovrà comunque rispondere per violazione del diritto all'informazione, fermo il già evidenziato onere per il paziente, che lamenti anche un conseguente danno alla salute, di dimostrare che avrebbe rifiutato quel determinato e ulteriore intervento urgente se fosse stato adeguatamente informato.

Esistono, poi, delle situazioni particolari in cui risulta impossibile, o particolarmente difficile, acquisire il consenso, vale a dire quando il paziente è affetto da malattia mentale, nelle situazioni di emergenza in pronto soccorso, quando il paziente è minore d'età, il caso della persona in stato permanente di incoscienza e l'ipotesi del nascituro.

Per la malattia mentale, a parte i casi nei quali implichi un trattamento sanitario obbligatorio, il medico dovrà svolgere iniziative rivolte ad assicurare la partecipazione da parte di chi è obbligato e, quindi, acquisire il consenso del tutore (ove ci sia), altrimenti, ritengo, possa attuare senz'altro la terapia.

Nella diversa fattispecie, invece, in cui si prospetti una situazione di emergenza tale per cui l'ammalato non sia in grado di esprimere il consenso, il medico può agire con una cura adeguata, indipendentemente dalla volontà di eventuali parenti, giustificato dallo stato di necessità ex art. 54 c.p., da ritenersi scriminante anche in sede civile, configurabile quando vi sia la concreta immanenza di una situazione di grave pericolo alle persone, caratterizzata dalla cogenza, vale a dire tale da non lasciare all'agente altra alternativa che quella di violare la legge.

La Cassazione penale, con una decisione che ha fatto molto discutere ma che può essere recepita dai giudici civili, ha anche stabilito come, in presenza di un effettivo «stato di necessità », non sia neppure necessario fare riferimento alle cause di giustificazione codificate, essendo la condotta del medico « strumentale alla garanzia del diritto alla salute previsto dall'art. 32 cost. e autorizzata dall'or-dinamento» e, quindi, «scriminata da uno stato di necessità ontologicamente intrinseco» (31).

Per i trattamenti sanitari sui minori la questione interferisce inevitabilmente con il dibattito relativo all'autodeterminazione ed all'autonomia del paziente minorenne nelle questioni biomediche.

In questi casi, in sintesi e in base ai principi generali, si può dire che il consenso va richiesto a entrambi i genitori in quanto esercenti la patria potestà e, se separati, al coniuge affidatario, mentre, qualora i genitori siano stati privati della patria potestà o siano già morti, il consenso dovrebbe, invece, esprimerlo il tutore.

Tuttavia, in coerenza con il principio secondo il quale il diritto alla salute è personalissimo e la sua tutela non può essere affidata ad altri, se, malgrado la minore età, il paziente dimostra di essere emancipato, vale a dire consapevole dell'atto che compie, è necessario anche il suo

consenso e, se c'è un contrasto con quanto decidono i genitori, deve essere fatta prevalere la volontà del minore, previo parere del giudice tutelare.

Sul punto si richiama la Convenzione di Oviedo 4 aprile 1997 sui diritti dell'uomo e la biomedica (32), la quale contiene una specifica disposizione riguardante i trattamenti sanitari rivolti ai minorenni e all'art. 6 stabilisce che il parere del minore è preso in considerazione come un fattore sempre più determinante, in funzione della sua età e del suo grado di maturità.

Alla suddetta disposizione fa da corollario l'analoga previsione del codice deontologico dei medici, il quale prevede il consenso del legale rappresentante, ma anche l'obbligo di informare il minore e di tenere conto della sua volontà, compatibilmente con l'età e con la capacità di comprensione (art. 34) e soltanto nel caso di « trattamento necessario e indifferibile » l'opposizione del minore non viene considerata e, se il legale rappresentante si oppone, il medico è tenuto ad informare l'autorità giudiziaria (art. 33).

Per quanto concerne la persona in stato di totale e permanente incoscienza, il carattere personalissimo del diritto alla salute comporta che il riferimento all'isti-tuto della rappresentanza legale non trasferisce sul tutore o all'amministratore di sostegno un « potere incondizionato » di disporre della salute. Il rappresentante legale deve, innanzitutto, agire nell'esclusivo interesse dell'incapace e deve decidere non al posto dell'incapace o per l'incapace, ma con l'incapace stesso, tenendo conto della volontà presunta del paziente incosciente, ovvero « inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche » (33).

Infine il nascituro, il quale ha soggettività giuridica e ha il diritto a nascere sano, con il conseguente obbligo dei sanitari di risarcirlo, pur se il diritto al risarcimento è condizionato all'evento nascita e azionabile dagli esercenti la potestà, sia per violazione del dovere di una corretta informazione in ordine alla terapia prescritta alla madre, in quanto il rapporto instaurato dalla madre con i sanitari produce effetti protettivi nei confronti del nascituro, sia per inosservanza del dovere di somministrare farmaci non dannosi per il nascituro stesso (34).

Il nascituro, dunque, è individuato come titolare di alcuni interessi personali in via diretta, quali il diritto alla vita, alla salute o integrità psicofisica, all'onore o alla reputazione.

Tale affermazione trova conferma in numerose disposizioni normative che tutelano il concepito, tra le quali l'art. 1 l. 19 febbraio 2004 n. 40, il quale, nell'indicare la finalità della

procreazione medicalmente assistita, prevede la tutela dei diritti di « tutti i soggetti coinvolti compreso il concepito », l'art. 1 l. 22 maggio 1978 n. 194, in base alla quale lo Stato deve garantire il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconoscere il valore sociale della maternità e tutelare la vita umana dal suo inizio, l'art. 254, comma 1, c.c. che prevede il riconoscimento del figlio naturale possa effettuarsi anche dopo il solo concepimento e l'art. 32 cost., il quale garantisce il diritto alla salute all'« individuo », quale è anche il nascituro.

Peraltro lo stesso non ha diritto al risarcimento qualora il consenso informato necessiti ai fini dell'interruzione di gravidanza, stante la non configurabilità del «diritto a non nascere » o « a non nascere se non sano» (35).

In definitiva l'esistenza di malformazioni o malattie del feto non comporta automaticamente la possibilità per la gestante di interrompere la gravidanza, così che, se non esiste un diritto a nascere se non sano, non può esistere un diritto al risarcimento del danno derivante da una nascita non sana qualora non sia ravvisabile alcuna responsabilità del medico, con la ulteriore conseguenza che il sanitario che non abbia informato i genitori sui rischi di malformazione del nascituro precludendo alla madre la scelta d'interrompere la gravidanza, risponde dei danni, conseguenti alla nascita del neonato malformato, nei confronti dei genitori, ma non nei confronti del minore, non essendo concepibile nel nostro ordinamento un diritto a non nascere del minore malformato (36).

Ne deriva che una pretesa di risarcimento potrà essere avanzata dal nascituro esclusivamente se le malformazioni sono state determinate dalla condotta negligente del medico, mentre, qualora non risulti provato tale nesso eziologico tra condotta del medico e la patologia del nascituro, il minore non potrà dolersi del fatto di essere nato.

6. Casistica del Tribunale di Roma sulla responsabilità sanitaria (progetto OR.ME). — I dati che seguono sono il risultato di uno studio realizzato dall'Osser-vatorio sulla responsabilità professionale medica (OR.ME), espressione di una convenzione sottoscritta dal Tribunale civile e penale di Roma, dall'Ordine dei medici chirurghi e odontoiatri di Roma e provincia e dall'Università degli studi di Roma « Tor Vergata », facoltà di giurisprudenza, avente lo scopo di monitorare i procedimenti giudiziari in tema di responsabilità professionale in ambito sanitario.

Sono state analizzate tutte le sentenze emesse dal Tribunale civile di Roma in materia di responsabilità professionale del medico e delle strutture sanitarie dal 2001 al 2007, con un dato finale di 1938 sentenze e 2244 posizioni mediche esaminate.

Il primo dato che emerge è che circa il 32 per cento delle domande di risarcimento sono rigettate, il 12 per cento trovano accoglimento parziale, con un aumento significativo nel 2006 e nel 2007, e il 56 per cento sono accolte.

Solo 19 di esse (1,49 per cento) si sono basate in via esclusiva, nel loro giudizio di colpevolezza, su un deficit di consenso informato, mentre per quanto riguarda il giudizio di responsabilità 456 sentenze (32,52 per cento) hanno basato la loro valutazione negativa sulla condotta omissiva del sanitario mentre 946 (67,48 per cento) sulla condotta commissiva. Occorre però considerare che in alcune di queste sentenze il giudizio di responsabilità si è basato su ambedue i profili di colpa.

Per i consulenti tecnici d'ufficio 1723 sono stati gli incarichi individuali, di cui 1244 medico-legali, mentre 135 sono stati gli incarichi congiuntamente assegnati al medico-legale e allo specialista, mentre in 406 casi è stata disposta una consulenza tecnica d'ufficio collegiale.

In 635 sentenze (34,72 per cento) la consulenza tecnica d'ufficio ha escluso la colpa mentre in 1194 (65,28 per cento) l'ha individuata.

Sono 1074 (86,96 per cento) le sentenze hanno condiviso la consulenza tecnica d'ufficio, mentre 56 (4,53 per cento) non hanno condiviso la consulenza tecnica d'ufficio e 105 (8,50 per cento) l'hanno parzialmente condivisa.

Relativamente ai soggetti citati e chiamati in causa, 1499 sono risultate le sentenze che hanno riguardato i singoli professionisti, 73 sentenze hanno riguardato l'équipe, 1257 le strutture pubbliche e private, 1080 hanno riguardato la chiamata in causa delle società assicuratrici e 198 altri soggetti che sono risultati parti in tali giudizi.

Per le condanne, 657 sentenze hanno riguardato medici e odontoiatri in attività libero professionale, 315 medici e odontoiatri in attività pubblica convenzionata, 264 sentenze hanno riguardato le strutture private, 480 le strutture pubbliche e 15 sentenze hanno riguardato il personale sanitario non medico.

Nel settore specialistico è risultato che 81 sentenze hanno riguardato il pronto soccorso, 265 l'ortopedia, 199 la ginecologia, 310 l'odontoiatria, 104 l'oculistica, 631 la chirurgia, 195 la chirurgia estetica, 10 l'anestesiologia e 256 altro.

Per quanto riguarda la tipologia di errore è emerso che 236 (17,33 per cento) sentenze hanno ravvisato un errore clinico-diagnostico, 1007 sentenze (73,94 per cento) un errore chirurgico-terapeutico e 119 sentenze (8,74 per cento) hanno ravvisato dell'altro.

In ordine all'entità delle invalidità permanenti residuate e delle somme risarcite, dalla ricerca si evince come i casi derivati da responsabilità professionale medica con invalidità permanente superiore al 50 per cento (molto gravi), sono stati ogni anno meno di dieci.

In questi pochi casi ovviamente i risarcimenti liquidati sono stati quelli più consistenti e la somma di essi, per ogni anno è sempre stata superiore a 1.200.000 euro con un massimo di 4.349.000 nel 2004.

Per quanto riguarda i casi in cui si sono verificate invalidità permanenti tra il 30 per cento e il 50 per cento (gravi), anche questi non risultano essere molti, con una media di poco superiore a quella riguardante i casi più gravi e con una somma di risarcimenti liquidati sempre superiore ai 200.000 euro, con un picco di 996.542 euro nel 2007.

Bisogna precisare come pochi casi con indennizzi consistenti possano far aumentare significativamente la media dei risarcimenti, ma resta il fatto del numero ridotto delle responsabilità con conseguenze assai gravi.

Invece nell'arco cronologico considerato dalla ricerca sono risultate in crescita costante le condanne per danni da lesione micropermanente (1-10 per cento di invalidità) e il totale dei risarcimenti in questi casi è ovviamente di non grande rilievo, intorno ai 200-300.000 euro per ogni anno con un picco superiore ai 400.000 euro nell'anno 2004.

Analogo aumento è emerso per i casi di media gravità (11-30 per cento di invalidità permanente) ed in questa fascia i risarcimenti sono più consistenti nel loro totale.

Da ultimo, in base ai dati forniti dall'Osservatorio sui conflitti e sulla conciliazione nel primo rapporto sullo stato dei conflitti nella città di Roma, c.d. «mappa dei conflitti», elaborato in occasione dell'entrata in vigore in data 21 marzo 2011 del d. lgs. 4 marzo 2010 n. 28, attuativo della delega contenuta nell'art. 60 l. 18 giugno 2009 n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione nelle controversie civili e commerciali, riguardante anche la materia della

responsabilità medica, risulta che dal 2005 al 2010 nel Tribunale civile di Roma si è avuto, in notevole controtendenza con tutte le altre materie oggetto di conciliazione obbligatoria, un incremento delle cause per responsabilità medica del 6,1 per cento.

---

(1) Cfr. Cass., sez. un., 11 novembre 2008 n. 577 (in Nuova giur. civ. comm., 2008, I, 612, con nota di DE MATTEIS, La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasfusione; in Danno resp., 2008, 788, con note di VINCIGUERRA, Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica, e di NICOLUSSI, Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico, p. 871; in Giur. it., 2008, 2197, con note di CURSI e di CIATTI; in Rass. giur. sanità, 2008, 289 ss.; in Obbligazioni e contratti, 2008, 195, con nota di RUBINO; in Foro it., 2008, I, 455). Da ultimo, Cass. 19 maggio 2011 n. 1100 (in Rass. giur. sanità, 2011, 325 ss.; in Resp. civ., 2011, 547).

(2) Cfr. Cass. 4 gennaio 2010 n. 13 (in Danno resp., 2010, 697, con nota di FEOLA, La responsabilità del medico e della struttura sanitaria per il danno prenatale causato dall'inadempimento delle obbligazioni d'informazione (il "diritto a nascere sano"); in Contratti, 2010, 372 ss., con nota di DE FEO, Responsabilità contrattuale per omessa diagnosi di malformazioni nel concepito, p. 662; in Rass. giur. sanità, 2010, 309 ss.); Cass. 10 settembre 2010 n. 19277 (ivi, 2011, 323 ss.).

(3) Cfr. Cass. 1º febbraio 2011 n. 2334, in Danno resp., 2011, 835, con nota di BUGATTI, Responsabilità medica: norme di diligenza e riparto dell'onere probatorio.

(4) Il medico o la struttura sanitaria inadempiente dovrà risarcire non solo il danno biologico, ma anche l'eventuale danno morale o esistenziale. Cfr. Cass. 4 gennaio 2010 n. 13, cit., che ha regolato il caso dei genitori di una bambina nata affetta da agenesia totale di un arto inferiore e da focomelia dell'altro, i quali avevano chiesto e ottenuto la condanna nei confronti del medico e dell'ASL al risarcimento di tutti i danni subiti in dipendenza della tardiva diagnosi della menzionata malformazione fetale.

(5) Cass. 1º febbraio 2011 n. 2334, cit. Sul punto si segnala il d. m. Salute 13 settembre 2012 n. 158, il quale, operando riferimento agli art. 2236 e 1176 c.c., specifica che il giudice, ai fini

dell'accertamento della colpa lieve, deve tener conto nel caso concreto delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, in realtà nulla innovando su quanto già sostenuto da tempo dalla giurisprudenza.

(6) Cfr. Cass. 11 marzo 2002 n. 3492, in Danno resp., 2002, 791.

(7) In Giust. civ., 2002, I, 1934 ss.; in Foro it., 2002, I, 769, con nota di LAGHEZZA, Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo; in Danno resp., 2002, 318; in Nuova giur. civ. comm., 2002, I, 349, con nota di MEOLI, Risoluzione per inadempimento ed onere della prova; in Corr. giur., 2001, 1565, con nota di MARICONDA, Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro; in Contratti, 2002, 2, 113, con nota di CARNEVALI, Inadempimento e onere della prova.

(8) Cfr. Cass. 28 maggio 2004 n. 10297 (in Foro it., 2005, 1, 2479; in Giur. it., 2005, 1413, con nota di PERUGINI; in Danno resp., 2005, 26, con nota di DE MATTEIS, La responsabilità medica ad una svolta?).

(9) In Foro it., 2002, II, 601, con nota di DI GIOVINE.

(10) Cfr. Cass., sez. un., 11 gennaio 2008 n. 576, in Corr. merito, 2008, 694, con nota di TRAVAGLINO, Causalità civile e penale: modelli a confronto.

(11) Cfr. Cass., sez. un., 11 gennaio 2008 n. 577, cit.; Cass. 13 aprile 2007 n. 8826 (in Danno resp., 2007, 811); Cass. 14 luglio 2004 n. 13066 (ivi, 2005, 537; in Contratti, 2005, 145); Cass., sez. un., 1º luglio 2002 n. 955 (in Giust. civ., 2003, I, 2196; in Contratti, 2002, 1150; in Giur. it., 2003, 1359, con nota di ORTOLANI).

(12) Cfr. Cass., sez. un., 11 gennaio 2008 n. 577, cit.

(13) Cfr. Cass. 12 maggio 2003 n. 7201 (in Rass. giur. sanità, 2003, 358; in Arch. civ., 2004, 413).

(14) Cfr. Cass. 26 gennaio 2010 n. 1538 (in Giur. it., 2010, 1795; in Rass. giur. sanità, 2010, 151).

(15) Cfr. Cass. 27 aprile 2010 n. 10060.

(16) Cfr. Cass. 13 marzo 2009 n. 6218, in Lav. giur., 2009, 801, con nota di REGINA, La sezione lavoro "assolve"il medico negligente nella cura e compilazione delle cartelle cliniche. Il commento. Sul punto, v. anche Cass. 5 luglio 2004 n. 12273 (in Giur. it., 2005, 1409, con nota di PERUGINI; in Corr. giur., 2004, 128; in Danno resp., 2005, 99; in Rass. giur. sanità, 2005, 38; in

Guida al diritto, 2004, n. 35, p. 54), per la quale « In tema di responsabilità professionale del medico chirurgo, la lacunosa formazione della cartella clinica redatta dai medici del pronto soccorso ospedaliero non vale ad escludere per mancanza di prova l'omissione colposa della diagnosi da parte degli stessi, poiché il medico ha l'obbligo di controllare la completezza e l'esattezza del contenuto della cartella, la cui violazione configura difetto di diligenza ai sensi del comma 2 dell'art. 1176 c.c. e inesatto adempimento della corrispondente prestazione medica ».

(17) Cfr. Cass. 30 gennaio 2009 n. 2468 (in Rass. giur. sanità, 2009, 210; in Danno resp., 2009, 446).

(18) Cfr. Cass. 29 settembre 2009 n. 20806, in Danno resp., 2010, 451, con nota di SILIQUINI CINELLI, L'art. 2236 c.c. tra onere probatorio e risarcimento del danno.

(19) Cfr. C. cost. 19 ottobre 2009 n. 259 (in Resp. civ., 2009, 855); C. cost. 30 luglio 2009 n. 253 (in Fam. dir., 2009, 1046; in Corr. giur., 2009, 1559; in Foro it., 2009, I, 2889).

(20) Cfr. Cass. 16 ottobre 2007 n. 21748 (in Riv. dir. civ., 2008, II, 363, con nota di PALMERINI, Cura degli incapaci e tutela dell'identità nelle decisioni mediche; in Nuova giur. civ. comm., 2008, I, 83, con nota di VENCHIARUTTI, Stati vegetativi permanenti: scelte di cure e incapacità; in Danno resp., 2008, 421, con nota di BONACCORSI, Rifiuto delle cure mediche e incapacità del paziente: la Cassazione e il caso Englaro; in Foro it., 2008, I, 2609, con nota di CACACE; in Corr. giur., 2007, 1676, con nota di CALÒ, Caso Englaro: la decisione della Corte d'appello di Milano; in Fam. dir., 2008, 129, con nota di CAMPIONE, Stato vegetativo permanente e diritto all'identità personale in un'importante pronuncia della Suprema Corte).

(21) Il consenso scritto è obbligatorio quando si dona o riceve sangue, si partecipa alla sperimentazione di un farmaco, negli accertamenti di infezione da HIV, nel trapianto del rene tra vivi, nella interruzione volontaria della gravidanza, nella rettificazione in materia di attribuzione di sesso e nella procreazione medicalmente assistita

(22) Cass. 9 febbraio 2010 n. 2847 (in Nuova giur. civ. comm., 2010, I, 783, con note di CACACE, I danni da (mancato) consenso informato, e di SCACCHI, La responsabilità del medico per omessa informazione nel caso di corretta esecuzione dell'intervento "non autorizzato", p. 794; in Danno resp., 2010, 685, con nota di SIMONE, Consenso informato e onere della prova; in Foro it., 2010, I, 2113; in Corr. giur., 2010, 1201, con nota di DI MAJO, La responsabilità da violazione del consenso informato; in Giur. it., 2011, 816, con nota di CHIARINI).

(23) V. sempre Cass. 9 febbraio 2010 n. 2847, cit., per la quale « La mancata acquisizione del consenso informato da parte del medico determina la lesione del diritto all'autodeterminazione del paziente, da cui deriva, nella prevalenza dei casi, uno stato di turbamento di intensità correlata alla gravità delle conseguenze verificatesi e non prospettate come possibili, purché, in caso di reclamato danno non patrimoniale, varchi la soglia della gravità dell'offesa », mentre Cass. 14 marzo 2006 n. 5444 (in Danno resp., 2006, 564; in Corr. giur., 2006, 1243, con nota di MEANI, Sul danno risarcibile in caso di mancato consenso all'intervento eseguito correttamente; in Guida al diritto, 2006, n. 22, p. 4; in Giur. it., 2007, 343, con nota di PETRI) ha stabilito che « In tema di responsabilità medico-chirurgica, la correttezza o meno del trattamento sanitario non assume alcun rilievo ai fini della sussistenza dell'illecito per violazione del consenso informato la quale sussiste per la semplice ragione che il paziente, a causa del deficit di informazione, non è stato messo in condizione di assentire al trattamento sanitario con volontà consapevole delle sue implicazioni ». Sul punto anche Cass. 29 luglio 2004 n. 14488 (in Fam. dir., 2004, 559, con nota di FACCI, Wrongful life: a chi spetta il risarcimento del danno?; in Guida al diritto, 2004, n. 32, p. 48; in Danno resp., 2005, 379, con nota di FEOLA, Essere o non essere: la Corte di Cassazione e il danno prenatale; in Corr. giur., 2004, 1431, con nota di LISERRE, Mancata interruzione della gravidanza e danno da procreazione; in Foro it., 2004, 1, 3327; in Giur. it., 2005, 1147, con note di GIOVANARDI, e di DI GREGORIO, p. 2068), per la quale « Nel caso di responsabilità del sanitario per omessa od errata informazione tale da incidere sul mancato esercizio del diritto all'interruzione della gravidanza, è risarcibile non solo il danno dovuto al pregiudizio psicofisico della madre, ma piú genericamente ogni danno patrimoniale e non che sia conseguenza diretta e immediata dell'inadempimento ».

(24) Cfr. Cass. 17 febbraio 2011 n. 3847 (in Rass. giur. sanità, 2011, 243; in Guida al diritto, 2011, n. 14, p. 42). Per Cass. 26 giugno 2012 n. 10616 (ivi, 2012, n. 32, p. 73), il medico-chirurgo operatore ha un dovere specifico di controllo del buon funzionamento delle apparecchiature necessarie all'esecuzione dell'intervento.

(25) Cfr. Cass. 28 novembre 2007 n. 24742.

(26) Cfr. Cass. 8 ottobre 2008 n. 24791, in Nuova giur. civ. comm., 2009, I, 540, con nota di KLESTA DOSI, La responsabilità della struttura sanitaria: una conferma della "oggettivazione"della relazione di assistenza a vantaggio della tutela della persona.

(27) Cfr. Cass. 15 settembre 2008 n. 23676 (in Nuova giur. civ. comm., 2009, I, 170, con nota di CRICENTI, Il cosiddetto dissenso informato; in Corr. giur., 2008, 1671, con nota di FORTE, Il dissenso preventivo alle trasfusioni e l'autodeterminazione del paziente nel trattamento sanitario: ancora la Cassazione precede il legislatore nel riconoscimento di atti che possono incidere sulla vita; in Danno resp., 2008, 1282; in Giur. it., 2009, 1124, con note di PELLEGRINO, Il rifiuto delle trasfusioni da parte dei Testimoni di Geova; tra diritto costituzionale all'autodeterminazione in materia sanitaria e attualità del dissenso, e di PETRI, Preventivo rifiuto alla emotrasfusione e carattere inequivoco della manifestazione, p. 1661; in Foro it., 2009, I, 36, con nota di CASABURI; in Rass. giur. sanità, 2008, 226), per la quale

« legittimamente possono effettuarsi trasfusioni di sangue ritenute indispensabili a un paziente in imminente pericolo di vita e non cosciente, pur se questi — testimone di Geova — portava un cartellino, redatto anteriormente al verificarsi della situazione di pericolo, con la scritta "niente sangue"».

(28) Cfr. Cass. 30 luglio 2004 n. 14638, in Guida al diritto, 2004, n. 36, p. 51.

(29) Cass. 9 febbraio 2010 n. 2847, cit. osserva che « La riduzione del problema al rilievo che, essendo illecita l'attività medica espletata senza consenso, per ciò stesso il medico debba rispondere delle conseguenze negative subite dal paziente che il consenso informato non abbia prestato, costituirebbe una semplificazione priva del necessario riguardo all'unitarietà del rapporto ed al reale atteggiarsi della questione, la quale non attiene tanto alla liceità dell'intervento del medico (che è solo una qualificazione successiva), ma che nasce dalla violazione del diritto all'autodeterminazione del paziente, essendo al medico anzitutto imputabile di non averlo adeguatamente informato per acquisirne il preventivo, consapevole consenso. Che, se lo avesse fatto ed all'esecuzione dell'intervento (con le modalità rappresentategli) il paziente avesse in ipotesi acconsentito, sarebbe palese l'insussistenza di nesso di causalità materiale tra il comportamento omissivo del medico e la lesione della salute del paziente, perché quella lesione egli avrebbe in ogni caso subito. Rispetto alle conseguenze su tale piano pregiudizievoli occorre allora domandarsi, come in ogni valutazione controfattuale ipotetica, se la condotta omessa avrebbe evitato l'evento ove fosse stata tenuta: se, cioè, l'adempimento da parte del medico dei suoi doveri informativi avrebbe prodotto l'effetto della non esecuzione dell'intervento chirurgico dal quale, senza colpa di alcuno, lo stato patologico è poi derivato. E poiché l'intervento

chirurgico non sarebbe stato eseguito solo se il paziente lo avesse rifiutato, per ravvisare la sussistenza di nesso causale tra lesione del diritto all'autodeterminazione del paziente (realizzatosi mediante l'omessa informazione da parte del medico) e lesione della salute per le, pure incolpevoli, conseguenze negative dell'intervento (tuttavia non anomale in relazione allo sviluppo del processo causale: Cass. n. 14638 del 2004), deve potersi affermare che il paziente avrebbe rifiutato l'intervento ove fosse stato compiutamente informato, giacché altrimenti la condotta positiva omessa dal medico (informazione, ai fini dell'acquisizione di un consapevole consenso) non avrebbe comunque evitato l'evento (lesione della salute). Tra le due sopra prospettate, la soluzione corretta in diritto è dunque la seconda ».

(30) Cfr. Cass. 28 luglio 2011 n. 16543.

(31) Cfr. Cass. pen., sez. I, 29 maggio 2002 n. 528, in Studium iuris, 2003, 511, con nota di VAGNOLI, Consenso dell'avente diritto.

(32) Resa esecutiva con la legge di autorizzazione alla ratifica 28 marzo 2001 n. 145.

(33) Cfr. Cass. 16 ottobre 2007 n. 21748, cit.

(34) Cfr. Cass. 11 maggio 2009 n. 10741 (in Corr. giur., 2010, 365, con nota di LISERRE, In tema di responsabilità del medico peril danno al nascituro; in Danno resp., 2009, 1167, con nota di CACACE, Figli indesiderati nascono. Il medico in tribunale; in Nuova giur. civ. comm., 2009, I, 1258, con nota di CRICENTI, Il concepito soggetto di diritto e i limiti dell'interpretazione; in Foro it., 2010, I 141, con note di BITETTO e di DI CIOMMO, p. 1142 ss.).

(35) Cfr. Cass. 11 maggio 2009 n. 10741, cit.

(36) Cfr. Cass. 14 luglio 2006 n. 16123 (in Danno resp., 2006, 1016; in Corr. giur., 2006, 1691, con nota di LISERRE, Ancora in tema di mancata interruzione della gravidanza e danno da procreazione; in Giur. it., 2007, 1921, con nota di LUBELLI).

LUCA CAPUTO

Rettifica di sesso e mutamento del nome

Sentenza del Tribunale di Napoli Nord - Prima Sezione Civile - del 17.11.2016 (Pres. Bonavita, Est. Sequino)

"*La sentenza che riconosce i presupposti per la rettifica del sesso può ordinare all'ufficiale dello stato civile non solo di disporre tale modifica ma anche di attribuire all'interessato il nuovo nome da quest'ultimo scelto liberamente*"

1. Il Tribunale di Napoli Nord, chiamato a pronunciarsi sul ricorso di una persona che chiedeva la rettificazione dell'attribuzione del sesso anagrafico unitamente al cambiamento del proprio nome risultante all'anagrafe, accoglie entrambe le domande, disponendo con la medesima pronuncia sia la rettifica del sesso allo stato civile, sia la modifica del nome della persona ricorrente.

2. La prima parte della sentenza si sofferma sulla ricorrenza dei presupposti che legittimano l'attribuzione del nuovo sesso.

In particolare, ai fini dell'accoglimento della domanda, il Collegio valorizza una serie di circostanze rappresentate, in primo luogo, da alcune relazioni medico-legali e psicologiche che evidenziano la presenza di un'identità di genere femminile. Inoltre, viene attribuito particolare rilievo all'audizione personale della parte ricorrente, dalla quale emerge la piena maturità psichica e consapevolezza in ordine alla scelta di mutamento del sesso, accompagnata da una condizione di "serenità ed armonia"tra l'identità femminile, sempre percepita, e quella fisica ottenuta in seguito ad alcuni interventi chirurgici. Sul punto, in particolare, il Collegio evidenzia che nel caso di specie gli interventi chirurgici effettuati hanno adeguato l'aspetto fisico alle inclinazioni psicologiche della persona richiedente, sebbene ciò non debba ritenersi più condizione necessaria per ottenere la rettifica dell'attribuzione di sesso, alla luce della recente decisione della Corte di Cassazione n. 15138 del 2015, che, in un'ottica di interpretazione costituzionalmente orientata e conforme alla giurisprudenza della CEDU degli articoli 1 e 3 della legge n. 164 del 1982, ha affermato il rilievo preminente che assume in questo tipo di decisioni il percorso individuale

effettuato, la serietà, univocità e definitività della scelta compiuta dalla persona che decide di cambiare sesso.

3. Di particolare rilievo è poi la seconda parte della sentenza in cui il Tribunale di Napoli Nord affronta la problematica relativa alla possibilità o meno di disporre la modifica del nome della persona che agisce per l'attribuzione del sesso diverso con la stessa sentenza che decide su tale profilo o attraverso l'instaurazione di un apposito ed ulteriore giudizio da svolgersi, in particolare, mediante le forme del procedimento di modifica del nome previsto dalle norme sull'ordinamento civile.

Sul punto la sentenza in commento, pur richiamando la sussistenza di due orientamenti di segno opposto in materia, aderisce a quello maggioritario (tra gli altri Trib. Bevento, 16.01.1986, Trib. Monza, 5.12.1983, Trib. Roma, 9.04.1983, Trib. Milano, 2.11.1982, Trib. Cagliari, 25.10.1982) che consente che la domanda di mutamento del nome in seguito alla attribuzione anagrafica di un sesso diverso da quello originario possa essere formulata ed accolta nel medesimo giudizio avente ad oggetto la rettifica del sesso.

Il Tribunale di Napoli Nord, inoltre, con riferimento a tale profilo, opta per una soluzione particolarmente ampia, escludendo che la modifica del nome possa avvenire solo in alcuni casi, come ad esempio quelli in cui il nuovo nome costituisce la mera trasformazione di genere del nome originario o in cui il nome della persona che ha proposto la domanda manchi di un'analoga forma valida per entrambi i generi.

A tale soluzione il Collegio giunge valorizzando, in primo luogo, il fatto che non vi è nessuna disposizione che limita la scelta della persona nel senso di imporre il medesimo nome utilizzato in precedenza con il solo uso della forma relativa al diverso genere e ciò considerato anche che non vi è un'esigenza prevalente di tutela dei terzi, riconducibile alla più ampia esigenza di certezza dei rapporti giuridici, atteso che in questo caso prevale la riservatezza che copre la passata identità della persona, come conferma l'art. 5 della legge n. 164 del 1982 che prevede espressamente che *"Le attestazioni di stato civile riferite a persona della quale sia stata giudizialmente rettificata l'attribuzione di sesso sono rilasciate con la sola indicazione del nuovo sesso e nome"*.

Inoltre, si evidenzia anche il fatto che una soluzione diversa darebbe luogo ad una violazione del principio di uguaglianza, consentendo solo in taluni casi la possibilità di disporre il mutamento

del nome. Infine, tale opzione appare anche quella più ragionevole al fine di assicurare una decisione contestuale sull'attribuzione del nuovo sesso e del nuovo nome in tempi concentrati.

4. La soluzione scelta dal Tribunale di Napoli Nord nella decisione in esame, oltre a porsi in linea, nella prima parte relativa alla verifica dei presupposti per l'attribuzione del nuovo sesso, con le più recenti e moderne decisioni in materia - tan'è che si richiama la sentenza n. 15138/2015 della Suprema Corte -, risulta di particolare interesse nella seconda parte in cui, come evidenziato, afferma la possibilità di domandare contestualmente, ed ottenere quindi con la medesima pronuncia, sia l'attribuzione del nuovo sesso che del nuovo nome e ciò all'interno dello stesso giudizio, senza, quindi, costringere la persona interessata ad introdurre un ulteriore e successivo giudizio che verta solo sull'attribuzione del nuovo nome.

Particolarmente apprezzabile risulta, in particolare, la scelta dei giudici della decisione in commento di consentire il mutamento del nome contestuale senza che operi alcuna limitazione in ordine alla scelta del nome; e ciò sia in ossequio alla previsione normativa, che non contiene alcuna limitazione in questo senso, sia al fine di assicurare il rispetto delle esigenze di concentrazione e rapida definizione del giudizio, sempre più avvertite nell'epoca attuale e ancora più pressanti quando ad essere in gioco sono interessi e diritti di natura strettamente personali che rischierebbero di non essere adeguatamente tutelati o, quanto meno, di non essere immediatamente e pienamente tutelati se si differisse ad un momento successivo l'attribuzione di un nuovo nome o se si condizionasse la scelta del nuovo nome.

In questo modo, invece, è possibile per la persona "rinascere"con una nuova e completa identità anagrafica all'esito di un unico giudizio, con una sola sentenza.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale di Napoli Nord -Prima Sezione Civile- riunito in Camera di Consiglio nelle persone dei seguenti Magistrati:

1) Dott.ssa Paola Bonavita - Presidente-

2) Dott.ssa Eva Scalfati - Giudice.-

3) dott.ssa Francesca Sequino -Giudice rel./est -

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. _____, riservata in decisione all'udienza del _____, avente ad oggetto ricorso per rettificazione dell'attribuzione di sesso, proposto da

_____;

con l'intervento del P.M. presso il Tribunale di Napoli Nord che ha concluso per l'accoglimento del ricorso

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso depositato in data _____, in premessa generalizzato, adiva il Tribunale di Napoli Nord esponendo che: fin dall'infanzia aveva manifestato una personalità tipicamente femminile, tanto da giocare con bambole e trucchi e da indossare abiti femminili, anche in pubblico; dall'età adolescenziale aveva cominciato ad assumere una terapia ormonale femminilizzante, sottoponendosi, altresì, a numerosi interventi a seguito dei quali ha assunto caratteristiche femminili; da circa 10 anni ha una relazione con il sig. _____, con il quale attualmente convive; si è sottoposto ad una valutazione psicologica (dott. _____) nonché ad una visita medico-legale (dott. _____) presso l'azienda ospedaliera _____.

Tanto premesso, chiedeva all'adito giudice la rettificazione dell'attribuzione di sesso anagrafico in uno al cambiamento del proprio nome onde adeguarlo al sesso femminile, indicando a tal fine il nome di "_____".

All'udienza del 15.11.2016, il difensore si riportava agli atti introduttivi, insistendo nell'accoglimento del ricorso e la causa veniva riservata al Collegio per la decisione senza i termini ex art.190 c. p. c., vista la rinuncia ai termini del procuratore costituito.

Il PM nella persona del dott. _____ esprimeva parere favorevole all'accoglimento della domanda.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La domanda è fondata e può, pertanto, essere accolta.

Preliminarmente si deve osservare che la fattispecie risulta regolata dalla l. 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso); secondo l'art. 1 "La rettificazione si fa in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato che attribuisca ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali".

In punto di diritto l'art. 31 del d.lgs. 150/2011 (sostitutivo degli artt. 2 e 3 della L. 164/1982 ora abrogati) intitolato "Delle controversie in materia di rettificazione di attribuzione di sesso"prevede che: "1. Le controversie aventi ad oggetto la rettificazione di attribuzione di sesso ai sensi dell'articolo 1 della legge 14 aprile 1982, n. 164, sono regolate dal rito ordinario di cognizione, ove non diversamente disposto dal presente articolo. 2. È competente il tribunale, in composizione collegiale, del luogo dove ha residenza l'attore. 3. L'atto di citazione è notificato al coniuge e ai figli dell'attore e al giudizio partecipa il pubblico ministero. 4. Quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, il tribunale lo autorizza con sentenza passata in giudicato. Il procedimento è regolato dai commi 1, 2 e 3. 5. Con la sentenza che accoglie la domanda di rettificazione di attribuzione di sesso il tribunale ordina all'ufficiale di stato civile del comune dove è stato compilato l'atto di nascita di effettuare la rettificazione nel relativo registro".

Occorre osservare che il procedimento di rettifica dell'attribuzione di sesso, ove occorra anche l'autorizzazione allo svolgimento di intervento di adeguamento dei caratteri sessuali, si svolge tuttora in due fasi, autonome, entrambe da trattarsi con il rito ordinario di cognizione, la prima delle quali volta all'accertamento del diritto del ricorrente ad ottenere l'attribuzione di un sesso diverso, con conseguente autorizzazione a sottoporsi al trattamento chirurgico necessario

allo scopo, e la seconda delle quali, per espresso dettato normativo diretta all'accertamento dell'avvenuta modificazione e all'attribuzione del sesso (in tal senso anche Trib. Pavia, 2/2/2006, in Foro It., 2006, 5, 1, 1596).

Verificato che le attuali caratteristiche fisiche sono adeguate alle inclinazioni psicologiche del richiedente, anche a prescindere dall'intervento chirurgico considerato dalla Suprema Corte non più necessario (cfr. Cass. 15138/2015), al Tribunale non rimane altro che rettificare l'attribuzione del sesso esistente allo stato civile (cfr. in tal senso anche Trib. Ancona, 4/11/1990, in Rass. Dir. Civ., 1992, 910).

Nel caso di specie parte ricorrente, a sostegno della domanda, ha prodotto una copia della relazione psicologica, a firma del dott. _____, presso l'azienda ospedaliera _____ (cfr. all. 1); il certificato medico del dott. _____ (cfr. all. 3) nonché la copia della relazione medico-legale, a firma del dott. _____ presso l' azienda ospedaliera _____ nella quale viene evidenziata la presenza di un'identità di genere femminile determinata dalla presenza di una condizione di "Disforia di genere"(cfr. all. 2).

L'audizione del ricorrente ha, altresì, dato pieno riscontro della maturità psichica raggiunta in relazione al mutamento di sesso e della conseguente condizione di serenità e armonia tra l'identità femminile, da sempre percepita, e quella fisica raggiunta in seguito ai plurimi interventi chirurgici che hanno modificato i caratteri sessuali secondari.

Relativamente alla domanda di attribuzione del nome di "_____"giova precisare che con riguardo all'assunzione di un nuovo nome, la legge n. 164 non specifica il procedimento necessario.

Ed invero, se è indiscusso che al mutamento di sesso debba corrispondere un nome relativo alla nuova identità sessuale, sono controversi sia il modo attraverso cui ciò debba attuarsi sia la possibilità di scelta del soggetto coinvolto.

Il dubbio in particolare si pone tra l'utilizzo del procedimento generale di modifica previsto dalle norme sull'ordinamento civile e la possibilità di attribuzione del nome mediante la stessa sentenza che definisce la nuova identità.

La maggior parte della giurisprudenza è orientata verso questa soluzione (Trib. Benevento, 16/01/1986, in Giur. It., 1986, I,2, 470; Trib. Macerata, 12/11/1984, in Giur. It., 1985, I, 2, 195; Trib. Monza, 05/12/1983, in Dir. Famiglia, 1984, 169; Trib. Roma, 9 aprile 1983, in Foro It.,

1984, I, 582; Trib. Roma, 3.12.1982, in Giust. Civ., 1983, I, 998; Trib. Milano, 2.11.1982, in Foro It., 1984, I, 582; Trib. Cagliari, 25.10.1982, in Giur. It., 1983, I, 2, 590).

Tuttavia vi è chi reputa tale soluzione possibile solo nei casi in cui l'attribuzione del nuovo nome o consista nella trasformazione del genere o tale trasformazione non sia linguisticamente possibile per mancanza della duplice forma maschile-femminile.

Qualora, invece, la persona esprima la volontà di modificare radicalmente il proprio nome, pur esistendo l'altra forma, sarebbe inevitabile il ricorso alla disciplina prevista dall'ordinamento dello stato civile.

Il Collegio reputa che la prima opzione ermeneutica sia da prediligere.

Depongono, infatti, in tal senso diverse considerazioni.

In primo luogo nessuna disposizione impone o ritiene preferibile la trasposizione del precedente nome nel genere opposto né ciò è sostenibile ai fini di un'esigenza di tutela dei terzi e di certezza dei rapporti giuridici tenuto conto che dall'articolo 5 della legge in oggetto si evince la volontà di totale riservatezza nei confronti della identità passata dell'interessato; del resto, tra i contrapposti interessi, non può che prevalere la tutela del diritto alla riservatezza quale diritto fondamentale.

In secondo luogo ritenere opportuna una soluzione rispetto ad un'altra sulla base della idoneità linguistica di un nome alla trasformazione nel genere opposto non può che determinare, tra coloro ai quali è impedita la possibilità di scelta e coloro a cui è consentita, la violazione del principio di uguaglianza.

In terzo luogo non ha alcun senso logico prevedere che il giudice possa attribuire un nome completamente nuovo, limitandosi ai soli casi in cui il precedente non abbia la duplice forma.

Infine dall'art. 5 emerge chiaramente la volontà del legislatore volta a definire contestualmente l'attribuzione del nuovo sesso e del nuovo nome; del resto se così non fosse, in considerazione delle lungaggini del procedimento generale di modifica del nome, si determinerebbe una situazione per la quale l'interessato (per un periodo di tempo comunque rilevante) sarebbe totalmente privo di nome o costretto a mantenere quello precedente non più conforme alla nuova identità.

Alla luce delle esposte considerazioni sembra da preferirsi l'interpretazione secondo cui il mutamento di nome debba pronunciarsi con la medesima sentenza con cui si attribuisce il nuovo sesso e sia lasciata all'interessato una totale libertà di scelta.

Ne deriva che la domanda deve essere accolta e, nel caso di specie, può riconoscersi al ricorrente il pieno diritto, conseguente all'intervenuto mutamento di sesso, a modificare il nome proprio da "_____"in "_____".

Nulla deve disporsi in ordine al regime delle spese.

P. Q. M.

Il Tribunale di Napoli Nord, definitivamente pronunciando, su parere favorevole del P.M., così provvede:

dispone la rettificazione del sesso e del nome di _____;

e per l'effetto

ordina all'ufficiale di stato civile del _____ di effettuare la rettificazione dell'atto di nascita _____ attribuendogli il sesso femminile ed il nome di "_____"_____;

nulla per le spese.

Così deciso in Aversa nella camera di consiglio del 17.11.2016

Il Giudice Estensore

Dott.ssa Francesca Sequino

Il Presidente

Dott.ssa Paola Bonavita

PAOLO SPAZIANI

Matrimonio, filiazione e omosessualità nell'ordinamento italiano tra principi normativi e decisioni giurisprudenziali[103]

SOMMARIO: SEZIONE I. MATRIMONIO E OMOSESSUALITÀ. LE LEGGE SULLE UNIONI CIVILI TRA PERSONE DELLO STESSO SESSO. – 1. La giurisprudenza tradizionale della Corte Suprema di Cassazione italiana sull'inesistenza giuridica del matrimonio tra persone dello stesso sesso. – 2. La questione di legittimità costituzionale sollevata dai giudici di merito italiani e il problema della compatibilità del divieto di matrimonio omosessuale con le regole della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani. – 3. La pronuncia della Corte Costituzionale italiana sulla questione di legittimità del divieto del matrimonio omosessuale. – 4. L'orientamento della Corte europea dei diritti umani. – 5. La successiva giurisprudenza della Corte Suprema di Cassazione italiana. – 6. La legge 20 maggio 2016, n.76 e la regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso in Italia. – **SEZIONE II. FILIAZIONE E OMOSESSUALITÀ. LE PRONUNCE DELLA CORTE DI CASSAZIONE ITALIANA SULLA *STEPCHILD ADOPTION* E SULLA TRASCRIZIONE IN ITALIA DELL'ATTO DI NASCITA STRANIERO DEL FIGLIO DI DUE MADRI.** – 1. Le fattispecie. – 2. L'adozione nella coppia omosessuale in Italia. – 3. La trascrizione in Italia dell'atto di nascita straniero del figlio di due madri.

SEZ. I. MATRIMONIO E OMOSESSUALITÀ. LE LEGGE SULLE UNIONI CIVILI TRA PERSONE DELLO STESSO SESSO.

1. La giurisprudenza tradizionale della Corte Suprema di Cassazione italiana sull'inesistenza giuridica del matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Il codice civile italiano è entrato in vigore nel 1942. Il libro I del codice, dedicato alle persone e alla famiglia, è stato profondamente novellato con la legge di riforma del 1975[104] e, con

[103] Lezione tenuta agli studenti della Facoltà di Diritto dell'Università di Siviglia in data 25 novembre 2016.
[104] Legge 19 maggio 1975, n.151, riforma del diritto di famiglia.

particolare riguardo alla filiazione, con la legge del 2012[105] e il decreto legislativo delegato del 2013[106].

In nessuna disposizione del libro I del codice si rinviene una norma volta a vietare espressamente il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

L'uguaglianza di sesso, inoltre, non si rinviene tra gli impedimenti matrimoniali previsti dal medesimo libro I, tra i quali sono elencati la minore età (art.84), l'interdizione per infermità di mente (art.85), la mancanza di stato libero (art.86), la parentela, l'affinità, l'adozione (art.87), l'impedimento da delitto (art.88) e il c.d. lutto vedovile (art.89).

La mancata previsione della diversità di sesso tra le condizioni necessarie per contrarlo non può indurre, tuttavia, a ritenere ammesso il matrimonio tra persone di orientamento omosessuale.

Piuttosto, l'omissione legislativa deve essere spiegata alla luce della considerazione che solo di recente la realtà sociale ha posto all'attenzione del giurista la questione del matrimonio omosessuale, non considerata né dal legislatore del 1942 né dal legislatore del 1975, per i quali la diversità di sesso dei contraenti costituiva invece un presupposto indefettibile dell'istituto, come risulta inequivocabilmente sia dalle norme sulla celebrazione (artt.107 e 108 c.c.) sia da quelle sui diritti e doveri derivanti dal matrimonio (artt.143 e 143 *bis* c.c.) e dalla separazione (art.156 *bis*), in cui vengono ripetutamente utilizzati i termini "marito"e "moglie"con evidente riferimento, rispettivamente, al coniuge di sesso maschile e al coniuge di sesso femminile.

Movendo da tali considerazioni la giurisprudenza tradizionale di legittimità riteneva che la manifestazione di volontà matrimoniale da parte di due persone di sesso diverso, espressa in presenza di un ufficiale celebrante, costituisse il requisito minimo per la stessa giuridica configurabilità del matrimonio nell'ordinamento italiano, in assenza del quale esso avrebbe dovuto reputarsi, non semplicemente nullo, ma persino *inesistente*, per mancanza della realtà naturalistica della fattispecie[107] .

Alla luce di questo orientamento si soleva dunque ritenere che le norme del codice civile, sistematicamente interpretate, non consentissero il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

[105] Legge 10 dicembre 2012, 219, disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali.

[106] Decreto legislativo 28 dicembre 2013, n.154, revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione.

[107] In tal senso cfr. già Corte Suprema di Cassazione, 20 maggio 1976 n.1808, in *Giurisprudenza italiana*, 1977, I, 1, 1378. Più recentemente v. Corte Suprema di Cassazione, 22 febbraio 1990 n.1304, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1991, III, 726; Corte Suprema di Cassazione, 9 giugno 2000 n.7877, in *Giustizia civile*, 2000, I, 2897.

2. La questione di legittimità costituzionale sollevata dai giudici di merito italiani e il problema della compatibilità del divieto di matrimonio omosessuale con le regole della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani.

Posto tale orientamento, alcuni giudici italiani[108] si erano chiesti se il divieto desumibile dalle norme del codice civile non fosse contrario alla Costituzione repubblicana.

Tra i profili di illegittimità costituzionale individuati dai giudici italiani, era emerso in particolare quello del possibile contrasto con il nuovo art.117, come riformulato in seguito alla riforma del Titolo V della Costituzione, operata con legge costituzionale n.3 del 2001[109].

La nuova formulazione dell'art.117 della Costituzione impone che la potestà legislativa sia esercitata dallo Stato e dalle regioni nel rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali.

Per effetto di questa previsione, le norme di diritto internazionale pattizio, ed in particolare quelle della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti Umani e delle libertà fondamentali (Convenzione EDU), hanno assunto la natura di regole *interposte* tra la legge e il parametro costituzionale che sono deputate ad integrare.

In ragione di ciò, le eventuali antinomie tra norme interne e norme convenzionali non sono più regolate dal mero criterio cronologico di raccordo tra le fonti del diritto[110], ma dal diverso

[108] Tribunale di Venezia, Ord. 3 aprile 2009, in GU n.26/2009; Corte di Appello di Trento, Ord.29 luglio 2009, in GU n.41/2009; Corte di Appello di Firenze, Ord. 3 dicembre 2009; Tribunale di Ferrara, Ord. 14 dicembre 2009.

[109] Altri profili di illegittimità costituzionale avevano riguardato l'eventuale contrasto del divieto con gli artt. 2, 3 e 29 della Costituzione repubblicana.

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.

Art.3 Cost. I. Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.

II. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

Art.29 Cost. I La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio.

II. Il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare.

[110] Tale criterio, operante tra le fonti di pari grado e fondato sulla prevalenza della fonte successiva rispetto alla precedente, era stato tradizionalmente ritenuto applicabile dalla Corte Costituzionale italiana ai rapporti tra norme di legge interna e norme della Convenzione Europea dei Diritti Umani, sul presupposto che queste ultime, avendo natura di norme di diritto internazionale pattizio, non trovassero una copertura costituzionale né nell'art.10 della Costituzione (riferibile esclusivamente alle norme di diritto internazionale consuetudinario) né nell'art.11 della Costituzione, la cui operatività presuppone una limitazione di sovranità nazionale non riscontrabile nella mera attuazione di un trattato (v., per tutte, Corte Costituzionale 22 dicembre 1980 n.188).

criterio in base al quale la prevalenza spetta sempre alla norma della convenzione, con la conseguenza che, sebbene al giudice non sia consentito procedere all'applicazione diretta di quest'ultima, tuttavia egli è tenuto ad interpretare le norme di diritto interno in senso conforme alle norme convenzionali, e, nei casi in cui l'interpretazione conforme non risulti possibile, a sollevare la questione di legittimità costituzionale della norma interna per violazione del citato parametro costituzionale, come integrato dalla norma convenzionale[111].

Tanto premesso, i giudici italiani avevano considerato quali regole interposte, integrative del parametro di cui all'art.117 della Costituzione, gli artt. 8, 12 e 14 della Convenzione europea dei diritti umani, che sanciscono, rispettivamente, il diritto alla vita privata e familiare[112], il diritto al matrimonio[113] e il divieto di discriminazione[114].

Ci si era chiesti quindi se il divieto di contrarre matrimonio tra persone dello stesso sesso non introducesse una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale in ordine alla possibilità di esercitare il diritto alla vita familiare o quanto meno alla vita privata o in ordine alla possibilità di esercitare il diritto a sposarsi e a costituire una famiglia.

---

[111] Cfr. Corte Costituzionale 24 ottobre 2007 n.348 e Corte Cost.24 ottobre 2007 n.349, in GU n.42/2007.

Nello stesso senso, successivamente, Corte Costituzionale 26 novembre 2009 n.311, in GU n.48/2009 e Corte Costituzionale 4 dicembre 2009 n.317, in GU n.49/2009.

Il sistema è rimasto inalterato successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (1°dicembre 2009) con cui sono stati modificati il Trattato sull'Unione Europea e il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (già trattato istitutivo della Comunità Europea), in quanto la Corte Costituzionale italiana non ritiene, allo stato, che l'avvenuta "comunitarizzazione" della Convenzione EDU – operata mediante il riconoscimento (art.6, par.1, nuova formulazione, del Trattato sull'Unione Europea) dei diritti, delle libertà e dei principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (c.d. Carta di Nizza) – consenta di ricondurre le norme della Convenzione sotto la copertura dell'art.11 della Costituzione, e di accedere conseguentemente alla possibilità di una loro diretta applicazione da parte del giudice nazionale, con contestuale disapplicazione della norma interna contrastante (cfr. Corte Costituzionale 11 marzo 2011 n.80, in GU n.12/2011; Corte Costituzionale 7 aprile 2011 n.113, in GU n.16/2011; Corte Costituzionale 22 luglio 2011 n.236, in GU n.32/2011).

[112] Articolo 8 CEDU (Diritto al rispetto della vita privata e familiare). I. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza.

II. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.

[113] Articolo 12 CEDU (Diritto al matrimonio). A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto.

[114] Articolo 14 CEDU (Divieto di discriminazione). Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione.

Con particolare riguardo al diritto di contrarre matrimonio, il sospetto di illegittimità costituzionale del divieto di matrimonio omosessuale per contrasto della norma interna con quella sovranazionale si era rafforzato in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (1° dicembre 2009).

Come è noto, questo nuovo trattato, volto a modificare quello sull'Unione Europea e quello istitutivo della Comunità Europea[115], ha introdotto per la prima volta, nel diritto comunitario, la tutela dei diritti fondamentali della persona, attraverso un duplice rinvio.

Con un primo rinvio, sono state recepite le norme consacrate nella "Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea", proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e già destinata ad essere parte integrante della sfortunata Costituzione europea, il cui processo di ratifica nei singoli Stati membri si era interrotto a seguito degli esiti negativi delle consultazioni referendarie indette in Francia e in Olanda nel 2005[116].

Con un secondo rinvio, è stato confermato che le norme della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali sono principi generali del diritto dell'Unione, di tal che esse cessano di essere mere regole di diritto internazionale pattizio per entrare a far parte delle fonti del diritto comunitario[117].

---

[115] Per effetto delle modifiche contenute nel Trattato di Lisbona, il secondo trattato muta anche denominazione, in quanto da "Trattato che istituisce la Comunità Europea" diviene "Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea".

[116] Il "nuovo" art.6, par. 1, del Trattato sull'Unione Europea, come sostituito dal Trattato di Lisbona, recita: "l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, *che ha lo stesso valore giuridico dei trattati*".

[117] I "nuovi" parr. 2 e 3 del predetto art.6 del Trattato sull'Unione Europea, come sostituito dal Trattato di Lisbona, confermano la previsione, secondo cui "l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali … I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, *fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali*".

Per quanto concerne i rapporti tra la Carta di Nizza e la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, essi sono disciplinati negli artt.52, par.3, e nell'art.53 della Carta medesima.

L'art.52, par.3, stabilisce che "laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa".

L'art.53 aggiunge che "nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono contraenti, in particolare la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle Costituzioni degli Stati membri".

Le novità introdotte dal Trattato di Lisbona avevano assunto notevole rilevanza in ordine al problema del divieto posto dal diritto interno al matrimonio omosessuale, in quanto l'introduzione tra le fonti comunitarie della Carta di Nizza, e cioè di una Carta cui non era stata ancora attribuita efficacia, aveva rafforzato il sospetto di illegittimità costituzionale del divieto.

L'art.9 della Carta[118] ripete nella sostanza il dettato dell'art.12 CEDU, ma con due significative differenze.

In primo luogo, non vi è più lo specifico riferimento all' "uomo"e alla "donna"come destinatari del diritto, che viene invece riconosciuto come diritto fondamentale della persona, senza alcuna specificazione in ordine al sesso, con conseguente eliminazione, anche meramente testuale, di ogni possibile riferimento al presupposto della diversità di sesso dei contraenti.

In secondo luogo, la nuova formula normativa, parlando del "diritto di sposarsi"e del "diritto di costituire una famiglia"chiarisce, conformemente all'orientamento espresso dalla Corte europea dei diritti umani[119], che si tratta di due diritti distinti, ognuno dei quali riceve tutela autonoma, per modo che, se da un lato l'interesse a formare una famiglia viene considerato meritevole di tutela indipendentemente da quello di contrarre matrimonio (ciò che si traduce in un evidente riconoscimento delle convivenze di fatto), dall'altro lato anche l'interesse a sposarsi è considerato meritevole di essere tutelato in sé e per sé, indipendentemente da quello a costituire una famiglia.

3. La pronuncia della Corte Costituzionale italiana sulla questione di legittimità del divieto del matrimonio omosessuale.

Con la sentenza n.138 del 2010 la Corte Costituzionale italiana ha pronunciato sulla questione di illegittimità costituzionale sollevata dai giudici di merito[120].

[118] Articolo 9 Carta di Nizza. Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio.

[119] Corte europea dir. umani, Grande Camera, caso Christine Goodwin c. Regno Unito, 11 luglio 2002, in *ItalgiureWeb – Corte di Cassazione, Sezione sentenze e abstract Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, ove si afferma che il diritto di costituire una famiglia non è una condizione del diritto di sposarsi e che l'incapacità di una coppia di concepire o di procreare un figlio non limita il diritto di contrarre matrimonio.

[120] Corte Costituzionale 23 marzo -15 aprile 2010, n.138, in GU n.21/2010.

Con riguardo ai profili concernenti l'eventuale contrasto del divieto di matrimonio omosessuale con gli artt.3 e 29 Cost., la Corte Costituzionale ha ritenuto non fondata la questione, sulla base delle osservazioni seguenti.

A) L'art.29, primo comma, della Costituzione italiana stabilisce, che *"la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio"*. Questa norma – ha chiarito la Corte Costituzionale – pone il matrimonio a fondamento della famiglia legittima, che l'assemblea costituente definì "società naturale"per sottolineare che la famiglia contemplata dalla norma aveva dei diritti originari e preesistenti al diritto positivo dello Stato, che questo doveva riconoscere. Quale società naturale, essa si distingue dalle altre formazioni sociali contemplate dall'art.2, pur meritevoli di tutela in quanto in esse si svolge la personalità dell'uomo e vengono esercitati i diritti fondamentali della persona: diversamente da queste, infatti, la famiglia legittima trova fondamento nel matrimonio, che ne costituisce l'elemento distintivo[121].

B) Tanto premesso, la Corte si è chiesta se la nozione di matrimonio, quale elemento distintivo della famiglia legittima secondo la Costituzione, debba essere riferita alle sole unioni tra persone di sesso diverso oppure possa essere allargata anche alle unioni tra persone dello stesso sesso. Al riguardo la Corte Costituzionale ha evidenziato che l'art.29, secondo comma, della Costituzione, prevede che *"Il matrimonio è ordinato sulla eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare"*. Sebbene debba tenersi conto dell'evoluzione del concetto di famiglia e di matrimonio nella società e nei costumi, tuttavia l'*interpretazione* della norma non può spingersi fino alla *creazione* di una norma nuova, completamente diversa da quella che i costituenti avevano voluto scrivere. Al riguardo – ha aggiunto la Corte Costituzionale – deve tenersi presente che l'assemblea costituente, pur conoscendo la condizione omosessuale, non prese in alcuna considerazione la questione delle unioni omosessuali ritenendo di accogliere nell'art.29 la nozione di matrimonio definita nel codice

[121] Corte Costituzionale n.138/2010, *cit.*, Punto 9 del Considerato in Diritto: *"La questione sollevata con riferimento ai parametri individuati negli artt. 3 e 29 Cost. non è fondata.*

Occorre prendere le mosse, per ragioni di ordine logico, da quest'ultima disposizione. Essa stabilisce, nel primo comma, che "La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio", e nel secondo comma aggiunge che "Il matrimonio è ordinato sulla eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare.

La norma, che ha dato luogo ad un vivace confronto dottrinale tuttora aperto, pone il matrimonio a fondamento della famiglia legittima, definita "società naturale" (con tale espressione, come si desume dai lavori preparatori dell'Assemblea costituente, si volle sottolineare che la famiglia contemplata dalla norma aveva dei diritti originari e preesistenti allo Stato, che questo doveva riconoscere)".

civile del 1942, in ragione della quale l'istituto matrimoniale deve intendersi riferito esclusivamente a persone di sesso diverso. In tal senso – ha ulteriormente precisato la Corte Costituzionale – depone l'accento posto dai costituenti sull'esigenza di eguaglianza morale e giuridica dei coniugi quale esigenza di attribuire pari dignità e diritti alla donna, parte debole e tradizionalmente discriminata nel rapporto coniugale[122].

C) Sulla base di queste considerazioni, la Corte Costituzionale italiana ha concluso che le norme del codice civile sospettate di illegittimità costituzionale non violano né l'art.3 né l'art.29 della Costituzione: non violano l'art. 3 perché le unioni omosessuali, pur rientrando tra le formazioni sociali di cui all'art.2 Cost., non sono equiparabili al matrimonio; non violano l'art.29 perché il matrimonio contemplato da questa norma è quello tradizionale che presuppone l'unione tra persone di sesso diverso[123].

Con riguardo ai profili concernenti l'eventuale contrasto del divieto di matrimonio omosessuale con gli artt. 2 e 117 della Costituzione, la Corte Costituzionale ha ritenuto inammissibile la questione, sulla base delle osservazioni seguenti.

---

[122] Corte Costituzionale n.138/2010, *cit.*, Punto 9 del Considerato in Diritto: *"è vero che i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere "cristallizzati" con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi. Detta interpretazione, però, non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata.*

Infatti, come risulta dai citati lavori preparatori, la questione delle unioni omosessuali rimase del tutto estranea al dibattito svoltosi in sede di Assemblea, benché la condizione omosessuale non fosse certo sconosciuta. I costituenti, elaborando l'art. 29 Cost., discussero di un istituto che aveva una precisa conformazione ed un'articolata disciplina nell'ordinamento civile. Pertanto, in assenza di diversi riferimenti, è inevitabile concludere che essi tennero presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942, che, come sopra si è visto, stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso. In tal senso orienta anche il secondo comma della disposizione che, affermando il principio dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, ebbe riguardo proprio alla posizione della donna cui intendeva attribuire pari dignità e diritti nel rapporto coniugale.

Questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa.

Si deve ribadire, dunque, che la norma non prese in considerazione le unioni omosessuali, bensì intese riferirsi al matrimonio nel significato tradizionale di detto istituto".

[123] Corte Costituzionale n.138/2010, *cit.*, Punto 9 del Considerato in Diritto: *"In questo quadro, con riferimento all'art. 3 Cost., la censurata normativa del codice civile che, per quanto sopra detto, contempla esclusivamente il matrimonio tra uomo e donna, non può considerarsi illegittima sul piano costituzionale. Ciò sia perché essa trova fondamento nel citato art. 29 Cost., sia perché la normativa medesima non dà luogo ad una irragionevole discriminazione, in quanto le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio".*

A) Una volta individuate le norme interposte integrative dell'art.117 della Costituzione negli artt. 8, 12 e 14 della Convenzione europea dei diritti umani, la Corte ha ritenuto che deve farsi riferimento all'art.12, quale *norma speciale* rispetto alle altre, essendo specificamente deputata alla disciplina del diritto al matrimonio e alla costituzione della famiglia. Essa – ha aggiunto la Corte Costituzionale – deve essere letta tenendo presente anche l'art.9 della Carta di Nizza che contempla il medesimo diritto con due varianti testuali cui possono ricondursi effetti di carattere sostanziale[124].

B) Ciò posto, la Corte ha evidenziato come tanto l'art.12 CEDU quanto l'art.9 della carta di Nizza stabiliscano che il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia è tutelato *secondo le leggi nazionali che ne regolano l'esercizio*. Il rinvio alle leggi nazionali sta a significare – precisa la Corte – che l'ordinamento sovranazionale non vieta né impone il riconoscimento dello *status* matrimoniale alle unioni tra persone dello stesso sesso. Spetta infatti ad ogni singolo Stato decidere il *quomodo* della tutela di queste unioni: essa può essere realizzata o attraverso l'allargamento dell'istituto matrimoniale oppure attraverso la previsione di un nuovo istituto connotato da uno specifico regime e volto ad attribuire uno specifico *status* che presupponga tuttavia il riconoscimento normativo dell'unione omosessuale e ne preveda l'adeguata tutela[125].

C) Tali conclusioni – ad avviso della Corte – trovano conferma nel riferimento all'art.2 della Costituzione. Le unioni omosessuali infatti, pur non essendo omogenee al matrimonio tra uomo e donna, rientrano tra le formazioni sociali ove si svolge la personalità umana e nelle quali vengono esercitati i diritti fondamentali della persona che lo Stato è tenuto a riconoscere e garantire. Dunque, secondo la Corte Costituzionale, il legislatore è tenuto a regolare il fenomeno

[124] Corte Costituzionale n.138/2010, *cit.*, Punto 10 del Considerato in Diritto: *"sia gli artt.8 e 14 della CEDU, sia gli artt. 7 e 21 della Carta di Nizza contengono disposizioni a carattere generale in ordine al diritto al rispetto della vita privata e familiare e al divieto di discriminazione, peraltro in larga parte analoghe. Invece gli articoli 12 della CEDU e 9 della Carta di Nizza prevedono specificamente il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia. Per il principio di specialità, dunque, sono queste ultime le norme cui occorre fare riferimento nel caso in esame"*.

[125] Corte Costituzionale n.138/2010, *cit.*, Punto 10 del Considerato in Diritto: *"con il rinvio alle leggi nazionali, si ha la conferma che la materia è affidata alla discrezionalità del Parlamento.*

Ulteriore riscontro di ciò si desume, come già si è accennato, dall'esame delle scelte e delle soluzioni adottate da numerosi Paesi che hanno introdotto, in alcuni casi, una vera e propria estensione alle unioni omosessuali della disciplina prevista per il matrimonio civile oppure, più frequentemente, forme di tutela molto differenziate e che vanno dalla tendenziale assimilabilità al matrimonio delle dette unioni fino alla chiara distinzione, sul piano degli effetti, rispetto allo stesso".

delle unioni omosessuali onde riconoscere la dignità di queste formazioni sociali e garantirne la tutela mediante l'attribuzione ai membri di esse di uno specifico *status*[126].

4. L'orientamento della Corte europea dei diritti umani.

L'orientamento della Corte Costituzionale italiana sembra conforme a quello emerso in seno alla Corte europea dei diritti umani in ordine all'interpretazione degli artt. 8, 12 e 14 della Convenzione EDU.

Come è noto la Corte di Strasburgo si è pronunciata sull'argomento con la ormai storica sentenza del 24 giugno 2010, sul caso *"Schalk e Kopf c. Austria"*, provocato dal ricorso di due cittadini viennesi ai quali, in quanto coppia omosessuale, era stata negata la possibilità di contrarre matrimonio[127].

Il codice civile austriaco, infatti, prevede espressamente che possano unirsi in matrimonio solo persone di sesso opposto (art.44 *Allgemeines Burgeliches Gesetzbuch* del 1812) mentre le unioni omosessuali sono riconosciute e tutelate dalla apposita Legge sulle Unioni registrate (*Eingetragene Partnerschaft-Gesetz*), entrata in vigore il 1° gennaio 2010, e presentano un regime che assomiglia a quello matrimoniale, discostandosene per taluni aspetti che concernono in particolare i diritti genitoriali, essendo vietata ai membri dell'unione omosessuale l'adozione, l'adozione del figlio del partner e la procreazione artificiale.

---

[126] Corte Costituzionale n.138/2010, *cit.*, Punto 8 del Considerato in Diritto: *"L'art. 2 Cost. dispone che 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.*

Orbene, per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone - nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge - il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri.

Si deve escludere, tuttavia, che l'aspirazione a tale riconoscimento – che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia - possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio. È sufficiente l'esame, anche non esaustivo, delle legislazioni dei Paesi che finora hanno riconosciuto le unioni suddette per verificare la diversità delle scelte operate.

Ne deriva, dunque, che, nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette".

[127] Corte europea dir. umani, Prima Sezione, caso Schalk e Kopf c. Austria, 24 giugno 2010, in *ItalgiureWeb – Corte di Cassazione, Sezione sentenze e abstract Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*.

Tanto premesso, con riguardo all'asserita violazione dell'art.12 CEDU, premessa la necessaria comparazione di questa norma con l'art.9 della Carta di Nizza, La Corte europea dei diritti umani ha rilevato che il riferimento alla legislazione nazionale rende evidente come si sia voluta conservare *discrezionalità* ai singoli Stati circa la scelta se ammettere o meno il matrimonio omosessuale. Se, da un lato, il diritto al matrimonio non deve essere necessariamente limitato ai soli casi di unione tra persone di sesso opposto, dall'altro lato, esso diritto non deve neppure essere necessariamente esteso alle unioni tra persone dello stesso sesso, spettando la scelta al legislatore nazionale. Ciò trova giustificazione nella circostanza che il matrimonio è un istituto che riflette gli specifici valori sociali e culturali dei diversi paesi, rispetto al quale dunque è giusto conservare un margine di discrezionalità ai singoli Stati. Il divieto di matrimonio omosessuale non viola dunque l'art.12 CEDU perché questa norma non obbliga i singoli Stati a concederlo[128].

Con riguardo all'asserita violazione dell'art.14 in relazione all'art.8 CEDU, premesso che la stabile relazione di una coppia omosessuale rientra non solo nella nozione di vita privata ma manche in quella di vita familiare, analogamente alla relazione stabile di una coppia eterosessuale, la Corte di Strasburgo ha ricordato che per esservi una discriminazione (in tesi fondata sull'orientamento sessuale) non basta una disparità di trattamento delle persone ma occorre che tale disparità sia posta in essere con riguardo a persone *"in situazioni relativamente simili"*, ossia non risulti giustificata dalla diversità delle situazioni oggetto di comparazione. Le coppie omosessuali sono in situazione *"relativamente simile"*alle coppie eterosessuali perché hanno la stessa capacità di costituire stabili relazioni impegnative. Come le coppie eterosessuali anche le coppie omosessuali che vivono un rapporto stabile devono dunque trovare nell'ordinamento statuale riconoscimento e tutela in mancanza dei quali vi sarebbe violazione dell'art.8 CEDU. Questo riconoscimento e questa tutela, tuttavia, non necessariamente devono essere sovrapponibili a quelli attuati attraverso l'istituto del matrimonio, in quanto lo *status* conferito alle unioni omosessuali può anche non corrispondere allo *status* matrimoniale, purché siano regolati i diritti e

[128] Cfr. Corte europea dir. umani, Prima Sezione, caso Schalk e Kopf c. Austria, 24 giugno 2010, in *Rivista giuridica Diritti Umani in Italia, Database CEDU*, massima redatta a cura della Redazione della rivista: *"Non costituisce violazione dell'articolo 12 da parte di uno Stato membro la mancata estensione dell'accesso al matrimonio alle coppie costituite da individui dello stesso sesso. Ciò perché, si tratta di un istituto giuridico profondamente connesso alle radici storiche e culturali di una determinata società e rispetto al quale non è ravvisabile un'univoca tendenza negli ordinamenti interni degli Stati membri. Pertanto, rientra nell'ambito della discrezionalità proprio di uno Stato la scelta in merito all'introduzione di una normativa in tal senso, secondo le ragioni di opportunità politica e sociale che ritenga preponderanti"*.

doveri reciproci della coppia. Di conseguenza, allorché un ordinamento, come quello austriaco, attraverso una legge speciale, conferisca alle unioni omosessuali uno *status* simile al matrimonio (salve le differenze relative ai diritti genitoriali) non può ritenersi che vi sia un trattamento discriminatorio e non può ritenersi violato l'art.14 in relazione all'art.8 CEDU[129].

5. La successiva giurisprudenza della Corte Suprema di Cassazione italiana.

Dell'orientamento della Corte Costituzionale e della Corte europea dei diritti umani ha preso atto la Suprema Corte di Cassazione italiana.

La circostanza che, per un verso, il legislatore di ogni singolo Stato possa decidere di estendere l'istituto matrimoniale alle coppie omosessuali, mentre, per altro verso, tale estensione non sia imposta dall'ordinamento sovranazionale (sicché la normativa interna ben può continuare a prevedere il divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso purché tale divieto sia accompagnato da una disciplina di riconoscimento e di tutela specifica delle unioni omosessuali), ha indotto la Suprema Corte di Cassazione a rivedere l'orientamento tradizionale che individuava nella diversità di sesso dei coniugi la condizione naturalistica di esistenza del matrimonio.

Dinanzi alla richiesta di trascrizione in Italia di un atto di matrimonio contratto in Olanda da due cittadini italiani dello stesso sesso, la Corte ha quindi bensì confermato la sentenza di merito che aveva respinto il ricorso degli sposi contro il diniego di trascrizione, ma ne ha corretto la motivazione, basando la decisione negativa, non già sull'*inesistenza* del matrimonio contratto all'estero, ma sulla sua giuridica *inefficacia* nell'ordinamento italiano[130].

---

[129] Cfr. Corte europea dir. umani, Prima Sezione, caso Schalk e Kopf c. Austria, 24 giugno 2010, in *Rivista giuridica Diritti Umani in Italia, Database CEDU*, massima redatta a cura della Redazione della rivista: *"A parere della Corte, ad oggi all'interno del concetto di "vita familiare", il cui rispetto è garantito dall'articolo 8, devono potersi ricondurre anche le relazioni sentimentali e sessuali tra persone dello stesso sesso. Pertanto, costituirebbe una violazione dell'articolo 8 in combinato disposto con l'articolo 14 la mancanza di tutela e riconoscimento adeguato all'interno di uno Stato membro delle coppie omosessuali. Nel caso in cui, dunque, uno Stato si dotasse di uno strumento giuridico che permettesse la tutela dell'unione familiare tra soggetti dello stesso sesso, anche se ciò avvenisse in ritardo rispetto ad altri Stati membri, non incorrerebbe nella suddetta violazione. Tale conclusione è, anche in questo caso, giustificata dall'assenza di un comune orientamento condiviso dai legislatori nazionali"*.

[130]Corte Suprema di Cassazione 15 marzo 2012, n.4184, in *ItalgiureWeb – Corte di Cassazione*: *"Il matrimonio civile tra persone dello stesso sesso, celebrato all'estero, non è inesistente per l'ordinamento italiano, ma soltanto inidoneo a produrre effetti giuridici; anche ai sensi dell'art. 12 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come evolutivamente interpretato dalla Corte di Strasburgo (sentenza del 24 giugno 2010, "Schalk e Kopf c. Austria"), la diversità di sesso dei nubendi non costituisce presupposto "naturalistico" di "esistenza" del matrimonio. (Fattispecie relativa a cittadini italiani dello stesso sesso, i quali, unitisi in matrimonio nei Paesi Bassi, avevano impugnato il rifiuto di trascrizione dell'atto, opposto dall'ufficiale di stato civile italiano; la S.C., in*

6. La legge 20 maggio 2016, n.76 e la regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso in Italia.

Con un certo ritardo il legislatore italiano ha preso atto delle pronunce della Corte Costituzionale e della Corte europea dei diritti umani e ha emanato una legge per il riconoscimento e la tutela delle unioni tra persone dello stesso sesso.

Esercitando la discrezionalità riconosciuta dall'art.12 CEDU e dall'art.9 della Carta di Nizza, il legislatore italiano ha omesso di estendere l'istituto del matrimonio alle coppie omosessuali; peraltro, adempiendo all'obbligo imposto dall'art.8 in combinato disposto con l'articolo 14 CEDU (ed in conformità all'art.2 della Costituzione repubblicana) ha predisposto una normativa volta a riconoscere le unioni omosessuali e a prevedere la regolamentazione dei doveri e diritti reciproci della coppia attraverso l'attribuzione di uno specifico *status*.

Questa disciplina è contenuta nella legge 20 maggio 2016, n.76, (*"Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze"*), la quale prevede che due persone maggiorenni dello stesso sesso possono costituire un'unione civile mediante dichiarazione di fronte all'ufficiale di stato civile ed alla presenza di due testimoni (art.1, co.2).

La costituzione di un'unione civile attribuisce ai membri della coppia diritti e doveri comparabili a quelli del matrimonio ed uno status complessivamente simile a quello matrimoniale, sia sul piano *personale* che sul piano *patrimoniale*.

Sul piano *personale*, la legge prevede che con la costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso le parti acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri; dall'unione civile deriva l'obbligo reciproco all' assistenza morale e materiale e alla coabitazione; entrambe le parti sono tenute, ciascuna in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo, a contribuire ai bisogni comuni (art.1, co. 11); le parti concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza comune; a ciascuna delle parti spetta il potere di attuare l'indirizzo concordato (art.1, co.12).

---

applicazione del principio, pur respingendo il ricorso degli sposi, ha corretto la motivazione del decreto della Corte territoriale, che aveva legittimato il rifiuto di trascrizione dell'atto in difetto della sua "configurabilità come matrimonio")".

Si tratta di previsioni che ricalcano quelle contenute nel codice civile con riguardo ai diritti e doveri nascenti dal matrimonio, con l'unica eccezione dell'obbligo reciproco alla fedeltà (artt.143 e 144).

Sul piano *patrimoniale*, la legge prevede che il regime patrimoniale dell'unione civile tra persone dello stesso sesso è costituito dalla comunione dei beni. Questo regime, analogamente a quanto accade nel matrimonio, può tuttavia essere modificato, attraverso una convenzione matrimoniale (art. 1, co.13).

Le differenze più marcate con lo *status* matrimoniale concernono dunque i *diritti genitoriali*. Alla coppia omosessuale che ha costituito un'unione civile non è infatti consentita l'*adozione* in quanto la legge stabilisce che in materia di adozione resta fermo quanto previsto e consentito dalle norme vigenti (art.1, co.20).

SEZ. II. FILIAZIONE E OMOSESSUALITÀ. LE PRONUNCE DELLA CORTE DI CASSAZIONE ITALIANA SULLA STEPCHILD ADOPTION E SULLA TRASCRIZIONE NEI REGISTRI DI STATO CIVILE DELL'ATTO DI NASCITA STRANIERO DI FIGLIO DI COPPIA OMOSESSUALE.

1. Le fattispecie.

I casi in cui un rapporto di filiazione può instaurarsi nell'ambito di una coppia omosessuale sono i seguenti:

a) Il caso della coppia *gay* o lesbica che voglia adottare un bambino con adozione *piena* o *legittimante*;

b) Il caso dell'omosessuale che abbia avuto un figlio nell'ambito di una precedente relazione eterosessuale o attraverso una tecnica di procreazione artificiale o di maternità surrogata e che voglia far adottare il figlio dal proprio partner (c.d. *second parent adoption* o *stepchild adoption*);

c) Il caso della coppia *gay* che decida di avere un figlio. La tecnica è quella della maternità surrogata: viene fecondato *in vitro* l'ovocita di una donatrice con il seme maschile di uno dei due uomini della coppia che diventerà il padre del nascituro; l'ovocita viene quindi

introdotto nell'utero della gestante che inizia la gravidanza; dopo il parto, il bambino sarà adottato dal secondo membro della coppia; il figlio avrà due padri.

d) Il caso della coppia lesbica che decida di avere un figlio. La tecnica è quella della fecondazione eterologa: viene fecondato *in vitro* l'ovocita di una delle due donne componenti della coppia; l'ovocita viene quindi introdotto nell'utero dell'altra che inizia la gravidanza; il figlio avrà due madri.

2. L'adozione nella coppia omosessuale in Italia.

Nell'ordinamento italiano l'adozione dei bambini e, in genere, dei minori di età (cc.dd. adozione *piena* o *legittimante*) è disciplinata dalla legge 4 maggio 1983, n.184, riformata dalla legge 28 marzo 2001, n.149 e, da ultimo, dalla legge 19 ottobre 2015, n. 173 *("Diritto del minore ad una famiglia"*).

La legge proclama anzitutto il diritto fondamentale del minore di crescere ed essere educato nella sua famiglia di origine (art.1, co.1) e prevede che di questo diritto debba essere assicurata l'effettività, stabilendo che lo Stato e gli altri enti territoriali sostengano con idonei interventi i nuclei familiari a rischio, in particolare quelli che versano in condizioni di povertà e di indigenza (art.1, co.2 e 3).

Nell'ipotesi in cui, nonostante tali interventi, la famiglia di origine non sia in grado di provvedere alla crescita e alla educazione del bambino, questo può essere dato in *affidamento eterofamiliare* se la situazione di inidoneità della famiglia d'origine sia *temporanea* (artt.2, 3, 4, 5); può essere dato in *adozione* se la situazione di inidoneità della famiglia di origine sia *definitiva*.

Presupposto dell'adozione, precisamente, è la situazione di abbandono del bambino derivante dalla privazione non temporanea dell'assistenza morale e materiale che la famiglia d'origine dovrebbe prestargli (art.8). In tal caso il minore mantiene il diritto di crescere ed essere educato in una famiglia e, non potendo esercitarlo in quella d'origine, acquisisce il diritto succedaneo ad una idonea famiglia sostitutiva.

I requisiti degli adottanti sono i seguenti. Occorre: 1) che siano uniti in matrimonio; 2) che la loro convivenza sia stabile e continuativa da almeno tre anni; 3) che siano affettivamente idonei

e capaci di educare, istruire e mantenere i bambini che vogliono adottare; 4) che abbiano un'età che superi di almeno 18 anni e di non più di 45 anni quella dell'adottando (art.6).

La necessità della previa unione in matrimonio esclude la possibilità di adozione per le coppie omosessuali.

Queste infatti, come si è visto, sono regolate dalla legge 20 maggio 2016, n.76, la quale prevede che due persone maggiorenni dello stesso sesso possono costituire un'*unione civile*, ma non unirsi in matrimonio.

La stessa legge inoltre, come si è visto, non conferisce diritti genitoriali all'unione civile tra persone dello stesso sesso, in quanto stabilisce che in materia di adozione *resta fermo quanto previsto e consentito dalle norme vigenti* (art.1, co.20).

Deve invece ritenersi consentita, nell'ambito della coppia omosessuale, la limitata misura dell'*affidamento eterofamiliare*, nell'ipotesi in cui il distacco del bambino dalla famiglia di origine sia solo *temporaneo*.

La legge infatti prevede che il minore temporaneamente privo di un ambiente familiare idoneo è affidato ad una famiglia, preferibilmente con figli minori, o ad una persona singola, in grado di assicurargli il mantenimento, l'educazione, l'istruzione e le relazioni affettive di cui egli ha bisogno (art.2, co.1) e che ove non sia possibile l'affidamento ad una famiglia o ad una persona singola, è consentito l'inserimento del minore in una comunità di tipo familiare o, in mancanza, in un istituto di assistenza pubblico o privato (art.2, co.2).

Se dunque il minore può essere dato in affidamento anche ad una persona singola, a maggior ragione può essere dato in affidamento ad una coppia omosessuale che abbia i requisiti di idoneità previsti dalla norma, incorrendosi altrimenti in una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale[131].

Al verificarsi di specifici presupposti, deve inoltre ritenersi consentita, secondo l'orientamento della Corte Suprema di Cassazione italiana, l'*adozione in casi particolari*, o *adozione non legittimante*.

[131] Tra le pronunce dei giudici di merito che hanno ritenuto consentito l'affidamento eterofamiliare dei minori presso coppie omosessuali, si segnala la pronuncia del Tribunale di Palermo, 9 dicembre 2013, in *Famiglia e diritto*, 2014, IV, 351, con cui la misura è stata disposta nei confronti di un minore ormai prossimo alla maggiore età ed in favore di una coppia omosessuale iscritta nel registro istituito dal Comune di Palermo.

Essa è disciplinata dall'art.44 della legge n.184/1983, il quale prevede che i minori possono essere adottati anche quando non siano stati dichiarati in stato di adottabilità secondo la procedura propria dell'adozione legittimante: *a)* da persone unite al minore da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo quando il minore sia orfano di padre e di madre; *b)* dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge; *c)* da chiunque quando oltre ad essere orfano di entrambi i genitori, il minore sia portatore di handicap; *d)* da chiunque quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo. Nei casi di cui alle lettere *a), c)* e *d)* l'adottante può anche essere persona non coniugata (c.d. adozione del *single*).

Sulla base di questa norma, recentemente la Corte Suprema di Cassazione italiana[132] ha confermato la sentenza di merito che aveva pronunciato l'adozione da parte della partner omosessuale del minore figlio dell'altra partner che aveva fatto ricorso ad una tecnica di fecondazione artificiale.

Nella fattispecie, le due donne erano legate da una relazione sentimentale e di convivenza sin dal 2003 e la nascita del bambino era stata il frutto di un progetto genitoriale maturato insieme. La decisione di scegliere la più giovane, ai fini della gravidanza, era stata dettata dalle maggiori probabilità di successo delle procedure di procreazione medicalmente assistita effettuate in Spagna. Peraltro, il bambino era vissuto con entrambi sin dalla nascita. Ricevuta la richiesta di adozione della partner non genitrice, il Tribunale dei minorenni di Roma, acquisito il consenso della madre, aveva disposto l'adozione con aggiunta del cognome dell'adottante a quello che l'adottata aveva preso dalla madre. La decisione, a seguito dell'impugnazione del pubblico ministero, era stata confermata dalla Corte di Appello di Roma.

La Corte Suprema di Cassazione ha respinto l'ulteriore ricorso del procuratore generale presso la Corte di Appello, sulla base dei seguenti rilievi:

A) nella fattispecie, se non si applica la lettera *b)* dell'art.44 legge n.184/1983 (che prevede la *second partner adoption* solo a favore del coniuge), può tuttavia trovare applicazione la lettera *d)* del medesimo articolo, che subordina l'adozione alla sola condizione della *"constatata impossibilità di affidamento preadottivo"*. Diversamente da quanto ritenuto dal pubblico ministero, questa norma va interpretata non già in senso restrittivo (quale *impossibilità di fatto*,

[132] Corte Suprema di Cassazione 22 giugno 2016, n.12962, in *Italgiure Web – Corte di Cassazione*.

che presuppone l'accertamento dello stato di abbandono del minore e la dichiarazione di adottabilità non seguiti dalla disponibilità di coppie coniugate ad avere il minore in affidamento preadottivo e poi in adozione) ma in senso estensivo (quale *impossibilità di diritto* che sussiste anche nell'ipotesi in cui non possa farsi luogo alla dichiarazione di adottabilità perché non sussiste il presupposto dell'abbandono del minore[133]).

B) In questo caso l'adozione del minore (che non versa in stato di abbandono perché già assistito moralmente e materialmente da un genitore o un parente tenuto a provvedervi) si giustifica tuttavia in relazione al suo superiore interesse (il *best interest* del minore, emerso sia nell'ordinamento interno che nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani) la tutela del quale impone di formalizzare e conservare la stabile e positiva relazione di fatto instauratasi con un'altra persona in funzione della salvaguardia della continuità affettiva[134].

[133] Corte Suprema di Cassazione 22 giugno 2016, n.12962, *cit.*, in motivazione: *"Al riguardo, deve ritenersi che vi siano due modelli di adozione, quella legittimante, fondata sulla condizione di abbandono del minore, e quella non legittimante, fondata su requisiti diversi sia in ordine alla situazione di fatto nella quale versa il minore, sia in ordine alla relazione con il richiedente l'adozione. All'interno di questa diversa categoria di genitorialità adottiva prevista dal nostro ordinamento, deve rilevarsi che delle quattro fattispecie di adozione in casi particolari descritte nell'art. 44, quella contrassegnata dalla lettera d) è caratterizzata da un grado di determinazione inferiore alle altre tre: nella prima, infatti, vengono esattamente definite le situazioni del minore (orfano di padre e madre) e dell'adottante (parente entro il sesto grado con preesistente rapporto stabile e duraturo con il minore); nella seconda, ugualmente, il minore adottando deve essere figlio, anche adottivo, di un coniuge e l'adottante non può che essere laltro coniuge; nella terza, il minore deve essere orfano di entrambi i genitori e portatore di handicap, mentre non è richiesta alcuna condizione in ordine all'adottante; nella lettera d), invece, nessun requisito viene indicato per definire i profili dell'adottante e dell'adottando, essendo soltanto prevista la condicio legis della «constatata impossibilità dell'affidamento preadottivo» (...).*

In conclusione, l'interpretazione della espressione «constatata impossibilità dell'affidamento preadottivo» da prescegliere non può che essere quella adottata dalla Corte d'Appello di Roma: coerentemente con il sistema della tutela dei minori e dei rapporti di filiazione biologica ed adottiva attualmente vigente, deve ritenersi sufficiente l'impossibilità "di diritto" di procedere all'affidamento preadottivo e non solo quella "di fatto", derivante da una condizione di abbandono in senso tecnico giuridico o di semi abbandono".

[134] Corte Suprema di Cassazione 22 giugno 2016, n.12962, *cit.*, in motivazione: *"Il quadro della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani è del tutto coerente con le conclusioni raggiunte, dal momento che si sta sempre più affermando, in particolare nei procedimenti adottivi, il principio secondo il quale il rapporto affettivo che si sia consolidato all'interno di un nucleo familiare, in senso stretto o tradizionale o comunque ad esso omologabile per il suo contenuto relazionale, deve essere conservato anche a prescindere dalla corrispondenza con rapporti giuridicamente riconosciuti, salvo che vi sia un accertamento di fatto contrario a questa soluzione (cfr., tra gli altri, il caso Moretti e Benedetti contro Italia - ricorso n. 16318 del 2007 - deciso con la sentenza 27 aprile 2010, nella quale viene affrontato un conflitto analogo a quello sopra illustrato in ordine alla sentenza di questa Corte n. 22292 del 2013, ma con soluzione che privilegia la relazione istaurata con gli affidatari provvisori; il medesimo principio è stato affermato nella sentenza Paradiso e Campanelli contro Italia del 27 gennaio 2015 - ricorso n. 25358 del 2012 - la cui fattispecie riguarda un progetto procreativo realizzato mediante gestazione per altri, vietato nel nostro ordinamento)".*

Il riconoscimento della *stepchild adoption* nell'ambito della coppia omosessuale da parte della giurisprudenza italiana deve essere inquadrato nell'ambito dell'ordinamento sovranazionale tenendo conto delle pronunce della Corte europea dei diritti umani.

La Corte di Strasburgo in una prima pronuncia aveva ritenuto non discriminatorio il divieto previsto dall'ordinamento francese (nell'ambito del quale la *second parent adoption* è consentita solo tra coppie coniugate) sul rilievo che in questo caso le coppie omosessuali di fatto sono trattate alla stessa stregua della coppie eterosessuali di fatto e che la diversità di trattamento non è fondata sull'orientamento sessuale ma sulla circostanza che lo *status* riconosciuto alle coppie di fatto (omosessuali o eterosessuali) unite civilmente (nella fattispecie si trattava di una coppia di donne omosessuali, che avevano costituito un unione civile – *pacte civil de solidarité*, applicabile sia alle coppie omosessuali che a quelle eterosessuali – l'una delle quali desiderava adottare il figlio avuto dall'altra con una tecnica di procreazione artificiale) non è sovrapponibile a quello derivante dal matrimonio[135].

In altra pronuncia, invece, la Corte europea dei diritti umani ha ritenuto discriminatorio il divieto sancito dall'ordinamento austriaco (nell'ambito del quale la *stepchild adoption* è consentita alle coppie eterosessuali di fatto ma non alle coppie omosessuali) sul rilievo che in questo caso la coppia di fatto omosessuale sarebbe trattata diversamente da quella eterosessuale e tale diversità di trattamento, non basata sul riconoscimento di uno *status* diversificato, sarebbe fondata unicamente sull'orientamento sessuale[136].

[135] Corte europea dir. umani, , caso Gas e Dubois c. Francia, 15 marzo 2012, in *Rivista giuridica Diritti Umani in Italia, Database CEDU*, massima redatta a cura di Caterina Fatta: *"Non costituisce violazione dell'art. 14, in combinato disposto con l'articolo 8, la previsione in materia di adozione di minori di una norma che disciplina diversamente le condizioni di esercizio della potestà genitoriale per le coppie dello stesso sesso unite civilmente e per quelle sposate. La disparità di trattamento non è discriminatoria, poiché lo status giuridico di una coppia di fatto (omosessuale o eterosessuale) non è comparabile a quella di una coppia di coniugi, ben potendo, infatti, l'istituto matrimoniale – tutelato dall'articolo 12 della Convenzione – conferire un status giuridico privilegiato da cui derivino particolari conseguenze sociali e giuridiche"*.

[136] Corte europea dei diritti umani, caso X e Altri c. Austria, 19 febbraio 2013, in *http://www.articolo29.it/genitori-2/adozione-e-affidamento-familiarecedu/ "Costituisce violazione dell'art. 14, in combinato disposto con l'articolo 8, la previsione in materia di adozione di minori di una norma che disciplina diversamente le condizioni di esercizio della potestà genitoriale per le coppie di fatto dello stesso sesso e per quelle di diverso sesso; la disparità di trattamento è discriminatoria, poiché gli status giuridici di una coppia di fatto omosessuale e di una coppia di fatto eterosessuale sono comparabili fra loro, mentre il governo resistente ha mancato del tutto di dimostrare che possa cagionare nocumento ad un bambino essere allevato da una coppia dello stesso sesso o da due madri o da due padri"*.

Nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo il *tertium comparationis* è dunque costituito dalle coppie eterosessuali non unite in matrimonio, dovendosi riconoscere alle coppie omosessuali uno *status* non deteriore rispetto a queste. Laddove, come in Francia, l'adozione del figlio del partner non è consentita alla coppia eterosessuale di fatto, il divieto posto alle coppie omosessuali è stato ritenuto non discriminatorio; laddove, invece, come in Austria, le coppie eterosessuali non unite in matrimonio possono accedere alla *stepchild adoption*, il divieto posto alle coppie omosessuali è stato ritenuto discriminatorio.

Il riconoscimento, da parte della Suprema Corte di Cassazione italiana, della *second parent adoption* nell'ambito delle coppie omosessuali apre alla possibilità che l'istituto sia utilizzato anche nel caso della coppia *gay* che ricorra alla surrogazione di maternità per avere un figlio. In tale ipotesi viene fecondato in vitro l'ovocita di una donatrice con il seme maschile di uno dei due uomini della coppia che diventerà il padre del nascituro; l'ovocita viene quindi introdotto nell'utero della gestante che inizia la gravidanza; dopo il parto, poiché il bambino è figlio soltanto di uno dei membri della coppia (il genitore biologico), l'altro membro avrà interesse all'adozione al fine di formalizzare il legame familiare già esistente di fatto e attribuire al bambino un secondo padre[137].

3. La trascrizione in Italia dell'atto di nascita straniero del figlio di due madri.

L'ulteriore ipotesi in cui un rapporto di filiazione può instaurarsi all'interno di una coppia omosessuale si riconduce al caso della coppia lesbica che decida di avere un figlio utilizzando la tecnica della fecondazione eterologa: viene fecondato in vitro l'ovocita di una delle due donne componenti della coppia con il seme di un donatore anonimo; l'ovocita viene quindi introdotto nell'utero dell'altra che inizia la gravidanza; il figlio avrà due madri, una genetica una uterina.

Questo caso è stato portato all'attenzione della Corte Suprema di Cassazione italiana.

Nella fattispecie due donne, una cittadina spagnola e una cittadina italiana, si erano unite in matrimonio in Spagna e in costanza di tale matrimonio era nato un bambino, concepito mediante procreazione medicalmente assistita attraverso l'introduzione nell'utero dell'una degli ovuli

[137] L'adozione potrà essere disposta ai sensi dell'art.44 lett. *d)* legge n.184/1983, salvo che la coppia non si sia unita in matrimonio all'estero e l'efficacia di tale matrimonio sia riconosciuta in Italia superando l'orientamento espresso dalla Corte Suprema di Cassazione 15 marzo 2012, n.4184, nel qual caso potrà farsi applicazione dell'art.44 lett. *b)*.

dell'altra previamente fecondati in vitro. Dal certificato di nascita risultava che per l'ordinamento spagnolo il bambino era figlio di entrambe le madri (identificate come "Madre A"e "Madre B"), era cittadino spagnolo e portava il cognome di entrambe.

Le due donne avevano chiesto congiuntamente la trascrizione dell'atto di nascita in Italia ma l'ufficiale dello Stato civile l'aveva negata per ragioni di ordine pubblico.

Successivamente le donne avevano consensualmente divorziato in Spagna e il minore era stato dato in affidamento congiunto ad entrambe con condivisione della responsabilità genitoriale.

Esse avevano quindi impugnato dinanzi al giudice il diniego dell'ufficiale dello Stato civile.

In primo grado il Tribunale aveva respinto il ricorso ritenendo che la domanda di trascrizione contrastasse con l'ordine pubblico italiano. Il giudice aveva argomentato dalla norma che consente il riconoscimento in Italia di provvedimenti amministrativi stranieri relativi all'esistenza di rapporti di famiglia solo quando essi non siano contrari all'ordine pubblico (art.65 legge 31 maggio 1995, n. 218, *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*)[138]. Secondo il tribunale un principio di ordine pubblico sarebbe espresso dalla norma imperativa contenuta nel codice civile, secondo cui nell'ordinamento italiano madre è soltanto colei che ha partorito il bambino (art.269, terzo comma)[139]. Secondo il tribunale, dunque, l'invocata trascrizione contrastava con l'ordine pubblico perché avrebbe consentito di attribuire lo *status* di madre anche a colei (la madre genetica) che non aveva partorito il bambino.

La pronuncia del tribunale era stata riformata dalla Corte di Appello la quale aveva ordinato all'ufficiale dello stato civile di procedere alla trascrizione dell'atto di nascita, traendo argomento da una diversa concezione dell'ordine pubblico: la nozione di ordine pubblico rilevante ai fini del diritto internazionale privato sarebbe – secondo la Corte di Appello – l'ordine pubblico internazionale, e cioè il complesso dei principi caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico e fondati sulle esigenze di tutela dei diritti fondamentali della persona, comuni ai diversi ordinamenti e promananti da valori condivisi nella comunità giuridica

[138] Art. 65 legge n.218/1995. Riconoscimento di provvedimenti stranieri. 1. Hanno effetto in Italia i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone nonché all'esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità quando essi sono stati pronunciati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme della presente legge o producono effetti nell'ordinamento di quello Stato, anche se pronunciati da autorità di altro Stato, purché non siano contrari all'ordine pubblico e siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa.

[139] Art. 269, terzo comma, del codice civile italiano. La maternità è dimostrata provando la identità di colui che si pretende essere figlio e di *colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre*.

sovranazionale, valori che trovano espressione, in particolare, nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani. La Corte di appello aveva inoltre richiamato l'esigenza di tutela del superiore interesse del minore la quale imponeva la *conservazione* di una situazione (il rapporto genitoriale con la madre genetica) che si era prolungata nel tempo, atteso che il bambino, di fatto, era cresciuto ed educato da entrambe le donne (entrambi riconosciute come madri dalla legge spagnola) sicché il disconoscimento di tale rapporto avrebbe leso il suo diritto all'identità personale e il suo *status*, arrecandogli concreti pregiudizi determinati: dall'impossibilità di intrattenere rapporti giuridicamente rilevanti con la madre genetica e con i parenti di lei; dalla mancanza, in Italia, del soggetto titolare della responsabilità genitoriale e del potere di rappresentarlo con le istituzioni sanitarie e scolastiche; dalla perdita dei diritti successori.

La Corte Suprema di Cassazione, anche in questo caso adìta dal ricorso del procuratore generale della Corte di Appello, ha confermato la pronuncia di quest'ultima, muovendo da due considerazioni, l'una attinente al limite dell'ordine pubblico, l'altra attinente al *best interest* del minore.

A) Con riguardo all'ordine pubblico la Corte Suprema di Cassazione ha evidenziato come nell'elaborazione del concetto vi sia stata un'evoluzione nella giurisprudenza italiana da una *concezione statualista* ad una concezione di *apertura agli ordinamenti esterni*. Nella *concezione statualista*, l'ordine pubblico era una barriera eretta dall'ordinamento giuridico nazionale funzionale alla salvaguardia di determinati valori etici e politici. Esso dunque escludeva la possibilità di applicare norme straniere - o di consentire l'operatività in Italia di atti amministrativi stranieri - che fossero espressione di principi etici e politici contrastasti con quelli dell'ordinamento interno. In questa concezione la veste che l'ordine pubblico assumeva era quello delle *norme imperative*. Una legge o un atto amministrativo straniero contrastanti con le norme imperative era dunque sempre un atto contrario all'ordine pubblico. Nella *concezione aperta agli ordinamenti esterni* l'ordine pubblico è il complesso dei principi ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali della persona comuni ai diversi ordinamenti e collocati ad un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria. In questa concezione *a)* la tutela dei diritti fondamentali è il contenuto dell'ordine pubblico mentre *b)* la fonte di esso va ricercata nelle fonti normative che si pongono, a livello gerarchico, su una posizione superiore rispetto alla legge ordinaria, vale a dire, anzitutto, la Costituzione repubblicana, ma anche, in secondo luogo, i trattati

fondativi e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché la Convenzione europea dei diritti umani. Una legge o un atto amministrativo straniero che sia funzionale ad assicurare la tutela dei predetti valori costituzionali o comunque sovraordinati deve dunque trovare riconoscimento nell'ordinamento italiano anche se contrastante con norme imperative poste dalla legislazione ordinaria. Al riguardo la Corte di Cassazione ha portato l'esempio della giurisprudenza che negli anni sessanta del secolo scorso aveva negato l'ingresso alle sentenze straniere di divorzio solo perché la legislazione ordinaria dell'epoca stabiliva l'indissolubilità del matrimonio, sebbene tale indissolubilità non esprimesse alcun principio o valore costituzionale essenziale ai fini della tutela dei diritti fondamentali della persona; questa giurisprudenza – ha chiarito la Corte – si giustificava nell'ambito della concezione statualista dell'ordine pubblico ma non sarebbe conforme alla nuova concezione dell'ordine pubblico internazionale quale complesso di principi nascenti dalle fonti costituzionali o sub costituzionali e funzionali alla tutela dei diritti fondamentali. La contrarietà all'ordine pubblico (con conseguente necessità di negare l'applicazione o l'efficacia in Italia alla legge o all'atto amministrativo straniero) si avrebbe invece nell'ipotesi in cui si trattasse di recepire una norma straniera analoga a quelle che allo stesso legislatore interno ordinario sarebbe inibito di introdurre, in quanto incompatibile con valori costituzionali primari. Sulla base di queste considerazioni la Corte di Cassazione italiana ha escluso che nella fattispecie l'atto di nascita straniero di cui si chiedeva la trascrizione nei registri dello stato civile italiano contrastasse con l'ordine pubblico italiano non costituendo la norma imperativa di cui all'art.269 terzo comma c.c. un principio di ordine pubblico nel senso sopra richiamato ma soltanto un'ordinaria norma imperativa.

B) Con riguardo all'interesse superiore (*best interest* del minore) la Corte Suprema di Cassazione ha rilevato che l'esigenza di tutela di tale interesse, anche sotto il profilo dell'identità personale, permea tanto l'ordinamento interno quanto l'ordinamento sovranazionale: con riguardo all'*ordinamento interno* vengono ricordate, oltre alle norme costituzionali (artt.2, 3, 30, 31 e 32 della Costituzione), le già citate leggi sulla riforma del diritto di famiglia del 1975 e sull'adozione del 1983 (con le modifiche ed integrazioni apportate nel 2001 e nel 2015), nonché la pure citata riforma del diritto della filiazione (legge 10 dicembre 2012, n. 219 e D.Lgs. 28 dicembre 2013, n. 154); con riguardo all'*ordinamento sovranazionale* vengono ricordate la Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo, la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del

fanciullo fatta dal Consiglio d'Europa a Strasburgo nel 1996, e, in particolare, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata a Nizza nel 2000, la quale dispone che *"in tutti gli atti relativi ai minori siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente"*(art.24). Nella fattispecie, l'interesse superiore del minore – quale interesse a conservare una situazione di fatto (il rapporto genitoriale con la madre genetica) il cui disconoscimento sarebbe lesivo del suo diritto all'identità personale e del suo *status* – si sostanzia nel diritto a conservare lo *status* di figlio (diritto alla conservazione dello *status filiationis*) già riconosciutogli da un atto validamente formato in un altro paese dell'Unione europea, l'eliminazione del quale comporterebbe: *a)* l'impossibilità di proseguire il rapporto ormai consolidato con la madre genetica e con i parenti di lei, attribuendo ad esso giuridica rilevanza; *b)* l'impossibilità di conseguire la cittadinanza italiana; *c)* la lesione dei diritti successori nei confronti della madre genetica e dei parenti di lei; *d)* l'impossibilità per il bambino di essere rappresentato dal genitore genetico nei rapporti con le istituzioni italiane; *e)* la lesione del suo interesse ad avere due genitori tutelato dall'art.24 della Carta di Nizza.

La specificazione del *best interest* del minore nel diritto alla *conservazione* di una situazione la cui rimozione gli arrecherebbe pregiudizio trova conferma - secondo la Corte di Cassazione – nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani ed in particolare nelle pronunce sui casi *M.* e *L.* c. *Francia*, e *P.* e *C.* c. *Italia*, con le quali, rispettivamente, la Quinta e la Seconda Sezione della Corte di Strasburgo hanno ravvisato la violazione dell'art.8 CEDU nel diniego opposto dallo Stato al riconoscimento del rapporto di filiazione e alla trascrizione degli atti di nascita di bambini, legalmente formati in uno stato estero, da coppie eterosessuali che avevano fatto ricorso alla pratica della maternità surrogata, vietata nei paesi di appartenenza.

Nei casi *M.* e *L.* c. *Francia*[140] due coppie di coniugi, cittadini francesi, a causa dell'infertilità delle mogli, si erano recate negli Stati Uniti per fare ricorso alla surrogazione di maternità. Nell'utero delle gestanti erano stati dunque impiantati embrioni fecondati con il gamete maschile dei rispettivi mariti. Ne erano nati bambini che avevano un legame biologico soltanto con il membro maschile della coppia. Le autorità francesi avevano rifiutato di trascrivere l'atto di nascita in ragione del divieto della surrogazione di maternità vigente nell'ordinamento francese.

[140] Corte europea dir. umani, Quinta Sezione, casi M. e L. c. Francia, 26 giugno 2014, in *ItalgiureWeb – Corte di Cassazione, Sezione sentenze e abstract Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*.

La Corte europea ha escluso la violazione dell'art.8 (diritto alla vita familiare) nei confronti delle coppie, ma ha ritenuto perpetrata tale violazione (diritto alla vita privata) nei confronti dei figli, i quali per effetto del mancato riconoscimento vengono lesi nella loro identità personale e nel loro *status* perdendo un legame giuridico (il rapporto di filiazione) quando la realtà biologica di tale legame è accertata rispetto ad uno dei membri della coppia; per effetto di ciò il minore inoltre viene a trovarsi in una situazione di *incertezza giuridica* perché potrebbe avere difficoltà ad ottenere la cittadinanza francese, pur avendo un padre biologico francese, nonché a far valere le sue aspettative ereditarie nei confronti dei genitori intenzionali di cui uno è genitore biologicamente effettivo. La Corte ha dunque concluso nel senso che impedendo il riconoscimento e l'instaurazione di rapporti giuridici tra i bambini e il loro padre biologico, lo Stato francese aveva oltrepassato il margine consentito di apprezzamento, ledendo il preminente interesse del minore.

Nel caso *P.* e *C.* c. *Italia*[141] due coniugi italiani si erano recati in Russia per avere un bambino con la tecnica della maternità surrogata. A differenza della vicenda precedente, in questo caso non vi era legame biologico del bambino con nessuno dei membri della coppia in quanto nell'utero della gestante erano stati impiantati embrioni fecondati con il gamete maschile di un terzo donatore. Dopo avere accertato con la prova del dna la mancanza di legame genetico del bambino con la coppia, il tribunale dei minorenni competente ne aveva dichiarato lo stato di adottabilità, dandolo in affidamento ad un'altra famiglia e ponendo fine ad un rapporto di fatto che si era protratto per circa sei mesi.

Sul ricorso della coppia, la Seconda Sezione della Corte europea dei diritti umani ha ravvisato nel comportamento delle autorità italiane una violazione dell'art.8 (diritto alla vita familiare della coppia) sul rilievo che, sebbene la decisione di allontanare il minore dai ricorrenti fosse stata presa per porre fine ad una situazione di illegalità derivante da un comportamento illecito della coppia integrante persino gli estremi del reato, tuttavia la necessità di porre rimedio a una situazione illegittima non era sufficiente per giustificare l'adozione di qualsiasi misura, in quanto lo Stato deve avere in ogni caso riguardo all'interesse superiore del minore. La misura adottata, dunque, era sproporzionata e si era tradotta in un'illegittima interferenza nella vita

[141] Corte europea dir. umani, Seconda Sezione, caso P. e C. c. Italia, 27 gennaio 2015 *ItalgiureWeb – Corte di Cassazione, Sezione sentenze e abstract Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.*

familiare dei ricorrenti in quanto sussisteva il preminente interesse del bambino a continuare la relazione affettiva iniziata con la coppia di genitori intenzionali. La misura dell'allontanamento del minore dal contesto familiare è una misura estrema che può essere giustificata soltanto in caso di pericolo immediato per il bambino, di talché, secondo la Seconda Sezione della Corte, le autorità italiane, nel decidere tale allontanamento in assenza della predetta condizione, avevano oltrepassato il proprio margine di apprezzamento, a discapito del superiore interesse del minore. In considerazione di tale preminenza, tra l'altro, la Corte ha accordato soltanto un indennizzo di carattere economico, senza spingersi ad ordinare la restituzione del bambino alla coppia ricorrente, avuto riguardo al rapporto nel frattempo consolidatosi con la famiglia affidataria.

POSTILLA

Il presente scritto riproduce la lezione tenuta agli studenti della Facoltà di Diritto dell'Università di Siviglia in data 25 novembre 2016.

In esso dunque non si dà conto della pronuncia emessa il successivo 24 gennaio 2017, con cui la Grande Camera della Corte EDU si è pronunciata in seconda istanza sul caso P. e C. c. Italia, ribaltando la precedente decisione della Seconda Sezione, ed escludendo la violazione dell'art. 8 Convenzione EDU da parte dello Stato italiano.

La Corte ha infatti ritenuto che l'art. 8 non possa trovare applicazione quanto alla violazione del diritto al rispetto della *vita familiare*, avuto riguardo alla breve durata della relazione tra i genitori intenzionali e il bambino, nonché all'assenza di legame biologico tra quest'ultimo ed entrambi i membri della coppia.

Secondo la Corte è invece applicabile il predetto art. 8 quanto alla violazione del diritto al rispetto della *vita privata*, atteso che le misure adottate dalle autorità italiane costituiscono un'interferenza nella vita privata dei ricorrenti in quanto incidenti sul progetto familiare e genitoriale da loro perseguito. Questa interferenza tuttavia appare giustificata perché posta in essere, conformemente alla legge, in funzione del raggiungimento del legittimo obiettivo di proteggere il minore a fronte di un contegno illegittimo dei genitori intenzionali.

CARLO INTROVIGNE

Charlie Gard, una storia brutta. Passare il segno per lasciare il segno?

In breve tempo siamo passati da "*Je suis Charlie*"a "Charlie deve morire".

Se e quando una mano ucciderà – a proposito, nessuno ha avuto ancora materialmente il coraggio di farlo – le responsabilità saranno tutte da analizzare e, perché no, da condividere.

Parliamo di responsabilità e non di colpa, c'è un dialogo da stimolare ed un confronto da aprire, ma è bene chiarirlo subito: siccome si tratterà di una morte "burocratica", il rischio è che alla fine la responsabilità non sia di nessuno.

Invece è di tutti, anche di chi scrive oggi e avrebbe fatto invece meglio a scrivere ieri.

Ma andiamo con ordine, ripercorriamo brevemente la vicenda del bambino che oggi commuove ed interroga il mondo (libero?).

Charlie Gard ha 10 mesi, è nato nel Regno Unito dall'amore di papà Chris e di mamma Connie Yates. È affetto da una malattia rara e devastante, la sindrome da deplezione del DNA mitocondriale. Significa in pratica il progressivo ed inarrestabile deterioramento degli organi che presiedono alle funzioni vitali, primi fra tutti quelli respiratori. È ricoverato al Greet Hormond Street Hospital di Londra, dove è tenuto in vita grazie a respirazione ed alimentazione artificiali.

I medici del nosocomio inglese ormai da tempo sono dell'idea di staccare la spina al piccolo Charlie, ma i suoi genitori non sono d'accordo: Chris e Connie desiderano portare il bambino negli USA per sottoporlo ad una cura sperimentale.

Da qui incomincia la battaglia legale che ha visto i genitori di Charlie soccombere davanti a tre gradi di giudizio nazionali per concludersi definitivamente lo scorso 28 giugno davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che si è dichiarata non competente ad entrare nel merito della materia, escludendo in ogni caso una violazione degli artt. 2 ed 8 della CEDU e confermando dunque, nella sostanza, la decisione dei giudici inglesi.

Charlie insomma, secondo i medici ed i giudici, deve essere ucciso. Non ci inganniamo utilizzando la diversa e più accettabile locuzione "deve essere lasciato morire": nessun neonato si alimenta da sé, certo il biberon non è considerato dispositivo medico; non avremmo dubbi –

morali e giuridici – nel sostenere che non alimentare un neonato equivale ad ucciderlo. Non c'è differenza ontologica fra togliere a Charlie il sondino e non allattare mia figlia.

Vi sono molti temi che la vicenda lascia aperti e sui quali fermarsi un attimo a riflettere. Per esigenza di sintesi vorrei sollevarne due, nella speranza di aprire un dibattito.

Il primo è quello della tendenziale confusione odierna tra guarire e curare. La malattia ritenuta inguaribile allo stato attuale della medicina non è una malattia incurabile, anzi tutto il contrario! Il malato inguaribile è colui che versa in uno stato di debolezza e vulnerabilità maggiore e per questo è più bisognevole di cure; qui si concretizza il senso più alto ed umano della medicina – prendersi cura della vita sofferente e del malato. Non è ciò che facciamo tutti con i nostri cari, affetti da forme di malattie degenerative ad oggi inguaribili come ad es. il Parkinson o l'Alzheimer?

Il secondo tema è la strisciante cultura dello scarto, che serpeggia nelle pieghe del pensiero debole moderno e si riconnette al paradigma della qualità della vita, cioè al modello di pensiero che, dimentico della singolare dignità di ogni essere umano, ritiene solo alcune vite "degne di essere vissute". Per tutte le altre esistenze meglio porvi fine nel modo più rapido, indolore ed efficiente.

Propongo questi temi ed apro il dibattito per mezzo di una provocazione: forse che in questa vicenda si sia voluto "passare il segno"per "lasciare il segno"?

Siamo di fronte al primo caso di imposizione di un aborto post-natale – terribile definizione che dobbiamo al filosofo contemporaneo Singer[142] – ma è chiaro che la locuzione giusta è infanticidio. L'uccisione di Charlie è stata cioè decisa dall'autorità *contro* la volontà dei genitori.

La novità è assoluta, in questo senso si è passato il segno: Chris e Connie hanno perso la potestà genitoriale in relazione alla particolare vicenda e la teoria del consenso informato è andata a farsi benedire. I genitori di Charlie sono diventati loro malgrado esperti della rarissima malattia che affligge il figlio ed hanno espresso un chiaro ed informatissimo *dissenso*: anzi, hanno trovato una cura sperimentale negli USA, hanno condotto una battaglia legale con quattro gradi di giudizio, hanno raccolto 1,3 milioni di euro di donazioni per tentare la traversata transoceanica.

Proprio il grande successo della raccolta fondi rende la vicenda a tinte davvero fosche: avrebbe un senso la prospettiva della migliore allocazione delle risorse scarse, per cui uno Stato

[142] Peter Singer (Melbourne, 6 luglio 1946), "Practical Ethics", 1979, Cambridge University Press

non impegna personale e attrezzature per tenere in vita Charlie quando può usare le stesse energie per salvare altri bambini. Ma Chris Gard e sua moglie non chiedono nulla al welfare, hanno il denaro per portare Charlie negli USA e pagare numerose infermiere che se ne prendano cura.

Perché allora negare ai genitori l'autonomia decisionale e la possibilità di coltivare la speranza, oltretutto utilizzando denaro proprio?

La teoria che sta dietro alla decisione dei medici e delle corti inglesi è proprio quella della cultura dello scarto, mascherata da pietà – una vita così non è degna di essere vissuta ed al sol fatto di allungarla è preferibile il toglierla, uccidendo.

In questo senso, si "lascia il segno": non solo si afferma il principio per cui una vita di qualità è l'unica per cui battersi e di cui prendersi cura, ma sopra tutto si dice forte e chiaro che ci sono dei "tecnici"– i medici, i giudici, l'autorità statale – in grado di decidere meglio del diretto interessato se la vita meriti o meno di continuare.

Si tratta di un principio nuovo, che emerge grazie all'occasione del caso limite, sensazionalistico e penoso. La devastante malattia di Charlie, che allo stato la scienza medica non sa come guarire, è una "finestra di Overton[143]", dal nome del sociologo che ha illustrato il meccanismo per mezzo del quale diviene dapprima accettabile e poi addirittura politicamente corretto ciò che in un dato momento storico l'etica e la coscienza sociale ritengono vietato.

E non inganni la mediazione che nella vicenda offre all'immaginario collettivo la presenza dei genitori: Charlie deve morire *nonostante il dissenso informato* di chi decide per lui; la morte imposta al malato inguaribile, anche nel pieno possesso delle sue facoltà intellettuali e contro la sua volontà, è solo a un passo da qui.

Evidenti le implicazioni per la Magistratura italiana: ipotizzando non lontano il momento in cui saremo chiamati in prima persona ad affrontare questioni simili, quanto mai urgente è l'apertura di un dibattito che possa portarci a prendere decisioni se non Giuste, almeno ben ponderate.

[143] Joseph P. Overton (1960-2003), Vice-Presidente del centro studi statunitense Mackinac Center for Public Policy; the Overton Window è uno schema di comunicazione-persuasione nel quale si individuano sei fasi di descrizione dello spostamento dell'opinione pubblica. Le idee sono: 1) impensabili-inaccettabili; 2) radicali, cioè vietate con eccezioni; 3) accettabili; 4) sensate, cioè razionalmente difendibili; 5) diffuse, cioè socialmente accettabili; 6) legalizzate

Un difetto genetico, una vita di bassa qualità, l'autorità che interviene a salvaguardare risorse e togliere di mezzo un'esistenza indegna di essere vissuta… ma non l'avevamo già sentita?

È l'eugenetica, baby..! Ma certo, mascherandola da pietà, e troveremo un nome più aggraziato.

ANDREA VENEGONI

La tassazione del trust[144]

1. Introduzione

Il trust è un istituto che ha certamente un utilizzo anche a livello familiare, per restare nell'ambito dell'argomento del gruppo di lavoro; è interessante analizzarne allora la tassazione poiché si tratta di questione che potrebbe rendere conveniente o meno l'utilizzo di tale strumento e condizionarne quindi la stessa esistenza nella pratica.

Il trust è uno strumento di segregazione patrimoniale di derivazione anglosassone fondato su un concetto di "proprietà relativa"o "*dual ownership*", finalizzato al raggiungimento delle finalità che il *settlor* gli ha prescritto di realizzare.

E' stato introdotto nel nostro ordinamento a seguito della ratifica della Convenzione dell'Aja avvenuta con la legge n. 364 del 16 ottobre 1989, entrata in vigore il 1° gennaio 1992. E' un rapporto giuridico che sorge per effetto della stipula di un atto i*nter vivos o mortis causa*, con cui un soggetto, cd. *settlor*, trasferisce ad un altro soggetto, cd. *trustee*, beni o diritti con l'obbligo di amministrarli nell'interesse del *settlor* o di altro soggetto, cd. *beneficiary*, oppure per il perseguimento di uno scopo determinato, sotto l'eventuale vigilanza di un terzo, cd. *protector*, secondo le regole dettate dal *settlor* nell'atto istitutivo di trust e dalla legge regolatrice dello stesso.

Lo stesso concetto è stato espresso dalla Corte di Cassazione in una recente sentenza (sez. V, n. 25480/2015) nel senso che il trust è "*un'entità patrimoniale costituita da un* ***insieme di rapporti giuridici*** *istituiti da una persona, il disponente, in rapporto* ***a beni posti sotto il controllo*** *di un trustee nell'interesse di un beneficiario o per un fine determinato"*(si noti che il grassetto, come tutti quelli inseriti nelle citazioni delle sentenze, sono di chi scrive ai fini di questo testo e non sono naturalmente originali delle sentenze) .

La pratica ha poi messo in luce una figura particolare di trust, su cui, per i motivi che vedremo, si incentra in realtà essenzialmente il nostro incontro e questa relazione: il trust

[144] Scuola Superiore della Magistratura, Il giudice civile e il giudice tributario: l'analisi delle fattispecie comuni sotto le due diverse prospettive. La tassazione del trust, gruppo di lavoro 9 maggio 2017

autodichiarato. Con tale denominazione si intende, invece, quella tipologia di segregazione nella quale il *settlor* e il *trustee* coincidono nella stessa persona poiché il trust è istituito dallo stesso *settlor* che nomina se stesso quale *trustee*. La questione che si pone è, quindi, se in questo caso, la costituzione del trust determini un trasferimento o si concretizzi nella sola apposizione di un vincolo di destinazione su taluni beni del patrimonio del *settlor*, i quali, a causa della loro destinazione in trust, dovrebbero essere isolati rispetto al suo restante patrimonio.

L'esperienza evidenzia, comunque, una enorme flessibilità nella creazione dei trust, per cui, anche quando lo stesso si analizza ai fini fiscali, non si può mai prescindere dall'analisi della specifica tipologia che viene in rilievo nel caso di specie. E' difficile, quindi, parlare di "tassazione del trust"in generale, ma occorre sempre riferirsi poi alla specifica tipologia del caso concreto.

Inoltre, per analizzare la tassazione del trust occorre, ovviamente, distinguere a cosa si faccia riferimento. Un tema, infatti, è stabilire se ed in capo a chi vadano tassati eventuali redditi che i beni in trust producano durante l'esistenza dello stesso, e al riguardo si verte sulla questione della tassazione diretta del trust.

Altro argomento è se e come vada tassato il trasferimento di beni che il trust produce, ed in particolare se all'atto della costituzione del trust o se all'atto del raggiungimento dello scopo, e, ulteriore questione, a quale imposta tale trasferimento sia soggetto.

2. Imposizione diretta

Ai fini fiscali **delle imposte dirette** si distinguono, in particolare:

trust trasparenti, nei quali i beneficiari sono individuati come titolari alla percezione dei redditi; in tal caso i redditi sono tassati per trasparenza direttamente in capo ai beneficiari

trust opachi, nei quali i beneficiari non sono individuati; in tal caso i redditi sono tassati in capo al trust.

La finanziaria 2007 ha introdotto nel nostro ordinamento tra i soggetti passivi IRES anche i trusts. In particolare, l'articolo 1, commi da 74 a 76 della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007) ha introdotto per la prima volta nell'ordinamento tributario nazionale disposizioni in materia di trust. Nello specifico, il suddetto comma 74 dell'articolo 1, modificando l'articolo 73 del testo unico delle imposte sui redditi (dpR 22 dicembre 1986, n. 917), include i trust tra i soggetti passivi dell'imposta sul reddito delle società (IRES). In tal modo è

stata riconosciuta al trust un'autonoma soggettività tributaria rilevante ai fini dell'imposta tipica delle società, degli enti commerciali e non commerciali.

L'art. 73 comma 1 lett. b) TUIR prevede infatti oggi come soggetti passivi dell'imposta "gli enti pubblici e privati diversi dalle societa', **nonche' i trust**, residenti nel territorio dello Stato, che hanno per oggetto esclusivo o principale l'**esercizio di attivita' commerciali**"; la lett. c) contempla "gli enti pubblici e privati diversi dalle societa', **i trust che non hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attivita' commerciale** nonche' gli organismi di investimento collettivo del risparmio, residenti nel territorio dello Stato"e la lett. d) "le societa' e gli enti di ogni tipo, **compresi i trust**, con o senza personalita' giuridica, **non residenti** nel territorio dello Stato".

L'introduzione operata, pur essendo solo un punto di partenza, rappresenta un riconoscimento formale dell'istituto in grado di esplicare effetti in ogni aspetto del nostro diritto tributario (dichiarazione, accertamento, riscossione) non solo in ambito TUIR.

Questo processo comporta che regola generale di tassazione è l'imponibilità in capo al trust salvo poi – al verificarsi di determinate circostanze – imputare e tassare in capo ai beneficiari (del reddito) quanto dal trustee è loro dovuto.

Ai sensi del comma 2 dell'art. 73 TUIR "nei casi in cui i beneficiari del trust siano individuati, i redditi conseguiti dal trust sono imputati in ogni caso ai beneficiari in proporzione alla quota di partecipazione individuata nell' atto di costituzione del trust o in altri documenti successivi ovvero, in mancanza, in parti uguali".

I redditi imputati al beneficiario sono stati qualificati come redditi di capitale, con l'inserimento della lettera g-sexies) al comma 1 dell'articolo 44 del TUIR.

3. Ulteriori aspetti di tassazione del trust

Un momento rilevante ai fini della tassazione del trust è, però, prima ancora di quello della tassazione degli eventuali profitti ai fini delle imposte dirette, quello della tassazione del trasferimento dei beni che esso comporta; viene in rilievo, in particolare, la questione se e quale tassazione possa realizzarsi già al momento della sua costituzione. In tema, l'art. 6 del decreto legge 3 ottobre 2006, n. 262 aveva previsto l'applicazione dell'imposta di registro sulla costituzione dei vincoli di destinazione sui beni e diritti, ma la legge di conversione 24 novembre

2006 n. 286, senza convertire la disposizione dell'art. 6 del decreto, ha invece assoggettato la costituzione dei vincoli di destinazione sui beni e diritti all'imposta sulle successioni e donazioni, posto che nel trust si ha un conferimento di beni dal settlor al trustee.

La g**iurisprudenza, anche della Cassazione, si è concentrata in questi anni più frequentemente su tale ultimo aspetto della tassazione: questo è avvenuto, in particolare, dopo la modifica apportata al decreto legge 262 del 2006 dalla legge di conversione sopra menzionata che ha reintrodotto l'imposta sulle successioni e donazioni; questo perchè l'art.** 2, comma 47, della legge 24 novembre 2006, n. 286, ha reintrodotto l'imposta sulle successioni e donazioni su: i) i trasferimenti di beni e diritti per causa di morte; ii) i trasferimenti per donazione o a titolo gratuito; e iii) la costituzione di vincoli di destinazione.

In particolare, poi, negli anni più recenti la Corte si è occupata di una particolare tipologia di trust, alla quale si è fatto riferimento in precedenza: quella del trust autodichiarato, cioè quello dove le figure del settlor (disponente) e trustee (gestore) coincidono, con particolare riferimento proprio alla tassazione della costituzione dello stesso.

3.1. L'orientamento della Cassazione nel 2015

Nel 2015 la Suprema Corte di è occupata della disciplina introdotta dal suddetto art 2 comma 47 legge n. 262 del 2006 con alcune ordinanze, in particolare sez. VI, n. 3735, 3737, 3886, 5332 del 2015. Tali provvedimenti si riferiscono, quindi, a trust costituiti nel vigore della nuova normativa, oggetto del presente testo.

E' necessario premettere che ciascuna di queste riguardava fattispecie diverse tra loro:

l'ordinanza n. 3735/2015 considera il caso di un trust auto dichiarato, in funzione di garanzia, istituito per "rafforzare la generica garanzia patrimoniale già prestata, nella qualità di fideiussore, in favore di alcuni istituti bancari". L'atto istitutivo prevedeva che, al raggiungimento dello scopo principale, il fondo sarebbe stato destinato al soddisfacimento dei bisogni della famiglia del disponente e, al termine del trust, l'eventuale residuo sarebbe stato attribuito al disponente, se in vita, oppure ai legittimi eredi.

Anche il trust esaminato nella ordinanza n. 3886/2015 era auto dichiarato, costituito da due coniugi in funzione dell'"applicazione di un regolamento equiparabile ad un fondo patrimoniale"; beneficiari erano indicati gli stessi disponenti, se in vita, altrimenti i figli in parti uguali.

L’ordinanza n. 3737/2015 riguarda, invece, una fattispecie di trust, costituito da una serie di enti, con provvista di denaro da parte di uno di questi, avente lo scopo di procedere alla manutenzione, alla riqualificazione ed allo sviluppo di un aeroporto. L’atto istitutivo prevedeva che, al termine del trust, eventuali beni residui sarebbero stati devoluti ad uno degli enti partecipanti oppure ad altro ente o società pubblica individuato dai disponenti. In tutti i casi, l’Agenzia delle Entrate aveva applicato l’imposta sulle successioni

Ai fini di questo incontro, concentreremo la nostra attenzione in particolare sull'ordinanza n. 3886, che riguarda un trust all'interno di una famiglia, e considera che la legge del 2006 avrebbe introdotto una nuova imposta sui vincoli di destinazione, che non presuppone trasferimento di beni, soggetta a imposta donazioni e successioni nell'aliquota massima dell'8%

Nella specie, un notaio aveva rogato un atto costitutivo di un trust, in cui comparivano come disponenti due coniugi, che indicavano se stessi altresì come beneficiari, se in vita, altrimenti i figli in parti uguali e, sul presupposto della mancanza di attualità di trasferimento di diritti al momento della costituzione del trust, aveva applicato in maniera fissa le imposte di registro, ipotecaria e catastale. L'Agenzia delle entrate aveva notificato al notaio, in quanto coobbligato, un avviso di liquidazione, col quale recuperava, per quanto d'interesse, le imposte ipotecaria e catastale in misura proporzionale nonché l'imposta sulle successioni e donazioni con l'aliquota dell'8%.

La Commissione tributaria provinciale accoglieva il ricorso proposto dal notaio e quella regionale respingeva l'appello dell'ufficio, considerando, per un verso, che il trust è atto neutro e, per altro verso, che i suoi beneficiari sono titolari di una posizione qualificabile come aspettativa giuridica.

L'Agenzia ricorreva dunque in cassazione lamentando la violazione e falsa applicazione del D.L. n. 262 del 2006, art. 2, commi 47, 48 e 49, convertito dalla L. n. 286 del 2006, in combinazione con gli artt. 9 ed 11, della parte I della tariffa allegata al D.P.R. n. 131 del 1986. L'Agenzia sosteneva che il trust in questione, realizzando una destinazione giuridicamente vincolante dei beni per la soddisfazione del fine ivi specificato, dovesse essere assoggettato all'imposta sulle successioni e donazioni con l'aliquota dell'8%, mentre le imposte ipotecaria e catastale andassero applicate in misura proporzionale, giacché la mancanza del requisito dell'onerosità non è sufficiente a ritenere l'atto privo di contenuto patrimoniale.

La Corte di Cassazione afferma, in primo luogo, che il regolamento del caso di specie, benché sia denominato trust, non ne ha la fisionomia: ne manca, difatti, uno dei tratti tipologicamente caratteristici, ossia il trasferimento a terzi da parte del settlor dei beni costituiti in trust, al fine del conseguimento dell'effetto, con carattere reale, di destinazione del bene alla soddisfazione dell'interesse programmato. Si deve, infatti, ritenere che nella specie i coniugi disponenti fossero anche "trustees"oltre che eventuali beneficiari.

Afferma, infatti, la Corte che conferendo beni in trust, il disponente mira a modificare il risultato finale del negozio esterno di attribuzione patrimoniale, mediante l'obbligo assunto dal trustee d'imprimere a quanto trasferito la destinazione finale voluta.

Conformemente alla definizione di trust, allora (in base all'art. 2 della Convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985, ratificata con L. 16 ottobre 1989, n. 364, secondo cui per trust "si intendono i rapporti

giuridici istituiti... qualora dei beni siano posti sotto il controllo di un trustee nell'interesse del beneficiario"), la causa del relativo negozio sta nella conformazione funzionalmente orientata della proprietà.

La Corte ricorda di avere in precedenza (Cass. 9 maggio 2014, n. 10105) ritenuto che, in base all'art. 2 della Convenzione, lo scopo caratteristico del trust, identificato con quello di costituire una separazione patrimoniale in vista del soddisfacimento di un interesse del beneficiario o del perseguimento di un fine dato, è conseguito mediante la separazione dei beni dal restante patrimonio del disponente e la loro intestazione ad altro soggetto, parimenti in modo separato dal patrimonio di quest'ultimo.

Presupposto coessenziale alla stessa natura dell'istituto è che il detto disponente perda la disponibilità di quanto abbia conferito in trust, al di là di determinati poteri che possano competergli in base alle norme costitutive. Tale condizione è ineludibile al punto che, ove risulti che la perdita del controllo dei beni da parte del disponente sia solo apparente, il trust è nullo (sham trust) e non produce l'effetto segregativo che gli è proprio"(Cass. pen., sez. 5^, 30 marzo 2011, n. 13276, Orsi; conforme, sez, 6^, 27 febbraio 2014, n. 21621, Soc. Fravesa). Difatti, l'art. 2, comma 2, lett. b), della Convenzione espressamente dispone che "i beni in trust sono intestati al trustee o ad un altro soggetto per conto del trustee"; e che il trust postuli l'alienazione dei beni del disponente emerge chiaramente dall'art. 2, comma 3, a norma del quale "il fatto che il disponente

conservi alcuni diritti e facoltà o che il trustee abbia alcuni diritti in qualità di beneficiario non è necessariamente incompatibile con l'esistenza di un trust": il diritto convenzionale, dunque, ammette, in astratto, che possano residuare in capo al settlor "alcuni diritti e facoltà", postulando, in concreto, che il trustee o l'altro soggetto per conto di questo siano terzi rispetto al disponente.

Ritiene poi che dall'art 2 comma 47 della legge 286 del 2006 si deduca che l'imposta sulle successioni e donazioni è istituita anche direttamente, ed in sè, sulla costituzione dei vincoli, sancendo che l'imposta sulla costituzione di vincolo di destinazione è un'imposta nuova, accomunata solo per assonanza alla gratuità delle attribuzioni liberali, altrimenti gratuite e successorie; essa riceve disciplina mediante un rinvio, di natura recettizio - materiale, alle disposizioni del decreto legislativo 346/90 (in quanto compatibili:

D.L. n. 262 del 2006, art. 2, comma 50, come convertito), ma conserva connotati peculiari e disomogenei rispetto a quelli dell'imposta classica sulle successioni e sulle donazioni.

Nell'imposta in esame, afferma la Corte, a differenza che in quella tradizionale, il presupposto impositivo è correlato alla predisposizione del programma di funzionalizzazione del diritto al perseguimento degli obiettivi voluti; là dove l'oggetto consiste nel valore dell'utilità della quale il disponente, stabilendo che sia sottratta all'ordinario esercizio delle proprie facoltà proprietarie, finisce con l'impoverirsi.

Se questa imposta abbisognasse del trasferimento e, quindi, dell'arricchimento, essa sarebbe del tutto superflua, risultando sufficiente quella classica sulle successioni e sulle donazioni, nelle quali il presupposto d'imposta è, giustappunto, il trasferimento, quantunque condizionato o a termine, dell'utilità economica ad un beneficiario: si prospetterebbe, in definitiva, l'interpretatio abrogans della disposizione in questione. Ritiene anche che il legislatore, evocando soltanto l'effetto, ha inequivocabilmente attratto nell'area applicativa della norma tutti i regolamenti capaci di produrlo.

Tra questi, annovera anche gli atti di destinazione contemplati dall'art. 2645 ter c.c ., che, sebbene sia precipuamente volto a disciplinare la pubblicità dell'effetto destinatorio e gli effetti - specialmente di opponibilità ai terzi - da questa derivanti, finisce col delineare un atto con effetto tipico, reale, perché inerente alla qualità del bene che ne è oggetto, sia pure con contenuto atipico purché rispondente ad interessi meritevoli di tutela, assurgendo per questo verso a norma sulla fattispecie.

Ritiene, in conclusione, che questa sia la situazione che ricorre nella fattispecie in esame, in cui non si è prodotto effetto traslativo alcuno, ma in cui i disponenti, nel regolamentare i propri interessi con effetti assimilabili a quelli di un fondo patrimoniale, hanno impresso, come effetto immediato e diretto, vincoli temporanei al libero esercizio dei propri stessi diritti sui beni immobili in oggetto. L'effetto immediato e diretto della previsione del vincolo di destinazione si è prodotto nella sfera giuridica dei coniugi disponenti, che sono rimasti proprietari dei beni e che in virtù del vincolo su di essi impresso sono riusciti a conseguire gli effetti voluti.

Di qui, afferma la Corte, la ricorrenza, oltre che del presupposto impositivo, anche della qualità di soggetti passivi in capo ai coniugi (e del notaio quale coobbligato solidale) non soltanto dell'imposta sulle successioni e donazioni, ma anche ipotecaria e catastale, in misura proporzionale, come stabilito, rispettivamente, dall'art. 2, comma 2, e dal D.Lgs. 31 ottobre 1990, n. 347, art. 10.

In relazione all'aliquota applicabile, la Corte ritiene che la misura dell'8% prevista dal comma 49, lett. c), della medesima norma *sia determinata dalla sua natura residuale, non rientrando la figura dei conferenti, che seguitano ad essere proprietari dei beni, in alcuna delle altre categorie previste dalla norma, che godono di aliquota inferiore.*

Emerge dall'esame della fattispecie, quindi, che il trust in questione doveva trattarsi di un trust autodichiarato, in cui i coniugi non erano solo disponenti ed eventualmente beneficiari, ma anche gestori (trustees), e, tuttavia, la Corte non sembra riconoscere a questo istituto la natura del trust, atteso che non si verifica un trasferimento della proprietà dei beni in capo ad un soggetto diverso dal disponente.

Forse, quindi, a rigore, non si dovrebbe neppure affermare che nel provvedimento in questione la Corte ha ritenuto il relativo trust assoggettato alla misura proporzionale con aliquota massima delle imposte indirette rilevanti, poiché la stessa Corte ha chiarito che tale regolamento doveva considerarsi “trust”solo quanto alla denominazione formale, senza averne però le caratteristiche, essendo più assimilabile ad un fondo patrimoniale.

Il ragionamento della Corte sembra quindi incentrarsi, in questa ordinanza, su due elementi: a) il regolamento con cui il disponente destina alcuni beni del proprio patrimonio ad una determinata finalità nominando sé stesso gestore degli stessi al fine di consentire il raggiungimento dello scopo in favore del beneficiario non è, in realtà, un trust, perchè non realizza

alcun autentico trasferimento della proprietà sui beni, ma una figura assimilabile ad istituti di segregazione di beni, quale il fondo patrimoniale; b) la legge 286 del 2006 ha introdotto una nuova ed autonoma imposta rispetto a quella di successione e donazione, e cioè l'imposta sui vincoli di indisponibilità, la quale prescinde dal trasferimento dei beni, per cui un atto come quello in questione è pienamente assoggettabile a tale nuova imposta in misura proporzionale.

Sulla validità di determinate modalità di trust autodichiarato, ed in particolare di quelle dove lo stesso è usato quale mero strumento elusivo, con interposizione meramente fittizia di un soggetto, cosicchè il controllo e la effettiva titolarità dei beni rimane, in realtà, sempre in capo al disponente, si è espressa la stessa Agenzia delle Entrate in alcune circolari[145]. Peraltro, non sembrano questi i motivi per cui la Cassazione nella suddetta ordinanza non ha riconosciuto all'istituto posto in essere nella specie la natura di trust; del resto, ritenere che il trust autodichiarato sia, in generale ed in assoluto, un mero strumento elusivo sarebbe andare oltre la natura stessa dell'istituto.

L'orientamento espresso dalla Corte in questa ordinanza, comunque, ha suscitato, come era naturale, molteplici commenti in dottrina, attesa l'innovatività di alcune conclusioni che esso manifesta e le conseguenze estremamente severe che ne sono derivate. Esso è stato confermato da alcune successive sentenze della Corte, quali sez. VI, n. 4482/2016.

Tuttavia, su un argomento così relativamente "nuovo"e complesso, era difficile immaginare che la parola della Cassazione del 2015 fosse quella definitiva in materia.

3.2. La sentenza n. 21614 del 2016

Così, in effetti, appena un anno dopo, nel 2016, la Corte è tornata sulla questione con una pronuncia di segno diverso: Cass., sez. V, n. 21614 del 2016 muta indirizzo e ritiene che il trust autodichiarato debba scontare l'imposta in misura fissa e non proporzionale

Nella specie, si trattava ancora di un trust autodichiarato in cui nei gradi di merito, era stata stabilita l'assoggettabilità ad imposta fissa. L'Ufficio ricorreva allora in cassazione e deduceva che con il già citato art. 2, comma 47 ss., d.l. 3 ottobre 2006 n. 262, convertito. con modificazioni, nella I. 24 novembre 2006 n. 286 era stata «reintrodotta nell'ordinamento giuridico l'imposta sulle successioni e donazioni estendendone l'ambito di applicazione alla costituzione di vincoli di

[145]Agenzia Entrate, circolari n. 43/E del 10 ottobre 2009 e n. 61/E del 27 dicembre 2010

destinazione», ai quali doveva ricondursi anche la costituzione del trust "autodichiarato"oggetto di controversia atteso che con lo stesso erano stati conferiti beni a titolo gratuito "al trustee da immettere in trust"con efficacia «segregante», così come in effetti previsto dall'art. 2, comma 47 ss., dl. n. 262 cit. che espressamente assoggettava all'imposta sulle successioni e donazioni ex d.lgs. 31 ottobre 1990 n. 346 gli atti di costituzione dei «vincoli di destinazione», con la conseguenza che la CTR avrebbe errato a ritenere che anche in considerazione del carattere «autodichiarato"del trust in questione gli immobili e le quote conferiti nello stesso non erano stati realmente trasferiti in quanto rimasti nella sostanza nella gestione del disponente trustee e con l'ulteriore errata illazione secondo cui le imposte ipotecaria e catastale avrebbero dovuto essere assolte in misura fissa e non proporzionale.

La Corte ritiene il motivo di ricorso infondato. Premette che *quanto prospettato dall'Ufficio segue in buona sostanza il contenuto della circ. n. 48/E del 6 agosto 2007 - nonché quello della circ. n. 3/E del 22 gennaio 2008 - che nel loro «combinato disposto» sono nel senso di affermare che gli «effetti segreganti» del trust o meno danno luogo ad un trasferimento dei beni conferiti che deve assoggettarsi a tassazione secondo le regole di cui alla reintrodotta legge sulle successioni e donazioni ex d.lgs. 31 ottobre 1999 n. 346. E ciò, secondo l'Amministrazione, in ragione dell'art. 2, comma 47 ss., d.l. n. 262 cit. che prevede «l'istituzione"dell'imposta sulle successioni e sulle donazioni anche «sulla costituzione dei vincoli di destinazione» e nei quali si afferma debbono farsi pacificamente rientrare anche i trust «autodichiarati"o no. Tanto è vero che in assenza di conferimento di beni sono le stesse circolari n. 48/E e n. 3/E cit. a dire che il trust debba scontare soltanto l'imposta di registro in misura fissa atteso che in questo caso è mancante qualsiasi trasferimento di ricchezza, con la conseguenza che l'atto di costituzione del trust non accompagnato da alcun conferimento non andrebbe assoggettato all'imposta di successione e donazione proprio perché quest'ultima non è un'imposta d'atto e bensì un'imposta che tassa il trasferimento di ricchezza liberale.* Analizza poi le posizioni assunte nel 2015 dalle numerose ordinanze, cui si è fatto sopra riferimento, in cui la Corte era giunta a *diverse più radicali conclusioni* - appunto disattendendo l'idea dell'Amministrazione appena veduta secondo cui in mancanza di conferimento di beni l'atto di costituzione di trust "autodichiarato"o meno non dovrebbe essere assoggettato all'imposta sulle successioni e donazioni ex d.lgs. n. 346 cit. per la ragione che in ipotesi nessuna ricchezza potrebbe dirsi trasferita - *ritenendo invece che l'art. 2,*

comma 47 ss., d.l. n. 262 cit. abbia istituito un'autonoma generale imposta «sulla costituzione dei vincoli di indisponibilità"la cui disciplina sarebbe stata indicata per relationem nelle regole contenute nel d.lgs. n. 346 cit. «concernenti l'imposta sulle successioni e donazioni». Sarebbe, afferma la Corte nella sentenza 21614 interpretando le ordinanze del 2015, *in thesi un tributo che perciò prescinderebbe dal trasferimento di ricchezza discendente dal conferimento di beni e che per tal motivo troverebbe il suo presupposto impositivo nella semplice costituzione di "vincoli di indisponibilità"incluso il trust.*

Quindi la sentenza espone la propria considerazione sulla natura del trust autodichiarato nel senso che *"come invero già evidenziato da questa Corte il tipo di trust «autodichiarato"pervenuto all'esame costituisce una forma di donazione indiretta, nel senso che per suo mezzo il disponente provvederà a beneficiare i suoi discendenti non direttamente e bensì a mezzo del trustee in esecuzione di un diverso programma negoziale (Cass. sez. trib. n. 25478/2015.). Ed invero la costituzione del trust - come è normale che avvenga per «i vincoli di destinazione» - produce soltanto efficacia «segregante"i beni eventualmente in esso conferiti e questo sia perché degli stessi il trustee non è proprietario bensì amministratore e sia perché i ridetti beni non possono che essere trasferiti ai beneficiari in esecuzione del programma negoziale stabilito per la donazione indiretta*

L'appena veduta osservazione è fondamentale perché consente di comprendere l'inconsistenza della censura denunciata dall'Ufficio che - pur riconoscendo anche nelle sue circolari che quella applicabile al trust è l'imposta sulle donazioni e sulle successioni che ha come presupposto l'arricchimento patrimoniale a titolo di liberalità, tanto che la stessa non può applicarsi se il trust è stato costituito senza conferimento, scontando in questo caso soltanto l'imposta fissa di registro - sostiene l'erroneo convincimento che il conferimento di beni nel trust dia luogo a un reale trasferimento imponibile. Un reale trasferimento che è invece all'evidenza impossibile perché del tutto contrario al programma negoziale di donazione indiretta per cui è stato predisposto e che - come si ripete - prevede la temporanea preservazione del patrimonio a mezzo della sua «segregazione"fino al trasferimento vero e proprio a favore dei beneficiari. Per l'applicazione dell'imposta sulle successione e sulle donazioni manca quindi il presupposto impositivo della liberalità alla quale può dar luogo soltanto un reale arricchimento mediante un reale trasferimento di beni e diritti (art. 1 d.lgs. n. 346 cit.).

Dopo avere affermato, quindi, che nel trust autodichiarato non vi è trasferimento di beni, la sentenza, per individuare il regime di tassazione, compie la propria interpretazione delle norme rilevanti, anche in questo caso in raffronto a quanto affermato dalla stessa Corte nel 2015 come sopra riportato:

Nemmeno - come anticipato - può condividersi l'interpretazione letterale dell'art. 2, comma 47 ss., d.l. n. 262 cit. adottata dalle rammentate ordinanze di questa Corte sez. VI al cui avviso sarebbe stata istituita un'autonoma imposta «sulla costituzione dei vincoli di destinazione» disciplinata mercé il rinvio alle regole contenute nel d.lgs. n. 346 cit. e avente come presupposto la loro mera costituzione. In verità neanche il dato letterale autorizza una tale conclusione, giacché ex art. 12, comma 1, prel. «il significato proprio delle parole secondo la connessione di esse» è proprio invece nel diverso senso che l'unica imposta espressamente istituita è stata la reintrodotta imposta sulle successioni e sulle donazioni alla quale per ulteriore espressa disposizione debbono andare anche assoggettati i «vincoli di destinazione», con la scontata conseguenza che il presupposto dell'imposta rimane quello stabilito dall'art. 1 d.lgs. n. 346 cit. del reale trasferimento di beni o diritti e quindi del reale arricchimento dei beneficiari. Quella che in verità emerge chiara dall'art. 2, comma 47 ss., dl. n. 262 cit. è la preoccupazione - nei più esatti termini di cui all'art. 12, comma 1, prel. sarebbe «l'intenzione del legislatore"- di evitare che un'interpretazione restrittiva della istituita nuova legge sulle successioni e donazioni disciplinata mediante richiamo al già abrogato d.lgs. n. 346 cit. potesse dar luogo a nessuna imposizione anche in caso di reale trasferimento di beni e diritti ai beneficiari quando lo stesso fosse stato collocato all'interno di una fattispecie tutto sommato di «recente» introduzione come quella dei «vincoli di destinazione» e quindi per niente affatto presa in diretta considerazione dal ridetto "vecchio"d.lgs. n. 346 cit. Questa sembra essere l'interpretazione non solo logicamente più corretta, ma anche quella che appare essere l'unica costituzionalmente orientata. E ciò atteso che l'art. 53 Cost. non pare poter tollerare un'imposta, a meno che non sia un'imposta semplicemente d'atto come per l'essenziale è per es. quella di registro, senza relazione alcuna con un'idonea capacità contributiva.

Conclude, così, sancendo in maniera formale il seguente principio di diritto: *«L'istituzione di un trust cosiddetto "autodichiarato", con conferimento di immobili e partecipazioni sociali, con durata predeterminata o fino alla morte del disponente-trustee, con beneficiari i discendenti di*

quest'ultimo, deve scontare l'imposta ipotecaria e quella catastale in misura fissa e non proporzionale, perché la fattispecie si inquadra in quella di una donazione indiretta cui è funzionale la "segregazione"quale effetto naturale del vincolo di destinazione, una "segregazione"da cui non deriva quindi alcun reale trasferimento di beni e arricchimento di persone, trasferimento e arricchimento che dovrà invece realizzarsi a favore dei beneficiari, i quali saranno perciò nel caso successivamente tenuti al pagamento dell'imposta in misura proporzionale».

In questa sentenza espressione di un diverso orientamento rispetto alle conclusioni della Corte nelle ordinanze del 2015, in realtà, vi è un punto in comune con queste ultime: in entrambi i casi, infatti, la cassazione ritiene che il trust autodichiarato non comporti un vero trasferimento dei diritti reali (di proprietà o altro) sui beni in capo al trustee.

Diversa è però la conclusione: nel 2015 la Corte affermava che, per questo motivo, tale tipo di regolamento non è un trust, ma è più assimilabile ad istituti di separazione patrimoniale quale il fondo patrimoniale. Tuttavia, sul presupposto che la nuova normativa non richieda come presupposto per la tassazione il trasferimento dei beni, ma solo la costituzione del vincolo di indisponibilità, riteneva - di conseguenza – che un tale regolamento fosse pienamente assoggettabile a tale "nuova"imposta in misura proporzionale.

Nel 2016 la Corte afferma, invece, prima di tutto, che il mancato trasferimento dei beni non fa venire meno la natura di trust al regolamento. Inoltre, posto che la normativa del 2006 non ha affatto creato una "nuova"imposta sui vincoli che prescinde dal trasferimento della proprietà sui beni - ma la stessa ha solamente reintrodotto l'imposta di successione e donazione, che presuppone tale trasferimento -, e posto che il trust autodichiarato non realizza il trasferimento di proprietà, essendo assimilabile ad una donazione indiretta, al momento della sua costituzione esso non può essere assoggettato alla imposta proporzionale sulle successioni e donazioni, mancandone i presupposti.

Sarà, a questo punto, interessante vedere gli ulteriori sviluppi di tali interpretazioni e quali saranno le prossime pronunce della Corte, inclusa, eventualmente, una possibile rimessione della questione alle Sezioni Unite.

4. Trust in favore di disabili di cui alla legge 112/2016 (Dopo di noi)

Una delle normative più specifiche sul trust è, poi, stata introdotta nel nostro ordinamento molto di recente. Si tratta, in realtà, di una normativa che non contiene alcuna definizione del trust, ma menziona l'istituto al fine di uno specifico trattamento fiscale, ed in particolare delle agevolazioni quando il trust è costituito in favore di determinate categorie di soggetti, coloro che sono affetti da forme di disabilita' grave come definita dall'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104. E' la legge 22 giugno 2016, n. 112, nota nel linguaggio giornalistico ed atecnico con cui è stata presentata ai cittadini come "legge sul "dopo di noi". Si tratta, indubbiamente, di strumento legislativo dalla finalità sociale importantissima. Esso, come detto, non contiene una definizione di trust né lo disciplina. Per conseguire il proprio obiettivo, che è quello di stabilire delle esenzioni fiscali, tuttavia contiene, nell'art. 6, alcune affermazioni che, dopo avere esaminato i suddetti provvedimenti della Cassazione, possono fornire una ulteriore chiave di lettura non solo degli stessi, ma anche, probabilmente di come, proprio alla luce del dibattito emergente da tale giurisprudenza, abbia voluto posizionarsi il legislatore rispetto all'istituto del trust, anche autodichiarato.

Nel comma 1 del suddetto art. 1 il legislatore sembra volere distinguere nettamente tra "trust", "creazione di vincoli di destinazione di cui all'art. 2645-ter c.c."e "fondi speciali", salvo poi accomunarli in tutta la disciplina delle condizioni ai fini di ottenere le agevolazioni, probabilmente andando anche oltre la disciplina delle fattispecie perchè, per esempio, il comma 3 lett. c) fa riferimento, anche per l'istituto dell'art. 2645-ter c.c. alla necessità di individuare, nell'atto costitutivo, "*gli obblighi del fiduciario con riguardo al progetto di vita e agli obiettivi di benessere che lo stesso deve promuovere in favore delle persone con disabilita' grave"*, elemento che, onestamente, non sembra comparire nella formulazione della norma che ha introdotto tale figura nel nostro codice civile, dove si fa generico riferimento alla destinazione dei beni "ad interessi meritevoli di tutela".

E' comunque, ai nostri fini, interessante notare che l'esenzione è stabilita in rapporto alla *"imposta sulle successioni e donazioni prevista dall'articolo 2, commi da 47 a 49, del decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2006, n. 286, e successive modificazioni*", senza alcuna menzione della ravvisata imposta sui vincoli patrimoniali sopra menzionata. Se tale omissione sia il segno che il legislatore ha voluto chiarire che, in realtà, tale imposta – ravvisata dalla Cassazione nelle ordinanze del 2015 – non è stata

creata come imposta autonoma, ma che la stessa fa parte della sola imposta re-istituita, cioè quella sulle donazioni e successioni, o meno, è materia per future analisi sul punto. Naturalmente tale dizione dovrebbe riferirsi a qualunque tipo di trust, e quindi anche a quelli autodichiarati, atteso che la norma non contiene alcuna distinzione al riguardo.

Altri interessanti spunti sono di recente emersi in materia di imposte dirette a proposito dei trust auto dichiarati secondo la legge 112/2016. Secondo quanto riportato anche in fonti di informazione aperte146, l'Agenzia delle Entrate, nella risposta all'interpello 954-909-2016, la prima in assoluto riferita a un trust istituito in base all'articolo 6 della legge 112/2016 sul «Dopo di noi», ha affermato che il trust autodichiarato istituito dal genitore a favore del proprio figlio affetto da disabilità grave è fiscalmente operativo. Quindi la tassazione ai fini delle imposte dirette ricade sul trust e non sulle persone fisiche (disponente-beneficiario). Questo, in termini pratici, comporta un prelievo più leggero in virtù dell'assoggettamento all'Ires da parte del trust (27,5% e dal 1° gennaio 2017 al 24%) piuttosto che alla tassazione progressiva Irpef da parte della persona fisica.

[146]G. SEPIO, *Trust al figlio disabile: prelievo ridotto*, in Il Sole 24 Ore, 29 marzo 2017

VALENTINA SELLAROLI

Riforma "Orlando": le modifiche al codice penale

SOMMARIO: 1- Introduzione 2- Condotte riparatorie e estinzione del reato. 3-… segue: la previsione dell'offerta reale e la valutazione del danno. 4-La disciplina transitoria. 5- Gli interventi sul trattamento sanzionatorio. 6- La delega per le riforme al codice penale

1- Introduzione

Dopo lunghe discussioni, è stato approvato il 14/06/2017 l'articolo unico del progetto di legge, già approvato in un testo unificato dal Senato, rubricato "M*odifiche al codice penale, di procedura penale e all'ordinamento giudiziario".*

La legge si presenta come un momento di peculiare "sviluppo"di un progetto di riforma di amplissima portata, che interviene tra provvedimenti già approvati e altri ancora in divenire. E' sufficiente, nel primo caso, al riguardo ricordare i provvedimenti che hanno introdotto istituti quali la messa alla prova o la particolare tenuità del fatto e - in materia sostanziale- le nuove disposizioni in tema di reati in materia di pubblica amministrazione, di autoriciclaggio e di falso in bilancio. Nel secondo caso, l'attenzione è "concentrata"sulla riforma di istituti centrali nel sistema, come le misure cautelari, senza dimenticare i temi che proprio in forza del decreto in oggetto devono essere sviluppati in forza della delega al Governo: l'ordinamento penitenziario- e soprattutto- le intercettazioni.

Nondimeno, un ruolo di rilevo nell'impianto generale della riforma riguarda gli interventi, immediati e prospettici, sul codice penale.

In questo senso l'art. 1 della legge, dal comma 1 al comma 20, contiene le modifiche specificamente apportate al codice penale; non si tratta soltanto delle previsioni cui al capo I del precedente progetto (già rubricato "*Estinzione del reato per condotte riparatorie e modifiche ai limiti di pena per i delitti di scambio elettorale politico-mafioso, furto e rapina*") quanto delle nuove disposizioni in tema di prescrizione, originariamente contenute in un autonomo progetto, DDL S1844, poi confluito nel DDL 2067 nell'aprile del 2016.

Il complesso di modifiche al codice penale prosegue nel perseguire gli obiettivi che parrebbero aver permeato tutte le riforme legislative più recenti.

Da un lato, infatti, sono incrementate le garanzie difensive sotto il profilo della quantità e della potenzialità degli strumenti a disposizione dell'imputato per incidere sul corso del procedimento, favorendo nettamente interventi ed esiti che tuttavia non confliggono - e anzi contribuiscono a perseguire - la **durata ragionevole** del procedimento, bilanciando il più possibile i vari interessi in gioco. Su altro piano, nella prospettiva di rafforzare l'efficacia rieducativa della pena e di deflazionare, per quanto ritenuto opportuno e ragionevole, il carico delle fasi finali del procedimento penale, sono previsti strumenti atti a favorire la **fuoriuscita dal circuito penale** degli imputati per i reati ritenuti meno gravi, attraverso attività riparatorie.

Vengono così ancora una volta mutuati principi o istituti dal processo minorile, come era già successo con l'introduzione della messa alla prova prevista nella l. n. 67/2014 e si conferma la netta preferenza del legislatore per una differenziazione tra reati gravi - puniti necessariamente con la reclusione e meritevoli di tutte le fasi e di tutti i gradi di giudizio, in un quadro sempre più arricchito da garanzie difensive tese all'accertamento della verità processuale senza sconti o superficialità - e reati di minore gravità, per i quali è auspicabile una rapida conclusione dell'iter processuale.

Ciò sia per non gravare sui costi della giustizia – i cui sforzi possono così concentrarsi sui reati più gravi - sia per non pregiudicare, oltre il ragionevole e il giusto, quella categoria di imputati che avrebbero tutto l'interesse a uscire dal circuito penale senza conseguenze durature, corrispettivamente fornendo una adeguata riparazione alla persona offesa.

E' stato, al riguardo, inasprito il trattamento sanzionatorio per alcune ipotesi delittuose ritenute tali da suscitare allarme sociale per la loro gravità oggettiva o per la loro sempre maggiore diffusione e incidenza su ampi strati della cittadinanza, di solito i più indifesi, prevedendosi un aumento della pena edittale ovvero modifiche alla tecnica di bilanciamento di alcune circostanze aggravanti.

2- Condotte riparatorie e estinzione del reato

Di grande momento risultano le disposizioni recanti modifiche al codice penale riguarda, anzitutto, la previsione dell'estinzione del reato tramite condotte riparatorie: il comma 1 dell'art. 1

introduce nel codice penale **l'art. 162 *ter* intitolato "Estinzione del reato per condotte riparatorie".**

Il testo della disposizione, come risultante dalle modifiche introdotte dalla commissione sul testo originario del disegno di legge, limita la possibilità di fruire di questa modalità di estinzione del reato ai reati procedibili a querela di parte, nelle sole ipotesi in cui questa sia rimettibile.

Lo spirito alla base di questo primo blocco di modifiche introdotte dalla commissione sembra chiaro: confermare il *favor* del legislatore per lo strumento deflattivo e per la composizione di conflitti con profili prevalentemente privati, favorendo da un lato **la rapida fuoriuscita dell'imputato dal procedimento penale**, dall'altro la soddisfazione delle **pretese risarcitorie della vittima**, senza tuttavia sminuire la gravità delle conseguenze di quelle condotte che continuano a destare grave allarme sociale, o per la frequenza con cui sono poste in essere, o per la qualità delle vittime solitamente attinte.

Il nuovo art. 162 ter c.p. pare rispondere in parte allo scopo di deflazionare il carico processuale (nelle sue fasi finali) di uffici giudiziari già evidentemente allo stremo sotto il profilo delle risorse umane e finanziarie, a fronte di condotte la cui potenzialità lesiva non è qualificabile come nulla, minima o irrilevante, e connotate da altre caratteristiche specifiche in relazione alla finalità evidentemente preminente dell'istituto: la soddisfazione della pretesa risarcitoria della persona offesa. Resta dunque preclusa la possibilità di applicare a tali ipotesi l'istituto della declaratoria di non punibilità per particolare tenuità del fatto, prevista dall'art. 131 *bis* c.p. recentemente introdotto dal d.lgs. 28/2015.

Ferma restando dunque l'antigiuridicità, la rilevanza penale e la potenzialità offensiva delle condotte in oggetto, il nuovo istituto dell'estinzione del reato per condotte riparatorie prevede un esito processuale massimamente favorevole per l'imputato: in cambio dell'**intera** riparazione del danno cagionato dal reato, mediante restituzioni o risarcimento, nonché dell'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, il giudice dichiara estinto il reato.

Comprensibilmente, è previsto un termine ultimo entro cui poter accedere a questo beneficio: la **dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado**. Quanto invece al termine iniziale, dal riferimento esplicito alla figura dell'imputato, parrebbe ragionevole che a questo istituto sia plausibile ricorrere sin dall'esercizio dell'azione penale. Tale previsione mira verosimilmente a bilanciare gli effetti premiali dell'istituto con un effettivo risparmio in termini

processuali e al tempo stesso a non disincentivare eccessivamente l'accesso a questa soluzione, prevedendo un termine troppo anticipato, tale da lasciare ancora troppe incertezze sul possibile esito del processo.

Invero, sarebbe irrealistico ritenere che l'imputato possa determinarsi a optare per questa strada, sia pure a fronte dell'indubbio beneficio della possibile estinzione del reato, in una fase in cui ancora il contesto probatorio può essere non chiaro o contraddittorio e a fronte di una reale possibilità che il procedimento sia definito con una pronuncia di proscioglimento nel merito, oppure laddove possa ancora sperare di godere di altre soluzioni, evidentemente favorevoli e meno "dispendiose".

Il secondo comma del novello 162 *ter* c.p. sembra rispondere allo scopo di incentivare il ricorso all'istituto, introducendo una sorta di meccanismo di "recupero"del termine nel caso in cui l'imputato dimostri di **non aver potuto riparare integralmente** il danno entro il termine di cui al primo comma, per fatto a lui non addebitabile.

In tal caso, il giudice può, su sua richiesta, fissare un termine non superiore a **sei mesi** perché provveda. Vista la funzione di questa parte della norma- identificabile nel recupero della fruibilità dell'istituto in un momento successivo a quello individuato come ultimativo dalla disposizione precedente - risponde alla necessità di evitare condotte dilatorie inaccettabili la previsione per cui il processo e il corso della prescrizione sono sospesi.

Restano salve le disposizioni in tema di confisca di cui all'art. 240 c.p. perché, comprensibilmente, l'approccio premiale dell'estinzione del reato, a fronte di una condotta qualificata comunque come penalmente rilevante e come offensiva del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice, non può travolgere le conseguenze negative che devono permanere nei confronti dei beni oggetto di reato, la cui detenzione è vietata dalla legge o che siano stati strumenti utilizzati per la commissione dello stesso.

3- … segue: la previsione dell'offerta reale e la valutazione del danno

La finalità prevalente dell'istituto è, comunque, quella di fornire risposta e ristoro alle persone offese in un sistema processuale nel quale la scansione e lo sviluppo della procedura continua a oltrepassare di gran lunga l'arco temporale nel quale per le vittime di reati è legittimo attendersi una ragionevole riparazione.

Nota peculiare è che per la prima volta nel sistema penale sembra essere stato introdotto il meccanismo **dell'offerta reale,** come limite invalicabile oltre il quale non è ipotizzabile la concessione della misura premiale cosi introdotta e, al tempo stesso, quale monito formale alle parti, nel caso in cui sia realistico giungere a una concilia

zione. Viene, cioè, richiesto e garantito un passo concreto e di fatto irrevocabile da parte dell'imputato: le restituzioni o il risarcimento del danno e in più l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato.

La formulazione della proposizione non sembra lasciare spazio a un'opposizione formale della persona offesa in merito alla congruità dell'offerta di risarcimento e alla conseguenza che, pare, dovutamente il giudice ne dovrà trarre: l'estinzione del reato. Di certo, però, l'accettazione o il rifiuto da parte della vittima del reato, dell'offerta, concreta e adeguata, dell'imputato saranno elementi degni di considerazione da parte del giudice nel valutarne la congruità.

Elemento, questo, certamente critico a fronte dell'eterogeneità dei reati che verranno a essere ricompresi nell'ambito di operatività dell'istituto e quindi dell'estrema variabilità dei danni e dei risarcimenti, sia per natura sia per entità, che dovranno essere oggetto di valutazione da parte dei giudici. Sembra quasi inevitabile prendere in considerazione la possibilità per il giudice di conferire un incarico peritale almeno in alcune circostanze in merito all'entità dei danni da risarcire e alla congruità del detto risarcimento.

Un aspetto problematico della riforma deve essere individuato nell'impossibilità di sovrapporre integralmente il danno in senso penalmente rilevante e il danno risarcibile secondo le categorie civilistiche. Occorre chiedersi, ad esempio, che cosa accada alle pretese risarcitorie civilistiche dipendenti da un fatto reato nel caso in cui il giudice abbia dichiarato l'estinzione del reato in seguito alla ritenuta congruità del risarcimento offerto in sede penale: vi sarà ancora margine per una separata azione civile? E in tal caso, non potrebbe aprirsi la strada a un possibile contrasto di giudicato nel caso in cui la quantificazione del danno risarcibile e del risarcimento congruo siano differenti in sede civile e in sede penale? O non sarebbe più ragionevole in termini di coerenza ed economia procedimentale, ripensare seriamente alle competenze del giudice penale che, cosi spesso e non solo più in materie specialistiche e determinate, dovrà farsi anche giudice civile? E che ruolo potranno e dovranno avere le parti in questo processo di valutazione della congruità del risarcimento?

Infine, occorre chiedersi anche se l'offerta di risarcimento da parte dell'imputato debba avere i caratteri dell'offerta reale ai sensi dell'art. **1208 c.c.** – e sul punto la risposta dovrebbe essere positiva, non potendosi altrimenti dedurre la concretezza delle intenzioni riparatorie del reo - e se, in caso di mancato ricevimento del risarcimento da parte della persona offesa, potranno rendersi applicabili *tout court* i criteri pacificamente richiesti per la mora del creditore.

Considerata la non obbligatorietà del risarcimento "spontaneo"da parte dell'autore del fatto, prima di una condanna di alcun genere, sembra doversi ritenere che, per conseguire gli effetti positivi dell'istituto in oggetto, primo fra tutti l'estinzione del reato, non dovrebbero essere sufficienti le condotte in teoria idonee a evitare la mora del debitore (e dunque una semplice offerta reale) dovendosi ritenere altresì necessarie anche quelle condotte atte a conseguire l'effetto della liberazione dall'obbligazione, quindi l'offerta reale più il deposito ai sensi degli articoli 1208 e ss. c.c. compresi tutti gli adempimenti di cui agli artt. 1212 c.c. e seguenti (Cass. Civ., Sez. II, n. 25775, 15.11.2013, CED 628360).

Alla luce della natura fondamentalmente dolosa dei reati potenzialmente contemplati dall'art. 162 ter c.p., non paiono trasponibili al caso di specie le considerazioni sull'applicabilità dell'attenuante dell'integrale risarcimento del danno di cui all'art. 62 n. 6 c.p. nei casi di soggetti per i quali terzi, in forza di obblighi contrattuali, o per altre ragioni, intervengano a provvedere alle varie forme di risarcimento o di ripristino. Una circostanza assai frequente nella pratica, in tutti quei casi in cui le imprese stipulano forme di assicurazione dirette a garantire il ristoro di danni arrecati a terzi in occasione delle attività svolte, che sarebbe tuttavia compatibile solo a fronte di reato puniti a titolo di colpa, non potendosi certamente ipotizzare forme assicurative a fronte di fatti dolosi. Potrà essere, al contrario, valutata, la fattispecie dell'estinzione del reato per integrale risarcimento del danno anche per fatti dolosi in caso di risarcimento operato da un privato e non a fronte di un obbligo contrattuale di natura assicurativa, purché la riparazione sia riferibile all'imputato nel senso che questi ne abbia coscienza e mostri la volontà di fare proprio il risarcimento del danno.

4- La disciplina transitoria

E' stata prevista, nella versione definitiva della legge, anche per la disciplina transitoria, la possibilità per il giudice, nei casi sopra elencati, in caso di accoglimento della richiesta, di

ordinare la sospensione del processo, fissando la successiva udienza alla scadenza di un termine non superiore a giorni sessanta.

La **disciplina transitoria** dettata dal comma 2 della legge prevede in effetti l'applicabilità dell'istituto descritto al punto precedente anche ai processi in corso al momento dell'entrata in vigore della nuova normativa, con la possibilità di compiere le condotte riparatorie anche **oltre il termine della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado.** Anche in tal caso il termine che può essere fissato su richiesta dell'imputato, da presentare alla prima udienza, non potrà essere superiore ai sessanta giorni.

Resta escluso, in ogni caso, il giudizio di legittimità. Scelta questa non obbligata, in considerazione del fatto che ben si sarebbe potuto prevedere che la S.C., in caso di sussistenza dei presupposti ipotetici per l'accesso all'istituto (e di richiesta dell'imputato, forse) disponesse il rinvio al merito per la verifica della congruità del risarcimento e della riparazione e l'applicazione dell'esito premiale. Escludendo questa eventualità, si è forse dato peso preminente alla considerazione che nel tempo intercorso tra il fatto e il giudizio di Cassazione, molte variabili possono essere intervenute e l'interesse della persona offesa al risarcimento e alla riparazione può essere valutato, in proporzione rispetto o al perseguimento degli altri obiettivi general e special preventivi della possibile applicazione della pena ovvero all'interesse dell'imputato a vedere accertata la propria innocenza.

Ciò posto, allo scopo invece di ampliare al massimo l'accesso all'istituto, si prevede che in qualunque momento antecedente all'entrata in vigore della legge di riforma siano intervenuti il risarcimento o le riparazioni, anche oltre la dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, il giudice, valutata la congruità, possa dichiarare l'estinzione del reato. Al contempo, l'imputato può chiedere di esservi ammesso alla **prima udienza** successiva alla data di entrata in vigore della legge in oggetto, ottenendo la fissazione di un termine non superiore a sessanta giorni per provvedere alle restituzioni, al pagamento di quanto dovuto a titolo di risarcimento e all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato.

Nella stessa udienza l'imputato, qualora dimostri di non poter adempiere, per fatto a lui non addebitabile, nel termine di sessanta giorni, può chiedere al giudice la fissazione di **un ulteriore termine**, non superiore a sei mesi, per provvedere al pagamento, anche in forma rateale, di quanto dovuto a titolo di risarcimento.

La disciplina al riguardo è completata dalla previsione della sospensione del corso della prescrizione durante la sospensione del processo nonché dall'espresso richiamo alla disposizione dell'art. 240, 2° co., c.p., in tema di confisca obbligatoria.

5- Gli interventi sul trattamento sanzionatorio

Il secondo blocco di disposizioni recanti modifiche al codice penale introduce aumenti di pena per reati ritenuti, per motivazioni diverse, di grave allarme sociale, contemplate dai commi da 5 a 9

Il comma 5 dell'art. 1 introduce modifiche all'art. 416 *ter* c.p. in materia di **scambio elettorale politico mafioso**, aumentando la pena attualmente prevista (da quattro a dieci anni di reclusione) e fissandola in pena compresa da sei a dodici anni.

Evidenti le ragioni alla base di questa parte della riforma: la sempre maggiore commistione tra affari, politica e criminalità organizzata, l'esplodere su larga scala della criminalità economica e il suo intreccio con le scelte politiche sia a livello delle amministrazioni locali, sia a livello politico nazionale, rende quasi d'obbligo il segnale che un inasprimento delle pene vuol dare in merito a una condotta non solo dannosa e riprovevole, ma massimamente ripugnante anche perché alla base dei fenomeni di corruzione, sfruttamento delle risorse del territorio e tradimento della fiducia politica dei cittadini. Certamente, l'inasprimento delle pene, al di là delle conseguenze pratiche sui singoli casi, è più che altro un segnale che potrebbe essere raccolto in un particolare contesto politico e sociale.

L'altro ambito di reati per i quali il legislatore della recente novella ha ritenuto necessario intervenire inasprendo le pene è di alcuni principali reati contro il patrimonio: **furto, rapina ed estorsione.**

Le conseguenze per questi reati sono inasprite anzitutto con un aumento netto delle pene edittali previste. In tema di **furto in abitazione e furto con strappo**- di cui all'art 624 bis c.p., al primo comma, il minimo passa da uno a tre anni (fermo restando il massimo di anni sei), mentre la multa passa per il minimo da Euro 309 a Euro 927 e il massimo da Euro 1.032 a Euro 1500.

Nel caso di ipotesi aggravate da una delle circostanze previste nel primo comma dell'art. 625 c.p. o da una delle circostanze aggravanti comuni di cui all'art. 61 c.p. il minimo passa da tre a

quattro anni (fermo restando il massimo di anni dieci), mentre la multa passa per il minimo da Euro 309 a Euro 927 e il massimo da Euro 1549 a Euro 2000.

Altra disposizione mirante ad aggravare il trattamento sanzionatorio di queste fattispecie attiene alla valutazione delle circostanze attenuanti eventualmente ricorrenti nel caso di specie. E' stato in effetti previsto che le circostanze attenuanti, **diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 625 bis,** concorrenti con una o più delle circostanze aggravanti di cui all'art. 625, **non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità della stessa risultante dall'aumento conseguente alle predette circostanze aggravanti.** E' cosi richiamato il meccanismo introdotto già dalla l. n. 94/2009 per quanto riguarda il delitto di rapina. *

Questa disposizione va correlata con quella che aumenta le pene per le fattispecie di furto aggravato previste dall'art. 625 c.p. comma primo, in relazione al limite minimo delle pene edittali portandole da uno a due anni di reclusione e da euro 103 a euro 927 multa. Fermo restando il massimo di anni sei, per la pene pecuniaria si passa da Euro 1.032 a Euro 1.500.

Un reato che, per gravità edittale e per ricorrenza di commissione, non poteva mancare in questo disegno di riforma legislativa, è quello di **rapina.** Nella percezione comune così come nelle statistiche giudiziarie quotidiane, i reati cosiddetti predatori sono in gran numero costituiti da impossessamenti commessi con l'uso di violenza o minaccia alla persona. Anche il comma 8, che modifica l'art. 628 c.p., opera su due piani: aumento "netto"delle pene edittali sia per l'ipotesi semplice (per la quale è prevista attualmente la reclusione da quattro a dieci anni e la multa da Euro 927 a Euro 2.500) sia per l'ipotesi aggravata di cui al terzo comma (elevata con la pena da cinque a venti anni di reclusione e da Euro 1290 a Euro 3098 di multa) e previsione di un diverso meccanismo di operatività in caso di concorso di più di una delle circostanze aggravanti previste dal terzo comma dell'art. 628 c.p. In questo caso, infatti, come nel caso in cui una delle circostanze aggravanti di cui al terzo comma dell'art. 628 c.p. concorra con una delle circostanze aggravanti comuni di cui all'art. 61 c.p., la pena per la rapina aggravata è aumentata ulteriormente, arrivando anziché da quattro anni e sei mesi a venti anni, da sei a venti anni, con multa da Euro 1538 a Euro 3098.

Nell'ultima versione del DDL - poi approvata – è stato infine previsto, al comma 9, un aumento della pena massimo della reclusione anche per un altro delitto per il quale vi è una forte

percezione di disvalore, sul piano sociale come nei riflessi mediatici: **l'estorsione.** Per tale delitto, nell'ipotesi aggravata, la pena già prevista da sei a venti anni deve essere è ora da sette a venti anni.

Doverosa appare una riflessione sulle modalità della riforma apportata dal legislatore sui **limiti edittali di pena**: nessuna modifica sul massimo previsto, e dunque nessun effetto collaterale in termini di prescrizione o di termini, finali o anche solo di fase, delle misure cautelari. E' stato aumentato, invece, il minimo edittale, così comprimendo di fatto la discrezionalità del giudicante nella concreta scelta del *quantum* di pena da applicare. Le ragioni di questa scelta legislativa sembrano da ravvisarsi nell'esigenza di segnare un minimo di afflittività in fattispecie delittuose che, per loro natura e per la casistica ricorrente, possono essere molto variamente circostanziate e, dunque, ricevere trattamenti sanzionatori assai diversi da caso a caso.

La necessità cui il legislatore sembra aver dato cittadinanza appare quella di fissare un minimo che non sia troppo divergente dal massimo sia per rinforzare la tutela di quegli interessi colpiti dalle fattispecie in oggetto, sia per garantire maggior uniformità di pene irrogate per diverse declinazioni della medesima fattispecie penale.

6- La delega per le riforme al codice penale

Infine, occorre ricordare che il capo terzo della legge di riforma prevede una delega al Governo destinati alla riforma riforma del regime di procedibilità per taluni reati, alla revisione delle misure di sicurezza e al riordino di alcuni settori del codice penale.

Sotto il primo profilo, il Governo è delegato ad adottare entro il termine di un anno dalla data di entrata in vigore della legge delega, decreti legislativi per la modifica della disciplina del regime di procedibilità per taluni reati, in particolare prevedendo la procedibilità a querela per i reati contro la persona e contro il patrimonio.

Rispetto all'originario impianto della riforma, il testo approvato esprime una logica significativamente differente. Il **principio di fondo** è chiaro: quello stesso **spirito deflattivo** del processo penale, nei casi in cui l'offesa all'interesse protetto dalla fattispecie criminosa, di per sé non gravissimo, sia ritenuto non meritevole di un procedimento penale se non su impulso di parte.

Nel progetto originario, il punto cruciale era identificabile nella definizione di "offesa di modesta entità"al bene protetto, che era ipotizzata quale presupposto per la procedibilità a querela

di fattispecie criminose pacificamente ritenute di maggior allarme sociale, se non di maggiore gravità in assoluto quanto a limiti edittali di pena, in quanto recanti offesa alla persona.

Il testo approvato – al comma 16- non contempla più un richiamo all'offesa di modesta entità, in quanto la previsione di procedibilità a querela alla quale dovrà essere data attuazione con la delega ha a oggetto:

- i reati contro la persona puniti con la sola pena edittale pecuniaria

- i reati contro la persona puniti con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, fatta eccezione per il delitto di violenza privata di cui all'art. 610 c.p.

- i reati contro il patrimonio

Sembra chiara la ratio della norma, nell'esigenza di deflazionare e decongestionare il sistema processuale dai fatti che possono costituire prevalentemente "offesa a privati", lasciando appunto ai privati la facoltà di rendere procedibile l'azione penale. La scelta operato con la versione finale del testo di raccordare il contenuto della delega a **parametri oggettivi** correlati alla pena piuttosto che al richiamo all'entità dell'offesa pare oltremodo opportuno, quantomeno sul piano della chiarezza (oltre che della potenziale estensione) della previsione generale.

Nell'originaria versione del testo il regime della procedibilità a querela trovava un limite di carattere generale in relazione all'esclusione per i reati in danno dei soggetti **incapaci per età o per infermità.**

Un'esclusione che è stata mantenuta nella delega attuale, che tuttavia prevede, per il mantenimento della procedibilità di ufficio, altre due ipotesi:

- il fatto, nei reati contro il patrimonio, che il danno arrecato alla persona offesa sia di rilevante gravità.

- il fatto che ricorrano **circostanze aggravanti** a effetto speciale ovvero le circostanze indicate nell'art. 339 c.p.

L'art. 339 c.p., prevede le circostanze aggravanti in relazione ai delitti- tra l'altro- di violenza, minaccio o resistenza a pubblico ufficiale, con previsione di aumenti di pena ove risulti che la violenza o la minaccia sia *"commessa con armi , o da persona travisata, o da più persone riunite, o con scritto anonimo, o in modo simbolico, o valendosi della forza intimidatrice*

derivante da segrete associazioni, esistenti o supposte". Con la riforma , di fatto, la sfera di offensività "qualificata"nei confronti del pubblico ufficiale è così estesa ai privati.

In relazione ai soggetti incapaci per età o infermità, la evidente priorità del legislatore, è quella di evidenziare il maggior grado di offensività pubblica delle fattispecie nel caso in cui le condotte siano poste non essere a danno di soggetti deboli, essenzialmente sotto il profilo dell'inferiorità e dell'autonomia psichica. L'esclusione dalle categorie di persone offese per cui il reato resta procedibile d'ufficio, di soggetti solo fisicamente "inferiori", sembra suggerire che insieme a una maggior gravità oggettiva del reato, il legislatore abbia inteso minimizzare il rischio di possibili condizionamenti e pressioni dei soggetti ritenuti deboli in un contesto di condotte di prevaricazione e intimidazione squisitamente psicologica.

Se evidente è lo scopo generale alla base di questa esclusione- considerando la sempre maggior gravità delle offese recate alle persone "deboli"per qualche motivo- qualche perplessità rimane in merito all'esclusione netta e generale per categorie cosi ampie e al momento in parte indeterminate, della maggiore flessibilità che la procedibilità a querela offre al sistema di torti e rivendicazioni, sebbene penalmente rilevanti, tra privati. Basti pensare che, se nulla fosse specificato in merito, questa clausola di esclusione lascerebbe fuori dalla procedibilità a querela, tutti i reati contro la persona commessi da minorenni nei **confronti di minorenni.**

Del tutto logiche e condivisibili risultano poi le due ulteriori esclusioni dall'ambito della delega; problematico sarebbe stato conciliare la valutazione negativa generale e astratta di particolare gravità connaturata alle aggravanti a effetto speciale (o alle stesse aggravanti di cui all'art. 339 c.p.) con la procedibilità a querela.

Qualche dubbio potrebbe porsi in relazione alla previsione della procedibilità di ufficio per il **danno patrimoniale di rilevante gravità**- trattandosi di valutazione che, in effetti, avrebbe potuto essere lasciata alla persona offesa; in sintonia con la previsione, già contemplata dal sistema, dell'art. 61 n.6 c.p., il legislatore ha evidentemente ritenuto prevalente, rispetto a una "remissione"della scelta al privato- l'interesse pubblico alla repressione di condotte finalizzata a ottenere profitti illeciti significativi.

Come già ricordato, la versione approvata del DDL non ha modificato il regime del delitto di violenza privata ex art. 610 c.p., che resta così procedibile di ufficio anche nell'ipotesi di cui al comma primo.

Il comma 16, alla lettera b) fornisce infine indicazioni di **diritto transitorio.** La delega dovrà così prevedere che:

- per i reati commessi prima dell'entrata in vigore delle disposizioni che saranno emanate in attuazione della stessa, il termine per la presentazione della querela decorrerà dal giorno dell'entrata in vigore, laddove la persona offesa abbia avuto in precedenza notizia del fatto costituente reato

- ove il procedimento sia pendente, il P.M. o il giudice dovranno informare la persona offesa della facoltà di esercitare il diritto di querela, con decorrenza del termine, pertanto, dal giorno di tale informativa.

GAETANO BONO

Nuovi termini per l'esercizio dell'azione penale e rischio depotenziamento della tutela cautelare: spunti per un correttivo alla Riforma Orlando

O soddisfacimento di esigenze cautelari o violazione del nuovo termine per l'esercizio dell'azione penale.

Potrebbero trovarsi di fronte a questo dilemma i magistrati del Pubblico Ministero dopo il 3 agosto 2017, data di entrata in vigore della Legge 103/2017 (nota anche come riforma Orlando dal nome del Guardasigilli in carica), potendo trovarsi costretti a scegliere tra la rinuncia agli strumenti di tutela cautelare e il rispetto della nuova disposizione che, novellando l'art. 407 c.p.p. e introducendovi il comma 3-*bis*, così recita: "*In ogni caso il pubblico ministero è tenuto a esercitare l'azione penale o a richiedere l'archiviazione entro il termine di tre mesi dalla scadenza del termine massimo di durata delle indagini e comunque dalla scadenza dei termini di cui all'articolo 415*-bis"; salva la facoltà di richiedere al Procuratore Generale presso la Corte d'Appello di prorogare, con decreto motivato, il termine per non più di tre mesi (peraltro, nel solco del doppio binario vigente nel nostro ordinamento per determinate fattispecie penali, tale termine è di quindici mesi per i reati di cui all'art. 407 co. 2, lett. A nn. 1, 3 e 4). Ciò in quanto, secondo il novellato art. 412 co. 1 c.p.p. secondo "*il Procuratore Generale presso la Corte d'Appello, se il pubblico ministero non esercita l'azione penale o non richiede l'archiviazione nel termine previsto dall'art. 407 co. 3*-bis *c.p.p., dispone, con decreto motivato, l'avocazione delle indagini preliminari*".

La *ratio* che ha animato il legislatore nell'innovare la disciplina dei termini *de quibus* va individuata nell'introduzione nell'ordinamento processuale di un rimedio all'inerzia del pubblico ministero, nella comune accezione di inattività o inoperosità, sempre che siano scaduti i termini di durata delle indagini preliminari. Rispetto alla disciplina previgente, la novella normativa detta tempi certi per il subingresso dell'organo di controllo deputato all'avocazione, ossia alla

sottrazione della titolarità dei poteri del pubblico ministero determinante una vera e propria interferenza funzionale da parte del Procuratore Generale presso la Corte d'Appello.

La questione si pone allorché la possibilità di rispettare il nuovo termine di tre mesi di cui all'art. 407 co. 3-*bis* c.p.p. (o di sei mesi ove fosse prorogato giusta decreto motivato del Procuratore Generale) non dipenda unicamente dal pubblico ministero procedente, ma dal Giudice per le indagini preliminari, avendo il primo depositato una richiesta di misura cautelare personale o reale e ritenendo opportuno attendere l'eventuale ottenimento della stessa, prima di emettere l'avviso di conclusione indagini prodromico all'esercizio dell'azione penale.

Si noti bene: il problema sorge ove, per ragioni di opportunità, il P.M. –dopo aver concluso le indagini o dopo la scadenza del relativo termine massimo– non intenda chiedere la proroga del termine semestrale delle indagini ai sensi dell'art. 406 c.p.p., norma che farebbe salvo il rispetto dei termini. Il punto è che, nella maggior parte dei casi, risulta inopportuno o persino controproducente chiedere la proroga, poiché tale richiesta va notificata alla persona sottoposta a indagine con conseguente *discovery* dell'esistenza stessa dell'indagine, della notizia di reato e dei motivi che giustificano la proroga.

Ecco il vicolo cieco: per potere rispettare i nuovi termini introdotti dalla riforma Orlando il P.M. è costretto ad avvisare l'indagato notificandogli o l'avviso *ex* art. 415-*bis* c.p.p. o la richiesta di proroga delle indagini, ma così l'eventuale provvedimento cautelare avrebbe in concreto scarsa efficacia venendo meno l'effetto sorpresa.

Qualche esempio può aiutare a comprendere i termini della questione.

Esempio 1: se il P.M., prima di eseguire il provvedimento cautelare (magari nelle more che venga concesso dal G.I.P.), avvisasse uno *stalker* particolarmente pericoloso o un marito violento accusato di maltrattamenti in famiglia, notificandogli l'avviso di conclusione indagini prodromico all'esercizio dell'azione penale o la richiesta di proroga del termine delle indagini, l'indagato potrebbe vendicarsi di essere stato denunciato aggravando la propria condotta a danno della vittima o arrivando persino a commettere gravi delitti di violenza alla persona.

Esempio 2: se il P.M. –che sta svolgendo un'indagine complessa a carico di un truffatore seriale, scoprendone il *modus operandi* che gli ha consentito di frodare migliaia di euro a danno di una pluralità di vittime– fosse costretto, per le ragioni suddette, a notiziare l'indagato dell'esistenza dell'indagine, ciò equivarrebbe a dare al truffatore un enorme vantaggio temporale tale per cui, allorquando si arrivasse finalmente all'esecuzione della misura cautelare reale del sequestro preventivo, non solo il P.M. non troverebbe alcun bene da apprendere, ma addirittura l'indagato sarebbe stato messo nelle condizioni di inquinare le prove così da ottenere l'assoluzione.

Esempio 3: in un'indagine in materia di bancarotta fraudolenta (in cui si è scoperto che il bancarottiere abbia trasferito l'attivo societario a un prestanome compiacente svuotando di fatto la vecchia società di cui è stato dichiarato il fallimento e continuando a operare con una nuova veste societaria), se il P.M. avvisasse l'indagato prima di sequestrargli il complesso dei beni oggetto di distrazione, gli si darebbe il tempo di organizzarsi per porre in essere un'ulteriore operazione distrattiva dell'attivo patrimoniale e ottenere l'impunità penale e la salvezza dalla responsabilità patrimoniale che ricadrebbe unicamente sui prestanome.

Esempio 4: se si avvisasse l'indagato di reati fiscali, notificandogli l'avviso di conclusione indagini o la richiesta di proroga del termine delle stesse, egli potrebbe facilmente compiere manovre elusive onde risultare nullatenente così da impedire allo Stato il recupero dei proventi del reato o potrebbe darsi alla fuga, trasferendosi col tesoro accumulato in Paesi che non consentono l'estradizione, così da frustrare definitivamente la pretesa punitiva dello Stato.

Gli esempi potrebbero essere molteplici e, in tutti i casi sopra menzionati, non coglierebbe nel segno l'argomento, volto a controbattere alla tesi qui sostenuta dallo scrivente, secondo cui la richiesta di misura cautelare, non essendo atto d'indagine e servendo finalità peculiari e differenti da quelle sottese all'esercizio dell'azione penale, può essere chiesta e ottenuta in qualunque momento e non è soggetta ai termini di cui all'art. 407 co. 3-*bis* c.p.p. Se ciò è vero, tuttavia è altrettanto vero che, spesso, un efficace esercizio dell'azione penale passa per la tempestiva irrogazione di provvedimenti cautelari.

E ciò è ancora più significativo se rapportato a delitti aventi come vittime soggetti deboli, per cui l'assicurazione del bene protetto (l'incolumità e la libertà personale nell'esempio dello

stalking o il recupero del maltolto, che può corrispondere ai risparmi di una vita, nell'esempio della truffa) passa proprio per un tempestivo ed efficace ricorso agli strumenti cautelari personali e reali.

Purtroppo, il risultato concreto dell'attuale formulazione normativa è che non sempre potranno essere contemporaneamente assicurati un efficiente risultato dell'azione penale e il rispetto dei termini imposti dalla legge.

In altre parole il pubblico ministero potrebbe, spesso, essere esposto alla scelta se sacrificare la tutela cautelare per rispettare i termini o se sacrificare i termini per approntare la tutela cautelare: nel primo caso farebbe salva la forma, ma sacrificherebbe la sostanza; viceversa nel secondo caso, quando addirittura il P.M. dovrebbe scientemente decidere di non rispettare i termini di cui all'art. 407 co. 3-*bis* c.p.p. pur di dare esecuzione al provvedimento cautelare prima dell'atto di *discovery* dell'indagine.

Se così stanno le cose, il vero rischio è che la novella legislativa spingerà il magistrato verso il rispetto dei termini con rinuncia ai provvedimenti cautelari, sia perché è chiara l'impostazione normativa per cui l'obbligo di rispettare i termini di legge risulta prevalente sull'onere di chiedere misure cautelari rimesso alla facoltà del P.M., sia perché il mancato rispetto dei termini potrebbe esporre il magistrato a responsabilità disciplinare ai sensi dell'art. 2 lett. q) L. 109/2006, parlando la lettera della legge di "*reiterato, grave e ingiustificato ritardo nel compimento degli atti relativi all'esercizio delle funzioni*"; laddove non è scontato che il ritardo possa considerarsi "non ingiustificato"sol perché il P.M. abbia richiesto misure cautelari e, comunque, il magistrato potrebbe ritenersi condizionato dal rischio di incorrere in responsabilità disciplinare e dunque potrebbe rinunciare a priori a richiedere misure cautelari; ovvero, nella migliore delle ipotesi, ricorrerebbe alle misure cautelari dopo un atto di *discovery*, pur consapevole della probabile intervenuta inefficacia delle stesse.

Alla luce delle superiori considerazioni sorge il dubbio che ci si trovi di fronte a una lacuna normativa dovuta, verosimilmente, a un difetto di coordinamento con le norme che disciplinano le misure cautelari personali e reali; se così non fosse, ci troveremmo di fronte a una *voluntas legis*

dalle conseguenze paradossali: per un verso il legislatore si preoccupa del cittadino (coinvolto in un procedimento penale quale persona indagata o persona offesa o danneggiata dal reato) al punto da garantirgli (condivisibilmente a parere di chi scrive) la certezza dei tempi procedimentali, ma per altro verso il legislatore sacrifica la possibilità che il processo conduca a un risultato soddisfacente, in termini di ristoro del danno da reato e di esercizio della potestà punitiva da parte dello Stato, che verrebbero meno nel caso in cui non si chiedessero più misure cautelari reali volte a recuperare il provento del reato, prima che il reo ne faccia perdere definitivamente le tracce, o misure cautelari personali volte a evitare la commissione ulteriori reati o il pericolo di fuga o l'inquinamento delle prove.

L'attuale portato della novella di cui alla Legge 103/2017 si potrebbe sintetizzare con la seguente espressione: certezza nei tempi, incertezza nel soddisfacimento della pretesa di giustizia.

Ciò posto, *de iure condendo*, sarebbe opportuno prevedere già da subito un correttivo nella disciplina dei termini di cui all'art. 407 co. 3-*bis* c.p.p.

Una prima ipotesi di correttivo potrebbe constare nell'introduzione di un'eccezione al diritto dell'indagato di ricevere l'avviso della proroga del termine *ex* art. 406 c.p.p., allorché risulti pendente una richiesta di misura cautelare, magari prevedendo la notifica contestualmente all'applicazione della stessa ove il G.I.P. la disponesse o, in caso di rigetto della richiesta cautelare, prevedendo l'obbligo per il P.M. di notiziare immediatamente la persona indagata dell'avvenuta richiesta di proroga.

Oppure il legislatore potrebbe prevedere una speciale ipotesi di sospensione del termine di cui all'art. 407 co. 3-*bis* c.p.p. nel caso in cui il pubblico ministero abbia tempestivamente depositato una richiesta di misura cautelare personale o reale.

Tra le due opzioni, a parere di chi scrive, sarebbe preferibile la seconda.

A ben vedere, difatti, sospendere il termine consentirebbe di colmare una lacuna normativa in misura del tutto coerente con la *ratio legis* del nuovo comma 3-*bis*, consistente nell'introdurre un inedito rimedio all'inerzia del pubblico ministero. Orbene, allorquando un P.M. abbia fatto richiesta di un provvedimento cautelare e sia in attesa della determinazione del G.I.P., non può parlarsi di inerzia, nella comune accezione di inattività o inoperosità, ma al contrario di tempestivo esercizio delle funzioni volte a garantire il soddisfacimento di esigenze cautelari non altrimenti tutelabili. Ne consegue che sarebbe iniquo infliggere al P.M. la sanzione procedimentale dell'avocazione dell'indagine da parte del Procuratore Generale. Del pari iniquo risulterebbe, in mancanza di adeguato correttivo all'attuale disciplina, un sistema che surrettiziamente indurrebbe il pubblico ministero o a rinunciare alla tutela cautelare o a ricorrervi dopo la *discovery* degli atti all'indagato, allorché il provvedimento cautelare risulterebbe inefficace.

In conclusione, nonostante permanga nello scrivente l'auspicio che il legislatore introduca una modifica *ut supra* illustrato, si intende comunque offrire una soluzione *de iure condito*. Ovverossia, in caso di mancata introduzione di correttivi di sorta, si reputa che la soluzione possa ricavarsi per via interpretativa facendo il seguente ragionamento.

Se la *ratio legis* del nuovo termine di cui all'art. 407 co. 3-*bis* c.p.p. è quella di rimediare all'inerzia del P.M. e se non può ritenersi inerte il pubblico ministero che abbia avanzato richiesta di misura cautelare e attenda l'eventuale accoglimento della stessa in guisa che il rispetto dei termini non dipenda più da lui, allora si potrebbe ipotizzare la sottoscrizione di un protocollo d'intesa tra il Procuratore Generale e i singoli Procuratori della Repubblica del relativo distretto di Corte d'Appello.

Nella specie, si pensi a un protocollo che detti una previsione generale e astratta secondo cui non si dà luogo ad avocazione tutte le volte in cui il P.M. abbia avanzato richiesta di misura cautelare, prima della conclusione delle indagini o comunque prima che spiri il termine di tre mesi dalla scadenza del termine massimo o comunque entro gli ulteriori tre mesi concessi giusta decreto motivato del Procuratore Generale; chiaramente sarebbe opportuno prevedere, in tali casi, un

obbligo del P.M. di informare il Procuratore Generale dell'eventuale superamento dei termini per la pendenza di una richiesta di misura.

Tale soluzione appare in linea con le nuove disposizioni di cui all'art. 412 co. 1 c.p.p. considerando che la novella non ha modificato la previgente forma verbale "dispone"che, pertanto lascerebbe un certo margine di scelta nelle concrete modalità di azione da parte del Procuratore Generale il quale, dunque, ben potrebbe dettare una disciplina che regolamenti l'esercizio del proprio potere.

E, a maggior ragione, tale disciplina diverrebbe auspicabile tutte le volte in cui, com'è nel caso di specie, essa servirebbe a garantire l'uniformità applicativa di un istituto.

Per di più, nel caso che ci occupa, il pubblico ministero si troverebbe ad operare con maggiore serenità, potendo esercitare le proprie funzioni, ivi comprese quelle concernenti l'ottenimento di provvedimenti cautelari, senza trovarsi esposto al dilemma di scegliere tra la rinuncia ad essi o il ricorso ad atti di *discovery* che ne frusterebbero l'efficacia (per tacere della possibilità di lasciare scadere il termine senza dare avvisi, violando il disposto del nuovo comma 3-*bis*).

CESARE PARODI

Ruolo e poteri del Procuratore Generale dopo la riforma "Orlando".

SOMMARIO: 1- Introduzione 2- Il termine delle indagini e il potere di avocazione 3- Le modifiche in tema di controllo sulle iscrizioni

1- Introduzione

Uno dei temi che certamente sono stati al centro dell'attenzione pria della definitiva approvazione, in data 14/6/2017 dell'articolo unico del progetto di legge, già approvato in un testo unificato dal Senato, rubricato "M*odifiche al codice penale, di procedura penale e all'ordinamento giudiziario"*è quello del ruolo e dei poteri del Procuratore Generale.

Ciò con particolare riguardo al potere/dovere di avocazione e agli obblighi di controllo in tema di iscrizioni. Si tratta, in effetti di tematiche la cui rilevanza è destinata -specie nel primo caso- a andare ben oltre l'ambito di diretta applicazione della norme riformate, in quanto diretta a ridefinire il delicato rapporto tra le Procure della Repubblica e la Procura Generale e soprattutto a porsi come elemento di – possibile - valutazione in ordine alla sussistenza di responsabilità disciplinari da parte dei singoli sostituti.

Alcune prime riflessioni possono pertanto essere utile a chiarire – anche se ovviamente non in termini risolutivi - il quadro generale della materia.

2- Il termine delle indagini e il potere di avocazione

In relazione ai poteri di avocazione del Procuratore Generale, pare utile partire da un confronto tra il testo dell'art. 412 comma 1 c.p.p., primo periodo e il testo introdotto dalla riforma.

Testo originario

«*Il procuratore generale presso la corte di appello dispone con decreto motivato l'avocazione delle indagini preliminari se il P.M. non esercita l'azione penale o non richiede l'archiviazione nel termine stabilito dalla legge o prorogato dal giudice."*

Testo riformato

«Il procuratore generale presso la corte di appello, se il P.M. non esercita l'azione penale o non richiede l'archiviazione nel termine previsto dall'articolo 407, comma 3-bis, dispone, con decreto motivato, l'avocazione delle indagini preliminari».

Si tratta della cd. avocazione "obbligatoria", contrapposta, in questo senso, all'avocazione facoltativa di cui agli artt. 413 e 421 bis c.p.p. Un'obbligatorietà che dovrà essere, tuttavia, declinata in concreto dalle Procure Generali.

Il nuovo comma 3-bis dell'art. 407 – introdotto dal comma 30 dell'art. 1- stabilisce: «*In ogni caso il P.M. è tenuto a esercitare l'azione penale o a richiedere l'archiviazione entro il termine di tre mesi dalla scadenza del termine massimo di durata delle indagini e comunque alla scadenza dei termini di cui all'articolo 415-bis. Nel caso di cui al comma 2, lettera b), del presente articolo, su richiesta presentata dal P.M. prima della scadenza, il procuratore generale presso la corte di appello può prorogare, con decreto motivato, il termine per non più di tre mesi, dandone notizia al procuratore della Repubblica. Il termine di cui al primo periodo del presente comma è di dodici mesi per i reati di cui al comma 2, lettera a), numeri 1), 3) e 4), del presente articolo. Ove non assuma le proprie determinazioni in ordine all'azione penale nel termine stabilito dal presente comma, il P.M. ne dà tempestiva comunicazione al procuratore generale presso la corte di appello*».

La riforma ha previsto i seguenti termini acceleratori:

– in via generale, entro tre mesi dalla scadenza del termine massimo di durata delle indagini e comunque alla scadenza dei termini di cui all'articolo 415-bis il P.M. dovrà determinarsi nelle scelte suddette;

– per i delitti di cui all'art. 407, comma 2, lettera a), numeri 1), 3) e 4), con termine massimo di due anni, il termine di tre mesi passa a dodici mesi;

– per le notizie di reato che rendono particolarmente complesse le investigazioni per la molteplicità di fatti tra loro collegati ovvero per l'elevato numero di persone sottoposte alle indagini o di persone offese (art. 407, comma 2, lettera b, c.p.p.), il P.M. può chiedere al Procuratore Generale presso la Corte d'Appello una proroga per un tempo massimo di tre mesi.

Nel disciplinare la richiesta di proroga, il legislatore ha escluso le indagini che richiedono il compimento di atti all'estero (art. 407, c. 2), lettera c) e i procedimenti in cui è indispensabile

mantenere il collegamento tra più uffici del P.M. a norma dell'articolo 371 (art. 407, c. 2), lettera d), che pur dovrebbero condividere le stesse esigenze di cui alla lettera b).

Un punto decisivo per comprendere l'effettiva portata della riforma deve essere individuato nella lettura che potrà essere data del predicato verbale "**dispone**", che compare – nella medesima forma, anche se in una differente posizione nel contesto della frase - nel testo abrogato come in quello nuovo; se, quindi, quello del procuratore Generale debba intendersi un dovere o la semplice facoltà di esercizio di un "potere-dovere".

Sul punto, indicazioni indirette della S.C. lascerebbero intendere essersi trattato di un "potere-dovere"; ricevuti gli elenchi dei procedimenti scaduti, ieri – e quindi anche attualmente- il Procuratore Generale può decidere- in base alla priorità individuate - quale procedimenti avocare, specie considerando la – ontologicamente limitata - "forza lavoro"della quale può disporre.

Che non si tratti di un preciso obbligo, si può desumere dalle indicazioni della S.C. : se – come affermato- il decorso del termine per il compimento delle indagini preliminari non determina la decadenza del P.M. dal potere di esercitare l'azione penale, salva l'ipotesi che il procuratore generale abbia esercitato il suo potere di avocazione ai sensi dell'art. 412, comma primo, c.p.p., ciò significa che la "disponibilità"delle indagini poteva (e può) essere lasciata al p.m. a discrezione del Procuratore Generale (Cass., Sez. VI, n. 19833, 20.3.2009, CED 243839).

Il problema, tuttavia, non può essere letto solo in relazione ai "poteri"del Procuratore generale, quanto anche all'indicazione- stringente"- del comma 3 dell'art. 407 c.p.p., ove con la formula"**in ogni caso"**non pare essere lasciato spazio a forme di "inerzia"da parte del P.M.: e ciò a prescindere dalle successive e autonome determinazioni del P.G.

Un'interpretazione che non pare lasciare significativi spazi a soluzioni alternativa e che potrà verosimilmente costituire il presupposto di responsabilità disciplinari, per i P.M..

Al riguardo potrebbe trovare applicazione l'art. 2 d.lgs. n. 109/2006 ("Illeciti disciplinari nell'esercizio delle funzioni") nel quale è indicato come illecito disciplinare nell'esercizio delle funzioni, tra l'altro, alla lettera q) il "il reiterato, grave e ingiustificato ritardo nel compimento degli atti relativi all'esercizio delle funzioni".

Precisa la norma "si presume non grave, salvo che non sia diversamente dimostrato, il ritardo che non eccede il triplo dei termini previsti dalla legge per il compimento dell'atto".

Indubbiamente, un aspetto fondamentale della ricaduta che la riforma potrà avere deriva dall'interpretazione di quest'ultima espressione. Quali devono essere considerati, in questo caso, i "termini previsti dalla legge per il compimento dell'atto"? Si tratta di una valutazione in concreto, sul tempo che il p.m. avrà a disposizione sulla base delle richieste di proroga specificamente inoltrate e autorizzate, o si potrà calcolare un termine massimo astratto, svincolato dalla vicenda procedimentale, e calcolato quindi sulla base dei principi di ci agli artt. 406 e 407 c.p.p.?

Ora, con la trasmissione degli elenchi dei procedimenti per i quali risulta "spirato"il termine (quale esso sia) indicato con la riforma, il P.G. avrà a disposizione per tabulas, periodicamente, il numero dei procedimenti non definiti sulla base della alternativa secca azione penale/archiviazione e per i quali quindi- ove il termine ecceda il triplo indicato dalla riforma stessa (tre mesi) s'imporrà un valutazione sull'esercizio dell'azione disciplinare.

Verosimilmente, solo una soluzione che risolva – in termini di "legittimità"- a monte il problema potrà essere sostanzialmente accettabili e potrà riuscire a coniugare le esigenze espresse dal legislatore con i principi affermati con la riforma con un concreto, effettivo e sereno esercizio della funzione giurisdizionale.

In questa prospettiva, si potrebbe tenere conto che l'esercizio effettivo dell'azione penale presuppone una collaborazione tra l'ufficio di Procura e il Tribunale, laddove il decreto di citazione può essere firmato – e quindi l'azione penale esercitata- solo a fronte della comunicazione della data di udienza da parte del Presidente del Tribunale. In pratica, l'alternativa secca posta dal legislatore "azione penale/archiviazione"trova, quantomeno per i procedimenti a citazione diretta, una ulteriore ipotesi, costituita dal procedimento per il quale il P.M. ha richiesto la data di udienza (e quindi ha "terminato"in tale fase la propria attività) ma non è nella condizione di "firmare"il decreto di citazione sino alla comunicazione della data.

Quel P.M., verosimilmente, non potrà essere considerato inadempiente rispetto all'obbligo descritto dal legislatore.

Per altro, l'art. 132-bis, comma 1 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie c.p.p., di cui al d.lgs. n. 271/1989 (rubricato "Formazione dei ruoli di udienza e trattazione dei processi") stabilisce che nella formazione dei ruoli di udienza e nella trattazione dei processi è assicurata la priorità assoluta ad una serie di reati, individuati in base ai criteri differenti e non

omogenei, quali la tipologia di reati, la sanzione edittale ovvero a considerazioni di carattere processuale.

Il "tempo"e la "scansione"della comunicazione della data è, pertanto, rimessa al Presidente del Tribunale, che dovrà tenere conto delle priorità del legislatore e dovrà quindi fornire alla Procura della Repubblica risposte sintoniche rispetto alla menzionate priorità.

Questo è il punto, che si pone oggi in termini puramente problematici, ma che dovrà essere oggetto di attente riflessioni: dovrà il Procuratore Generale avocare (e pure obbligatoriamente) anche i procedimenti per i quali è stata richiesta- ma non comunicata- la data di udienza e per i quali l'inerzia non è frutto di una "negligenza"del singolo sostituto, quanto espressione del potere/dovere di dare corso alla richiesta tenendo conto della priorità da parte del Presidente del Tribunale ?

Deve essere infine valutata le modalità di esercizio del potere di proroga da parte del P.G. e il coordinamento di quest'ultimo con la possibilità di richiesta al G.i.p.. Sul primo aspetto, in base al testo della riforma, non appare chiaro sulla base di quali valutazioni e con quali forme il P.G. provvederà alla proroga e quale tipo di interlocuzione potrà o dovrà avvenire con le parti.

Sul secondo punto, al contrario, è verosimile ritenere che la richiesta al P.G. potrà essere inoltrata dopo la scadenza dei termini eventualmente prorogato dal G.i.p., a seguito di richiesta da parte del P.M. a tale organo e dopo che il periodo utilizzabile per le indagini sia "spirato".

3- Le modifiche in tema di controllo sulle iscrizioni

L'art. 1 comma 75 della legge di riforma contiene un importante modifica di natura ordinamentale, intervenendo sul d.lgs. n 106/2006, "Disposizioni in materia di riorganizzazione dell'ufficio del pubblico ministero, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera d), della legge 25 luglio 2005, n. 150".

Un intervento che avrebbe potuto essere ancora più incisivo, se fosse stato inserito nel testo approvato il terzo comma dell'articolo, che avrebbe potuto indubbiamente portare a un "irrigidimento"delle valutazioni in sede disciplinare.

La modifica ha per oggetto la concreta applicazione dell'art. 335 (Registro delle notizie di reato); norma che, tra l'altro, recita "Il P.M. iscrive immediatamente, nell'apposito registro

custodito presso l'ufficio, ogni notizia di reato che gli perviene o che ha acquisito di propria iniziativa nonché, contestualmente o dal momento in cui risulta, il nome della persona alla quale il reato stesso è attribuito. Se nel corso delle indagini preliminari muta la qualificazione giuridica del fatto ovvero questo risulta diversamente circostanziato, il P.M. cura l'aggiornamento delle iscrizioni previste dal comma 1 senza procedere a nuove iscrizioni."

Il comma 75 citato, stabilisce che all'articolo 1, comma 2, d. lgs. n. 106/2006, dopo le parole: «azione penale» sono inserite le seguenti: «, l'osservanza delle disposizioni relative all'iscrizione delle notizie di reato».

In concreto quindi, il Procuratore della Repubblica, che, quale preposto all'ufficio del pubblico ministero, e' titolare esclusivo dell'azione penale e la esercita sotto la propria responsabilità nei modi e nei termini fissati dalla legge, deve altresì assicurare "il corretto, puntuale ed uniforme esercizio dell'azione penale, l'osservanza delle disposizioni relative all'iscrizione delle notizie di reato ed il rispetto delle norme sul giusto processo da parte del suo ufficio."

A sua volta il comma 76 inserisce il medesimo inciso nell'art. 6 d.lgs. n. 106/2006 (rubricato "Attività di vigilanza del procuratore generale presso la corte di appello") che pertanto attualmente recita "Il procuratore generale presso la corte di appello, al fine di verificare il corretto ed uniforme esercizio dell'azione penale, l'osservanza delle disposizioni relative all'iscrizione delle notizie di reato ed il rispetto delle norme sul giusto processo, nonché il puntuale esercizio da parte dei procuratori della Repubblica dei poteri di direzione, controllo e organizzazione degli uffici ai quali sono preposti, acquisisce dati e notizie dalle procure della Repubblica del distretto ed invia al procuratore generale presso la Corte di cassazione una relazione almeno annuale."

La menzionata "osservanza delle disposizioni relative all'iscrizione delle notizie di reato"è tematica tutt'altro che scontata e banale. Una rapida disamina delle indicazioni della S.C. al riguardo conferma tale impressione.

Al riguardo, le S.U. hanno chiarito che in tema di iscrizione della notizia di reato nel registro di cui all'art. 335 c.p.p.., il pubblico ministero, non appena riscontrata la corrispondenza di un fatto di cui abbia avuto notizia ad una fattispecie di reato, è tenuto a provvedere alla iscrizione della "notitia criminis"senza che possa configurarsi un suo potere discrezionale al riguardo. Ugualmente, una volta riscontrati, contestualmente o successivamente, elementi obiettivi di

identificazione del soggetto cui il reato è attribuito, il P.M. è tenuto a iscriverne il nome con altrettanta tempestività. (Cass., S.U., n. 40538, 24.9.2009, CED 244378)

Se da un lato l'indicazione esclude, in termini apparentemente tassativi, un "potere discrezionale"da parte del pubblico ministero, è altrettanto evidente che il panorama giudiziario non sempre, non necessariamente e non esclusivamente per fatti di non particolare gravità presenta al riguardo situazioni di non univoca "lettura". E invero, in questo senso, l''iscrizione è necessaria e improcrastinabile nei casi in cui il presupposto della stessa non presenti un "margine"interpretativo sulla sussistenza e soprattutto sulla tipologia di reato.

Se a fronte di un colpo di pistola esploso alla nuca della persona offesa i margini di valutazione per l'iscrizione per il reato di omicidio sono davvero modesti, si provi a considerare un'indagine per abuso di ufficio, per arrivare a ipotizzare il quale si può rendere necessaria la valutazione critica di numerosi e complessi atti amministrativi, da inserire in un contesto di articolati rapporti personali e patrimoniali.

Non solo: si provi a considerare- in punto "sussistenza"o meno di discrezionalità al riguardo- una decisione della S.C. (Cass., sez. VI, n. 45206, 16.7.2013, CED 257381) per la quale qualora il P.M. proceda per un determinato reato l'eventuale denuncia per calunnia presentata dall'indagato, fondata sulla sola circostanza che le accuse nei suoi confronti sono false, non può essere considerata automaticamente una notizia di reato, spettando, invece, al P.M. la valutazione se qualificare l'atto in questione come una mera difesa e come tale inserirla nel fascicolo principale o se procedere all'iscrizione nel registro notizie di reato, risultando di conseguenza necessario, in quest'ultimo caso, richiedere al Gip l'eventuale archiviazione.

Il tema della tempestività dell'iscrizione è stato poi- ovviamente e utilmente- trattato in relazione alla disciplina della utilizzabilità degli atti di indagine, in una prospettiva che, per certi versi, parrebbe non escludere dei margini di discrezionalità.

Per la S.C. l'omessa annotazione della "notitia criminis"nel registro previsto dall'art. 335 c.p.p., con l'indicazione del nome della persona raggiunta da indizi di colpevolezza e sottoposta a indagini "contestualmente ovvero dal momento in cui esso risulta", non determina l'inutilizzabilità degli atti d'indagine compiuti sino al momento dell'effettiva iscrizione nel registro, poiché, in tal caso, il termine di durata massima delle indagini preliminari, previsto dall'art. 407 c.p.p., al cui scadere consegue l'inutilizzabilità degli atti d'indagine successivi, decorre per l'indagato dalla data

in cui il nome è effettivamente iscritto nel registro delle notizie di reato, e non dalla presunta data nella quale il P.M. avrebbe dovuto iscriverla. (Cass., Sez. V, n. 22340, 8.4.2008, CED 240491; analogamente Cass., Sez. VI, n. 40791, 10.10.2007, CED 238039).

In questo senso, l'apprezzamento della tempestività dell'iscrizione, il cui obbligo nasce solo ove a carico di una persona emerga l'esistenza di specifici elementi indizianti e non di meri sospetti, rientra nell'esclusiva valutazione discrezionale del P.M. ed è sottratto, in ordine all'"an"e al "quando", al sindacato del giudice, ferma restando la configurabilità d'ipotesi di responsabilità disciplinari o addirittura penali nei confronti del P.M. negligente.

La stessa S.C. aveva pertanto "evocato"una sorta di non incompatibilità tra una forma di discrezionalità e la sussistenza di specifiche responsabilità. In questo quadro, il legislatore aveva in un primo momento ipotizzato di inserire, alla fine dell'art. 6 d.lgs. n. 106/2006, il seguente comma: « 1-bis. Le violazioni relative all'iscrizione delle notizie di reato costituiscono illecito disciplinare ai sensi dell'articolo 2 del decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109, e successive modificazioni ».

Come già ricordato, con scelta oltremodo condivisibile, il comma 1 bis non è entrato nel testo finale della riforma: la natura peculiare del contenuto dell'obbligo di iscrizione avrebbe determinato uno strumento di equivoca e pericolosa "lettura"dell'operato del pubblico ministero.

Tornando all'esempio sopra riportato di prima, non vi era e non vi può essere dubbio sul fatto che in numerose situazioni non possano esistere margini di discrezionalità sulla necessità di procedere a iscrizione. La scelta del legislatore consente di evitare (o almeno di ridurre significativamente) il rischio che possa essere effettuata una lettura strumentale a interessi di parte della scelta di iscrizione non "immediata"del pubblico ministero, a fronte di contesti di equivoca lettura.

La mancata introduzione del comma sopra menzionato, ovviamente, non consente di escludere "tout court"l'osservanza dell'art 335 c.p.p. dell'ambito di valutazione in sede di disciplinare; consente tuttavia di ritenere ragionevolmente che una singola violazione (che non sia, evidentemente, tale da integrare di per sé un reato) di natura quindi "colposa"non sia di per sé valutabile in sede disciplinare, laddove ai sensi dell'art. 2 d.lgs. n. 109/2006 ("Illeciti disciplinari nell'esercizio delle funzioni") è indicato come illecito disciplinare nell'esercizio delle funzioni, tra l'altro, alla lettera q) il "il reiterato, grave e ingiustificato ritardo nel compimento degli atti relativi

all'esercizio delle funzioni; si presume non grave, salvo che non sia diversamente dimostrato, il ritardo che non eccede il triplo dei termini previsti dalla legge per il compimento dell'atto".

Fermo restando che, per la sua peculiare natura, la disposizione in tema di iscrizione non prevede un termine specifico, resta il fatto che solo un reiterato e ingiustificato ritardo nella iscrizioni dovrebbe in astratto costituire illecito disciplinare.

Non solo: tale interpretazione è destinata a riflettersi anche sulle possibili responsabilità dei capi degli uffici, laddove il medesimo art. 2, alla lettera dd), ipotizza un profilo di responsabilità disciplinare nella "omissione, da parte del dirigente l'ufficio o del presidente di una sezione o di un collegio, della comunicazione agli organi competenti di fatti a lui noti che possono costituire illeciti disciplinari compiuti da magistrati dell'ufficio, della sezione o del collegio".

Evidentemente, l'impianto complessivo delineato con la riforma imporrà un obbligo di comunicazione da parte del Procuratore della Repubblica di natura disciplinare non per singole violazioni in tema di iscrizioni, ma solo a fronte di comportamenti "gravi, reiterati e ingiustificati"al riguardo.

ANTONIO D'AMATO

Le misure di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso della CEDU, tra la necessità di contrastare l'accumulazione illecita di ricchezze e le garanzie per l'individuo di tipicità e determinatezza della condotta

Il dibattito sulle misure di prevenzione alimentato, da settimane, talvolta con toni aspri, nelle aule parlamentari e fuori di esse e nutrito dal contributo di autorevoli giuristi, andrebbe forse svolto tenendo conto anche dell'evoluzione che ha caratterizzato la materia ad opera sia del legislatore, che vi ha messo mano fra il 2008 ed il 2011, sia degli approdi giurisprudenziali degli ultimi anni.

Ma soprattutto ed in primo luogo risente della mancanza di una visione d'insieme che dovrebbe portare una classe dirigente matura alla riforma del diritto penale sostanziale (non sappiamo nemmeno quanti reati ci sono, alcune commissioni ministeriali, in passato, hanno stimato l'esistenza di oltre ottomila reati), prima ancora di cercare di mettere toppe al processo penale o di intervenire sulle misure di prevenzione.

È soprattutto l'analisi della giurisprudenza (Corti di merito e Corte di Cassazione) ad offrire lo spunto per valutare lo "stato dell'arte"delle misure di prevenzione, che si pongono sempre più all'avanguardia nel contrasto ai nuovi fenomeni di pericolosità sociale, di tipo mafioso ovvero ordinario. Ed è nella moderna visione delle misure di prevenzione che occorre trovare lo slancio per superare le antiche diffidenze verso queste misure, la cui applicazione non è affatto vero che sia basata ancora sul semplice sospetto.

Al riguardo appare opportuno, anzitutto, ricostruire storicamente la genesi ed il successivo sviluppo della legislazione di prevenzione: nata (nel 1956) come strumento di controllo e neutralizzazione della piccola criminalità violenta; successivamente (dal 1965 in poi) utilizzata quale strumento di contrasto alla criminalità mafiosa; oggi sempre più strumento di aggressione alle forme di accumulazione illecita, espressione di pericolosità sociale sia generica sia mafiosa (2011).

La vecchia concezione basata sul sospetto (anno 1956) può dirsi ampiamente superata. Il salto di qualità lo si è compiuto con le leggi 125/2008 e 94/2009, attraverso le quali il sequestro e la confisca di prevenzione si applicano anche ai soggetti pericolosi non mafiosi, per assicurare allo Stato quei patrimoni affetti da illiceità genetica riconducibile a soggetti "affetti"da pericolosità generica. E, infine, con il decreto legislativo n. 159/2011, sequestro e confisca possono prescindere dal riconoscimento della attualità della pericolosità sociale.

La visione "moderna"delle misure di prevenzione sta consentendo la loro applicazione a categorie di soggetti inquadrabili in una delle categorie personologiche di cui agli artt. 1 e 4 d.lgs. 159/2011, in precedenza, impensabili. Faccio, in particolar modo, riferimento, ad esempio, all'applicabilità di tali misure all'evasore fiscale seriale, al truffatore seriale, al trasportatore di rifiuti seriale, al corrotto o al corruttore seriale, per la prima volta, considerati come tipologia precisa di soggetti proposti, rientranti a pieno titolo, per le specifiche caratteristiche, nelle generiche categorie di pericolosità cd. comune previste dalla legislazione di prevenzione e, oggi, dal codice c.d. antimafia.

Il campo della discussione è scivoloso, essendo sempre in agguato la tentazione di colpi di mano (lo fu certamente l'intervento legislativo del '56) volti ad affrancare gli strumenti di «controllo della devianza» dai tradizionali parametri del giudizio penale (tassatività e determinatezza delle fattispecie incriminatrici/ accertamento giurisdizionale pieno del fatto/ onere della prova a carico dell'accusa, per citarne alcuni); tentazione che corrisponde alla dichiarata e manifesta esigenza, alimentata da interessi propagandistici in chiave di acquisizione di consensi elettorali, di mettere in campo adeguate forme di contrasto di fenomeni criminali recrudescenti. Si tratta della stessa tentazione che caratterizza la risposta demagogica della politica, allorquando, per rassicurare la collettività, ricorre, in maniera ipertrofica, ad allargare il campo della illegalità avente rilevanza penale.

Per cui la vera domanda a cui fornire una risposta non riguarda tanto questo disegno di legge in discussione, bensì se si è pronti a fare a meno della categoria normativa della pericolosità sociale.

Se rispondiamo in senso positivo, dovremmo affidare esclusivamente al monopolio della risposta strettamente penalistica -unitamente con la funzione rieducativa della pena- il compito di

contrastare la serialità delle condotte pericolose dotate della carica potenziale di accumulazione di patrimoni illeciti.

Per quanto allettante e rispondente ad un quadro costituzionale e convenzionale delle garanzie individuali, in questo momento il sistema penale non è in grado, da solo, di realizzare tale ambizioso obiettivo; e ciò a causa del sovraccarico di lavoro che sta sfiancando la cognizione penale (carenza di risorse, un numero eccessivo di fattispecie incriminatrici, i tempi lunghi del processo e l'esito non sempre certo dell'accertamento; e ciò a tacer d'altro).

E, dunque, se appare difficile disfarsi della categoria della pericolosità sociale, lo sforzo del legislatore e, prima ancora del giurista, dovrebbe andare nella direzione, in questo delicato settore, di coniugare le esigenze di contrasto della pericolosità sociale e di aggressione dei patrimoni geneticamente illeciti, con le garanzie e le libertà individuali.

Di qui il richiamo, anzitutto, alla evoluzione normativa degli ultimi anni.

Nessuno si è meravigliato, allorquando il Legislatore, attraverso la previsione della confisca allargata o per valori equivalenti, ha ampliato il campo dei delitti presupposto, prevedendo addirittura la possibilità della confisca nella fase dell'esecuzione della condanna anche per taluni delitti contro la pubblica amministrazione; e ciò all'esito di un procedimento (in cui si valuta la sproporzione tra il tenore di vita e le fonti ufficiali di reddito), che presenta molte analogie con il giudizio di prevenzione.

Sul versante della giurisprudenza dei giudici nazionali, non si possono non ricordare i passi da gigante compiuti da una magistratura responsabile e sempre più specializzata nella materia della prevenzione, che progressivamente ha posto a base del giudizio di pericolosità -superando la vecchia logica del sospetto- le condotte di reato già giudicate o giudicabili in sede penale, a loro volta rientranti nella selezione normativa delle fattispecie astratte di pericolosità generica, ferma restando la autonoma valutazione del giudice della prevenzione e le diverse finalità di tale procedimento rispetto a quello che si conclude con la irrogazione di una pena.

Dunque, misure di prevenzione non più "pene del sospetto", bensì oggetto di un giudizio che presuppone l'accertamento di comportamenti illeciti (reati) seriali, ripetitivi, trasudanti, come tali, di pericolosità.

Come non può non essere ricordata la evoluzione giurisprudenziale che in tema di confisca ha fatto della pericolosità la misura temporale dell'ablazione, nel senso che si possono acquisire

allo Stato e sottrarre alla libera circolazione quei beni e solo quei beni che siano manifestazione di pericolosità.

Se, dunque, già da ora e per effetto dei consolidati orientamenti giurisprudenziali dei giudici nazionali, le condotte di reato sono poste a monte della valutazione di pericolosità sociale, va apprezzato lo sforzo del legislatore di ulteriormente tipizzare le fattispecie comportamentali genericamente indicate negli artt 1 e 4 del decreto legislativo n. 159/2011, attraverso la previsione, come soggetti destinatari delle misure di prevenzione, di coloro che sono indiziati di prestare assistenza agli associati, alle associazioni per delinquere e mafiose; degli indiziati di una serie di reati contro la pubblica amministrazione; degli indiziati del delitto di stalking; degli indiziati del delitti di truffa aggravata per conseguire erogazioni pubbliche.

Questa riforma, approvata dal Senato ed ora all'esame della Camera dei Deputati, presenta indubbiamente il pregio, attraverso la tipizzazione dei comportamenti, la cui ripetitività fonda il giudizio di pericolosità, di essere in linea con le osservazioni critiche della Corte Europea dei diritti dell'uomo, che recentemente (sentenza De Tommaso contro Italia, 23 febbraio 2017), ha rimarcato il profilo della mancata tipizzazione delle fattispecie comportamentali la cui ricorrenza seriale (pericolosità sociale) costituisce presupposto per la sua applicazione.

La sentenza della Corte di Strasburgo ha altresì criticato il profilo della mancata preventiva conoscenza, per i soggetti destinatari delle misure di prevenzione, delle prescrizioni applicabili ai sottoposti alle stesse, norme che appaiono carenti con riguardo al requisito della prevedibilità prescritto dalla CEDU.

Nella dimensione applicativa della giurisprudenza sopra riportata, certamente, si possono cogliere delle linee di tendenza, in grado di arginare quei dubbi di compatibilità costituzionale e convenzionale che si agitano su questo difficile campo.

Sarebbe opportuno che il Legislatore cogliesse questa occasione storica -adeguandosi alle indicazioni della Corte di Strasburgo- per aggiornare i contenuti prescrittivi della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza (misura personale), ancorata ad un tipo di contenimento della devianza generalista, abrogando le previsioni inutili (obbligo, ad esempio, di osservare le leggi) e inserendo misure graduali e maggiormente rispondenti alla necessità di inibire specifiche manifestazioni di pericolosità (come è avvenuto nel caso delle manifestazioni sportive).

Certo il compito del legislatore non è semplice, ma resto fiducioso che nella più alta sede parlamentare si riesca a trovare quel giusto equilibrio fra istanze di difesa sociale e garanzie di libertà individuali.

La posta in gioco sul terreno dell'azione di contrasto alla criminalità organizzata, di tipo mafioso e non, è troppo alta per ridurla banalmente al dualismo "corruzione sì/corruzione no"fra i reati spia della pericolosità.

Non dobbiamo dimenticare che le misure di prevenzione, soprattutto quelle patrimoniali, assolvono al delicato compito di sottrarre alla economia illegale patrimoni nati ed accumulati illecitamente, in funzione della tutela del mercato (art. 41 Cost.). Da sempre sappiamo che la grande liquidità e le grandi disponibilità delle consorterie criminali (mafiose e non) devono trovare uno sbocco ora nel riciclaggio, ora nella corruzione per aggiudicarsi gli appalti o altrimenti infiltrarsi nel settore della Pubblica Amministrazione, in particolare enti locali. Dobbiamo scrollarci di dosso l'idea del mafioso o dell'imprenditore mafioso o del grosso riciclatore di denaro sporco che con la coppola e la lupara va seminando condizionamento con metodo indimidatorio. Del resto di questo nuovo modo di operare delle consorterie criminali se ne è reso ben conto il nostro Legislatore da oltre un ventennio. Al riguardo può essere interessante notare come, a partire dagli inizi del 1990, a fronte della sempre più appariscente manifestazione del perverso intreccio tra mafia e politica, sia mutata la terminologia del legislatore che ha associato all'azione di contrasto alla criminalità organizzata l'esigenza di buon andamento e trasparenza della Pubblica Amministrazione. Si tratta di un accostamento non occasionale, ove si pensi al dato oggettivo del consistente numero di amministrazioni comunali disciolte dal 1991 -data di entrata in vigore della legge 22 luglio 1991, n. 221, di conversione del d.l. 31.5.1991, n. 164- ad oggi, per motivi di infiltrazione o condizionamento mafioso. Un dato che si carica di connotati ancora più allarmanti ove si consideri che la quasi totalità di questi Comuni è concentrata nell'Italia meridionale ed in quattro Regioni, in particolare, Campania, Calabria, Sicilia, Puglia, a cui si sono aggiunte Basilicata, Lazio e Piemonte. Si inseriscono lungo questo indirizzo terminologico, ad esempio, la l. 19.3.1990, n. 55, che al Capo II testualmente prevede "*Ambito di applicazione delle leggi 31 maggio 1965 (misure di prevenzione), n. 575 e 13 settembre 1982 n. 646. Effetti della riabilitazione e disposizioni a tutela della trasparenza dell'attività delle Regioni e degli enti locali in materia di appalti pubblici*"; il d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, nella

legge 12 luglio 1991, n. 203, con il quale il linguaggio del legislatore si è fatto ancora più esplicito e diretto, "recante "*Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa*"; la legge 22 luglio 1991, n. 221, di conversione, con modificazioni, del d.l. 31 maggio 1991, n. 164, recante "Misure urgenti per lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali e degli organi di altri enti locali, conseguente a fenomeni di infiltrazione e di condizionamento di tipo mafioso". E queste solo per citarne alcune. Tali leggi sono la testimonianza eloquente di come il Legislatore si sia reso conto che la criminalità organizzata di tipo mafioso e non, riuscendo ad accumulare ingenti capitali geneticamente illeciti, è in grado di inquinare la pubblica amministrazione.

Per cui, pur comprendendo le polemiche che stanno accompagnando l'ter di approvazione del disegno di legge in discussione, non ci si deve preoccupare se fra i reati spia della pericolosità siano stati inseriti quelli dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione. E ciò per una molteplicità di ragioni di sistema analizzate sia pure sommariamente in questo contributo, la prima delle quali risiede nel fatto che al sequestro e, poi, alla confisca si giunge sulla base non di semplici sospetti (ed io aggiungo nemmeno sulla base di indizi) della dedizione di un soggetto, ad esempio, a condotte di corruzione, bensì sulla base di reati, seriali, ripetuti, giudicati o giudicabili.

Colpire con le misure di prevenzione i patrimoni di soggetti dediti alla corruzione significa restituire allo Stato le ricchezze illecite, per tutelare l'economia di mercato. La corruzione è un cancro che si abbatte non solo sui singoli appalti, ma inquina l'economia intera, poiché immette nel mercato disponibilità di denaro sporco che vengono o riciclate o utilizzate per ulteriori corruzioni. E tutto ciò in danno degli imprenditori onesti.

Una democrazia moderna come la nostra deve prevenire la corruzione; la deve efficacemente contrastare anche con l'azione giudiziaria (indagini e processi) e deve aggredire le ricchezze di soggetti che le hanno accumulato illecitamente, avendo fatto ricorso alla corruzione in maniera sistemica.

ADRIANA BLASCO

Il "caso Riina": adeguata sintesi tra tutela della collettività e tutela della dignità del detenuto ovvero primazia assoluta del diritto ad una morte dignitosa?

La Suprema Corte di Cassazione, con la sentenza nr. 27766-17 resa dalla prima sezione penale il 22-3-2017 ha annullato con rinvio l'ordinanza nr. 299/2016 emessa dal Tribunale di sorveglianza di Bologna il 20-5-2016, con cui sono state rigettate le richieste - presentate nell'interesse di RIINA Salvatore - di differimento dell'esecuzione della pena ai sensi dell'art. 147 c.p. e, in subordine, di esecuzione della pena nelle forme della detenzione domiciliare ai sensi dell'art. 47 *ter* c. 1 *ter* delle legge 26 luglio 1975 nr. 354.

Appare utile richiamare, per esteso, il testo dell'articolo 147 del codice penale, invocato a sostegno delle prerogative del condannato, che – sotto la rubrica *Rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena* - così recita:

c. 1 - L'esecuzione di una pena può essere differita:

1) se è presentata domanda di grazia, e l'esecuzione della pena non deve essere differita a norma dell'articolo precedente (art. 146 c.p.);

2) se una pena restrittiva della libertà personale deve essere eseguita contro chi si trova in condizioni di grave infermità fisica;

3) se una pena restrittiva della libertà personale deve essere eseguita nei confronti di madre di prole di età inferiore a tre anni.

c. 2 - Nel caso indicato nel numero 1, l'esecuzione della pena non può essere differita per un periodo superiore complessivamente a sei mesi, a decorrere dal giorno in cui la sentenza è divenuta irrevocabile, anche se la domanda di grazia è successivamente rinnovata.

c. 3 - Nel caso indicato nel numero 3) del primo comma il provvedimento è revocato, qualora la madre sia dichiarata decaduta dalla responsabilità genitoriale sul figlio ai sensi dell'articolo 330 del codice civile, il figlio muoia, venga abbandonato ovvero affidato ad altri che alla madre.

c. 4 - Il provvedimento di cui al primo comma non può essere adottato o, se adottato, è revocato se sussiste il concreto pericolo della commissione di delitti.

In definitiva, ad eccezione della prima ipotesi che riguarda il differimento della pena in caso di presentazione della domanda di grazia, gli altri due soddisfano, sia pure in base a differenti presupposti e limiti di applicazione, le medesime esigenze di tutela prese in considerazione dall'articolo 146 del codice penale: da un lato la tutela della madre e del bambino e, dall'altro lato, la salvaguardia della salute e della dignità del malato.

Le pronunzie, cui si faceva cenno in premessa, sono connotate - e non potrebbe essere diversamente - da una elevatissima componente di discrezionalità nel giudizio, atteso che, nell'ipotesi considerata dalla norma di cui la Suprema Corte ha fatto applicazione nel censurare l'ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Bologna, il legislatore ha lasciato al giudice il compito di valutare, nel caso concreto e per l'appunto discrezionalmente, quando le ragioni umanitarie ivi sottese assumano connotazioni tali da giustificare il differimento (o la sospensione) dell'esecuzione della pena. Pertanto, mentre nei casi indicati nell'art. 146 c.p. il legislatore ha effettuato una valutazione astratta di incompatibilità di determinate situazioni soggettive con la detenzione – senza operare nessun contemperamento degli interessi contrapposti, risultando in tali casi la pretesa punitiva dello Stato, a tutta evidenza, assolutamente pretermessa - nei casi individuati nell'art. 147 c.p. è stato lasciato al giudice il difficile compito di contemperare interessi di sicura rilevanza e di evidente contrapposizione.

A questo riguardo, si impone una doverosa premessa funzionale a dipanare il dubbio – insorto tra i tecnici del diritto – sul se la Corte di Cassazione, nel ravvisare un vizio di motivazione nel provvedimento del Tribunale di sorveglianza di Bologna, abbia deciso sul ricorso avverso l'ordinanza in questione nel legittimo esercizio delle sue prerogative di legge.

Orbene, prima dell'entrata in vigore, nell'ottobre 1989, dell'attuale codice di procedura penale, al procedimento di sorveglianza si applicava l'art. 71 *ter* dell'ordinamento penitenziario, introdotto dalla legge 12 gennaio 1977, n. 1, il quale stabiliva – riproducendone l'originario testo – che nei confronti dei provvedimenti della sezione di sorveglianza del tribunale il ricorso per cassazione fosse esperibile solo per violazione di legge, e non per vizi riguardanti la motivazione del provvedimento.

Con l'entrata in vigore del codice Vassalli, per il procedimento davanti ai tribunali di sorveglianza (che con la Legge Gozzini del 1986 hanno sostituito le sezioni di sorveglianza) sono state introdotte nuove regole processuali; e, con riferimento unicamente al procedimento applicabile davanti a quell'organo collegiale, l'art. 71 *ter* fu ritenuto abrogato dall'art. 236, comma secondo, delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del vigente codice di procedura penale, secondo cui, in dette materie, <<continuano ad osservarsi le disposizioni della L. 26 luglio 1975 n. 354 diverse da quelle contenute nel capo II bis del titolo II della stessa legge>>, capo nel quale è per l'appunto compreso l'art. 71 *ter* ord. pen. Al procedimento davanti al tribunale di sorveglianza, dunque, si ritennero applicabili le sole disposizioni di cui agli articoli 677 e seguenti del codice di procedura penale.

L'approdo interpretativo in questione deve ritenersi ormai consolidato, sia in seno alla giurisprudenza di legittimità, che sul punto si è pronunziata anche a sezioni unite [si ci riferisce alla sentenza nr. 31461 del 27/06/2006 (dep. 22/09/2006) Rv.234147], sia in seno alla più autorevole dottrina. Di conseguenza, la limitazione posta dall'art. 71 *ter* ord. pen., con riguardo ai motivi di ricorso azionabili mediante il ricorso per cassazione, è rimasta in vigore nei confronti dei soli provvedimenti del magistrato di sorveglianza, ovvero dell'organo monocratico, ma non già nei confronti di quelli emessi dal tribunale di sorveglianza; sebbene, nell'esperienza pratica sperimentata nelle aule di giustizia negli anni successivi, si sia per lungo di tempo continuato a ritenere che i provvedimenti del tribunale di sorveglianza fossero, comunque, ricorribili soltanto per violazione di legge e non anche per vizio di motivazione. Ciò almeno fino al 2006, quando con la sentenza a sezioni unite da ultimo citata, la Corte – a seguito di una modifica della norma sul ricorso per cassazione [l'art. 606, comma 1, lett. e) c.p.p.] - ha riconosciuto espressamente che i provvedimenti del tribunale di sorveglianza dovevano ritenersi ricorribili per cassazione anche per vizio di motivazione ed ha affermato che il ricorso per cassazione avverso i provvedimenti dei tribunali di sorveglianza, ivi compreso quello militare, non è soggetto alla limitazione della sola violazione di legge prevista dall'art. 71 *ter* L. 26 luglio 1975 n. 354, atteso che tale disposizione normativa è da ritenere non più operante, per le materie di competenza del tribunale di sorveglianza, per effetto dell'art. 236, comma secondo, delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del vigente codice di procedura penale, secondo cui, in dette materie, <<continuano ad osservarsi le disposizioni della L. 26 luglio 1975 n. 354 diverse da quelle

contenute nel capo II bis del titolo II della stessa legge>>, capo nel quale è, per l'appunto, compreso l'art. 71 *ter* ord. pen.

Vero è che con la legge 15 luglio 2009 n. 94, a seguito di una delle tante novità normative che hanno riguardato il procedimento di sorveglianza, si è prevista (vds. l'art. 2) la ricorribilità per cassazione soltanto per violazione di legge. Ma la modifica normativa ha interessato unicamente le decisioni del tribunale di sorveglianza in sede di reclamo avverso il provvedimento di applicazione o di proroga del regime speciale dell'art. 41 *bis* dell'ordinamento penitenziario; mentre è rimasto fermo il principio secondo cui, rispetto alle altre decisioni del tribunale di sorveglianza, il ricorso per cassazione può essere presentato anche per vizio di motivazione.[147]

Conclusivamente, la Corte di Cassazione è stata correttamente investita della cognizione su un vizio di motivazione in relazione all'ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Bologna, trattandosi di una decisione in materia di rinvio dell'esecuzione della pena; solo laddove avesse dovuto occuparsi, nei confronti dello stesso condannato, di una questione relativa all'applicazione o alla proroga del regime speciale dell'art. 41 *bis* dell'ordinamento penitenziario, il relativo ricorso sarebbe stato esperibile unicamente per violazione di legge.

Va da sé che la componente di discrezionalità, nella valutazione del caso <RIINA> da parte della Suprema Corte, ha assunto, nella specie, una valenza assai preponderante e di conseguente significativo impatto, atteso che – diversamente dalle altre ipotesi ivi contemplate nell'art. 147 c. 1 c.p. – la situazione considerata al punto 2) del medesimo comma (vale a dire il differimento facoltativo della pena nei confronti del condannato in condizioni di *grave infermità fisica*) è stata descritta dal legislatore attraverso il richiamo ad un concetto estremamente generico, che va

[147] Secondo quanto affermato dalla Corte di Cassazione in una delle ultime decisioni pronunziate, sul punto, qualche mese addietro (sentenza n. 13577 del 2017): "la limitazione dei motivi di ricorso alla sola violazione di legge è da intendere nel senso che il controllo affidato al giudice di legittimità è esteso, oltre che alla inosservanza di disposizioni di legge sostanziale e processuale, alla mancanza di motivazione, dovendo in tale vizio essere ricondotti tutti i casi nei quali la motivazione stessa risulti del tutto priva dei requisiti minimi di coerenza, completezza e logicità, al punto da risultare meramente apparente o assolutamente inidonea a rendere comprensibile l'iter logico seguito dal giudice di merito per ritenere giustificato il provvedimento adottato, ovvero quando le linee argomentative del provvedimento siano talmente scoordinate e carenti dei necessari passaggi logici da far rimanere oscure le ragioni che hanno giustificato la decisione (tra le altre, Sez. U, n. 25080 del 28/05/2003, Pellegrino S., Rv. 224611; Sez. U, n. 33451 del 29/05/2014, Repaci, Rv. 260246; e, con riferimento specifico al ricorso per cassazione avverso il provvedimento del tribunale di sorveglianza in tema di regime carcerario differenziato, tra le altre, Sez. 1, n. 449 del 14/11/2003, dep. 2004, Ganci, Rv. 226628; Sez. 1, n. 48494 del 09/11/2004, Santapaola, Rv. 230303; Sez. 1, n. 19093 del 09/05/2006, Strisciuglio, Rv. 234179; Sez. 1, n. 37351 del 06/05/2014, Trigila, Rv. 260805)."

interpretato in modo teleologico ed il cui corretto inquadramento non può, quindi, prescindere dalla *ratio* della norma, a cui deve farsi doveroso richiamo.

È pacifico, nell'interpretazione che della norma in questione è stata proposta dalla dottrina e dalla giurisprudenza, come il carattere tendenzialmente vincolato della sequenza reato-pena, dal quale discende l'obbligatoria esecuzione di quest'ultima, incontri nei casi considerati per l'appunto nell'art. 147 c.p. un'eccezione di rango costituzionale: al pari di quanto previsto dall'art. 146 c.p., il rinvio facoltativo per grave infermità fisica trova un solido fondamento sia nel divieto di trattamenti contrari al senso di umanità (art. 27 c. 3 Cost.), che nel diritto alla salute del condannato (art. 32 Cost.). Lo scopo della norma in questione è, dunque, quello sia di contemperare il principio dell'obbligatorietà della esecuzione della pena con quello del divieto di trattamenti disumani (che potrebbero verificarsi nel caso in cui per le particolari condizioni fisiche del soggetto la pena venisse ad incidere anche sulla integrità fisica del condannato), che di evitare che l'esecuzione della pena si risolva, conseguentemente, in un aggravio di sofferenza del condannato che, oltre a una limitazione della libertà, verrebbe così a subire un trattamento lesivo della sua dignità e della sua integrità fisica. La ragione ispiratrice dell'art. 147 comma 1 c.p. – e, segnatamente, dell'ipotesi ivi considerata al nr. 2 - è stata, dunque, quella di evitare al condannato trattamenti inumani e la sua sottoposizione ad una pena di fatto più grave di quella irrogatagli, in quanto espiata in uno stato di menomazione fisica di tale rilevanza da implicare necessariamente il profondo disagio morale prodotto dal particolare tipo di vita imposto dal carcere a chi, non solo non può approfittare delle opportunità offertegli per la sua rieducazione, ma vede amplificarsi, senza rimedio, gli aspetti negativi. Ed è proprio alla luce di questa *ratio* di tutela che al concetto di grave infermità fisica non può essere attribuito un carattere assoluto, bensì relativo.[148]

Così interpretato il concetto di <infermità fisica>, il giudizio di <gravità> dovrà essere effettuato caso per caso, a seconda del diverso contemperamento tra condizioni di salute del condannato e ambiente carcerario [C. cost. 114/1979, *GCost* 1979, I, 803; Dolcini, Della Bella, *CB*, art. 147, 499]; sicché la condizione di *grave infermità fisica* pretesa dalla norma, ed idonea a determinare l'eventuale rinvio dell'esecuzione della pena, dovrà necessariamente essere valutata dal giudice di merito, di volta in volta, in relazione ai seguenti parametri:

[148] Vds. Crespi-Stella-Zuccalà, *Commentario Breve al Codice Penale*, CEDAM, 2001, sub art. 147 c.p.; E. Dolcini – G. Marinucci, *Codice penale commentato*, IPSOA, 1999, sub art. 147 c.p.

1) le condizioni di salute del condannato, che, per dar luogo al rinvio dell'esecuzione della pena, dovranno essere connotate da cotanta oggettiva gravità da determinare un trattamento contrario e collidente con il senso di umanità che sempre deve connotare la pena;

2) le condizioni dell'ambiente carcerario in cui il condannato si trova, e, segnatamente, l'impossibilità o l'eccessiva difficoltà di fare ricorso, all'interno delle strutture dell'amministrazione penitenziaria, ai trattamenti sanitari necessari per fronteggiare adeguatamente i danni o i pericoli che la malattia stessa produce;

3) la sussistenza del concreto pericolo della commissione di ulteriori delitti.

La necessità che quest'ultimo requisito sia posto tra gli elementi in valutazione (anzi in preponderante valutazione) discende dalla modifica che, sull'art. 147 c.p., è intervenuta per effetto dell'art. 1 comma 4 della L. 8 marzo 2001, nr. 40, che ha introdotto, nella norma in questione, l'ultimo comma riportato in premessa.

Tanto debitamente premesso circa la portata della norma, appare utile fare richiamo, sia pure molto brevemente, ai due principali indirizzi interpretativi che, sul punto, si sono formati nell'esperienza giurisprudenziale di legittimità, atteso che – pur partendo dalle medesime premesse in relazione alla *ratio* della norma - la Suprema Corte non ha sempre mantenuto un atteggiamento uniforme nel valutare quale tra gli opposti principi, dell'indefettibilità dell'esecuzione della pena e della tutela della salute del condannato, dovesse avere più incidenza nel caso di volta in volta esaminato.

In alcune massime, infatti, è stato valorizzato l'aspetto retributivo-sanzionatorio della pena, facendo prevalere la necessità, per quanto possibile, di eseguire le pene inflitte, mentre in altre sentenze sono state sottolineate maggiormente le esigenze di tutela della salute del condannato.

Così, secondo l'orientamento più rigorista, diverse pronunzie [C. 17-10-1994, Duchini, CED 199956, *FiR* 1995, 980; C. 30-3-1994, Vassallo, CED 197449, *FiR* 1994, 885; C. 19-1-1994, Mangiavillano, CED 197127, *CP* 1995, 940; C. 21-12-1993, Graziano, CED 196546, *CP* 1995, 1527; C. 16-12-1993, Veneziano CED 196254, *GP* 1994, 1237; C. 19-6-1991, Scarpetti; C. 14.4.1993, Tornetta, CED 194285; C. 31.1.2000, Carriero, CED 215498; C. 22.11.2000, Piromalli, CED 218229; C. 26.9.2007, Bifone, CED 237507; C. 24.6.2008, Commisso, CED

240877; C. 8.1.2013, Rossodivita, CED 254509; C. 5.3.2014, Carfora, CED 260780][149] hanno ritenuto l'esistenza della grave infermità fisica solo in presenza di due casi limite, e segnatamente:

- nel caso in cui la gravità della malattia fosse tale da evidenziare una prognosi infausta per la vita del condannato;

- ovvero nel caso di patologia in sé grave, non curabile nelle strutture dell'amministrazione penitenziaria o in altri luoghi esterni di cura, neppure con il ricorso al ricovero *ex* art. 11 ord. pen.

Naturalmente, così interpretata la norma, finisce con il risultare residuale la funzione di evitare un supplemento di afflizione. Se si circoscrive il rinvio facoltativo alle ipotesi in cui vi è pericolo per la vita del condannato oppure è impossibile fronteggiare, in ambiente carcerario, la malattia del detenuto, il bilanciamento tra gli interessi in gioco lascerà fatalmente prevalere, nella maggior parte dei casi, le esigenze punitive sui diritti fondamentali.[150]

Secondo un opposto orientamento, invece, la prosecuzione della detenzione deve ritenersi incompatibile anche con infermità fisiche di rilevanza tale da fare apparire l'espiazione della pena

[149] Seguono il primo, più restrittivo orientamento giurisprudenziale che richiede l'esistenza di un pericolo per la vita del detenuto o l'impossibilità di fronteggiare in ambito carcerario le condizioni di infermità fisica: **C 5.3.2014, Carfora, CED 260780**, che riguarda un caso in cui la Cassazione ha negato il differimento facoltativo dell'esecuzione della pena per infermità fisica a un detenuto affetto da broncopneumopatia cronica ostruttiva in tabagismo, necessità di terapia antiepilettica per trauma cranico in età infantile, difficoltà della deambulazione, sindrome ansiosa depressiva con pregressi gesti di autolesionismo e pregresso intervento cardiochirurgico. E ciò in ragione del fatto che il grave stato di salute va inteso come patologia implicante un serio pericolo per la vita o la probabilità di altre rilevanti conseguenze dannose, eliminabili o procrastinabili con cure o trattamenti tali da non poter essere praticati in regime di detenzione inframuraria, neppure mediante ricovero in ospedali civili o in altri luoghi esterni di cura ai sensi dell'art. 11 della l. 26.7.1975 n. 354. **C 26.9.2007, Bifone, CED 237507**, nella quale si è ritenuto che fosse legittimo il rigetto dell'istanza di differimento nel caso in cui il condannato fosse stato sottoposto a un intervento di nefrectomia parziale resa necessaria per la rimozione di carcinoma del rene. **C 24.6.2008, Commisso, CED 240877**, secondo la quale non può concedersi il rinvio dell'esecuzione della pena per ragioni di salute, sia pure in presenza di una patologia, ritenuta sicuramente grave, di un condannato affetto da esiti di interventi per adenocarcinoma, senza verificare se la situazione patologica sia congruamente fronteggiabile in ambiente carcerario. **C 5.3.2001, Piromalli, CED 218229**: è stato ritenuto corretto il diniego del rinvio dell'esecuzione nei confronti di un condannato affetto da ipertensione arteriosa, estasia aortica, cardiopatia ipertensiva in aortomiocardiosclerosi senile, pregresso adenocarcinoma prostatico e cisti renali in reni di tipo senile, patologie ritenute di non particolare gravità ed ormai stabilizzate; **C 31.1.2000, Carriero, CED 215498**: la Corte di cassazione ha ritenuto irrilevante ai fini della concessione del differimento della pena che il detenuto, sottoposto ad un intervento chirurgico di rivascolizzazione in un centro clinico extracarcerario, dopo quindici giorni di ricovero abbia visto migliorare sensibilmente le sue condizioni di salute, in quanto rileva unicamente che tali condizioni di salute non siano fronteggiabili in ambito intramurario; **C 28.10.1992, Brambilla, CED 192693, *CP* 1994, 65**: una patologia cronica che obblighi a portare il *pacemaker* non costituisce una grave infermità fisica, **C 4.12.1992, Rancadore, CED 192698, *CP* 1994, 66**: è stata giudicata compatibile con la detenzione la coesistenza di infermità cronicizzate dell'apparato respiratorio con ipertrofia prostatica, ernia inguinale e algie al rachide lombosacrale, **C 14.4.1993, Tornetta, CED 194285, *Gpen* 1994, II, 83**: esclusa la incompatibilità con la detenzione in caso di insufficienza cardiaca postinfartuale, ipertensione arteriosa e bronchite cronica.

[150] [150] Vds. E. Dolcini – G. Marinucci, *Codice penale commentato*, IPSOA, sub art. 147 c.p.

un trattamento in contrasto con il senso di umanità e privo di ogni finalità rieducativa «secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata della previsione codicistica»; sicché, dovrà ritenersi integrato lo stato di grave infermità fisica ogniqualvolta la «situazione di infermità accertata, ancorché tecnicamente dominabile anche in regime di detenzione, sottoponga il paziente-detenuto ad un supplemento di afflizione che, cumulato alla ordinaria afflittività delle pene restrittive della libertà, sia tale da trasformare la detenzione in un "trattamento contrario al senso di umanità"ed in una sostanziale elusione del diritto individuale alla tutela della salute da parte dell'ordinamento"[C. 5-4-1995, De Vincenzo, CED 200789; C. 27-1-1995, Sinagra, *CP* 1996, 817; C. 6-5-1994, Conti, CED 198417, *FiR* 1995, 980; C. 8-3-1994, Tana, CED 197204, *GP* 1994, II, 559; C. 17.5.1997, Martini, in *RP*, 1997, 723; nello stesso senso C. 27.1.1992, Viola, CED 189235; C. 16.12.1993, Veneziano, CED 196254; C. 30.3.1994, Vassallo, CED 197449; C. 27.11.1996, Calzolaio, CED 206753; C. 28.10.1999, Ira, CED 214590; C. 22.9.2003, CED 225797; C. 8.5.2009, Aquino, CED 244132].[151]

[151] Seguono invece il secondo orientamento giurisprudenziale che, conformemente alla *ratio* della norma, ritiene che il rinvio facoltativo possa essere disposto per evitare un supplemento di afflizione: **C 24.11.2010, Giorgi, CED 249058**, secondo la quale è contraria al senso di umanità la detenzione di un soggetto prossimo a compiere 78 anni affetto da patologie ad andamento cronico progressivo (encefalopatia multifattoriale, cardiopatia fibrillante e diabete mellito). **C 8.5.2009, Aquino, CED 244132**: è stato affermato che, dinanzi ad un detenuto affetto da depressione maggiore ricorrente con rischio di suicidio, incapacità a reggere la posizione eretta e condizioni generali scadute, il rinvio facoltativo dell'esecuzione non dovesse essere limitato alla patologia implicante un pericolo per la vita. Al contrario, lo stato di salute incompatibile con il regime carcerario si estende, infatti, ad ogni stato morboso o scadimento fisico capace di determinare una situazione di esistenza al di sotto di una soglia di dignità; in tal senso anche **C 24.1.2011, Buonanno, CED 249966** in relazione ad un detenuto affetto da un'importante obesità, con indicazione all'intervento chirurgico e patologie cardiocircolatorie di rilevante entità. **C 14.1.1999, Nirta, CED 212736**: in un caso di grave patologia della vista dovuta a glaucoma bilaterale la Corte ha ritenuto censurabile l'ordinanza impugnata che si era limitata a constatare che il detenuto fruiva in carcere della necessaria assistenza sanitaria, senza valutare la gravità delle patologie alla luce del fatto che le stesse, unite alla normale afflittività della detenzione, potessero originare un trattamento contrario al senso di umanità. **C 15.6.1992, Piromalli, *CP* 1994, 65**: in presenza di condannato ultrasettantenne con accertata stenosi di vari tronchi coronarici (che in alcuni casi raggiungeva il 75 per cento), cardiopatia ischemica, diabete, insufficienza renale e altre malattie, la Corte di cassazione ha sottolineato che il principio generale della intangibilità della condanna non può essere prevalente quando l'esecuzione della pena per le condizioni di salute del condannato diventerebbe contrastante con il senso di umanità in modo tale da perdere ogni valenza rieducativa. **C 10.8.2010, Radulovic, CED, 248252**: le turbe psicologiche che non si traducano in grave infermità fisica non sono idonee a giustificare il differimento dell'esecuzione della pena. **C 10.11.2010, Giordano, CED 248470**: il differimento dell'esecuzione della pena per malattia psichiatrica è consentito unicamente allorché quest'ultima si risolva anche in malattia fisica. **C 8.3.1994, Tana, CED 197204, *Gpen* 1994, II, 559**: incompatibile invece lo stato di detenzione con una encefalopatia ischemica cronica multinfartuale, in quanto patologia richiedente la necessità di costanti contatti con presidi sanitari specializzati in grado di fornire in tempi reali accertamenti diagnostici e terapie specialistiche, **C 21.12.1993, Gaziano, CED 994102, *CP* 1995, 1527**: la silicosi polmonare non costituisce infermità tale da giustificare il differimento della pena, **C 5.4.1995, De Vincenzo, CED 200789**: il differimento della pena può essere concesso anche a chi si trova in regime di detenzione domiciliare quando le condizioni di salute siano talmente gravi da essere incompatibili con le prescrizioni della misura alternativa

Orbene, a sommesso avviso di chi scrive, una sintesi tra i due orientamenti non è del tutto impossibile nella teoria e inattuabile nella pratica, purché non si perda di vista un dato che, a scanso di ipocrisie, dovrebbe costituire un'irrinunziabile premessa del ragionamento giuridico: né il tenore testuale della norma di cui all'art. 147 c.p., né i principi costituzionali ivi sottesi, impongono che si debba riconoscere assoluta prevalenza al diritto alla salute del condannato, dovendosi - invece - ritenere prioritario, nel bilanciamento degli interessi in gioco, quel valore supremo costituito, non già (semplicisticamente) dalla pretesa punitiva dello Stato, bensì dalla tutela della collettività e dei diritti inviolabili del singolo che la Repubblica riconosce e garantisce (art. 2 Cost.), e rispetto alla quale la pretesa punitiva dello Stato è un mero strumento di azione. Detto in altri termini: affinché si possa soggiungere ad una sintesi soddisfacente degli interessi in gioco, la contrapposizione non va posta tra la pretesa punitiva dello Stato e il diritto alla salute del condannato, bensì tra le esigenze di tutela della collettività e i diritti fondamentali che devono essere riconosciuti alla popolazione carceraria. Ma l'indiscussa prevalenza che – a giudizio di chi scrive - deve essere accordata alla tutela della collettività, non può e non deve condurre alla automatica subvalenza del diritto alla salute del condannato, la cui tutela deve avvenire con pari dignità, non già all'esterno bensì all'interno della struttura carceraria. Da ciò conseguendone l'impegno per uno Stato - che correttamente, e senza ipocrisie, ponga la sua pretesa punitiva a fondamento della sua azione di tutela del singolo e della collettività – ad attrezzare adeguatamente le strutture dell'amministrazione penitenziaria anche a costo del dispiegamento di mezzi eccezionali.

Qualsivoglia legittimo esercizio esegetico teso a confutare il tentativo di sintesi esposto nel punto che precede, impone – ad avviso di chi scrive – che venga posta come premessa ineludibile del ragionamento la negazione totale di ogni possibilità di bilanciare il diritto alla salute del condannato con la pretesa punitiva dello Stato, con la conseguente pretermissione assoluta di quest'ultima. Si vuol dire altrimenti, che negare validità alla prospettiva sopra proposta, significa affermare che la pretesa punitiva dello Stato non può mai essere posta in bilanciamento con il diritto alla salute del condannato, atteso che, afferendo quest'ultimo alla dignità dell'uomo, è esso

alla detenzione. La Cassazione ha ritenuto infatti non compatibile con la detenzione domiciliare le condizioni di un soggetto affetto da neoplasia recidivante che il tribunale di sorveglianza aveva invece ritenuto compatibili per il solo fatto che lo stesso era stato autorizzato ad allontanarsi dal domicilio per cure, in quanto il giudice di merito aveva erroneamente.

stesso l'ago della bilancia, e, come tale, non può essere posto tra gli interessi oggetto di bilanciamento.

In definitiva, va in qualche modo squarciata l'ipocrisia sottesa all'interpretazione della norma, nel senso che o si sostiene che il bilanciamento è possibile (e dovuto), nel qual caso l'obiettivo di tutela ultimo da conseguire deve essere la difesa della collettività conformemente al dettato dell'art. 2 della Costituzione, perché non è un caso che l'art. 2 sia stato posto tra i principi fondamentali, con la conseguenza che il diritto alla salute del condannato dovrà essere salvaguardato, per quanto possibile, all'interno della struttura carceraria; ovvero va apertamente negata ogni possibilità di bilanciamento in nome della tutela della dignità del detenuto (art. 32 Cost.) e del divieto di trattamenti contrari al senso di umanità (art. 27 c. 3 Cost.), che, quali principi che si assume supremi, non possono mai essere né posti in bilanciamento né dichiarati subvalenti. Questa è d'altra parte la prospettiva (condivisibile o meno) che il legislatore ha coraggiosamente assunto nella redazione dell'art. 146 c.p. Ma siffatta interpretazione dell'art. 147 c.p., sulla falsariga della prospettiva seguita dal legislatore con l'art. 146 c.p., non può avere ricadute esenti o dalla necessaria modifica della norma (quantomeno nella parte in cui allo stato rende discrezionale il sindacato e nella parte in cui richiama concetti altamente generici), o da un suo sindacato di legittimità costituzionale, non potendosi ammettere, a tutta evidenza, un'interpretazione costituzionalmente orientata, in tutti i casi in cui si sia in presenza di norme di univoco tenore, le quali - cosi come affermato dalla Corte Costituzionale - segnano il confine in presenza del quale il tentativo di interpretazione deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale (così Sentenza n. 78 del 2012).

La prospettiva sopra esposta dalla scrivente, conduce ad una riflessione sulla portata delle pronunzie di cui si discute, nei termini e nella prospettiva che segue.

Le due pronunzie afferenti al c.d. caso <RIINA>, cui si faceva cenno in premessa, hanno manifestato, sia pure diversamente, le due anime che si sono formate nell'interpretazione della norma in questione, ma – a giudizio di chi scrive - l'ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Bologna ha anche tentato di esprimere (parzialmente centrando l'obiettivo) una sintesi tra i due orientamenti sopra richiamati, perché dopo aver dato dettagliatamente atto delle condizioni di salute del RIINA (affetto da duplice neoplasia al rene destro, da una situazione neurologica e fisiatrica compromessa, da sindrome parkinsoniana in vasculopatia celebrale cronica, e da

patologia cardiaca) e della loro evoluzione nel tempo, ma al tempo stesso della (parziale) adeguatezza dell'ambiente carcerario a garantire al condannato, soggetto di elevatissima caratura criminale, i trattamenti sanitari necessari per fronteggiare adeguatamente i danni o i pericoli che la sua malattia gli ha prodotto, ha proposto – nella parte conclusiva e motiva - una convincente lettura dell'art. 27 Cost., che - per lo stesso diritto vivente che attorno ad esso si è formato - esclude che l'interpretazione del senso di umanità della pena possa condurre a <postulare l'esistenza di un vero e proprio diritto di spegnersi al di fuori del carcere>, affermando, piuttosto, che l'eventuale infausto evento è un rischio connaturato alle patologie ed alla età avanzata del condannato; circostanza - quest'ultima - che non può essere pregiudizialmente ritenuta, di per sé, idonea a qualificare lo stato detentivo come privo del senso di umanità costituzionalmente richiesto, trattandosi - al contrario - di una mera condizione di natura comune a tutti gli appartenenti al consesso umano e, in quanto tale, neutra ai fini della validità del trattamento e della detenzione.

Detto in altri termini, ed in estrema sintesi, il Tribunale di sorveglianza di Bologna:

- ha riassunto dettagliatamente le condizioni di salute del condannato ed ha evidenziato come lo stato di infermità del medesimo – pur connotato da oggettiva gravità – non fosse tale da dar luogo ad un trattamento contrario e collidente con il senso di umanità che sempre deve connotare la pena, trattandosi di patologie trattabili in modo idoneo in ambiente carcerario, in considerazione del continuo monitoraggio delle patologie medesime e dell'adeguatezza degli interventi, anche d'urgenza, operati *ex* art. 11 legge n. 354 del 1975, al fine di prevenire danni maggiori, a mezzo di tempestivi ricoveri del detenuto presso l'Azienda ospedaliera Universitaria di Parma;

- ha valutato le condizioni dell'ambiente carcerario in cui il condannato si trovava, e segnatamente la possibilità concreta di fare ricorso ai trattamenti sanitari necessari per fronteggiare adeguatamente i danni o i pericoli che la malattia stessa gli ha prodotto, compulsando la Direzione dell'Istituto Penitenziario ospitante a rimuovere, tempestivamente, ogni ostacolo che avrebbe impedito al condannato di avere a disposizione un particolare letto rialzabile;

- ha valutato, infine, altrettanto adeguatamente, la sussistenza della pericolosità sociale del condannato, perché ha dato compiutamente atto, con motivazione – a giudizio di chi scrive -

esente da censura, del fatto che RIINA Salvatore ha ricoperto e ricopre tutt'ora una posizione di vertice assoluto dell'organizzazione criminale siciliana denominata *Cosa Nostra*.

La Suprema Corte, con la sentenza menzionata in premessa, ha invece censurato tutti i tre i profili oggetto di valutazione da parte del Tribunale di sorveglianza di Bologna.

In via preliminare, ha sostenuto che la prospettiva di valutazione affrontata dal Tribunale di merito fosse parziale, atteso che il provvedimento impugnato avrebbe sostenuto l'assenza dell'incompatibilità dell'infermità fisica del condannato ricorrente con la detenzione in carcere esclusivamente in ragione della trattabilità delle patologie del detenuto anche in ambiente carcerario, senza considerare - invece – che secondo la giurisprudenza della Corte di legittimità, affinché la pena non si risolva in un trattamento inumano e degradante, lo stato di salute incompatibile con il regime carcerario idoneo a giustificare il differimento dell'esecuzione della pena per infermità fisica non deve ritenersi limitato alla patologia implicante un pericolo per la vita della persona, dovendosi piuttosto avere riguardo ad ogni stato morboso o scadimento fisico capace di determinare un'esistenza al di sotto della soglia di dignità, la quale deve essere rispettata pure nella condizione di restrizione carceraria [la Corte ha fatto richiamo ai seguenti precedenti: Sez. 1, n. 16681 del 24/01/2011, Buonanno, Rv. 249966; Sez. 1, n. 22373 del 08/05/2009, Aquino Rv. 244132]. In presenza di patologie implicanti un significativo scadimento delle condizioni generali e di salute del detenuto, a giudizio della Suprema Corte, il giudice di merito avrebbe dovuto verificare - adeguatamente motivando in proposito - se lo stato di detenzione carceraria fosse tale da comportare una sofferenza ed un'afflizione di tale intensità da eccedere il livello che, inevitabilmente, deriva dalla legittima esecuzione di una pena e se, al di là della trattabilità delle singole patologie, lo stato di logoramento fisico in cui versava il soggetto potesse ritenersi aggravato da altre cause non patologiche come, nella specie, la vecchiaia; non potendosi neppure condividere l'ulteriore prospettiva evidenziata dal Tribunale – circa l'inesistenza di un vero e proprio diritto di spegnersi al di fuori del carcere – e dovendosi, al contrario, affermare l'esistenza di un diritto di morire dignitosamente che, invece, dovrebbe essere sempre assicurato al condannato.

La censura – con il dovuto rispetto – desta significativi elementi di perplessità.

Come si accennava in premessa, sull'interpretazione della norma in questione - e, segnatamente, sui criteri di bilanciamento tra gli opposti principi dell'indefettibilità

dell'esecuzione della pena e della tutela della salute del condannato - si sono formati, negli anni, due indirizzi interpretativi. Così mentre in ossequio all'orientamento più rigorista, diverse pronunzie hanno affermato l'esistenza della grave infermità fisica solo nel caso di patologia in sé grave, non curabile nelle strutture dell'amministrazione penitenziaria o in altri luoghi esterni di cura con il ricorso al ricovero *ex* art. 11 ord. pen., in tal modo valorizzando l'aspetto retributivo-sanzionatorio della pena e facendo prevalere la necessità, per quanto possibile, di eseguire le pene inflitte,[152] invece secondo l'opposto orientamento la prosecuzione della detenzione è stata ritenuta incompatibile con infermità fisiche di rilevanza tale da fare apparire l'espiazione della pena un trattamento in contrasto con il senso di umanità e privo di ogni finalità rieducativa, così da sottolineare maggiormente le esigenze di tutela della salute del condannato.

Il Tribunale di sorveglianza di Bologna ha certamente prestato adesione al primo degli orientamenti in questione, atteso che – dopo avere dato dettagliatamente atto delle condizioni di salute del condannato - ha altrettanto adeguatamente evidenziato come lo stato di infermità di RIINA Salvatore, pur connotato da oggettiva gravità, non fosse tale da dar luogo ad un trattamento contrario e collidente con il senso di umanità che sempre deve connotare la pena, trattandosi di patologie trattabili in modo idoneo in ambiente carcerario. Ma a giudizio di chi scrive, ha anche (meritoriamente) tentato una sintesi tra i due orientamenti sopra richiamati, perché – senza ipocrisia alcuna – ha ritenuto chiaramente prioritario, nel bilanciamento degli interessi in gioco, quel valore supremo costituito dalla tutela della collettività e dei diritti inviolabili del singolo che la Repubblica riconosce e garantisce (art. 2 Cost.), senza tuttavia ritenere subvalente il diritto alla

[152] Più di recente Cassazione 5 agosto 2008, n. 35096: <*Il differimento dell'esecuzione della pena per motivi di salute è legittimo solo quando le condizioni del detenuto sono così gravi da rendere concretamente incompatibile il regime carcerario ovvero lo stesso risulti contrario ai più elementari principi di umanità, ovvero le condizioni di salute impongano cure non praticabili in ambiente carcerario, neppure facendo ricorso al ricovero esterno* ex *art. 11 ord. pen.*>; Cassazione nr. 789/2014: <*in tema di differimento facoltativo della pena detentiva, ai sensi dell'art. 147 cod. pen., comma primo, n. 2), è necessario che la malattia da cui è affetto il condannato sia grave, cioè tale da porre in pericolo la vita o da provocare rilevanti conseguenze dannose e, comunque, da esigere un trattamento che non si possa facilmente attuare nello stato di detenzione, operando un bilanciamento tra l'interesse del condannato ad essere adeguatamente curato e le esigenze di sicurezza della collettività*. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto corretta la decisione impugnata che aveva negato il differimento ad un detenuto che aveva rifiutato un ciclo di fisiokinesiterapia e che non necessitava di costanti contatti con presidi sanitari esterni)>; Cassazione nr. 972/2012: <*In tema di differimento facoltativo della pena detentiva, ai sensi dell'art. 147 c.p., comma primo, n. 2), è necessario che la malattia da cui è affetto il condannato sia grave, cioè tale da porre in pericolo la vita o da provocare rilevanti conseguenze dannose e, comunque, da esigere un trattamento che non si possa facilmente attuare nello stato di detenzione, operando un bilanciamento tra l'interesse del condannato ad essere adeguatamente curato e le esigenze di sicurezza della collettività*>; Cassazione nr. 1371/2011: <*La detenzione domiciliare non va concessa quando le patologie, pur gravi e plurime, possono essere adeguatamente trattate in regime di detenzione carceraria*>

salute del condannato, ma propugnandone la tutela all'interno della struttura carceraria ospitante, che ha compulsato affinché si attrezzasse adeguatamente anche a costo del dispiegamento di mezzi eccezionali. Ma nel proporre questa meritoria sintesi tra gli interessi in gioco, è incorso in un vizio di motivazione che – come si vedrà più avanti - è quello denunziato nella seconda parte della sentenza oggetto di commento.

La ragione per la quale la censura al provvedimento impugnato si presta a significative perplessità è la seguente: l'adesione, adeguatamente motivata, ad uno degli orientamenti comunque formatisi in sede di legittimità è situazione ben diversa dal denunziato difetto di motivazione da cui il provvedimento del Tribunale di sorveglianza di Bologna, a giudizio della Suprema Corte, sarebbe stato viziato, atteso che solo laddove RIINA Salvatore fosse stato affetto da patologie ad andamento cronico progressivo tali da determinarne un progressivo deterioramento cognitivo e, quindi, da impedirgli di percepire il senso stesso della detenzione, sia sotto il profilo retributivo che sotto il profilo risocializzante,[153] il provvedimento – pur adesivo all'orientamento di una parte della giurisprudenza di legittimità - avrebbe potuto ritenersi realmente contrario allo spirito e alla *ratio* della norma.

Così come desta perplessità la censura che la Suprema Corte ha fatto anche alla lettura che dell'art. 27 Cost. il Tribunale di sorveglianza ha proposto, nella parte in cui ha ritenuto che l'interpretazione del senso di umanità della pena non possa portare a <postulare l'esistenza di un vero e proprio diritto di spegnersi al di fuori del carcere>, dovendosi al contrario - a giudizio della Corte di legittimità – rivendicare l'esistenza di un diritto di morire dignitosamente, che deve essere, invece, assicurato al detenuto, ancorché condannato alla pena dell'ergastolo. La critica al provvedimento impugnato neppure sotto tale profilo appare molto convincente, perché non si può teorizzare il diritto di morire dignitosamente come legato di per sé al diritto di non morire in carcere – salvo a volere aprioristicamente postulare che nessun ergastolano gode ed ha mai goduto del diritto ad una morte dignitosa - e perché, invece, il postulato da cui muove la pronunzia del giudice di merito è correttamente la funzione retributiva della pena, che – proprio perché posta a

[153] **Cass. n. 43488/2010**: <In tema di differimento facoltativo dell'esecuzione della pena, è contraria al senso di umanità la detenzione di un soggetto prossimo a compiere 78 anni affetto da patologie ad andamento cronico progressivo, quali l'encefalopatia multinfartuale con progressivo deterioramento cognitivo, la cardiopatia fibrillante ed il diabete mellito, che gli impediscano di percepire il senso stesso della detenzione, sia nel suo profilo retributivo che in quello risocializzante>.

salvaguardia del bene supremo della tutela della collettività - non può e non deve essere mai essere dichiarata subvalente per la aprioristica salvaguardia del diritto alla salute di un soggetto condannato al carcere a vita per effetto di sentenze, pronunziate in nome del popolo italiano, in ossequio a norme di legge che prevedono la pena dell'ergastolo. Se da un lato occorre rifuggire dall'idea di uno Stato vendicativo che si accanisce contro il reo incurante della dignità della sua persona, d'altra parte occorre, senza ipocrisia alcuna, rivendicare la funzione rieducativa della pena, proprio perché posta a presidio della tutela del singolo sia come individuo sia nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità, così come vuole la Carta Costituzionale (art. 2 Cost.), la quale troppo spesso si ignora in favore di una ideologica funzione di risocializzazione.

In definitiva, a sommesso avviso di chi scrive, deve ritenersi che – sotto questo profilo - il Tribunale di sorveglianza di Bologna abbia significativamente centrato, adeguatamente motivandolo, il primo profilo di valutazione, vieppiù perché in linea anche con l'orientamento che si è formato, a livello europeo, in seno alla giurisprudenza della Corte dei Diritti dell'uomo.

A questo riguardo, appare degno di nota rammentare le coordinate che, a livello europeo, sono state seguite per la valutazione di casi analoghi.

Va debitamente premesso che non esiste alcuna disposizione della Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo che tuteli espressamente il diritto alla salute, né nei confronti dei soggetti liberi che nei confronti della popolazione carceraria, ma l'interpretazione che ne ha dato la Corte di Strasburgo ne ha permesso il suo riconoscimento sia in forza di un'interpretazione evolutiva dell'art. 3 CEDU che tramite la sua riconduzione nell'alveo dei diritti garantiti, quale corollario, di volta in volta, del diritto alla vita,[154] della tutela della dignità umana,[155] del diritto al rispetto della vita privata e familiare[156] e del domicilio.[157]

A giudizio di alcuni autori,[158] le pronunce della Corte in materia si possono idealmente suddividere in tre gruppi:

[154] C. eur. dir. uomo, 27 luglio 2004, *Slimani c. Francia*, ric. n. 57671/00, § 27.
[155] C. eur. dir. uomo, 27 maggio 2008, *N. c. Regno Unito*, ric. n. 26565/05.
[156] C. eur. dir. uomo, 29 aprile 2002, *Pretty c. Regno Unito*, ric. n. 2346/02.
[157] C. eur. dir. uomo, 16 novembre 2004, *Moreno Gomez c. Spagna*, ric. n. 4143/02
[158] V. Manca, *La Corte dei Diritti dell'uomo torna a pronunciarsi sul divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti: l'inadeguatezza degli standard di tutela delle condizioni di salute del detenuto integrano una violazione dell'art. 3 cedu***,** *Nota a C. eur. dir. uomo, 11 febbraio 2014*, Contrada c. Italia (n. 2), *ric. n. 7509/08*, in *Dir. pen. cont.*

✓ insufficienza o precarietà delle condizioni igieniche: vale a dire violazioni macroscopiche delle basilari regole della cura dell'igiene personale del detenuto, che – a giudizio della Corte – in alcune situazioni hanno integrato a tutti gli effetti ipotesi di trattamento inumano e degradante;

✓ mancanza o inadeguatezza della somministrazione di cure mediche necessarie e tempestive: la qualificazione di trattamento inumano e degradante a seguito del mancato tempestivo intervento delle autorità competenti sulla diagnosi, sulla assistenza e sulla cura dello stato di salute del detenuto è intervenuta – nei pronunciamenti della Corte - grazie ad un'interpretazione evolutiva dell'art. 3 CEDU a partire dalla sentenza pilota *Kudla c. Polonia,*[159] atteso che prima di tale momento la Corte non era mai giunta a segnalare una violazione dell'art. 3 CEDU;

✓ incompatibilità delle condizioni di detenzione con lo stato di salute del detenuto: l'attenzione della Corte rispetto ad ipotesi di incompatibilità della detenzione rispetto a un quadro clinico del detenuto fortemente compromesso si è sviluppata a partire dalla sentenza *Scoppola c. Italia (n. 1)* del 10 giugno 2008[160] per affinarsi nel corso degli ultimi anni con importanti pronunce di condanna[161] ed assestarsi definitivamente nella sentenza *Contrada c. Italia (n. 2)* dell'11 febbraio 2014.[162]

Tanto premesso, ciò che in tale contesto interessa è l'interpretazione che la Corte di Strasburgo ha dato con riguardo alla più generale questione della qualificazione di trattamento

[159] C. eur. dir. uomo, 26 ottobre 2000, *Kudla c. Polonia*, ric. n. 30210/96.

[160] C. eur. dir. uomo, 10 giugno 2008, *Scoppola c. Italia (n. 1)*, ric. n. 50550/06. Per un approfondimento cfr. BEDUSCHI-COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto a libere elezioni (art. 3 Prot. 1)*, *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2011, 281; COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di schiavitù e del lavoro forzato (art. 4 CEDU)*, cit., pp. 248 ss.;

[161] C. eur. dir. uomo, 17 settembre 2009, *Enea c. Italia*, ric. n. 74912/01; C. eur. dir. uomo, 27 febbraio 2012, *Cara-Damiani c. Italia*, ric. n. 2447/05; C. eur. dir. uomo, 17 luglio 2012, *Scoppola c. Italia (n. 4)*, ric. n. 65050/09; C. eur. dir. uomo, 29 gennaio 2013, *Cirillo c. Italia*, ric. n. 36274/2010. Di segno parzialmente contrario, invece, cfr.: C. eur. dir. uomo, 29 gennaio 2013, *Prestieri c. Italia*, ric. n. 66640/10; C. eur. dir. uomo, 5 marzo 2013, *Telissi c. Italia*, ric. n. 5097/08. Per un approfondimento cfr. RANALLI, *Nuovi interventi della Corte Europea dei diritti dell'uomo in materia di trattamento carcerario*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica, 2/2013*, pp. 158-172.

[162] C. eur. dir. uomo, 11 febbraio 2014, *Contrada c. Italia (n. 2)*, ric. n. 7509/08, 13, § 85. Per un approfondimento, è da segnalare il lavoro di COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU)*, cit., nel quale l'autrice prende in esame i vari profili di violazione dell'art. 3 CEDU in relazione alle condizioni della detenzione. Alle ipotesi qui elencate si devono aggiungere le pronunce legate al sovraffollamento carcerario ovvero a particolari regimi di detenzione (ad es. *ex* art. 41 *bis* ord. pen. e c.d. E.I.V.), o ancora in relazione alla pena dell'ergastolo, in regime di isolamento ovvero al trattenimento degli stranieri in appositi centri in attesa dell'esecuzione di un provvedimento di espulsione.

inumano e degradante a seguito del mancato tempestivo intervento delle autorità competenti sulla diagnosi, sulla assistenza e sulla cura dello stato di salute del detenuto.

Orbene, l'analisi evolutiva della giurisprudenza della Corte di Strasburgo conduce a risultati confortanti sotto il profilo dell'adesione – da parte del Tribunale di sorveglianza di Bologna – ai principi da essa elaborati, atteso che, in definitiva, la Corte di Strasburgo – dopo avere preso atto che l'art. 3 CEDU, norma cardine della tutela dell'integrità psico-fisica della persona umana, non pone alla tutela limite alcuno – ha modulato la sua interpretazione con riguardo alla tutela dell'integrità psico-fisica dei detenuti, richiedendo, come necessario presupposto per integrarne la violazione, il superamento di una *soglia minima di gravità*, che ha individuato, caso per caso, in relazione ai seguenti criteri:

- le modalità di esecuzione della pena detentiva, che non devono sottoporre la persona a disagi o prove la cui intensità superi l'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione;

- la salute ed il benessere del detenuto, che devono essere assicurati in modo adeguato, in particolare tramite la somministrazione di cure mediche necessitate.[163]

In definitiva, secondo l'interpretazione evolutiva che la Corte ha dato dell'art. 3 CEDU, la norma cardine della tutela dell'integrità psico-fisica della persona umana comporta a carico degli Stati membri e nei confronti della popolazione carceraria i seguenti obblighi:

- un obbligo negativo di astensione dal porre in essere dei trattamenti contrari al senso di umanità;

- un obbligo positivo di tutelare la salute ed il benessere dei detenuti attraverso la predisposizione delle cure mediche necessarie.

Partendo da questi due postulati, la Corte nell'evoluzione giurisprudenziale successiva[164] ha enunciato in modo analitico gli obblighi che incombono sugli Stati in materia di assistenza e cura medica dei detenuti:

- dovere di verificare che lo stato di salute del detenuto sia compatibile con la detenzione, che discende dal più ampio principio per cui in uno Stato di diritto l'idoneità e la capacità del soggetto di scontare una pena detentiva è condizione imprescindibile per l'esecuzione della pena

[163] C. eur. dir. uomo, 26 ottobre 2000, *Kudla c. Polonia*, ric. n. 30210/96, 19, § 94. Per un approfondimento cfr. RANALLI, *op. cit.*, pp. 158-172.

[164] Cfr. sentenza *Xiros c. Grecia* del 9 settembre 2010, in cui la Corte ha sviluppando i principi già espressi dalla Commissione nel suo parere sul caso *Hurtado c. Svizzera* del luglio del 1993

stessa; sicché - se non può certamente dedursi dalla Convenzione un generico dovere di rimettere in libertà ovvero di garantire un ricovero in una struttura ospedaliera esterna ad ogni detenuto che necessiti di particolari cure mediche – tuttavia, a giudizio della Corte, l'art. 3 CEDU impone in ogni caso allo Stato di tutelare l'integrità fisica delle persone private della libertà e può comportare, in condizioni di incompatibilità con la detenzione, persino l'obbligo di scarcerazione;

- dovere di provvedere a somministrare cure mediche necessarie, ciò che impone un controllo della Corte sull'effettiva assistenza e cura dello stato di salute della persona detenuta da parte delle autorità competenti, che devono provvedere a garantire il benessere e l'integrità psico-fisica del detenuto sia in fase di diagnosi sia in fase di trattamento della patologia, garantendo la somministrazione della terapia prescritta dai medici;

- dovere di adattare, in caso di bisogno, le condizioni di detenzione alle esigenze specifiche legate allo stato di salute del detenuto.

La Corte, in definitiva, attraverso una copiosa elaborazione giurisprudenziale,[165] ha individuato un nucleo di tutela del diritto alla salute del detenuto in riferimento all'art. 3 CEDU, ed è soggiunta a qualificare come trattamento inumano e degradante solamente quelle ipotesi in cui, di fronte ad un preciso quadro clinico del detenuto affetto da una grave patologia, le autorità competenti avessero omesso di apprestare le cure mediche adeguate e necessarie compromettendo in tal modo la salute del detenuto.

Orbene, anche alla luce della sopra esposta evoluzione giurisprudenziale, va confermato il giudizio espresso in premessa: il Tribunale di sorveglianza, non ha solamente centrato, adeguatamente motivandolo, il primo profilo di valutazione della ricorrenza dei presupposti di legge per l'eventuale rinvio della pena, ma ha elaborato una decisione in linea anche con l'orientamento che si è formato, a livello europeo, in seno alla giurisprudenza della Corte dei Diritti dell'uomo.

[165] Tra le più significative pronunce della Corte sul punto, sono da segnalare la sentenza *Wenerski c. Polonia* del 20 gennaio 2009 e la sentenza *Dermanovic c. Serbia* del 23 febbraio 2010: nel primo caso il ricorrente aveva subìto un intervento di estrazione parziale dell'occhio destro e si era procurato una ferita nella parte rimanente dell'occhio a causa di uno scontro con un compagno di cella e, pertanto, necessitava di un'urgente operazione, a cui l'amministrazione penitenziaria aveva ripetutamente negato l'autorizzazione con conseguente peggioramento delle sue condizioni di salute; nel secondo caso il ricorrente affetto da epatite C lamentava di non aver ricevuto cure mediche necessarie durante la sua permanenza in carcere38. Se nel caso *Wenerski c. Polonia*, la Corte riscontra una violazione dell'art. 3 CEDU imputabile alla condotta negligente delle autorità competenti; nel caso *Dermanovic c. Serbia*, invece, non rileva una violazione della Convenzione a causa della mancata collaborazione dello stesso ricorrente a sottoporsi a trattamenti medici tempestivi.

Va detto però che, laddove, invece, il Tribunale di Sorveglianza non ha centrato l'obiettivo è stato nella parte in cui – dopo avere meritoriamente tentato una sintesi tra gli interessi in gioco – ha affidato la tutela del diritto alla salute del condannato alle concrete dotazioni di mezzi da parte della struttura carceraria ospitante, a tutta evidenza carenti al momento della adozione del provvedimento. La Suprema Corte ha conseguentemente censurato il secondo profilo oggetto di valutazione da parte del Tribunale di sorveglianza di Bologna, denunziandone un'intrinseca contraddittorietà della motivazione, laddove, da un lato, si sarebbe affermata la compatibilità dello stato di detenzione dell'istante con le sue condizioni di salute in ragione della loro trattabilità in modo idoneo in ambiente carcerario e, dall'altro, avrebbe evidenziato le deficienze strutturali della Casa di reclusione ove il medesimo era ristretto, sotto il profilo dell'impossibilità per il condannato – ricoverato, all'epoca del giudizio, in un presidio sanitario esterno alla struttura carceraria - di avere a disposizione un particolare letto rialzabile, stante le ristrette dimensioni della camera di detenzione.

Sotto questo profilo, il vizio di motivazione ravvisato dalla Corte è – quantomeno astrattamente - presente, atteso che il Tribunale di sorveglianza ha, nel legittimo esercizio delle sue prerogative, espressamente compulsato la Direzione dell'Istituto Penitenziario ospitante affinché eventuali deficienze della struttura fossero rimosse nel più breve tempo possibile, non potendosi ammettere che <la mera assenza delle condizioni di cura possa assurgere a possibile causa di scarcerazione di un soggetto di tale risaputo spessore criminale>. Quindi, sotto questo profilo, non ha centrato l'obiettivo che si era meritoriamente proposta di perseguire, atteso che – in definitiva - ha affidato la tutela del diritto alla salute del condannato alle dotazioni di mezzi da parte della struttura carceraria ospitante, dichiaratamente carenti al momento della adozione del provvedimento.

Residua, tuttavia, il ragionevole dubbio su se la Corte - piuttosto che denunziare una contraddizione nella motivazione (con tutte le conseguenti ricadute in termini di clamore evocato dalla decisione) - avrebbe potuto censurare la decisione unicamente nella parte in cui non ha fissato un termine entro il quale la struttura penitenziaria ospitante avrebbe dovuto ottemperare all'ordine: dal momento che il RIINA si trovava (e si trova tutt'ora) ricoverato in una struttura sanitaria esterna alla Direzione della Casa Circondariale, il <dovuto> rinvio della decisione in attesa degli eventuali accertamenti (così come richiesto dalla Suprema Corte di Cassazione) non

appare di cotanta necessità da integrare una contraddittorietà della motivazione, atteso che lo stesso obiettivo avrebbe potuto conseguirsi mediante l'apposizione di un termine per adempiere al comando.

La Suprema Corte, infine, ha censurato il provvedimento del Tribunale di sorveglianza di Bologna sotto l'ultimo profilo oggetto di valutazione, affermando che sarebbe stato carente di motivazione sotto il profilo dell'attualizzazione della valutazione sulla pericolosità del soggetto, tale da configurare quelle eccezionali esigenze che devono imporre l'inderogabilità della esecuzione della pena, atteso che - ferma restando l'altissima pericolosità del condannato detenuto e il suo indiscusso spessore criminale (di cui la stessa Corte ha dato atto) - il provvedimento censurato avrebbe dovuto fondare il giudizio di eccezionale pericolosità su precisi argomenti di fatto, rapportati alla attuale capacità del soggetto di compiere, nonostante lo stato di decozione in cui versa, azioni idonee in concreto ad integrare il pericolo di recidivanza e avrebbe dovuto altresì chiarire, con motivazione adeguata, come tale pericolosità possa e debba considerarsi attuale in considerazione della sopravvenuta precarietà delle condizioni di salute e del più generale stato di decadimento fisico dello stesso.

Ma proprio sotto tale profilo, a sommesso avviso di chi scrive, la sentenza della Suprema Corte desta maggiori profili perplessità.

Come si diceva in premessa, l'art. 147 c.p. è stato modificato dell'art. 1 comma 4 della L. 8 marzo 2001, nr. 40, che ne ha integrato il testo introducendone un ultimo comma, che nell'attuale formulazione prevede che il provvedimento di rinvio dell'esecuzione non possa essere adottato o, se adottato, debba essere revocato se sussiste il concreto pericolo della commissione di delitti.

L'ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Bologna appare significativamente motivata anche sotto il terzo (assorbente) profilo che deve governare la decisione, vale a dire quello della sussistenza del concreto pericolo della commissione di ulteriori delitti, perché ha dato atto del fatto che RIINA Salvatore ha ricoperto e ricopre tutt'ora una posizione di vertice assoluto dell'organizzazione criminale siciliana denominata *Cosa Nostra*, adeguatamente fondando la valutazione - non già sulla base di un giudizio di mera presunzione di pericolosità fondata sulla gravità dei crimini commessi o sull'assenza di qualsivoglia indice di dissociazione dal sodalizio criminale - bensì sulla base dell'attualità del suo tasso di pericolosità desumibile dalla circostanza che, nonostante il lunghissimo periodo di detenzione, egli, per il tramite di figli e nipoti, ha

continuato a impartire direttive ad una organizzazione criminale, la quale – per la tipologia dei delitti alla medesima riferibili – non necessità notoriamente della presenza fisica quantomeno dei suoi capi e dei suoi promotori, potendosi un mandato omicidiario disporre anche attraverso meri cenni del capo e, in punto di morte, finanche con un battito di ciglia; ciò che, come risaputo, è costato a RIINA Salvatore l'imputazione in procedimenti penali ancora pendenti e il rinnovo in tempi recentissimi del decreto di applicazione del regime del 41 *bis* O.P.

Salvatore RIINA è tutt'ora riconosciuto come il capo indiscusso di *Cosa Nostra* ed è parimenti tutt'ora capace e di intendere e di comunicare, di fare da mandante per la consumazione di nuovi delitti, e, in definitiva - per ciò che precipuamente interessa ai fini del giudizio sul rinvio dell'esecuzione della pena detentiva - di percepire la finalità retributiva e risocializzante della pena; profilo su cui l'ordinanza impugnata ha motivato adeguatamente.

Salvatore RIINA – nonostante le trentatré condanne già riportate - ha una carriera criminale ancora in corso di compiuto accertamento, solo che si consideri che l'ultima sentenza passata in giudicato è quella recentemente emessa dalla Corte d'assise di Milano il 26-1-2012 e irrevocabile il 5-6-2015, la cui esecuzione è attualmente curata dalla Procura della Repubblica di MILANO, con cui il RIINA è stato condannato per i plurimi omicidi commessi a Milano il 2-5-1992 e che, tutt'ora, è imputato in rilevanti procedimenti ancora pendenti, rispetto ai quali è ragionevole ritenere, e comunque non è in alcun modo possibile escludere, un suo intervento sui testimoni, sugli altri coimputati e sulle medesime autorità giudiziarie competenti; profilo su cui l'ordinanza impugnata ha altrettanto adeguatamente motivato.

Certo è vero che il Tribunale di sorveglianza – nell'affermare che RIINA Salvatore è tutt'ora capace di impartire direttive a Cosa Nostra nonostante il regime detentivo a cui risulta sottoposto – ha innegabilmente squarciato l'ipocrisia istituzionale sul regime del 41 *bis* ord. pen., perché in definitiva ha dichiarato che lo strumento con cui lo Stato ha tentato di reagire contro la minaccia eversiva ripetutamente attuata dalle organizzazione criminali, sotto questo profilo, non ha centrato pienamente l'obbiettivo.

Nondimeno, desta significativa perplessità quel passaggio della motivazione della Suprema Corte in cui si sostiene che il Tribunale di sorveglianza non avrebbe adeguatamente motivato sull'idoneità della malattia a far ritenere scemata la pericolosità, atteso che il Tribunale – ben consapevole che la pericolosità deve restare, a norma di legge, il profilo assorbente della

valutazione – ha significativamente argomentato in ordine alla persistente pericolosità del condannato – non già attraverso il richiamo ad una mera presunzione desumibile dalla sua caratura criminale o dall'assenza di indici di dissociazione – quanto piuttosto facendo puntuale richiamo a tutti gli elementi che confermano l'attualità della sua pericolosità, che la malattia in corso, adeguatamente trattabile all'interno della struttura carceraria ospitante, non è stata al momento in alcun modo idonea a far scemare. E desta significativa perplessità, anche alla luce della rispondenza di siffatto ulteriore elemento di valutazione, con l'orientamento che si è formato, a livello europeo, in seno alla giurisprudenza della Corte dei Diritti dell'uomo.

A questo riguardo, appare degno di nota rammentare che, a far data dal caso esaminato nella sentenza *Enea c. Italia* del 17 settembre 2009, la Corte di Strasburgo ha preso posizione anche con riguardo al requisito della pericolosità e non ha ritenuto, in quel caso, di riscontrare una violazione dell'art. 3 CEDU – e segnatamente l'incompatibilità delle condizioni di salute del detenuto affetto da tetraplegia rispetto al regime detentivo *ex* art. 41 *bis* ord. pen. – considerando preponderante, ai fini della valutazione, l'appartenenza del soggetto ad un'organizzazione criminale e, al contempo, la circostanza che le autorità competenti avevano correttamente adempiuto ai loro doveri di assistenza e di cura del detenuto, sia in fase di diagnosi sia in fase di trattamento delle gravi patologie di cui era affetto. [166]

Orbene, se è pur vero che - a far data dal caso Contrada[167] - la Corte sembra (il condizionale è d'obbligo) aver dato un nuovo *assessment* di principi fino a quel momento di consolidata applicazione - affermando che il requisito della pericolosità sociale del detenuto, in relazione della sua appartenenza ad organizzazioni criminali, non può rappresentare più un argomento ostativo e che costituisce trattamento inumano e degradante ai sensi dell'art. 3 CEDU l'ipotesi di incompatibilità delle condizioni di salute del detenuto rispetto ad uno stato di detenzione in carcere prolungato nel tempo – tuttavia non può ragionevolmente sostenersi, in assenza di prese di

[166] C. eur. dir. uomo, 17 settembre 2009, *Enea c. Italia*, ric. n. 74912/01, 22-23. RANALLI, *op. cit.*, 158-172.

[167] C. eur. dir. uomo, 11 febbraio 2014, *Contrada c. Italia (n. 2)*, ric. n. 7509/08, 13, § 85. La sentenza, qui in commento, rappresenta un generale *assessment* della precedente giurisprudenza della stessa Corte EDU: C. eur. dir. uomo, 27 luglio 2004, *Slimani c. Francia*, ric. n. 57671/00, § 27; C. eur. dir. uomo, 27 maggio 2008, *N. c. Regno Unito*, ric. n. 26565/05; C. eur. dir. uomo, 29 aprile 2002, *Pretty c. Regno Unito*, ric. n. 2346/02; C. eur. dir. uomo, 16 novembre 2004, *Moreno Gomez c. Spagna*, ric. n. 4143/02; C. eur. dir. uomo, 29 gennaio 2009, *Antropov c. Russia*, ric. n. 22107/03; C. eur. dir. uomo, 30 settembre 2010, *Pakhomov c. Russia*, ric. n. 44917/08; C. eur. dir. uomo, 7 dicembre 2010, *Porumb c. Romania*, ric. n. 19832/04; C. eur. dir. uomo, 16 dicembre 2010, *Kozhoar c. Russia*, ric. n. 33099/08; C. eur. dir. uomo, 26 ottobre 2000, *Kudla c. Polonia*, ric. n. 30210/96; C. eur

posizioni più evidenti, che, a far data dal caso c.d. Contrada, la Corte abbia ritenuto residuale il requisito della pericolosità, apparendo invece ragionevole ritenere che lo abbia solo ridimensionato, imponendo al giudice di merito la valutazione – unitamente a quello della pericolosità - dei seguenti presupposti:

- la sussistenza di uno stato di salute del soggetto fortemente deficitario e compromesso da gravi patologie;

- la produzione di documentazione medico-sanitaria del quadro clinico del detenuto quale fonte di prova dell'incompatibilità oggettiva e soggettiva del detenuto rispetto alla sua permanenza in carcere;

- l'assenza di motivi ostativi alla concessione di misure alternative alla detenzione in carcere quali – appunto - la pericolosità sociale del soggetto.[168]

Alla luce di quanto precede, il ragionevole dubbio, che è insorto all'indomani della pubblicazione della sentenza, sul se - nella specie - si potesse decidere diversamente e se l'operazione ermeneutica ivi effettuata potesse portare a risultati diametralmente opposti, può sciogliersi alla luce delle considerazioni sopra effettuate.

Residua, invece, il più generale interrogativo, insorto di certo non tra i tecnici del diritto, ma sicuramente nella collettività nel suo complesso all'indomani del clamore suscitato dalla vicenda <RIINA> - e che non spetta certamente alla scrivente dipanare, esulando dal presente commento tecnico sulla sentenza in questione - sul se il predominio assoluto della tutela della dignità del detenuto in relazione a situazioni che vanno oltre ogni forma di rivoltante aberrazione e il pregiudiziale richiamo alla categoria astratta della dignità, al senso di umanità ed conseguente diritto del condannato ad una morte dignitosa – ove avulso dalla concreta valutazione della

[168] C. eur. dir. uomo, 11 febbraio 2014, *Contrada c. Italia (n. 2)*, ric. n. 7509/08, 13, § 85. La sentenza, qui in commento, rappresenta un generale *assessment* della precedente giurisprudenza della stessa Corte EDU: C. eur. dir. uomo, 27 luglio 2004, *Slimani c. Francia*, ric. n. 57671/00, § 27; C. eur. dir. uomo, 27 maggio 2008, *N. c. Regno Unito*, ric. n. 26565/05; C. eur. dir. uomo, 29 aprile 2002, *Pretty c. Regno Unito*, ric. n. 2346/02; C. eur. dir. uomo, 16 novembre 2004, *Moreno Gomez c. Spagna*, ric. n. 4143/02; C. eur. dir. uomo, 29 gennaio 2009, *Antropov c. Russia*, ric. n. 22107/03; C. eur. dir. uomo, 30 settembre 2010, *Pakhomov c. Russia*, ric. n. 44917/08; C. eur. dir. uomo, 7 dicembre 2010, *Porumb c. Romania*, ric. n. 19832/04; C. eur. dir. uomo, 16 dicembre 2010, *Kozhoar c. Russia*, ric. n. 33099/08; C. eur. dir. uomo, 26 ottobre 2000, *Kudla c. Polonia*, ric. n. 30210/96;: dir. uomo, 10 giugno 2008, *Scoppola c. Italia (n. 1)*, ric. n. 50550/06, 10-12, §§ 45-51; C. eur. dir. uomo, 17 settembre 2009, *Enea c. Italia*, ric. n. 74912/01, 22-23; C. eur. dir. uomo, 27 febbraio 2012, *Cara-Damiani c. Italia*, ric. n. 2447/05; C. eur. dir. uomo, 29 gennaio 2013, *Cirillo c. Italia*, ric. n. 36274/2010; C. eur. dir. uomo, 29 gennaio 2013, *Prestieri c. Italia*, ric. n. 66640/10; C. eur. dir. uomo, 5 marzo 2013, *Telissi c. Italia*, ric. n. 5097/08.

oggettiva pericolosità del condannato – possa essere effettivamente funzionale alle finalità di armonizzazione dell'ordinamento giuridico con quello sociale o realizzi, piuttosto, la mera enunciazione di petizioni di principio che, se esasperati, possono porsi in ontologico contrasto con i principi di diritto sostanziale posti a presidio della legalità e della collettività nel suo insieme.

Bibliografia:

Canepa-Merlo, *Manuale di diritto penitenziario*, 2006; Colella, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU)*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2011, pp. 239 ss.; ID., *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di schiavitù e del lavoro forzato (art. 4 CEDU),* in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2011, pp. 248 ss.; Corbi, *Esecuzione penale*, *Dpen*, IV, 1990, 286; Crespi-Stella-Zuccalà, *Commentario Breve al Codice Penale*, CEDAM, 2001; Della Casa, *Il monito della consulta circa il «rimedio estremo"della scarcerazione per il condannato vittima di un grave e diffuso sovraffollamento, GCOST* 2013, 4533; Di Ronza, *Manuale di diritto dell'esecuzione penale*, 2000; Dova, *Torreggiani c. Italia: un barlume di speranza nella cronaca del collasso annunciato del sistema sanzionatorio, RIDPP* 2013, 948; E. Dolcini – G. Marinucci, *Codice penale commentato,* IPSOA, 1999; Rivello, *Domanda di grazia e differimento dell'esecuzione della pena dopo un recente intervento della Corte costituzionale*, *LPen* 1990, 455; V. Manca, *La Corte dei Diritti dell'uomo torna a pronunciarsi sul divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti: l'inadeguatezza degli standard di tutela delle condizioni di salute del detenuto integrano una violazione dell'art. 3 cedu***,** *Nota a C. eur. dir. uomo, 11 febbraio 2014,* Contrada c. Italia (n. 2), *ric. n. 7509/08,* in *Dir. pen. cont.;*

Laura Colica

La responsabilità penale del medico alla luce della legge n. 24 del 2017

L'8 marzo 2017 il Parlamento italiano ha approvato in via definitiva un intervento normativo atteso da alcuni anni (legge n. 24 del 2017, entrata in vigore il 1° aprile 2017), volto ad elaborare un quadro organico di disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale sotto il triplice profilo della responsabilità civile, della responsabilità penale e della responsabilità per danno erariale di tutti i soggetti che, a vario titolo, esercitano le professioni sanitarie, sia in ambito pubblico che in ambito privato.

In particolare, limitando il nostro esame agli aspetti penalmente rilevanti, possiamo preliminarmente riconoscere alla L. n. 24 del 2017, cd. Gelli-Bianco, una portata decisamente innovativa della responsabilità penale colposa del sanitario.

Partendo dal presupposto della sicurezza delle cure come parte costitutiva del diritto alla salute costituzionalmente garantito, l'intervento legislativo ha abrogato espressamente l'art. 3 comma 1 della Legge Balduzzi, D.L. n. 158/2012, conv. con modifiche dalla L. n. 189/2012[169] ed ha introdotto un nuovo statuto della cd. colpa professionale del sanitario, separando le norme che disciplinano la responsabilità civile da quelle che regolano oggi la responsabilità penale, differentemente da quanto era in precedenza previsto dall'art. 3 della Legge Balduzzi.[170].

Più precisamente l'art. 7 della L. n. 24 del 2017 disciplina la responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria, mentre l'art. 6 – letto coordinato con il precedente art. 5 - contiene il nuovo statuto della responsabilità penale, introducendo nel codice penale l'art. 590 sexies, dopo l'art. 590 quinquies.

[169] Art. 6 L. n. 24 dell'8.3.2017 (responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria) comma 2: All'articolo 3 del decreto-legge 13 settembre 2012 n. 158 convertito con modificazioni dalla legge 8 novembre 2012 n. 189, il comma 1 è abrogato;

[170] Art. 3 Responsabilità professionale dell'esercente le professioni sanitarie comma 1 D.L. 158/2012: L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e a buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo"

La nuova norma, rubricata "*Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario*"stabilisce che "*Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma. Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto*". Al comma 2 poi prevede l'espressa abrogazione della precedente disciplina contenuta nella Legge Balduzzi.

In essa, pertanto, coesiste, da un lato il richiamo alla normativa codicistica degli artt. 589 e 590 c.p. dell'omicidio colposo e delle lesioni colpose richiamati *quoad poenam*, dall'altro lato la previsione di una speciale causa di non punibilità con struttura analoga ad una norma penale in bianco in relazione all'individuazione delle raccomandazioni previste dalle linee guida e buone pratiche, che deve avvenire necessariamente secondo l'iter dettato dall'art. 5 della stessa L. n. 24/2017.

La norma così come sopra riportata e approvata in via definitiva è frutto di una fondamentale modifica operata in sede di esame e approvazione da parte del Senato rispetto al testo approvato in prima lettura dalla Camera.

Il 28 gennaio 2016, infatti, la Camera aveva approvato il disegno di legge N. 259-262-1312-1324-1581-1769-1902-2155 che affidava la disciplina della responsabilità penale del sanitario ad un art. 590 ter c.p. di ben diverso contenuto rispetto all'art. 590 sexies e maggiormente in linea con la pregressa impostazione logico-giuridica della legge Balduzzi e con il riconoscimento alla colpa grave e alla colpa lieve di diversa rilevanza ai fini del giudizio di responsabilità[171].

[171] Disegno di Legge N. 259-262-1312-1324-1581-1769-1902-2155-B: art. 6: responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria". 1. Dopo l'art. 590 bis del codice penale è inserito il seguente: "art. 590 ter – (Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario). – L'esercente la professione sanitaria che, nello svolgimento della propria attività, cagiona a causa di imperizia la morte o la lesione personale della persona assistita risponde dei reati di cui agli articoli 589 e 590 solo in caso di colpa grave. Agli effetti di quanto previsto dal primo comma, è esclusa la colpa grave quando, salve le rilevanti specificità del caso concreto, sono rispettate le buone pratiche clinico-assistenziali e le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge».

L'esame da parte del Senato ha, però, portato l'11 gennaio 2017 alla formulazione dell'odierno testo della Legge n. 24/2017, approvato in via definitiva dalla Camera l'8 marzo di quest'anno e, quindi, al nuovo art. 590 sexies c.p.

La portata radicalmente innovativa di tale nuova norma del codice penale e i nuovi principi di responsabilità penale del sanitario che da esso discendono, sono destinati a produrre immediati e significativi riflessi sull'attività giudiziaria sia di legittimità che di merito nel settore del diritto penale.

A parere di chi scrive, però, il nuovo art. 590 sexies c.p. costringerà l'operatore del diritto ad una difficile applicazione della norma stessa, attraverso una interpretazione necessariamente orientata, al fine di evitare che vengano in concreto disattesi gli obiettivi che si era prefissato il legislatore.

Invero, l'intervento normativo, atteso da anni dal comparto sanitario, dichiara il proprio intento di ridefinire nell'interesse della collettività il quadro normativo di sicurezza delle cure e di responsabilità in ambito medico e sanitario, per ricomporre quella progressiva frattura che si è creata negli anni fra il paziente, il sanitario e la struttura sanitaria e per ovviare ai numerosi pericoli discendenti dalla cd. *medicina difensiva*, generata dalla diffusione di un generale senso di diffidenza nei confronti degli operatori sanitari e dall'errata convinzione che la medicina sia una scienza esatta, priva di rischi, e che eventuali esiti infausti debbano essere ricondotti a prestazioni sanitarie e terapeutiche inappropriate o inidonee ovvero a mal funzionamenti della complessiva struttura sanitaria[172].

[172] On. GAETANO NASTRI. Grazie, Presidente. Arriva in Aula un provvedimento a lungo atteso dai sanitari, medici e operatori del sistema sanitario. È un provvedimento che, sebbene introduca anche una seria normativa in un ambito peraltro molto complesso, alla fine non raggiunge i propri obiettivi. Si tratta di un provvedimento che, lo ricordo, giunge all'esame di questa Assemblea per la terza lettura, essendo stato modificato dal Senato, ed è fortemente voluto dal legislatore, che intende ridefinire, nell'interesse della collettività, il quadro normativo in materia di sicurezza delle cure e di responsabilità in ambito medico e sanitario, resosi necessario per ricomporre la frattura che si è creata negli anni fra pazienti, professionisti e istituzioni sanitarie…… On. MONICA FAENZI. Grazie Presidente. Il provvedimento che ci accingiamo ad approvare oggi in terza lettura costituisce una prima risposta ad un fenomeno molto diffuso nel nostro Paese che è quello della medicina difensiva. Un tema molto delicato che da molti anni, forse da più di un decennio, è al centro del dibattito pubblico. Una questione che divide le coscienze ogni volta che ci troviamo di fronte alle denunce di casi di malasanità, di strutture inadatte ad accogliere pazienti, di inadeguatezze diffuse. Quando si ragiona di disposizioni che attengono alla sicurezza delle cure della persona assistita e alle responsabilità professionali di chi esercita professioni sanitarie, si parla prima di tutto di diritto alla salute e della migliore cura possibile. Si parla di aspettative tradite, di carenze, di liste di attesa infinite e inaccettabili. Si chiede agli operatori del settore e alle istituzioni di parlare di persone. Al tempo stesso, si parla, però, anche di medici e professionisti sanitari a volte messi alla berlina con troppa fretta e senza responsabilità. L'intento del provvedimento è,

A fronte di simili obiettivi dichiarati, però, l'art. 6 della L. n. 24/2017 stravolge l'approccio giuridico alla responsabilità penale colposa dell'esercente la professione sanitaria, offrendo una visione radicalmente diversa rispetto alla legge Balduzzi, con abrogazione della stessa e del riferimento al grado della colpa ai fini del riconoscimento della responsabilità[173].

Allo stesso modo la norma entra in contrasto - vanificandoli – con tutti gli sforzi interpretativi operati sulla legge Balduzzi dalla giurisprudenza di legittimità, che aveva elaborato una garantista ed estensiva applicazione della non responsabilità per colpa lieve in tutte le forme in cui si declina l'elemento psicologico della colpa (negligenza, imperizia e imprudenza).

Il nuovo statuto della colpa nella responsabilità penale del sanitario, infatti, prescinde totalmente dal grado della colpa, equiparando gravi violazioni di regole di comportamento con funzione cautelare a violazioni non gravi di tali regole, casi clinici difficili e casi di scuola, e contestualmente prevede una speciale causa di non punibilità per le ipotesi in cui il sanitario, pur avendo agito con colpa nella forma dell'imperizia (ossia del non saper fare in modo adeguato rispetto alle leges artis), abbia comunque rispettato le raccomandazioni previste nelle linee guida, come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che queste risultino adeguate alla specificità del caso concreto.

E' evidente, pertanto, la differenza tra il testo licenziato dalle Camere rispetto all'originario testo del disegno di Legge N. 259-262-1312-1324-1581-1769-1902-2155-B approvato in prima battuta dalla Camera il 28 gennaio 2016 (modificato dal Senato l'11.1.2017 -S. 2224) e riportato infra in nota n.3.

Invero, nella prima formulazione normativa si ancorava ancora la responsabilità penale per lesioni e omicidio nell'ambito dell'attività sanitaria alla sola forma grave della colpa, escludendo espressamente la gravità nel caso in cui "salve le rilevanti specificità del caso concreto, sono

quindi, quello, da un lato, di migliorare il quadro normativo in materia di responsabilità medica, sia penale, che civile, e, dall'altro, quello di consentire ai professionisti del settore sanitario lo svolgimento della propria attività nelle migliori condizioni possibili. Una responsabilità complessa e multilivello, che va dalla gestione del rischio clinico, alla natura della responsabilità, alle tutele minime del professionista in caso di accordo stragiudiziale, alla conciliazione obbligatoria, alle tutele assicurative, al Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria, alla disciplina delle linee guide e a quella relativa ai consulenti dei tribunali. Ormai, da molto tempo, è purtroppo diffuso nell'opinione pubblica un senso di diffidenza nei confronti degli operatori sanitari, nell'errata convinzione che la medicina sia onnipotente, una scienza esatta.

[173] art. 3 I co. L. 189/12 (c.d. legge Balduzzi) "L'esercente le professioni sanitarie che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve."

rispettate le buone pratiche e le raccomandazioni come previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge".

Una simile formula normativa, a parere di chi scrive, si presentava maggiormente chiara e cogente per l'Autorità Giudiziaria chiamata ad applicarla in concreto e probabilmente avrebbe in modo più efficace perseguito gli obiettivi fissati dal legislatore.

Infatti, non conteneva alcuna previsione di cause di non punibilità e il richiamo a fonti estranee alla norma penale era limitato alle sole buone pratiche e raccomandazioni previste dalle linee guida e non anche alle "buone prassi accreditate"di cui parla il nuovo art. 590 sexies c.p., che però corrono il rischio di non univoca individuazione, con conseguente eccessiva discrezionalità del giudizio di responsabilità.

Già in sede di secondo esame da parte della Camera dei Deputati, non erano mancati interventi parlamentari[174] che evidenziavano simili rischi e contraddizioni dell'emendamento apportato in sede di approvazione del Senato.

Ciononostante la Camera ha approvato definitivamente il testo dell'art. 590 sexies c.p. come sopra riportato, con le difficoltà interpretative e i numerosi interrogativi per lo studioso e l'operatore del diritto.

[174] On. FRANCESCO PAOLO SISTO… "Ma scusate, la differenza fra la «Balduzzi» e l'attuale regolamentazione della responsabilità penale. Avete avuto il coraggio di abrogarla, la «legge Balduzzi», per evitare che vi fossero delle *chance*, per il medico, di rifugiarsi nel porto sicuro di quella legge rispetto all'incertezza di questa. Io ve lo dico perché ragiono pragmaticamente, non astrattamente, non in politichese, ma con la consapevolezza di quello che vuol dire un medico che ha le mani che gli tremano perché la un problema di responsabilità sanitaria. E quando a un medico tremano le mani in sala operatoria, chi ne va di mezzo è il paziente: se il medico non è tranquillo, non ha la certezza che si è comportato bene e non ha responsabilità, la responsabilità è vostra di tutto questo.

Ma scusate, voi avete scritto, in questa nuova responsabilità medica, che il medico, per l'imperizia, risponde soltanto di colpa grave, invece per l'imprudenza e la negligenza risponde anche di colpa lieve. Ma sapete quando la Cassazione ha sancito che imprudenza e negligenza sono anche protette dalla «Balduzzi» ? Nel 2016. E noi, a fronte di una Cassazione che dice che il medico, se imperito, se imprudente o negligente, comunque ha rispettato le buone pratiche e le linee guida, risponde soltanto – soltanto – di colpa lieve, noi cambiamo completamente e restituiamo al giudice il potere di condannarlo anche per negligenza e per imprudenza? Ma vi rendete conto di cosa avete combinato? Contro la Cassazione, contro il diritto vivente! Per moltiplicare i casi di responsabilità: questo è l'effetto che voi aggiungete, voi li moltiplicate! Voi darete ai medici il peso ineliminabile di avere più responsabilità: questo volete? Volete che i medici vadano incontro a sanzioni a tutti i costi?.. On. COLLETTI (relatore di minoranza)…. reputa che il testo della norma, così come modificata dal Senato, sia stato gravemente peggiorato. Mentre in prima lettura si era vincolata l'area di punibilità per lesioni colpose ed omicidio colposo alla sola colpa grave, il Senato ha ben pensato di eliminare dalla punibilità non solo la colpa lieve ma la ben più pesante colpa grave. Tale previsione fa rimpiangere quanto previsto nel cosiddetto «decreto Balduzzi», pur tanto criticato, giustamente, dalla giurisprudenza. Si rileva inoltre il forte rischio di incostituzionalità della disposizione che irragionevolmente va ad ampliare l'area di non punibilità di tali operatori; chiaramente si trattano in maniera diseguale i cittadini in generale e i diversi professionisti nello specifico; si pensi, ad esempio, agli ingegneri i cui eventi avversi, per mutuare il termine sanitario, rischiano peraltro di danneggiare non un paziente ma una moltitudine di persone.

Invero, un primo interrogativo attiene a quale processo logico-giuridico debba orientare l'Autorità giudiziaria, requirente e giudicante, nella ricerca e nella formazione della prova ai fini del giudizio di responsabilità penale e nella verifica se un determinato evento infausto conseguente temporalmente all'erogazione di una prestazione sanitaria possa essere ascritto a condotta sanitaria colposa, commissiva o omissiva, che, ove invece, fosse stata conforme ai principi di cautela, non avrebbe cagionato o non avrebbe contribuito a cagionare l'evento infausto.

Durante il periodo di vigenza della Legge Balduzzi, in conformità alle pronunce della S.C. di Cassazione, che avevano esteso l'operatività dell'art. 3 comma 1 a tutte le declinazioni della colpa, e non solo all'imperizia[175], l'iter logico giuridico postulava in primo luogo l'attività di verifica in merito alla sussistenza o meno di una condotta colposa in violazione di norme di cautela, in secondo luogo l'accertamento del grado dell'eventuale colpa, in relazione alla entità dello scostamento della condotta stessa e alla concreta difficoltà della prestazione sanitaria, in ultimo la verifica in merito al rispetto o meno delle linee guida e delle buone pratiche sanitarie.

Il riconoscimento della responsabilità penale sarebbe stato di segno positivo in tutte le ipotesi in cui il sanitario avesse agito in contrasto con le linee guida e delle buone pratiche sanitarie (indifferentemente se avesse agito con colpa lieve o con colpa grave) e nelle ipotesi in cui, pur rispettando le linee guida e le buone pratiche sanitarie, il sanitario avesse, però, violato in modo grave le regole di cautela enucleate nelle forme della diligenza, prudenza e perizia[176].

Oggi alla luce della nuova normativa l'Autorità Giudiziaria dovrà procedere con i consolidati parametri logici enucleati dalla giurisprudenza per il giudizio di responsabilità in tema

[175] Cass. Sez. IV n. 23283 dell'11.5.2016 Pres. Blaiotta imp. Denegri:….*sulla base della norma contenuta nell'art. 3, comma 1, legge 8.11.2012, n. 189, in combinato disposto con l'art. 43, comma 3, cod. pen., deve affermarsi il seguente principio di diritto: la limitazione di responsabilità, in caso di colpa lieve, può operare, per le condotte professionali conformi alle linee guida ed alle buone pratiche, anche in caso di errori che siano connotati da profili di colpa generica diversi dalla imperizia.*

[176] Sempre Cass. Sez. IV n. 23283 dell'11.5.2016 Pres. Blaiotta imp. Denegri Pur nella consapevolezza della natura discrezionale della valutazione di cui si tratta, la Corte regolatrice ha precisato che si può ragionevolmente parlare di colpa grave solo quando si sia in presenza di una deviazione ragguardevole rispetto all'agire appropriato, rispetto al parametro dato dal complesso delle raccomandazioni contenute nelle linee guida di riferimento, quando cioè il gesto

tecnico risulti marcatamente distante dalle necessità di adeguamento alle peculiarità della malattia ed alle condizioni del paziente; e che, all'opposto, quanto più la vicenda risulti problematica, oscura, equivoca o segnata dall'impellenza, tanto maggiore dovrà essere la propensione a considerare lieve l'addebito nei confronti del professionista che, pur essendosi uniformato ad una accreditata direttiva, non sia stato in grado di produrre un trattamento adeguato e abbia determinato, anzi, la negativa evoluzione della patologia (cfr. Cass. Sez. 4, Sentenza n. 16237 del 29/01/2013, dep. 09/04/2013, cit.).

di nesso eziologico e di nesso di causalità, specialmente nella particolare forma della causalità propria della condotta omissiva ribaditi in ultimo da S.C. Cass. Sez. IV n. 18100 del 16.3.2017 Pres. Romis imp. Cruciani – Cass. Sez. IV n. 18781 del 23.3.2017 Pres. Blaiotta imp. Cavalera e altri [177], ma dovrà procedere nella valutazione della colpa, prescindendo dal giudizio di gravità, verificando soltanto l'eventuale sussistenza della speciale causa di non punibilità di cui all'art. 6 della L. Gelli-Bianco.

Proviamo, quindi, a delineare il percorso logico giuridico che dovrà seguire prima il Pubblico Ministero, nella costruzione dell'impianto accusatorio e nella ricerca della prova durante le indagini preliminari e poi il Giudice all'esito della formazione della prova in sede dibattimentale, ai fini del giudizio di responsabilità.

Coerentemente con la giurisprudenza finora citata occorrerà in primo luogo individuare l'esistenza di una relazione eziologica di fatto tra una prestazione sanitaria e l'evento infausto.

La relazione eziologica, diversa dal giuridico nesso di causalità, infatti, è il presupposto necessario e ineludibile affinché l'ipotesi accusatoria possa persino essere formulata, come insegna sul punto la S.C.: "*Infatti allorquando si verifica un evento lesivo di beni giuridici l'accertamento*

[177] Cass. Sez. IV n. 18781 del 23.3.2017 Pres. Blaiotta imp. Cavalera e altri:

sul nesso eziologico: "Occorre in questa sede ribadire che la valutazione controfattuale, demandata al giudice di merito, deve avvenire rispetto al "singolo comportamento storico", alla "singola situazione storica", alla "singola conseguenza storica" (Sez. 4, sent. n. 30469 del 13/06/2014, PG, PC in proc. Jann ed altri, Rv. 262239). I termini di fatto ai quali deve riferirsi il giudice penale, nel verificare la sussistenza di elementi indicativi della riferibilità causale dell'evento alla condotta attiva od omissiva posta in essere dall'agente, sono necessariamente quelli riportati nel capo di imputazione: è il capo di imputazione, infatti, che delinea e delimita la specifica sequenza fenomenologica, nell'ambito della quale si assume che la condotta attesa abbia determinato la verificazione dell'evento dannoso, come realizzatosi."

sul nesso di causalità: "D'altronde, questa Sezione ha ripetutamente affermato che il giudice di merito deve analizzare la condotta (attiva od omissiva) colposa addebitata al sanitario, per effettuare il giudizio controfattuale e verificare se, ipotizzandosi come realizzata la condotta dovuta, rispetto agli specifici termini di fatto della vicenda, l'evento lesivo sarebbe stato evitato "al di là di ogni ragionevole dubbio" (cfr., ad es., sent. n. 43459 del 04/10/2012, Rv. 255008). E più di recente questa Sezione (cfr. sent. n. 30469 del 13/06/2014, citata) ha affermato il principio secondo il quale: «nei reati omissivi impropri, la valutazione concernente la riferibilità causale dell'evento lesivo alla condotta omissiva che si attendeva dal soggetto agente, deve avvenire rispetto alla sequenza fenomenologica descritta nel capo d'imputazione, di talché, nelle ipotesi di omicidio o lesioni colpose in campo medico, il ragionamento controfattuale deve essere svolto dal giudice di merito in riferimento alla specifica attività (diagnostica, terapeutica, di vigilanza e salvaguardia dei parametri vitali del paziente o altro) che era specificamente richiesta al sanitario e che si assume idonea, se realizzata, a scongiurare l'evento lesivo, come in concreto verificatosi, con alto grado di credibilità razionale». Questa Corte, anche a sezioni unite (S.U. Franzese, 2002; S U. Espenhanh, 2014) ha ripetutamente chiarito che anche nell'ambito della causalità omissiva vale la regola di giudizio della ragionevole, umana certezza; e che tale apprezzamento va compiuto tenendo conto da un lato delle informazioni di carattere generalizzante afferenti al coefficiente probabilistico che assiste il carattere salvifico delle misure doverose appropriate, e dall'altro delle contingenze del caso concreto; e, dunque, adegua al caso concreto le informazioni statistiche generalizzanti."

giudiziario muove alla ricerca di una condotta, attiva o passiva, che possa esserne stata causa. Ove si rinvengano i segni di una ascendenza eziologica che riconducono all'azione o all'omissione dell'uomo, se l'indagine presuppone l'estraneità di una volontà di offesa, occorre verificare che l'azione rappresenti la violazione di una regola cautelare o che era prescritto un facere rimasto inattuato e che quel facere avesse il carattere di comportamento con funzione di prevenzione di quell'offesa che si é determinata."(cfr. Cass. Sez. IV n. 31490 del 14.4.2016 Pres. Blaiotta imp. Belli).

Come secondo passaggio logico-argomentativo occorre individuare la regola cautelare, preesistente alla condotta di prestazione sanitaria, che ne indica le corrette modalità di svolgimento e allo stesso tempo indica i necessari comportamenti doverosi di cautela per la gestione del rischio correlati con la specificità del caso clinico concreto e della prestazione sanitaria erogata (cfr sempre Cass. Sez. IV n.31490 del 14.4.2016 "*E' innanzitutto questo il fatto colposo: un'azione o un'omissione che concreta una violazione a regola cautelare. Solo se l'azione materialmente produttiva dell'evento abbia tale caratteristica potrà parlarsi di condotta colposa; diversamente l'evento sarà da ascrivere al caso fortuito, o alla forza maggiore, o alla condotta di un diverso soggetto").*

L'individuazione della regola cautelare violata dovrà essere precisa e dettagliata non potendo il giudice limitarsi a fare ricorso ai concetti di prudenza, perizia e diligenza senza indicare in concreto quale sia il comportamento doveroso che tali regole cautelari imponevano di adottare - cfr. sempre Cass. Sez. IV 31490/2016: "*La doverosa identificazione della regola cautelare che, preesistente alla condotta che deve essere valutata, ne indicava le corrette modalità non può dirsi compiuta con la mera evocazione della prudenza, della diligenza e della perizia. Prudenza, diligenza e perizia non sono vuote formule che basta evocare per risolvere il problema dell'accertamento della condotta colposa. Piuttosto sono concetti categoriali che nei singoli casi devono tradursi in puntuali indicazioni comportamentali, prodotto delle specifiche circostanze in presenza delle quali si svolge l'attività pericolosa."*

Invero, in applicazione di tale principio, la Corte ha ritenuto non corretta la decisione di merito impugnata, in cui era stata riconosciuta la responsabilità per omicidio colposo di un medico per il decesso di un paziente a seguito di un intervento chirurgico di calvaria, qualificando imprudente e/o imperita la manovra chirurgica attuata e le modalità concrete di utilizzo dello

strumento chirurgico senza, tuttavia, indicare le alternative e doverose modalità di condotta prudente e perita che il sanitario avrebbe dovuto adottare nel caso concreto; peraltro, in fatto la Corte evidenziava come nei giudizi di merito non fosse stata neppure raggiunta la prova su quale strumento fosse stato utilizzato, con conseguente ambiguità ulteriore sulla regola cautelare presuntivamente violata.[178]

Individuato il nesso eziologico e la norma cautelare doverosa violata, si procederà a verificare se tra la prestazione sanitaria violatrice della regola di cautela sussista il nesso di causalità giuridicamente previsto dall'art. 41 c.p., alla luce dei medesimi criteri su cui è ormai da anni consolidata la giurisprudenza di legittimità.

Sul punto è ancora proficuo citare la sentenza Cass. Sez. IV n. 31490/2016, secondo cui la verifica involge il nodo fondamentale se la condotta violatrice di regole di cautela, ove invece fosse stata rispettosa delle stesse, avrebbe evitato l'evento pregiudizievole, e involge l'ulteriore interrogativo se l'evento infausto effettivamente verificatosi concretizzasse proprio il rischio traguardato dalla regola cautelare violata[179].

Verifica che - secondo l'insegnamento da ultimo ribadito dalle Sezioni Unite sentenza n. 38343 del 24.04.2014 - sviluppando il modello epistemologico già indicato nella famosa sentenza Franzese del 2002, consiste in un modello di indagine causale capace di integrare l'ipotesi esplicativa delle serie causali degli accadimenti e la concreta caratterizzazione del fatto storico; in un'ottica in cui la causalità tra omissione ed evento non può ritenersi sussistente sulla base del solo coefficiente di probabilità statistica, essendo necessario un giudizio di alta probabilità logica fondato, oltre che su deduzioni logiche basate su generalizzazioni scientifiche, anche su valutazioni di tipo induttivo elaborati sull'analisi della caratterizzazione del fatto storico e sulle particolarità del caso concreto.

Nei medesimi termini la recente sentenza Cass. Sez. IV n. 18110/2017 del 16.3.2017 Pres. Romis imp. Cruciani: "*Ai fini dell'imputazione causale dell'evento, pertanto, il giudice di merito deve sviluppare un ragionamento esplicativo che si confronti adeguatamente con le particolarità*

[178] Cass. Sez. IV 31490/2016 "*Risulta evidente, infatti, che un trapano o uno scalpello vanno utilizzati osservando regole tecniche diverse da quelle che indirizzano l'uso di uno strumento ad ultrasuoni".*

[179] Cass. Sez. IV 31490/2016 "*E' agevole quindi concludere che l'intero edificio della responsabilità per fatto colposo trova un suo essenziale caposaldo nell'accertamento della ricorrenza di una condotta trasgressiva di regola cautelare causalmente efficiente rispetto all'evento (secondo i principi elaborati intorno all'art. 41 c.p.)."*

*della fattispecie concreta, chiarendo che cosa sarebbe accaduto se fosse stato posto in essere il comportamento richiesto all'imputato dall'ordinamento."*E anche la sentenza Cass. Sez. IV n.18781 del 23.3.2017, già citata in nota n. 7, secondo cui occorre delineare il comportamento alternativo doveroso che nella specie avrebbe avuto efficacia salvifica, fornendo una congrua motivazione sulla base delle leggi scientifiche disponibili, in ordine alla capacità impeditiva del comportamento alternativo doveroso.

Positivamente riconosciuta una condotta sanitaria in violazione di una regola cautelare causalmente connessa con alta probabilità logica con un evento infausto occorso al soggetto che ha ricevuto le cure, alla luce della normativa oggi in vigore il P.M. e il Giudice dovranno effettuare la valutazione del giudizio di responsabilità penale dimenticando gli schemi logici della Legge Balduzzi e della Giurisprudenza di legittimità, tra tutte la sentenza Cass. Sez. IV n. 23283/2016 del 11.5.2016 in nota n. 5).

Infatti - premesso che molto controversa e difficile è la concreta determinazione dei profili della colpa nelle declinazioni della Negligenza, della Imprudenza e dell'Imperizia – oggi sarà necessario operare la distinzione tra le tre declinazioni della colpa, poiché il nuovo art. 590- sexies c.p. riconduce i fatti di cui agli articoli 589 (omicidio colposo) e 590 (lesioni personali colpose) commessi nell'esercizio della professione sanitaria al regime e alle pene delle generiche lesioni colpose e del generico omicidio colposo, ma prevede la non punibilità di detti illeciti colposi qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, purché siano state rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto.

Si dovrà pertanto operare quindi con nuovi paradigmi logici.

Un primo corollario porta a ritenere che se l'esercente l'attività sanitaria ha posto in essere una condotta commissiva o omissiva in violazione di regole di cautela che integrano la colpa nella declinazione della diligenza, intesa come *"accuratezza operativa nella prestazione delle cure"*e se la doverosa condotta diligente avrebbe con elevata probabilità logica impedito il verificarsi dell'evento infausto, l'esercente stesso dovrà essere ritenuto responsabile indipendentemente dalla gravità o meno della sua mancanza di diligenza.

Il punto assume notevole rilevanza considerata - come sottolinea la citata Cass. sez. IV n. 23383/2016 del 11.5.2016 – "*l'indefinitezza delle regole di diligenza, comprovata dalla variegata tipologia di obblighi, nel solo settore della responsabilità sanitaria, che alle stesse sono stati ritenuti riconducibili nell'esperienza giudiziaria. Si pensi agli obblighi informativi posti a carico dell'equipe chirurgica 4,(Cass. Sez IV n. 3456 del 24/11/1992, Rv. 198445) ed a quelli relativi alla omessa richiesta di intervento di specialisti, in ausilio, da parte del terapeuta (Sez. 4, Sentenza n. 11086 del 15/06/1984, Rv. 167080), tutti riferibili a regole di diligenza.*

Il rischio concreto è, pertanto, quello della proliferazione delle fattispecie colpose che possono condurre a giudizi di responsabilità a carico del sanitario.

Un secondo corollario conduce a ritenere che se l'esercente l'attività sanitaria ha posto in essere una condotta commissiva o omissiva in violazione di regole di cautela che integrano la colpa nella declinazione della prudenza, *tradizionalmente qualificata da una condotta attiva, inosservante di cautele ritenute doverose* e se la doverosa condotta prudente avrebbe con elevata probabilità logica impedito il verificarsi dell'evento infausto, l'esercente stesso dovrà essere ritenuto responsabile indipendentemente dalla gravità o meno della sua mancanza di prudenza.

Invece, se l'esercente l'attività sanitaria ha posto in essere una condotta commissiva o omissiva in violazione di regole di cautela che integrano la colpa nella declinazione della perizia, tradizionalmente intesa come comportamento, attivo od omissivo, che si ponga in contrasto con le leges artis, e se la doverosa condotta perita avrebbe con elevata probabilità logica impedito il verificarsi dell'evento infausto, l'esercente stesso dovrà essere ritenuto responsabile solo se non ha rispettato le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che queste risultino adeguate alla specificità del caso concreto.

Solo, quindi, in caso di Imperizia, pur in presenza di mancanza di abilità nella applicazione delle *leges artis*, il rispetto delle raccomandazioni renderà non punibile il sanitario e ciò indifferentemente che si tratti di un caso difficile ovvero di un caso di scuola, di un caso di colpa lieve ovvero di un caso di colpa grave.

Ciò posto - anche alla luce delle osservazioni negative mosse in sede di lavori parlamentari da alcuni deputati come riportato in nota infra – occorre porsi il doveroso interrogativo se l'eliminazione nel nuovo art. 590 sexies c.p. del riferimento alla colpa grave punita dalla legge

Balduzzi renda effettivamente la nuova normativa penale più favorevole per il sanitario, e si prospetti efficace a scongiurare la cd. Medicina difensiva e a ridurre il contenzioso in materia di rischio sanitario.

Per come ho cercato fin qui di argomentare, una prima interpretazione della speciale clausola di non punibilità riferita solo alla condotta imperita che allo stesso tempo abbia rispettato le raccomandazioni delle linee guida e le buone pratiche assistenziali applicabili nel caso concreto, pone seri dubbi in ordine in merito all'effettivo raggiungimento degli obietti prefissati dal legislatore.

Invero, in considerazione del fatto che "*si registra una intrinseca opinabilità, nella distinzione tra i diversi profili della colpa generica, in difetto di condivisi parametri che consentano di delineare, in termini tassativi, ontologiche diversità, nelle regole di cautela*"(Cass. sez. IV n. 23283/2016) e in considerazione del fatto che la configurazione della colpa alternativamente in una delle tre declinazioni avrà conseguenze nettamente diverse ai fini del riconoscimento o meno della punibilità, sarà gravoso onere del giudice di merito e del giudice di legittimità operare una interpretazione concreta della norma che non conduca a vanificare l'intento prefissato dal legislatore e che offra valide risposte agli ulteriori interrogativi che la norma postula in concreto.

In primo luogo, l'operatore del diritto si domanderà in quali casi un sanitario può essere ritenuto non punibile essendo stato imperito ma rispettoso delle raccomandazioni delle linee guida.

In concreto ciò potrebbe accadere quando il sanitario, pur rispettando le raccomandazioni le abbia messe in atto in modo non corretto e senza o con poca abilità (e quindi con errore nella esecuzione della prestazione sanitaria doverosa) ovvero quando il sanitario tra due prestazioni possibili egualmente previste dalle raccomandazioni, scelga la prestazione meno idonea alle specificità del caso concreto (e quindi con errore nella scelta della tipologia della prestazione sanitaria doverosa adatta maggiormente al caso concreto).

In secondo luogo, l'operatore dovrà chiedersi quale incidenza deve assegnarsi alla nuova normativa rispetto ai procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore della novella.

Si pone, infatti, un problema di diritto intertemporale che impone al giudice, in applicazione dell'art. 2, comma secondo, cod. pen., di procedere d'ufficio all'accertamento della norma in

concreto più favorevole al reo; se la legge Balduzzi, come interpretata dalla S.C., secondo cui se la condotta del sanitario poteva dirsi aderente ad accreditate linee si poteva escludere la colpa per negligenza, imperizia e imprudenza in casi di lieve discostamento dalla regola cautelare, ovvero la legge Gelli-Bianco con l'art. 590 sexies c.p. come delineato fin'ora.

Sul punto la Corte di Cassazione si è già pronunciata due volte: nella recentissima sent. Cass. Sez. IV n. 16140 del 16.3.2017 Pres.Romis, imp.Filippini, depositata il 30.3.2017 e quindi dopo l'approvazione della Legge Gelli-Bianco, in cui si legge: "*il tema della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, quale l'odierno imputato, per il reato di lesioni colpose, che viene devoluto al giudice del rinvio, è oggetto di un inedito intervento normativo, con il quale i legislatore pone mano nuovamente alla materia della responsabilità sanitaria, anche in ambito penale. Il riferimento è alla legge 8 marzo 2017, n. 24, recante Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie, pubblicata in G.U. Serie Generale n. 64 del 17.3.2017, con termine di vacatio in data 01.04.2017. Ai fini di interesse, viene in rilievo l'art. 6, della citata legge n. 24 del 2017, che introduce l'art. 590-sexies cod. pen., rubricato Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario, ove è stabilito: «Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma. Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità é esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto». E bene: non è chi non veda che l'entrata in vigore delle disposizioni ora richiamate assume rilievo nell'ambito del giudizio di rinvio, posto che la Corte di Appello, chiamata a riconsiderare il tema della responsabilità dell'imputato, dovrà verificare l'ambito applicativo della sopravvenuta normativa sostanziale di riferimento, disciplinante la responsabilità colposa per morte o lesioni personali provocate da parte del sanitario. E lo scrutinio dovrà specificamente riguardare l'individuazione della legge ritenuta più favorevole, tra quelle succedutesi nel tempo, da applicare al caso di giudizio, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2, comma 4, cod. pen., secondo gli alternativi criteri della irretroattività della modificazione sfavorevole ovvero della retroattività della nuova disciplina più favorevole. L'art. 6, comma 2,*

legge n. 24 del 2017, infatti, abroga espressamente il più volte citato articolo 3, comma 1, del decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 novembre 2012, n. 189.", e anche nella più recente sentenza della S.C. ud. del 20.4.2017 di cui si ha per il momento a disposizione solo una preliminare 'notizia di decisione' (la n. 3 del 2017), che testualmente recita: "*La legge n. 24 del 2017 ha introdotto, all'art. 5, un nuovo statuto disciplinare delle prestazioni sanitarie, governato dalle raccomandazioni espresse dalle linee guida accreditate e, in mancanza, dalle buone pratiche clinico-assistenziali. Ai sensi dell'art. 590-sexies c.p. introdotto dall'art. 6 della medesima legge, tale nuovo quadro disciplinare è rilevante anche ai fini della valutazione della perizia del professionista con riguardo alle fattispecie di cui agli artt. 589 e 590 c.p.; e, per la sua novità, trova applicazione solo ai fatti commessi successivamente all'entrata in vigore della novella. Per i fatti anteriori può trovare ancora applicazione, ai sensi dell'art. 2 c.p., la disposizione di cui all'abrogato art. 3, comma 1, della legge n. 189 del 2012, che aveva escluso la rilevanza penale delle condotte lesive connotate da colpa lieve, nei contesti regolati da linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica*".

In terzo luogo, l'interrogativo riguarderà le modalità valutative con cui l'Autorità Giudiziaria potrà accertare se il sanitario ha posto in essere una condotta commissiva o omissiva di una regola cautelare, se la violazione della regola cautelare è causalmente efficiente rispetto all'evento concreto secondo un'alta probabilità logica, se la violazione della regola cautelare è avvenuta sotto l'aspetto della imperizia e - in questo caso - se sono state rispettate o meno le raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ovvero in mancanza delle buone pratiche assistenziali, che risultino adeguate alle specificità del caso concreto.

E' evidente, infatti, che il P.M. che svolgerà le indagini per casi di presunta colpa dell'esercente la professione sanitaria dovrà da un lato ricercare elementi di prova che consentano di ricondurre causalmente l'evento dannoso per il paziente ad una condotta commissiva o omissiva del sanitario, dall'altro lato dovrà verificare se tale condotta è stata diligente, se è stata prudente, se è stata perita e se l'eventuale condotta non perita sia stata comunque posta in essere nel rispetto delle raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, risultate adeguate alla specificità del caso concreto.

Infatti, il fulcro della punibilità, ancor più che in passato, finisce per essere affidato a una valutazione giudiziale autonoma, di 'adeguatezza' delle raccomandazioni osservate alla specificità del caso concreto.

Per operare le citate valutazioni evidentemente non sono sufficienti le competenze giuridiche proprie della Magistratura e sarà necessario ricorrere a conoscenze scientifiche, estranee al patrimonio culturale del giurista, con conseguente rilevanza dei principi che governano l'apprezzamento giudiziale della prova scientifica nel giudizio di merito.

Per giurisprudenza costante il Giudice deve saper mantenere il governo degli apporti scientifici forniti dagli specialisti, nel senso che il sapere scientifico costituisce un indispensabile strumento posto al servizio del giudice, ma qualsiasi lettura nel processo penale dei saperi di scienze diverse da quella giuridica non può avere l'esito di accreditare l'esistenza di un sistema di prova legale che limiti la libera formazione del convincimento del giudice.

Il Giudice è chiamato ad esprimere un giudizio critico e di controllo sulle valutazioni di ordine extragiuridico emerse nel processo, dando "*conto del controllo esercitato sull'affidabilità delle basi scientifiche del proprio ragionamento, soppesando l'imparzialità e l'autorevolezza scientifica dell'esperto che trasferisce nel processo conoscenze tecniche e saperi esperienziali*"e "*può fare legittimamente propria, allorché gli sia richiesto dalla natura della questione, l'una piuttosto che l'altra tesi scientifica, purché dia congrua ragione della scelta e dimostri di essersi soffermato sulla tesi o sulle tesi che ha creduto di non dover seguire*", enunciando "*con adeguatezza e logicità gli argomenti che si sono resi determinanti per la formazione del suo convincimento*"cfr Cass. Sez. IV n. 16140 del 16.3.2017.

Sul punto la legge n. 24 del 2017, fissando all'art. 15 precisi criteri di scelta dei consulenti tecnici in materia sanitaria e di verifica del possesso di adeguate e comprovate competenze, stabilendo la necessità che la consulenza sia affidata collegialmente ad un medico legale e ad un medico specialista nella materia relativa alla singola prestazione sanitaria di volta in volta sottoposta a giudizio, ha dimostrato che il legislatore ha percepito chiaramente la rilevanza dell'apporto scientifico al sapere giuridico nel processo penale e civile, e ha ritenuto

di far proprie le istanze di tutela, che venivano dal mondo sanitario in relazione al rischio di eccessiva incidenza della figura del consulente tecnico sul giudizio di responsabilità[180].

Ciò in linea con l'attenzione che anche nel modo giuridico è stata da tempo rivolta all'importante ruolo del consulente tecnico, al principio della libera formazione del convincimento del Giudice e al principio, costante nella giurisprudenza disciplinare, secondo cui integra illecito nell'esercizio delle funzioni da parte del magistrato l'indebito affidamento ad altri di attività rientranti nei propri compiti e, quindi, un eventuale conferimento al consulente tecnico di un incarichi aventi anche ad oggetto accertamenti e valutazioni inerenti la qualificazione giuridica di fatti e la rilevanza penale di comportamenti.

Alla luce di queste considerazioni potremmo immaginare di formulare in fase di indagine per ipotesi di omicidio colposo a carico di un sanitario il seguente quesito da porsi collegialmente ad un Consulente medico-legale e ad un consulente specializzato nella specifica materia attinente alla prestazione sanitaria oggetto di esame: *"Accerti il C.T. – attraverso esame della documentazione medica sottoposta a sequestro e tramite eventuale acquisizione di documentazione medica presente presso i presidi sanitari e non contenuta in atti, attraverso*

[180] Art. 15 "Nomina dei consulenti tecnici d'ufficio e dei periti nei giudizi di responsabilità' sanitaria" - " Nei procedimenti civili e nei procedimenti penali aventi ad oggetto la responsabilità' sanitaria, l'autorità' giudiziaria affida l'espletamento della consulenza tecnica e della perizia a un medico specializzato in medicina legale e a uno o più' specialisti nella disciplina che abbiano specifica e pratica conoscenza di quanto oggetto del procedimento, avendo cura che i soggetti da nominare, scelti tra gli iscritti negli albi di cui ai commi 2 e 3, non siano in posizione di conflitto di interessi nello specifico procedimento o in altri connessi e che i consulenti tecnici d'ufficio da nominare nell'ambito del procedimento di cui all'articolo 8, comma 1, siano in possesso di adeguate e comprovate competenze nell'ambito della conciliazione acquisite anche mediante specifici percorsi formativi". Negli albi dei consulenti di cui all'articolo 13 delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile e disposizioni transitorie, di cui al regio decreto 18 dicembre 1941, n. 1368, e dei periti di cui all'articolo 67 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, devono essere indicate e documentate le specializzazioni degli iscritti esperti in medicina. In sede di revisione degli albi e' indicata, relativamente a ciascuno degli esperti di cui al periodo precedente, l'esperienza professionale maturata, con particolare riferimento al numero e alla tipologia degli incarichi conferiti e di quelli revocati. Gli albi dei consulenti di cui all'articolo 13 delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile e disposizioni transitorie, di cui al regio decreto 18 dicembre 1941, n. 1368, e gli albi dei periti di cui all'articolo 67 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, devono essere aggiornati con cadenza almeno quinquennale, al fine di garantire, oltre a quella medico-legale, un'idonea e adeguata rappresentanza di esperti delle discipline specialistiche riferite a tutte le professioni sanitarie, tra i quali scegliere per la nomina tenendo conto della disciplina interessata nel procedimento. Nei casi di cui al comma 1, l'incarico e' conferito al collegio e, nella determinazione del compenso globale, non si applica l'aumento del 40 per cento per ciascuno degli altri componenti del collegio previsto dall'articolo 53 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."

esame esterno e esame autoptico del deceduto, le cause del suo decesso, precisando quale fosse la natura delle lesioni riportate nell'occorso e quali fossero le condizioni della persona offesa al momento del primo accesso al pronto soccorso. Accerti, altresì, se l'esercizio della professione sanitaria da parte degli esercenti la professione sanitaria che hanno avuto in cura la persona offesa sia stato improntato ai doverosi criteri di diligenza, prudenza e perizia, con il rispetto delle raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero in mancanza di queste delle buone pratiche clinico-assistenziali, e se le linee guida erano adeguate alle specificità del caso concreto; infine, precisi se, una condotta diligente, perita e prudente avrebbe impedito nel caso concreto con elevata probabilità il verificarsi dell'esito infausto, individuando il percorso diagnostico e/o terapeutico che i sanitari avrebbero dovuto mettere in atto nel caso concreto e che avrebbe avuto sempre con elevata probabilità effetto salvifico.

Con questa ipotesi esemplificativa di quesito, concludo queste brevi e prime considerazioni sui possibili riflessi della Legge Gelli-Bianco sull'attività dell'Autorità Giudiziaria in tema di responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria, confidando da un lato in interventi legislativi che colmino le lacune finora delineate e vengano ad ovviare agli involontari inconvenienti che la nuova norma penale comporterà nella sua concreta applicazione, dall'altro lato nel costante illuminato apporto del Giudice di legittimità che saprà delineare la corretta via interpretativa per le fasi di merito.

Sara Faina e Gianpaolo Mocetti

La responsabilità penale del produttore dei rifiuti

Sommario: 1. La responsabilità penale per omissione. 1.1. Essenza e caratteri dell'omissione penalmente rilevante. 1.2. L'obbligo giuridico di attivarsi; i criteri di identificazione della posizione di garanzia. 2. Posizioni di controllo e posizioni di protezione. 2.1. Posizione di garanzia per i reati dei terzi; il concorso omissivo negli altrui reati commissivi. 3. Posizioni di garanzia originarie e derivate; il trasferimento della posizione di garanzia. 3.1. Successione nella posizione di garanzia e delega di funzioni. 4. La disciplina sui rifiuti: gli obblighi giuridici del produttore. 5. La responsabilità penale del produttore dei rifiuti tra principi dell'Unione Europe e principi costituzionali. 6. La posizione di garanzia ed il concorso del produttore: le verifiche sul titolo autorizzativo del cessionario dei rifiuti. 7. La classificazione dei rifiuti. 8. La produzione dei rifiuti nelle attività affidate in appalto. 9. Conclusioni.

1. La responsabilità penale per omissione.

Il modello tradizionale di illecito penale è stato concepito dal liberalismo classico come "azione positiva": l'ordinamento impone al cittadino di astenersi dal violare gli altrui diritti intangibili, senza pretendere che si attivi in favore degli interessi altrui[181]. Storicamente, l'obbligo del cittadino si indirizza esclusivamente all'omissione: egli deve, cioè, omettere delle azioni che, se venissero commesse, lederebbero o porrebbero in pericolo la sicurezza dello Stato o dell'individuo e la cui commissione è, di conseguenza, vietata. L'eccezionalità delle fattispecie omissive negli ordinamenti di impronta liberale risulta confermato dall'analisi del Codice penale italiano del 1889, il quale relega ad un ruolo ridotto e ancillare - per lo più limitato al diritto penale speciale o accessorio – la responsabilità per omissione.

La crisi del tradizionale Stato liberale – che poneva precisi limiti all'intervento statuale nei settori economici – e l'affermarsi di nuovi orientamenti solidaristici portarono, tuttavia, già nel periodo a cavallo tra i due secoli, all'abbandono dell'originaria impostazione di "non

[181] "*L'obbligazione originaria del cittadino riguarda solo le astensioni*", sintetizza lucidamente FEUERBACH in *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden pinlichen Rechts*, Giessen, 1805, 24-25, evidenziando una linea di tendenza tipica dei sistemi codicistici dell'età liberale, che assegna alla responsabilità per omissione un ruolo ridotto e marginale.

ingerenza"dello Stato nell'attività privata dei cittadini e all'introduzione di nuove fattispecie omissive. L'orientamento volto a funzionalizzare la responsabilità omissiva al conseguimento di obiettivi solidaristici trova, quindi, conferma nella normativa penale emanata dal secondo dopoguerra ad oggi, espressione dello sforzo del Legislatore volto a potenziare la tutela di beni superindividuali o collettivi, quali l'economia e le risorse finanziarie pubbliche, l'ambiente, l'assetto urbanistico del territorio. Il ricorso alle fattispecie omissive, inoltre, se è espressione delle nuove istanze solidaristiche consacrate nell'art. 2 Cost., risponde altresì ad un'esigenza, imposta dallo sviluppo tecnologico della società, che determina l'emanazione di regole cautelari la cui violazione presuppone condotte omissive. Si è posto così l'accento sulla funzione promozionale del diritto penale, di cui la fattispecie omissiva costituirebbe lo "strumento tecnico-legislativo privilegiato"di attuazione. Mentre il diritto penale dell'azione sanzionerebbe, infatti, la lesione di beni giuridici già conseguiti, il diritto penale dell'omissione si configurerebbe quale "*strumento che concorre alla realizzazione del modello e degli scopi di promozione sociale prefigurati dalla Costituzione*"[182].

Alla progressiva estensione dell'area delle omissioni penalmente rilevanti si è accompagnata, infine, l'emersione di nuovi orientamenti nella dottrina italiana, sempre più propensa a riconoscere una propria dignità e autonomia al reato omissivo, studiato non più sulla falsariga di quello commissivo, ma come autonomo modello di illecito, che dal più risalente e tradizionale diverge nell'essenza e nei caratteri costitutivi e fondanti[183].

1.1. Essenza e caratteri dell'omissione penalmente rilevante.

Superata la storica impostazione che, nello sforzo di accomunare condotta attiva e omissiva in un solo contesto superiore, sia pure alla stregua di differenti percorsi ricostruttivi[184], concepiva

[182] NEPPI MODONA, *Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del codice penale*, in *Democrazia e diritto*, 1977.

[183] Sottolinea la peculiarità strutturale dei reati omissivi, fra gli altri, RONCO M., *Commentario sistematico al codice penale*, Bologna, 2007, peculiarità che attiene al piano del fatto tipico, dell'elemento soggettivo, del tentativo, del disvalore morale e giuridico tra le due tipologie di illecito: "*violando il divieto il soggetto è psichicamente attivo* versus *la causazione dell'offesa, mentre violando il comando è psichicamente inerte* versus *la promozione del bene giuridico*".

[184] La dottrina tradizionale ha tentato di attribuire *in primis* all'omissione un'essenza fisico-naturalistica, ravvisandovi alternativamente un'inerzia, un *aliud facere* o un "movimento interno nervoso con cui si arresta l'impulso ad agire". Tali percorsi ricostruttivi si sono, tuttavia, dimostrati incapaci di cogliere in pieno il fondamento della condotta omissiva: il primo, inidoneo a distinguere l'omissione dalla mera inerzia, priva di alcuna valenza

in termini fisico-naturalistici la natura intima di entrambe, la dottrina è ormai concorde nell'attribuire all'omissione un'essenza normativa, ravvisandone il *proprium* nel *non facere quoad debetur*. L'omissione consiste, quindi, nel mancato compimento dell'azione possibile che il soggetto ha il dovere giuridico, non anche solo morale o sociale, di compiere. Da un lato, è necessario, quindi, che sussista un obbligo giuridico di agire. Dall'altro, deve sussistere la possibilità di adempierlo, esclusa allorché manchino le necessarie attitudini psico-fisiche del soggetto o le condizioni esterne indispensabili per compiere l'azione (*ad impossibilia nemo tenetur*).

Posto tale comune fondamento, nell'esame strutturale del reato omissivo, la dottrina è solita distinguere tra reati omissivi propri (*delicta* omissiva) e reati omissivi impropri (*delicta* commissiva *per ommissionem*)[185]. Mentre nei primi si rimprovera all'omittente di non aver posto in essere un'azione giuridicamente doverosa, indipendentemente dal verificarsi o meno di un evento come conseguenza dell'omissione, nei secondi la legge incrimina il mancato compimento di un'azione giuridicamente doverosa imposta per impedire il verificarsi di un evento, che assurgerà a elemento costitutivo del fatto. Se, inoltre, i reati omissivi propri sono direttamente configurati da singole norme incriminatrici - che descrivono sia l'azione doverosa, sia i presupposti in presenza dei quali sorge l'obbligo giuridico di agire – , per lo più, i reati omissivi

penale; il secondo, che manca di considerare che, non sempre, chi omette di compiere l'azione dovuta compie un'altra azione, potendo rimanere totalmente inerte; il terzo, che identificando l'omissione con lo sforzo di inibizione che trattiene i nervi motori che spingono il soggetto all'azione, riduce la stessa ad un'entità meramente psichica, come tale non riconducibile alla più ampia nozione di condotta.

[185] Unitamente condivisa la terminologia, risulta ancora discussa la linea di demarcazione tra le due tipologie di reato. Secondo un primo orientamento (tra gli altri, VANNINI, *I reati commissivi mediante omissione*, Roma, 1916), ormai superato, il criterio distintivo tra le due fattispecie andrebbe ricercato nel carattere della norma violata: di comando, nei reati omissivi propri; di divieto, in quelli omissivi impropri. Si è, tuttavia, evidenziato a più voci che la differenza tra divieti e comandi si fonda, piuttosto, sulla natura della condotta richiesta: mentre i divieti esigono l'omissione, i comandi, invece, l'esecuzione di un'azione. Sono così emerse due soluzioni alternative: l'una che fa perno sulla struttura della fattispecie; l'altra sulle modalità di tipizzazione dell'illecito. Secondo quest'ultimo orientamento, puramente formale, i reati omissivi propri sarebbero tipizzati espressamente dalla legge, quelli impropri, di contro, sarebbero carenti di una previsione legislativa espressa, risultando dalla combinazione della norma penale di parte speciale configurante una fattispecie commissiva con la clausola generale dell'art. 40, cpv., c.p. (si veda, in tal senso, FIANDACA, *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, in *Foro Italiano*, 1983, V). Per converso, la prima e maggiormente condivisa soluzione ricostruttiva elabora un criterio distintivo di tipo "materiale": diversamente dai reati omissivi propri, integrati dal solo mancato compimento di un'azione comandata dalla legge, senza che rilevi il verificarsi dell'evento, nei reati omissivi impropri la realizzazione dell'evento appartiene alla fattispecie, il cui nucleo essenziale consiste nel mancato impedimento di un evento materiale. L'omittente assume, quindi, la veste di garante della salvaguardia del bene protetto e risponde anche dei risultati connessi al suo mancato attivarsi (così, MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2015)

impropri non sono configurati attraverso apposite norme di parte speciale, essendo la loro previsione il risultato del combinarsi di una disposizione di parte generale e di norme incriminatrici di parte speciale che vietano la causazione di un evento. In forza, infatti, della clausola di equivalenza di cui all'art. 40, cpv., c.p., "*non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo*"[186].

1.2. L'obbligo giuridico di attivarsi. I criteri di identificazione della posizione di garanzia.

Tale norma, fondativa della responsabilità penale commissiva mediante omissione, presupponendo l'inosservanza di un dovere normativo di impedire l'evento, comporta, tuttavia, la difficoltà, teorica e pratica, di individuare gli obblighi giuridici di attivarsi, la cui violazione comporti responsabilità omissiva. Due gli orientamenti che si sono tradizionalmente contrapposti nel tentativo di far luogo alla ricognizione della c.d. "situazione di garanzia": quello maggioritario e più garantista, che fa perno sul criterio formale della fonte dell'obbligo di garanzia[187], e quello che, viceversa, ascrivendo rilievo alla situazione fattuale, presuppone la ricorrenza in capo al soggetto-garante di un effettivo "*potere di signoria su alcune condizioni essenziali del verificarsi dell'evento tipico*"[188]. Si tratta di orientamento, questo, che, se certo ha avuto il merito di imporre un'analisi di tipo funzionale dei singoli rapporti di garanzia - indispensabile perché si possa selezionare, nell'ambito degli innumerevoli obblighi di attivarsi posti dalle numerose fonti considerate dalla teoria formale, quelli che assumono la consistenza di obblighi di garanzia, circoscrivendone l'effettivo perimetro - non va tuttavia esente da critiche, soprattutto laddove entra in rotta di collisione con il principio di riserva di legge.

[186] L'ambito di operatività della clausola di equivalenza *ex* art. 40, cpv., c.p., è, tuttavia, tradizionalmente limitato alle sole ipotesi commissive di evento causalmente orientate, per le quali, cioè, il legislatore non pretenda specifiche modalità di condotta tali da risultare incompatibili con una realizzazione omissiva.

[187] Alla stregua della c.d. teoria formale dell'obbligo (si veda, ad es., PALAZZO, *Corso di diritto penale*. *Parte generale*, Torino, 2006), in ossequio al prncipio della riserva di legge in materia penale, un obbligo di attivarsi rilevante *ex* art. 40, cpv., c.p. può nascere esclusivamente dalla legge, penale o extrapenale, o dal contratto. Più discussa, la possibilità di ricondurre nel novero delle fonti legittimanti la precedente azione pericolosa posta in essere dal soggetto, da cui deriverebbe l'obbligo giuridico di attivarsi per eliminare le conseguenze dannose.

[188] FIANDACA, *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, cit. Secondo l'opinione dottrinale qui riferita, l'elemento determinante per decidere dell'esistenza di una posizione di garanzia in capo ad un certo soggetto non sarebbe il dato formale rappresentato dalla giuridicità della fonte della relativa situazione di obbligo, ma il criterio sostanziale dell'effettivo dominio del garante su determinati fattori causativi dell'evento.

Preferibile è apparsa, allora, un'impostazione mediana[189] che, tentando un'integrazione tra i due esposti approcci formale e sostanziale, utilizza i criteri di carattere funzionale per discernere, tra i vari obblighi posti da norme diverse da quella dell'art. 40, cpv, c.p., quelli che hanno il significato di un obbligo di garanzia. Da un lato, si ricerca, quindi, la fonte giuridica – anche negoziale – che conferisca a taluno un obbligo di protezione o che gli affidi una fonte di rischio (specialmente, in seno ad organizzazioni o filiere complesse); dall'altro, si correggono gli inconvenienti propri dell'approccio solo formale, con l'esame dei connotati contenustico-funzionali delle singole posizioni di obbligo. Quanto a queste ultime, la fattispecie omissiva impropria presuppone che ad un soggetto sia attribuito dall'ordinamento giuridico il compito di proteggere certi interessi, essendo necessaria, quindi, l'esistenza di un particolare rapporto tra un soggetto (il garante) e un bene.

Ferma, dunque, la necessaria giuridicità dell'obbligo di attivarsi, in ossequio al principio di legalità, declinato nella speciale accezione della riserva di legge in materia penale, è, tuttavia, ancora richiesto il carattere "speciale"dell'obbligo stesso, che, in forza del principio di tassatività, deve connotarsi per il contenuto prettamente specifico (con conseguente esclusione dalla sfera del penalmente rilevante degli obblighi a contenuto generico ed indeterminato) e, allo stesso tempo, gravare su alcuni soggetti e non sulla generalità e riguardare solo alcuni beni e non tutti i beni di tutti i consociati. Ulteriore e decisivo elemento, necessario perché esista una posizione di garanzia, è che la protezione di uno o più dei beni giuridici sia l'oggetto immediato della situazione tipica di obbligo: in base al principio di personalità della responsabilità penale, infatti, si richiede l'esistenza di poteri giuridici impeditivi in capo al garante, che si specifichino ulteriormente in poteri di vigilanza sull'insorgenze di situazioni di pericolo e di intervento su tale situazione, che debbono essere conferiti al garante da una specifica norma; la preesistenza del potere-dovere impeditivo rispetto alla situazione di pericolo e la possibilità materiale del garante di compiere l'azione ostacolante idonea.

La necessità che sussistano tutti i requisiti citati induce a distinguere l'obbligo di garanzia rilevante perché possa essere riconosciuta la responsabilità penale omissiva impropria da altri obblighi giuridici di agire per la tutela di determinati beni, inidonei a fondare l'equivalenza normativa di cui all'art. 40, cpv., c.p. (o al più rilevanti a titolo di omissione propria, ove una

[189] ROMANO, *Commentario sistematico del Codice penale*, Milano, 2004.

norma penale ne sanzioni specificamente l'inadempimento). Tra questi, gli obblighi di sorveglianza che consistono nell'attribuzione a specifiche categorie di soggetti privi di poteri giuridici impeditivi dell'obbligo di vigilare sull'altrui attività e di informare il titolare o il garante del bene dell'eventuale commissione di fatti offensivi. Su altro piano si collocano, poi, i c.d. meri obblighi di attivarsi che, espressione del principio di solidarietà, sono talvolta imposti a soggetti privi di poteri giuridici impeditivi e di sorveglianza, al verificarsi di particolari presupposti di fatto individuati da una norma penale incriminatrice[190].

2. Posizioni di controllo e posizioni di protezione.

Sulla scorta del criterio funzionale suesposto, fondato sul contenuto materiale e sullo scopo della posizione di garanzia, è, inoltre, possibile distinguere tra posizioni di garanzia aventi ad oggetto la protezione di certi interessi, che postulano, cioè, l'esistenza di un particolare legame giuridico tra il garante e il titolare dei beni da proteggere, in virtù del quale al primo è affidato un compito di tutela di tali beni, attesa la totale o parziale incapacità del secondo di proteggerli adeguatamente (posizione di protezione, in senso stretto)[191], e posizioni di garanzia aventi ad oggetto, invece, il controllo di una particolare fonte di pericolo e implicanti l'esistenza in capo al soggetto garante di una situazione di dominio su un oggetto materiale o sullo svolgimento di un'attività, dai quali derivano dei pericoli per gli interessi dei terzi (posizione di controllo)[192]. Si parla, pertanto, di obblighi di protezione quando l'obbligo giuridico riguarda la tutela di uno o più beni che fanno capo a singoli soggetti (un bambino, un anziano, un malato, etc.) o a una determinata classe di soggetti (coloro che fanno il bagno in uno stabilimento balneare), nei

[190] Tipica l'ipotesi di cui all'art. 593 c.p. che sancisce a carico di "chiunque" l'obbligo di prestare soccorso a soggetti trovati in stato di incapacità di provvedere a sé stessi o comunque in pericolo. Il soccorritore occasionale, a differenza del garante, in mancanza di un preesistente potere impeditivo dell'insorgenza della situazione di pericolo, può, esclusivamente in via di fatto, impedire che tale situazione di pericolo evolva in una situazione maggiormente lesiva.

[191] Obblighi giuridici di protezione possono derivare dalle fonti più disparate. Ad esempio, nell'ambito dei rapporti di famiglia, è la legge che impegna i genitori a garantire la vita e l'integrità fisica dei figli minori; e, nei rapport tra i coniugi, l'obbligo reciproco di assistenza morale e materiale. Dalla fonte convenzionale deriva, invece, in via esemplificativa, il dovere di proteggere la vita dei bagnanti assunto dal bagnino, attraverso un contratto stipulato con il concessionario di uno stabilimento balneare.

[192] Vengono qui in evidenza sia pericoli creati da forze della natura, sia pericoli connessi allo svolgimento di attività umane. Ad esempio, l'obbligo di neutralizzare I pericoli per l'incolumità pubblica derivanti da inondazioni incombe su diversi organi, centrali e periferici, in cui si articola il Servizio della Protezione civile. Quanto agli obblighi di controllo su fonti di pericolo legate allo svolgimento di attività umane, si pensi, invece, ai pericoli per l'incolumità pubblica connessi al trasporto su strade sterrate.

confronti di una gamma più o meno ampia di pericoli di natura indeterminata. Si è titolari di una posizione di controllo, invece, quando al garante è attribuito il precipuo compito di neutralizzare i pericoli derivanti da una specifica e determinata fonte, in funzione di tutela di chiunque possa essere messo a repentaglio da quella fonte di pericolo.

2.1. Posizione di garanzia per i reati dei terzi. Il concorso omissivo negli altrui reati commissivi.

All'interno delle suddette posizioni di controllo di fonti di pericolo, una parte della dottrina[193] ricomprende anche le posizioni di garanzia aventi ad oggetto l'impedimento di azioni criminose di terzi. Tali obblighi, secondo il riferito orientamento, sarebbero riconducibili a quelli di controllo in quanto previsti in funzione dell'esigenza di imbrigliare la potenzialità lesiva di soggetti che a causa delle loro particolari condizioni possano considerarsi essi stesse fattori di rischio per i beni altrui. Si pensi, a titolo esemplificativo, agli obblighi gravanti su genitori, tutori, insegnanti, infermieri, titolari di poteri di educazione, istruzione, cura e custodia, di impedire i fatti dannosi dei figli minori, dei pupilli, degli scolari e degli infermi di mente (artt. 2047 e 2048 c.c.).

In senso critico, si è, tuttavia, osservato che – così opinando – non si terrebbe in debito conto di tutta una serie di ulteriori previsioni normative che prescrivono nei confronti di determinati soggetti l'obbligo di impedire reati di persone autoresponsabili, in ragione della particolare vulnerabilità di determinati beni rispetto a condotte criminose di terzi (situazione, quest'ultima, assimilabile a quella degli obblighi di protezione). È il caso dell'obbligo degli amministratori di società di provvedere alla salvaguardia del patrimonio sociale anche nelle ipotesi di attività illecita di altri amministratori, o degli appartenenti alle forze dell'ordine di impedire reati altrui.

È in questi casi che la condotta omissiva può assumere rilievo nell'ambito della fattispecie concorsuale, intendendo con ciò quella particolare manifestazione plurisoggettiva di un reato astrattamente monosoggettivo che rinviene nell'art. 110 c.p. la norma generale incriminatrice che tipizza e rende punibili – anche in ordinamenti, come il nostro, improntati ad una stretta legalità

[193] Tra gli altri, MANTOVANI, *Diritto penale*, cit.

formale – azioni non perfettamente integranti la condotta descritta dalla norma di parte speciale[194]. Purché si tratti di una condotta che abbia almeno agevolato la realizzazione del reato, infatti, il contributo di ciascun concorrente può assumere la veste tanto della condotta attiva quanto dell'omissione. Oltre alla lineare ipotesi in cui più soggetti si accordino per non adempiere ciascuno il proprio obbligo di *facere* (concorso nel reato omissivo), un soggetto, titolare di una posizione di garanzia avente ad oggetto gli specifici beni che la norma penale incriminatrice violata mira a proteggere, può concorrere nell'altrui reato commissivo omettendo di attivarsi in favore degli interessi di cui è garante (concorso per omissione nel reato commissivo). Tale figura rinviene il proprio fondamento giuridico nel medesimo primo capoverso dell'art. 40 c.p., rientrando nel concetto di "evento"non impedito, per diffusa opinione, anche il reato realizzato da altri. Affinché l'omissione assuma rilevanza penale è, tuttavia, necessario che essa sia condizione necessaria o quantomeno agevolatrice della realizzazione del fatto e che, allo stesso tempo, costituisca violazione dell'obbligo giuridico di impedire il reato, in mancanza del quale non può trovare applicazione l'art. 40, cpv., c.p.. E', pertanto, necessario che l'operatore giuridico verifichi la sussistenza di una fonte giuridica formale dalla quale derivi l'obbligo di attivarsi, avendo l'ordinamento giuridico attribuito ad un soggetto il compito di proteggere certi interessi. In mancanza di tale specifica relazione tra soggetto-garante e bene, potrà al più ravvisarsi una situazione di mera connivenza, consistendo questa nel comportamento, penalmente irrilevante, di chi assiste alla perpetrazione di un reato senza intervenire, non avendo però alcun obbligo giuridico di impedirne la commissione.

In tal senso, la giurisprudenza[195] è giunta a riconoscere la responsabilità concorsuale omissiva dei sindaci per i reati commessi dagli amministratori di una società, in virtù del precipuo

[194] La figura del reato concorsuale nasce, pertanto, dalla reciproca integrazione tra la norma generale di cu all'art. 110 c.p. e la singola norma incriminatrice di parte speciale. Quattro sono gli elementi comunemente intesi come costitutivi di tale peculiare fattispecie. In particolare, la pluralità di agenti costituisce il primo e il più tipico dei requisiti della figura di cui all'art. 110 c.p., in quanto connaturato al concorso. È, inoltre, indispensabile che siano realizzati i requisiti necessari per la sussistenza di una fattispecie penalmente rilevante, consumata o tentata, in ossequio ai principi di materialità e di offensività che ispirano il nostro ordinamento penale. Perché un soggetto risponda della commissione di un reato a titolo di concorso è necessario, poi, che abbia apportato un contributo personale alla realizzazione dello stesso, di natura materiale o morale (istigazione o determinazione), che non si limiti ad una mera adesione psicologica al fatto illecito, ostandovi il principio *cogitationis poenam nemo patitur*. Accanto all'elemento oggettivo, è, infine, necessaria la partecipazione soggettiva di ciascun concorrente nel reato, a titolo di dolo (consistente nella coscienza e volontà del fatto criminoso, unitamente alla volontà di concorrere con altri alla realizzazione del reato) o colpa (che richiede almeno la ricorrenza di un legame psicologico con l'agire altrui).

[195] Si veda, in particolare, Cass. pen., Sez. II, 17 settembre 1997, n. 9252

compito di controllare e vigilare l'andamento della gestione sociale ad essi attribuito dall'ordinamento civilistico. In forza del combinato disposto degli artt. 2403, 2407, cpv., 2045 e 2409 c.c., ai sindaci competono, infatti, specifici oneri di sorveglianza, cui corrispondono altrettanto specifici ed efficaci strumenti impeditivi, che danno luogo ad una vera e propria posizione di garanzia, volta a controllare l'attività di gestione degli amministratori, per evitare che questi strumentalizzino quell'attività per commettere reati. Qualora il sindaco abbia omesso di esercitare tale potere-dovere di vigilanza o sia comunque rimasto inerte nell'adozione di iniziative, previste dalla legge, per impedire o eliminare altrui irregolarità (e purché la sua condotta omissiva sia sorretta dal dolo, rispetto al fatto realizzato dagli amministratori), concorrerà nel fatto illecito posto in essere dagli amministratori, così agevolato.

Per converso, la giurisprudenza di legittimità è solida nell'escludere la responsabilità concorsuale omissiva del proprietario di un'area per l'opera abusiva[196] o per la gestione di discarica non autorizzata[197] o per lo stoccaggio di rifiuti tossici e nocivi[198], da altri realizzata sul proprio terreno. In tali casi, infatti, non è ravvisabile alcuna fonte giuridica formale dalla quale derivi l'obbligo, in capo al proprietario dell'area, di impedire gli illeciti (edilizi o connessi alla gestione dei rifiuti) da altri commessi sul terreno di suo dominio: tale fonte non può essere individuata nelle norme civilistiche che disciplinano la proprietà, né nelle specifiche discipline di settore. Il semplice fatto di essere proprietario di un terreno sul quale vengono svolti da terzi illeciti – pur potendo costituire un indizio grave – non è sufficiente da solo ad affermare la responsabilità penale omissiva impropria, nemmeno qualora il soggetto che riveste tale qualità sia a conoscenza che altri eseguano opere abusive o gestioni illecite dei rifiuti sul suo fondo. Pertanto, lo stesso potrà essere chiamato a risponderne – qualora, in base alle circostanze concrete, ne sussistano i presupposti – soltanto a titolo di concorso attivo, materiale o morale, e non già a titolo di concorso mediante omissione.

3. Posizioni di garanzia originarie e derivate. Il trasferimento della posizione di garanzia.

[196] Cass. pen., Sez. III, 8 luglio 1983, in *Cass. pen.*,, 1984, 2263
[197] Cass. pen., Sez. III, 10 giugno 2005, n. 21966
[198] Cass. pen., Sez. III, 1 luglio 2002, n. 32158

In base alla fonte istitutiva dell'obbligo giuridico di attivarsi per impedire l'evento, è possibile, invece, distinguere le posizioni di garanzia - siano esse di protezione o di controllo - in posizioni originarie o derivate, a seconda che spettino in considerazione del ruolo svolto o della posizione rivestita ovvero per l'effetto del trasferimento compiuto dal soggetto istituzionalmente garante ad altro soggetto, generalmente attraverso un contratto[199]. E', infatti, possibile che una pluralità di soggetti si avvicendi, specialmente nell'ambito di organizzazioni complesse e filiere pluripersonali, nel delicato ruolo di vigilare su specifici beni giuridici o determinate fonti di pericolo per i consociati. In questi casi, si pone, pertanto, la delicata questione di individuare chi sia l'effettivo titolare della posizione di garanzia da cui promana lo specifico potere-dovere di attivarsi e che sarà chiamato a rispondere penalmente nel caso in cui resti inerte nell'adozione di iniziative, legalmente previste e imposte, per prevenire o correggere situazioni di pericolo.

Sebbene sia in astratto ammessa la possibilità che la posizione di garanzia sia trasferita dal soggetto istituzionalmente garante ad altri, in ossequio ai criteri formale e funzionale sopra descritti, è, tuttavia, necessario che il suddetto passaggio, di oneri e competenze, rivesta determinati caratteri. Il trasferimento, infatti, deve, in primo luogo, partire dal titolare dell'interesse da proteggere o da un precedente garante, non sorgendo così alcun obbligo di garanzia nel noto esempio del filantropo che, prima di una gara di nuoto, assume un pescatore affinché se ne stia con la sua barca in prossimità del tratto di mare in cui si svolge la gara, al fine di prestare soccorso nel caso che uno dei nuotatori sia in pericolo. Se il pescatore – pur avendo recepito un corrispettivo per il suo intervento – rimane a casa durante la gara e uno dei nuotatori annega, non incorrerà in alcuna responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento, pur esistendo l'obbligazione contrattuale. Soltanto se questa fosse intercorsa tra il pescatore e uno dei nuotatori o con l'organizzatore della manifestazione – a cui va riconosciuta una posizione di garanzia in relazione alla vita e all'incolumità personale dei gareggianti – il primo avrebbe effettivamente assunto il ruolo di una "istanza di protezione"dei beni da tutelare.

Il secondo e indispensabile elemento che deve integrare il trasferimento di una posizione di

[199] In quest'ultimo caso, la forza vincolante del contratto trova il suo fondamento nella legge che, all'art. 1372 c.c., attribuisce un tale valore all'incontro della volontà delle parti. Sennonché, l'efficacia vincolante del contratto non è da sola sufficiente a determinare la nascita di un obbligo di garanzia, essendo del pari necessario che sulla base del contratto – concluso con il titolare dell'interesse da proteggere o con un suo precedente garante - si sia attribuito ad un soggetto il ruolo di "istanza di protezione" di un certo bene: è quanto avviene allorché, sulla scorta del contratto, il bene sia concretamente affidato, sorgendo così un effettivo rapporto tra garante e bene da proteggere.

garanzia è costituito, poi, dal concreto affidamento del bene da proteggere: al nuovo garante dovrà, infatti, essere trasferito, in via preventiva rispetto all'insorgenza della situazione di pericolo, l'intero corredo di poteri giuridici impeditivi (che si specificano ulteriormente in poteri di vigilanza e di intervento) e lo stesso dovrà in concreto avere la possibilità di compiere l'azione ostacolante idonea (*ad impossibilia nemo tenetur*).

3.1. Successione nella posizione di garanzia e delega di funzioni.

Posti tali imprescindibili caratteri, il trasferimento di una posizione di garanzia può in concreto atteggiarsi diversamente.

Si parla, in particolare, di successione nella titolarità della posizione di garanzia nei casi in cui una pluralità di soggetti si avvicendano nella cura e nella protezione di un dato interesse giuridico che potrebbe essere leso nello svolgimento di un'attività avente natura complessa, in quanto frutto di una cooperazione – spesso multidisciplinare – di tipo diacronico. Classico è l'esempio del personale sanitario che si succede nel turno e lavora nel medesimo reparto ospedaliero, occupandosi dello stesso caso non contestualmente, bensì l'uno di seguito all'altro. In questi casi, con la successione, il garante che cede la propria posizione di garanzia, avendo esaurito il proprio turno di lavoro, è liberato da ogni obbligo legato alla stessa, senza che residui alcuna responsabilità, neppure *in vigilando*. Si realizza così una sostituzione del garante originario con un garante derivato, che assume su di sé tutti gli obblighi impeditivi[200]. È necessario, tuttavia, che ricorrano talune condizioni perché un soggetto possa validamente ed efficacemente liberarsi della propria posizione di garanzia, cedendola a un terzo che succede nella medesima funzione e assume i medesimi doveri e poteri di intervento: il trasferimento, infatti, deve aver luogo in forza di una fonte formale che lo consenta (quale la legge o il contratto); e il cessionario deve essere posto in condizione di assumere l'effettivo dominio fattuale sulla fonte di pericolo da controllare o sul bene da proteggere, equivalente a quella del cedente e con i medesimi poteri impeditivi[201]. Ricorrendo queste condizioni, la posizione di garanzia si trasferisce al cessionario con liberazione

[200] Così, GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio. La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Ind. Pen.*, 2000, 581.

[201] In campo medico, l'effettivo dominio sulla situazione fattuale oggetto di cessione viene a realizzarsi anche grazie all'obbligo informativo che grava sul medico uscente, dovendo questi rendere edotto il subentrante della necessità di un'attenta osservazione e di un controllo costante dell'evoluzione della malattia del paziente che sia soggetto a rischio di complicanze.

del cedente, sempre che quest'ultimo – garante originario – abbia adempiuto diligentemente i propri obblighi, cedendo un'attività immune da inosservanze cautelari[202]: allorché l'attività sia, invece, inficiata dalla violazione di regole cautelari, in giurisprudenza prevale una soluzione ispirata all'opposto principio della c.d. continuità delle posizioni di garanzia[203].

Se, dunque, nell'ipotesi di successione il garante originario, di regola, dismette totalmente i propri poteri impeditivi, con conseguente liberazione integrale del soggetto recedente dalla funzione impeditiva, a seguito della cessione al nuovo titolare della fonte di pericolo, da questa si è soliti distinguere l'ipotesi della delega, in cui il garante originario si limita a trasferire ad altri specifiche competenze in un dato settore di attività, conservando, tuttavia, un generale obbligo di vigilanza e controllo sull'attività del delegato. In tal senso - si è osservato - mentre nella successione nella titolarità della posizione di garanzia si assiste ad una vera e proprio sostituzione di un soggetto ad un altro, nella delega, il soggetto istituzionalmente preposto continua a rispondere degli illeciti compiuti nell'ambito dell'attività delegata insieme al soggetto incaricato, conservando il potere-dovere di sorvegliare l'operato altrui. In questo caso, si realizza, pertanto, una mera trasformazione degli oneri originariamente gravanti sul titolare della posizione di garanzia in specifici obblighi di vigilanza e successivo intervento, con evidenti effetti sul piano della colpevolezza.

Perché tale trasformazione operi, tuttavia, è necessario che anche la delega, così come la successione (e in generale ogni fattispecie di trasferimento di posizioni di garanzia), presenti determinati caratteri, imposti dal principio di legalità e di responsabilità personale in materia penale. In particolare, superata l'impostazione formalista contraria all'ammissibilità di una rilevanza penale di una delega di funzioni[204], la giurisprudenza tende oggi a considerare questa una forma di vero e proprio adempimento degli obblighi di diligenza del titolare della posizione di

[202] Chi cede, infatti, un'attività immune da violazioni procedurali può legittimamente invocare il principio di affidamento, non essendo sufficiente a fondare la responsabilità penale la sola prevedibilità della commissione di fatti colposi da parte di terzi autoresponsabili, essendo venuto meno il precedente obbligo giuridico di attivarsi per impedire l'evento.

[203] Cass. pen., Sez. IV, 26 maggio 1999, n. 214248: "*Non si può quindi ipotizzare affidamento quando colui che si affida sia in colpa per avere violato determinate norme di condotta e, ciononostante, confidi che altri che gli succede nella posizione di garanzia elimini la violazione e ponga rimedio a conseguenze negative di sua colpa già estrinsecata*".

[204] In ossequio al principio di legalità, infatti, parte della dottrina si era mostrata contraria ad ammettere che il titolare degli obblighi di garanzia, individuato dalla legge penale, li dismettesse attravero il loro trasferimento ad altro soggetto discrezionalmente scelto e individuato con atto di autonomia privata.

garanzia, in presenza di taluni presupposti oggettivi e in assenza di taluni profili di carattere soggettivo implicanti la sussistenza di un atteggiamento colposo del delegante[205]. In tal senso, preliminare importanza è data alle dimensioni della realtà organizzata, potenziale fonte di pericolo per gli interessi da tutelare, in cui è incardinato il soggetto istituzionalmente garante (si pensi ad un'azienda medio-grande) che, se apprezzabili, possono giustificare e far considerare legittimo – se non addirittura necessario - il ricorso alla delega. Nel generale potere-dovere che spetta al soggetto responsabile di organizzare l'attività in modo adeguato alla salvaguardia degli interessi di terzi, messi in gioco dallo svolgimento della stessa, rientrerebbe, infatti, anche il potere di delegare a specifici soggetti preposti il controllo di determinate fasi o specifici settori; delega che si rivelerà anzi auspicabile tanto maggiore sarà il grado di complessità dell'organizzazione, non potendo il soggetto apicale materialmente farsi carico di tutte le incombenze inerenti al suo ruolo.

La giurisprudenza richiede, tuttavia, una rigorosa indagine circa l'effettività della delega: al fine di distinguere dal corretto esercizio del potere di delega le negligenti scelte discrezionali in materia organizzativa dei vertici di una struttura o l'artificiosa devoluzione di responsabilità da parte dei titolari di posizioni di garanzia verso altri soggetti offerti come "capro espiatorio"in caso di perseguimento di violazioni di legge, si ritiene necessario verificare l'idoneità tecnica del delegato (che dovrà essere munito dei titoli eventualmente prescritti dalla legge, nonché di concreta capacità tecnica, qualità professionali ed esperienza specifica proporzionate al tipo di funzioni attribuite e alle modalità di svolgimento delle attività di competenza), nonché il conferimento allo stesso di effettivi poteri correlati alle funzioni da esercitare (circoscrivendo con precisione l'oggetto dell'incarico devoluto e devolvendo tutte le facoltà necessarie, ivi incluse quella di organizzazione autonoma e di spesa). Perché il requisito dell'effettiva devoluzione sia riscontrato, inoltre, l'atto di delega dovrà avere le caratteristiche della certezza, riscontrabili unicamente - secondo la giurisprudenza di legittimità – in un atto espresso, inequivoco e certo[206]. La delega, infatti, dovrà, *in primis* essere effettivamente conosciuta nel suo preciso contenuto dal

[205] In linea con tale elaborazione giurisprudenziale, il Legislatore del 2009 è intervenuto a disciplinare il fenomeno della delega nel campo della sicurezza sul lavoro (T.U. 9 aprile 2008, n. 81) che costituisce oggi l'archetipo formale di riferimento per ogni altro settore non espressamente toccato dalla iniziativa normativa.

[206] In realtà sul campo si fronteggiano due orientamenti altalenanti della giurisprudenza: quello che ritiene che si possa fare a meno del requisito della forma scritta quando il trasferimento di funzioni sia ricavabile dalla concreta ripartizione di compiti e poteri nelle imprese di grandi dimensioni; e quello che è, invece, contrario alle deleghe implicite e prive della forma scritta, reputando necessaria anche una formale pubblicità delle stesse all'interno e all'esterno dell'organizzazione.

soggetto delegato, che dovrà espressamente accettare di assumere tale incombenza; solo prendendo in carico i compiti e assumendo i poteri di spettanza del delegante, infatti, egli consentirà quel reale trasferimento di responsabilità che il delegante, da solo e autoritativamente, non può realizzare. Successivamente, alla delega dovrà essere data idonea pubblicità rispetto ai terzi, che saranno così messi nelle condizioni di verificare chi siano i soggetti titolari effettivi della posizione di garanzia.

Gli ulteriori presupposti perché sia data rilevanza penale alla delega attengono a profili soggettivi ed investono, da un canto, i poteri indelegabili del titolare della posizione di garanzia e, dall'altro, gli eventuali condizionamenti sul delegato che possono derivare dalle ingerenze del delegante. La giurisprudenza considera investito, infatti, il dirigente dell'organizzazione di un generale dovere, indelegabile, di orientare le politiche di gestione delle attività, in maniera da evitare danni ai titolari dei beni che potrebbero essere da queste minacciati: per questa ragione, se l'illecito è derivato da cause strutturali dovute ad omissioni di scelte generali o a modelli organizzativi fissati dagli organi titolari delle funzioni, la delega non potrà avere rilievo scusante[207]. Altro aspetto funzionale non delegabile è il dovere di vigilanza sull'organizzazione: nel caso della delega, infatti, a differenza di ciò che avviene in sede di successione, il soggetto delegante non si libera dell'originaria posizione di garanzia, dismettendo ad altri le proprie responsabilità, ma vede semplicemente trasformati i suoi originari obblighi in doveri di vigilanza e di intervento sull'attività (conosciuta e conoscibile) posta in essere dal delegato. Si parla, in particolare, di "residuo non delegabile", in forza del quale la delega di funzioni non esclude l'obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite. La delega avrà, pertanto, effetti solo sul piano della colpevolezza, in quanto la responsabilità del delegante potrebbe venire esclusa quando lo stesso dimostri di avere osservato diligentemente i propri doveri di sorveglianza, non avendo altrimenti potuto impedire le irregolarità poste in essere dal soggetto delegato[208]. Viceversa, la responsabilità

[207] Così, ad esempio, Cass. pen., Sez. III, 17 gennaio 2000, n. 422.

[208] Può ben residuare, quindi, una responsabilità del delegante in relazione al reato commesso dal delegato nell'esercizio dei poteri assegnatili. La questione non si pone in termini problematici nei casi in cui, essendo colposo il reato commesso dal delegato, si contesti al delegante un concorso anche omissivo di tipo colposo, addebitandosi un negligente monitoraggio dell'attività espletata nell'esercizio della delega. Più complessa la questione nei casi in cui sia doloso il reato commesso dal delegato, essendo richiesto, in tali ipotesi, che il delegante abbia quantomeno accettato il rischio di commissione della fattispecie, omettendo, pertanto, con dolo eventuale.

del delegante andrà ammessa tanto quando il delegato gli abbia chiesto di intervenire ed egli non si sia adeguatamente attivato, quanto nel caso in cui il titolare della posizione di garanzia, nonostante la delega, non lasci autonomia al preposto in relazione alla specifica attività dalla quale scaturisce l'illecito[209].

4. La disciplina sui rifiuti: gli obblighi giuridici del produttore.

In base alla ricostruzione sistematica sopra affrontata, dunque, perché un soggetto possa essere chiamato a rispondere penalmente per non aver impedito un evento, a norma dell'art. 40, cpv., c.p., è necessario che sussista, oltre alla possibilità materiale di intervento, un obbligo giuridico e formale di attivarsi che assuma il precipuo contenuto della posizione di garanzia. E', pertanto, essenziale verificare caso per caso che ricorrano le suddette condizioni, in base alla disciplina normativa di riferimento.

Un caso peculiare e discusso è quello che coinvolge la materia della gestione dei rifiuti, che ha visto negli anni giurisprudenza e dottrina interrogarsi – tra gli altri – sul tema della posizione del produttore di rifiuti, per tale intendendosi "*il soggetto la cui attività produce rifiuti e il soggetto al quale sia giuridicamente riferibile detta produzione (produttore inziale) o chiunque effettui operazioni di pretrattamento, di miscelazione o altre operazioni che hanno modificato la natura o la composizione di detti rifiuti (nuovo produttore)*"[210]. In particolare, discussa è la possibilità di ravvisare in capo al soggetto che produce il rifiuto una vera e propria posizione di garanzia, in virtù della quale essere chiamato a rispondere a titolo omissivo improprio per non aver impedito quegli eventi, lesivi degli interessi giuridici protetti dalla normativa ambientale, ivi inclusi i fatti illeciti da altri soggetti, coinvolti nella filiera dei rifiuti, posti in essere. Per rispondere in maniera esaustiva a tale quesito sarà, quindi, necessario partire dall'analisi della figura del produttore di rifiuti all'interno della normativa specifica, per verificare quali siano gli obblighi e gli oneri sullo stesso gravanti e valutare se gli stessi siano rilevanti *ex* art. 40, cpv., c.p., e, pertanto, idonei a fondare una responsabilità omissiva impropria.

[209] Posto che l'ingerenza è cosa diversa dal controllo e postula un intervento e una diretta e penetrante influenza ed interferenza da parte del delegante nell'attività e nelle scelte del delegato, la giurisprudenza ritiene che la stessa configuri un vero e proprio atto di revoca della delega conferita, comportando perciò una riemersione della responsabilità piena del delegante (Cass. pen., Sez. IV, 30 maggio 1991, n. 11457).

[210] Art. 183, comma 1, lett. f), D. Lgs., 3 aprile 2006, n. 152.

In particolare, in via di estrema sintesi, varie disposizioni normative, anche di secondo livello[211], esprimono il principio generale – ribadito dalla giurisprudenza[212] - che, per una corretta gestione dei rifiuti, il produttore ha l'onere di osservare la massima diligenza fin dalla fase di classificazione iniziale del rifiuto, al fine di individuarne il regime giuridico di riferimento. La classificazione dei rifiuti è, infatti, la fase preliminare ed indispensabile per poter gestire correttamente tutte le fasi che vanno dalla predisposizione dei documenti amministrativi (registri, FIR, etc.) al controllo dell'eventuale deposito temporaneo e/o delle autorizzazioni al deposito, all'intermediazione, al trasporto sino al recupero e allo smaltimento finale[213].

Per i soggetti indicati dall'art. 190 del Decreto Legislativo, 3 aprile 2006, n. 152 è previsto, inoltre, l'obbligo – sanzionato a livello amministrativo – di tenuta di un registro di carico-scarico, su cui devono essere annotate le informazioni sulle caratteristiche qualitative e quantitative dei rifiuti. Tali soggetti debbono provvedere alla registrazione entro 10 giorni lavorativi dalla produzione del rifiuto (carico) e dallo scarico del rifiuto prodotto. Tale registro dovrà essere conservato presso l'impianto di produzione, integrato con i formulari di identificazione di cui all'art. 193 del Decreto Legislativo sopra citato, per 5 anni dalla data dell'ultima registrazione. Tutti i soggetti obbligati alla tenuta del registro di carico e scarico dovranno, infine, comunicare al Catasto dei rifiuti (presso le Camere di Commercio di competenza) le quantità e le caratteristiche qualitative dei rifiuti oggetto delle loro attività, tramite il Modello Unico Dichiarazione ambientale (MUD), entro il 30 aprile di ogni anno.

Il produttore di rifiuti è, poi, responsabile della corretta gestione del deposito temporaneo, per ciò intendendosi il raggruppamento di rifiuti effettuato, prima della raccolta, nel luogo in cui gli stessi vengono prodotti, che è soggetto a precise direttive normative[214].

---

[211] In particolare, si vedano gli artt. 7, D. Lgs. 133 del 2005, 2, D.M. 3 agosto 2008, 8, D.M. 5 febbraio 2008.

[212] Cass. Pen., Sez. Feriale, 13 novembre 2012, n. 43886.

[213] Secondo quanto previsto dal Catalogo Europeo dei Rifiuti (CER), ogni rifiuto è identificato da un codice numerico di 6 cifre, dove ciascuna coppia di numeri ne identifica la classe, la sottoclasse e la categoria. L'assegnazione del codice CER ad un rifiuto rispetta una procedura indicata ai punti 2. – 3. (3.1., 3.2., 3.3., 3.4.) all'Allegato D alla Parte IV del D. Lgs., 3 aprile 2006, n. 152, che deve essere applicata dal produttore con molta attenzione, rispettando la sequenza operativa descritta. La scorretta classificazione non è, di per sé, sanzionata da alcuna norma, ma può condurre alla commissione di diversi reati puniti con sanzione penale (gestione di rifiuti non autorizzata, traffico illecito di rifiuti).

[214] I rifiuti stoccati devono, infatti, essere divisi per categorie omogenee (è vietato miscelare categorie diverse di rifiuti pericolosi e rifiuti pericolosi con rifiuti non pericolosi) e nel rispetto delle relative norme tecniche e, per i rifiuti pericolosi, nel rispetto anche delle disposizioni specifiche previste, anche con riferimento all'imballaggio e all'etichettatura. Inoltre, i rifiuti stoccati non devono contenere policlorodibenzodiossine, policlorodibenzofurani,

I rifiuti devono essere, infine, raccolti e avviati ad operazioni di recupero o di smaltimento con modalità, rimessa alla scelta alternativa del produttore di rifiuti, di natura temporale (con cadenza almeno trimestrale, indipendentemente dalla quantità in deposito) ovvero a volume (quando il quantitativo di rifiuti in deposito raggiunga complessivamente i 30 metri cubi di cui 10 di rifiuti pericolosi, ma, in ogni caso - allorché il quantitativo di rifiuti pericolosi non superi il quantitativo riportato – anche optando per tale modalità, il deposito temporaneo non può avere durata superiore ad un anno)[215]. Il produttore dovrà, allora, provvedere direttamente al loro trattamento ovvero conferirli a soggetti che gestiscono il servizio pubblico di raccolta dei rifiuti urbani, con i quali sia stata stipulata apposita convenzione, ovvero a terzi autorizzati, ai sensi delle disposizioni vigenti, alle attività di recupero o di smaltimento. In quest'ultimo caso, tuttavia, sul produttore gravano due ulteriori obblighi. *In primis*, tale soggetto ha l'onere di verificare le autorizzazioni del trasportatore incaricato[216] e dell'impianto di recupero/smaltimento al quale spedisce il rifiuto. Come specifica l'art. 188, comma 1, Decreto Legislativo, 3 aprile 2006, n. 152, il produttore iniziale, tuttavia, conserva comunque la responsabilità per la corretta gestione del rifiuto per l'intera catena di trattamento, anche qualora trasferisca ad altri la competenza in materia di trattamento. Ai commi 2 e 3, tuttavia, la norma introduce due eccezioni al principio della corresponsabilità: in particolare, per i produttori iscritti al SISTRI, la responsabilità sarà limitata alla rispettiva sfera di competenza, stabilita dal suddetto sistema di controllo della tracciabilità dei rifiuti; negli altri casi, la responsabilità è comunque esclusa - oltre al caso, sopra enunciato, in cui i rifiuti siano stati conferiti al servizio pubblico di raccolta, previa convenzione – qualora il produttore sia in possesso del formulario di cui all'art. 193, Decreto Legislativo, 3 aprile 2006, n. 152, controfirmato e datato in arrivo dal destinatario, entro tre mesi dalla data di conferimento dei rifiuti al trasportatore (termine elevato a sei mesi, in caso di spedizione transfrontaliera); alla scadenza del predetto termine dovrà, invece, provvedere a dare comunicazione alla Provincia (o

policlorodibenzofenoli in quantità superiore a 2,5 parti per milione (ppm), né policlorobifenile e policlorotrifenili in quantità superiore a 25 parti per milione (ppm).

[215] I tempi di giacenza si misurano fondamentalmente in base alle registrazioni di messa in carico fatte sul registro di carico e scarico. Il sistema sanzionatorio prevede che se non si rispettino tali regole si incorre, alternativamente, nei reati di deposito incontrollato o abbandono di rifiuti e discarica abusiva (art. 256, D. Lgs., 3 aprile 2006, n. 152).

[216] Il produttore di rifiuti conserva l'onere del corretto avvio allo smaltimento o recupero fino alla destinazione finale: non si spoglia, quindi, della responsabilità dei suoi rifiuti semplicemente consegnandoli al trasportatore terzo, ma conserva l'onere di vigilanza circa il buon esito del viaggio dei rifiuti verso il sito finale che deve essere necessariamente conosciuto e verificato sia dal produttore sia dal trasportatore al momento della partenza.

alla Regione, se trattasi di spedizione transfrontaliera) della mancata ricezione del formulario. In tal senso, dunque, sul produttore di rifiuti, che non intende procedere con l'autosmaltimento ovvero con l'affidamento al servizio pubblico di raccolta dei propri rifiuti, gravano due importanti obblighi giuridici, il cui adempimento lo rende esente da alcuna responsabilità penale connessa alla gestione dei rifiuti: il controllo delle autorizzazioni di cui i soggetti destinatari devono essere legislativamente provvisti e il possesso del formulario datato e controfirmato dal destinatario o, in alternativa, la denuncia della mancata ricezione dello stesso all'ente locale di riferimento.

5. La responsabilità penale del produttore dei rifiuti tra principi dell'Unione Europea e principi costituzionali.

Tracciato, dunque, il quadro normativo vigente nell'ordinamento nazionale, un'analisi compiuta della tematica della responsabilità penale del produttore dei rifiuti non può prescindere da uno sforzo di inquadramento di tale disciplina nazionale nel contesto dei principi dell'Unione Europea in materia ambientale, che, di tale disciplina, costituiscono in tessuto fondante. Infatti, le specifiche disposizioni dettate sulla responsabilità del produttore dal Decreto Legislativo 3 aprile 2006, n. 152 e la relativa elaborazione giurisprudenziale non possono essere comprese – e potremmo dire – giustificate appieno, senza un riferimento all'art. 191, comma 2 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e, in particolare, ai principi dell'elevato livello di tutela, della precauzione e dell'azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché al principio "chi inquina paga".

Proprio con esplicito richiamo a tali principi, infatti, l'art. 178 dello stesso Decreto Legislativo 3 aprile 2006, n. 152, prevede come la gestione dei rifiuti debba essere il luogo della responsabilizzazione e della *"cooperazione di tutti i soggetti coinvolti nella produzione, nella distribuzione, nell'utilizzo e nel consumo di beni da cui originano i rifiuti"*stessi.

La corresponsabilizzazione viene frequentemente in rilievo, nell'ordinamento, come mezzo per il conseguimento di obiettivi di tutela. Accade spesso, in particolare in ambito civile, che, per accrescere il livello di protezione di posizioni giuridiche, si individuino una pluralità di responsabili, ovvero dei soggetti tenuti, in qualche modo, a rispondere, contemporaneamente ed in via solidale, di un determinato illecito; e ciò, ad esempio, sulla base di uno specifico rapporto - di

proprietà o di custodia - rispetto ad una *res* e a prescindere da una specifica condotta del soggetto in capo al quale viene allocata la responsabilità[217].

Tuttavia, non può sfuggire come, in materia penale, tale modo di operare determinerebbe un attrito con principi di rilievo costituzionale, quali quello che afferma il carattere personale della responsabilità, imposto dall'art. 27, comma 1 Cost., e quello di tipicità. I richiamati principi costituzionali impongono, infatti, che la sanzione penale debba necessariamente essere conseguenza di una condotta personale, colpevole e analiticamente descritta dalla norma incriminatrice. Ebbene, tale possibile tensione non può che suggerire, all'inteprete, un atteggiamento di particolare rigore, anche in materia ambientale. Vengono, infatti, in rilievo, da un lato, le istanze di protezione di un bene giuridico essenziale come l'ambiente e, dall'altro lato, l'esigenza di affermazione di principi costituzionali fondamentali, posti a base della tutela della persona e della sua libertà.

Letta dalla prospettiva del carattere personale della responsabilità, la materia della gestione dei rifiuti sembrerebbe, in prima approssimazione, governata da un modello caratterizzato da elementi di specificità. L'art. 188, comma 1, del Decreto Legislativo 3 aprile 2006, n. 152, stabilisce, infatti, un principio di generale responsabilità del produttore iniziale o altro detentore dei rifiuti per l'intera catena del trattamento; tanto che, con una tecnica di redazione iterativa, il legislatore tiene a precisare che anche *"qualora il produttore iniziale o il detentore trasferisca i rifiuti per il trattamento preliminare a uno dei soggetti consegnatari di cui al presente comma, tale responsabilità, di regola, comunque sussiste."*

Nel contesto della disciplina generale, la responsabilità del produttore, si proeitta anche su condotte poste in essere da terzi. Nell'architettura dell'art. 188, la fattispecie che sembrerebbe ordinaria, quella nella quale si risponde esclusivamente delle fasi gestionali soggette al proprio diretto controllo, viene relegata ad un regime di eccezione. Infatti - in disparte il caso dei produttori o detentori iscritti al sistema di controllo della tracciabilità dei rifiuti (SISTRI) ed in regola con i relativi adempimenti, che rispondono limitatamente alla *"rispettiva sfera di competenza stabilità dal predetto sistema"*- la responsabilità del produttore e detentore, è esclusa, naturalmente al di fuori dei casi di concorso nel fatto illecito, solo in due ipotesi : *"a) a seguito del conferimento di rifiuti al servizio pubblico di raccolta previa convenzione;"*oppure *"b) a seguito*

[217] Ci si riferisce, a titolo esemplificativo, alla disciplina di cui agli artt. 2051, 2052, 2054, comma 3, del c.c.

del conferimento dei rifiuti a soggetti autorizzati alle attività di recupero o di smaltimento, a condizione che il produttore sia in possesso del formulario di cui all'articolo 193 controfirmato e datato in arrivo dal destinatario entro tre mesi dalla data di conferimento dei rifiuti al trasportatore, ovvero alla scadenza del predetto termine abbia provveduto a dare comunicazione alla provincia della mancata ricezione del formulario".

Emerge quindi come la responsabilità - si badi bene, come avremo modo di vedere, anche quella di natura penale - possa incardinarsi in capo al produttore o al detentore di rifiuti, non solo in conseguenza di un'attività da essi posta direttamente in essere, ma anche per effetto di condotte illecite di terzi, cui il produttore o il detentore si siano rivolti, per la relativa gestione.

Gli obiettivi di tutela ambientale sembrano, quindi, avere legittimato una sorta di responsabilità di filiera, che, salve le eccezioni previste dalla legge, accomuna, in caso di illeciti, le sorti dei diversi soggetti, che si siano avvicendati nel possesso dei rifiuti; e ciò dalla loro produzione fino al definitivo recupero e smaltimento.

Il legislatore ha voluto che il produttore, che ha dato corso all'attività da cui sono originati i rifiuti, risponda della relativa gestione fino all'esito finale delle attività di recupero o smaltimento. Tale modello costituisce applicazione, anche in un'ottica di imputazione delle responsabilità, del principio "chi inquina paga", cui abbiamo già fatto prima riferimento. In particolare, se dall'art. 183, comma 1, lett. f), del Decreto Legislativo, 3 aprile 2006, n. 152, si ricava pianamente che il produttore è il soggetto il quale, con la sua attività, ha dato origine ai rifiuti[218], appare assolutamente coerente col principio "chi inquina paga"che tale soggetto sia responsabile della corretta gestione dei medesimi rifiuti, unitamente agli altri protagonisti della filiera del recupero o dello smaltimento.

Tuttavia, mentre in materia civile tale tecnica di allocazione delle responsabilità non pone particolari problemi, in materia penale, l'attribuzione di profili di responsabilità al produttore, per illeciti gestionali non direttamente connessi alla condotta di questi, transita per gli istituti del reato omissivo improprio e del concorso cui, non casualmente, è stata dedicata la parte iniziale delle presenti note.

[218] Non ci si sofferma, in questa sede, sulle implicazioni dell'introduzione della categoria di produttore in senso giuridico operata dal D.L. 19 giugno 2015, n. 78, convertito con modificazioni, dalla L. 6 agosto 2015, n. 125, cui faremo cenno nel paragrafo 8 che segue.

6. La posizione di garanzia ed il concorso del produttore: le verifiche sul titolo autorizzativo del cessionario dei rifiuti.

Tralasciamo volutamente il caso, nel quale il produttore pone in essere direttamente l'attività di gestione illecita dei propri rifiuti, attraverso una condotta attiva o omissiva ad esso direttamente riferibile. In tale ipotesi, infatti, non si pongono particolari problemi: le attività poste in essere direttamente dal produttore in violazione della legge, evidenzieranno, in capo al produttore, condotte direttamente riconducibili ai diversi reati previsti dagli articoli 255 e ss. del Decreto Legislativo, 3 aprile 2006, n. 152, che potranno essere allo stesso contestati, secondo i criteri ordinari.

Più interessanti sono le fattispecie, peraltro ricorrenti nella pratica, nelle quali la responsabilità penale del produttore viene ricollegata a condotte poste in essere da soggetti diversi della filiera di gestione. In tali ipotesi la configurazione della responsabilità penale del produttore dei rifiuti dovrà fondarsi per così dire, in diritto, sulla verifica della sussistenza in capo al produttore stesso di una posizione di garanzia o di controllo e, in fatto, sul riscontro della violazione, nella concreta situazione in esame, degli obblighi a tale posizione riconducibili[219].

Seguendo l'ordine sistematico utilizzato nei paragrafi iniziali, possiamo affermare, in via preliminare, che la gestione dei rifiuti costituisce terreno d'elezione per l'operatività delle fattispecie omissive. Gli obiettivi di tutela ambientale, posti alla base dei principi richiamati dall'art. 191, comma 2, del Trattato e dall'art. 178 del Decreto Legislativo, 3 aprile 2006 n. 152, impongono obblighi di condotte attive, presidiati da sanzioni penali. La gestione dei rifiuti, peraltro connotata dalla giurisprudenza come pericolosa ai sensi dell'art. 2050 del c.c.[220], viene condotta, inoltre, con ampio ricorso a infrastrutture tecnologicamente articolate e complesse. La connotazione tecnologica dell'attività e la finalità di assicurare la tutela del bene ambiente incardina, quindi, in capo ai protagonisti della filiera, precisi obblighi di conformazione a norme

[219] Per un'interessante ricostruzione dei profili della responsabilità penale dei protagonisti della filiera della gestione dei rifiuti, si veda PAONE, *Le responsabilità soggettive nella filiera dei rifiuti (nota a Cass. pen. n. 13363/2012)*, in *Ambiente & Sviluppo*, 11/2012.

[220] Si veda Cass. Civ., Sez. I, 1 settembre 1995, n. 9211, che, pur in un contesto normativo anteriore al D. Lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, connota come pericolosa, ai sensi dell'art. 2050 c.c., l'attività di gestione dei rifiuti tossici (sulla base della classificazione allora vigente) ed individua una responsabilità solidale di tutti i soggetti coinvolti nel ciclo di produzione e di smaltimento degli stessi.

cautelari, la cui violazione assume rilievo sotto il profilo penale, giustificando tecniche di incriminazione basate sul reato contravvenzionale, configurabile anche in forma omissiva e con indifferente rilievo attribuito al dolo ed alla colpa.[221] L'attività di gestione dei rifiuti, inoltre, è regolata, in ogni fase, oltre che dalla legge, dai provvedimenti autorizzativi. Tali provvedimenti impongono precisi adempimenti, la cui violazione è sanzionata penalmente. Anche sotto specifico profilo vengono specificamente in rilievo le condotte omissive.

Ciò detto, è opportuno chiedersi se possa essere individuata, in capo al produttore dei rifiuti, una posizione di garanzia e se, in particolare, tale posizione possa essere connotata in termini di controllo o di protezione. La giurisprudenza ha, infatti, chiarito come tale esercizio si renda necessario per un motivo, innanzi tutto, di coerenza costituzionale; è stato, infatti, correttamente affermato che *"Responsabilizzare un soggetto per non aver impedito un evento, anche quando egli non aveva alcun potere giuridico (oltre che materiale) per impedirlo, significherebbe vulnerare palesemente il principio di cui all'art. 27/1 Cost."*[222].

Abbiamo visto che, in un'ottica penalistica, la qualificazione della posizione di garanzia presuppone la verifica della sussistenza del necessario carattere di specificità dell'obbligo di attivarsi, nonché la sussistenza di poteri impeditivi, in capo al garante. L'attenzione deve essere, quindi, focalizzata sugli obblighi specifici del produttore dei rifiuti. Tali obblighi consistono, essenzialmente, come sopra evidenziato, nella corretta classificazione dei rifiuti e nell'affidamento degli stessi a soggetti autorizzati per la relativa gestione.

A fronte di orientamenti giurisprudenziali che fondano, in maniera forse troppo assertiva, la posizione di garanzia del produttore sul regime di responsabilizzazione di tutti i soggetti della filiera di gestione dei rifiuti, vi è la necessità di qualche riflessione di carattere sistematico[223]. Non sembra, infatti, che l'analisi del diritto positivo ed in particolare dell'art. 188 del Decreto Legislativo 3 aprile 2006 n. 152 – che costituisce l'architrave su cui poggia la struttura della responsabilità del produttore dei rifiuti – possa consentire di affermare che, al produttore stesso,

[221] Deve essere evidenziato, infatti, che, fino all'intervento normativo operato dalla L. 22 maggio 2015, n. 68, l'unica fattispecie di delitto prevista in materia di gestione dei rifiuti dal Decreto Legislativo 3 aprile 2006, n. 152 era quella di cui all'art. 260.

[222] Cfr. Cass. Pen., Sez. III, 22 settembre 2004, n. 40618, incentrata, invero, sulla responsabilità del committente (che sarà oggetto di approfondimento nel paragrafo 8), ma che riporta in motivazione principi di carattere generale.

[223] Anche a tale proposito si vedano le considerazioni e la giurisprudenza di cui al contributo di PAONE, cit.

sia assegnata una funzione di garante della protezione di beni, che il soggetto garantito non è in grado di proteggere, o non è in grado di proteggere appieno. Nella dinamica di trasferimento dei rifiuti dal produttore al trasportatore e, poi, al soggetto che effettua le attività di recupero e smaltimento, questi ultimi, infatti, sono bene in grado ed anzi sono tenuti a porre in essere le necessarie azioni di tutela del bene giuridico ambiente, dando attuazione alle specifiche prescrizioni della legge e delle autorizzazioni che li riguardano.

Né pare, in prima approssimazione, che il produttore, sia in possesso di particolari poteri impeditivi di condotte illecite, eventualmente poste in essere dal trasportatore o dal titolare dell'impianto di recupero o smaltimento dei rifiuti. In altre parole, il dovere di diligenza, imposto al produttore, sembrerebbe soddisfatto dall'affidamento degli stessi a soggetti autorizzati, secondo quanto previsto dall'art. 188, comma 3, lett. b) del del Decreto Legislativo 3 aprile 2006, n. 152, nonché dall'adempimento dell'obbligo di denuncia, ivi previsto, in caso di mancata ricezione, nei termini di legge, della quarta copia del formulario controfirmato e datato in arrivo dal titolare dell'impianto di destinazione.

Quanto alle ipotesi più generali di concorso, lo stesso si realizza anche quando il produttore dei rifiuti fornisce un contributo morale o materiale alle attività costituenti reato ambientale, da altri direttamente poste in essere. E in caso di consapevolezza della gestione illecita da altri condotta, l'elemento soggettivo del produttore si configurerà in termini di dolo. Non si segnalano, per tale ipotesi, questioni particolari, trovando applicazione la disciplina generale. Varranno, ad ogni buon conto, le considerazioni consolidate con riferimento a tale istituto, che può rivelare profili di attenzione, con riferimento al principio di tipicità. L'art. 110 c.p., infatti, combinandosi con la fattispecie di parte speciale, è in grado di ampliare l'area della punibilità, fino a ricomprendere condotte non specificamente contemplate nella medesima fattispecie, se considerata in un'ottica monosoggettiva.

Laddove la condotta del produttore sia connotata sotto il profilo soggettivo dalla colpa, assumeranno specifico rilievo le condizioni tecniche e contrattuali che caratterizzano in concreto la relazione tra produttore stesso, da un lato e trasportatore, smaltitore o recuperatore dei rifiuti, dall'altro lato. Sotto tale profilo, una condotta del produttore, in grado di rivelare uno scarso interesse per la corretta gestione dei rifiuti, può assumere rilievo in punto di affermazione del concorso di quest'ultimo negli illeciti ambientali. Si pensi al caso del produttore che conferisce i

propri rifiuti a soggetti, che si impegnano a smaltirli a prezzi significativamente più bassi di quelli di mercato, o sulla base di una procedura di verifica e caratterizzazione solo sommaria. Ebbene, in tali ipotesi, anche laddove vengano esteriormente rispettate le formalità previste dall'art. 188, comma 3, lett. b), del Decreto Legislativo, 3 aprile 2006, n. 152, sarà possibile affermare la sussistenza di quel contributo morale o materiale, tale da incardinare la responsabilità penale del produttore dei rifiuti[224].

Il percorso, che viene maggiormente seguito dalla giurisprudenza per l'affermazione della responsabilità penale del produttore dei rifiuti poggia proprio sul citato art. 188, comma 3, lett. b), del Decreto Legislativo, 3 aprile 2006, n. 152. Tale disposizione, come abbiamo avuto modo di vedere, si pone in termini di eccezione rispetto al generale regime di corresponsabilizzazione di tutti i protagonisti della filiera di gestione dei rifiuti, dalla produzione al recupero o smaltimento finali, previsto dal medesimo art. 188 al primo comma. Il ragionamento seguito è piuttosto semplice: il produttore dei rifiuti deve affidare gli stessi a soggetti autorizzati ed ha l'onere di acquisire la disponibilità della quarta copia del formulario, controfirmato e datato in arrivo dal destinatario, nel termine trimestrale previsto o di dare comunicazione alla Provincia della mancata ricezione; conseguentemente se, in violazione di tali precise disposizioni, affida i rifiuti a soggetti non autorizzati, risponde per le attività di illecita gestione sanzionate dall'art. 256 del Decreto Legislativo 3 aprile 2006, n. 152.

Ricorrono, per il vero, in tale ipotesi, tutti gli elementi atti a configurare una posizione di garanzia del produttore dei rifiuti: compare un obbligo specificamente connotato, quello appunto di effettuarne il conferimento a soggetti autorizzati; obbligo che è riconducibile direttamente alla sfera di controllo del produttore stesso, che decide a chi conferire i proprio rifiuti.

L'affermazione della responsabilità penale del produttore, nel caso richiamato, non viene corredata dalla giurisprudenza, da particolari elaborazioni sistematiche, ma viene fatta discendere, quasi come una conseguenza naturale, dalla violazione del citato obbligo di affidamento dei rifiuti

[224] Sul rilievo degli elementi caratterizzanti la relazione tra produttore e smaltitore dei rifiuti in una fattispecie di tipo associativo per illeciti ambientali commessi in relazione a rifiuti prodotti da attività date in appalto, si veda Cass. Pen., Sez. III, 20 marzo 2014, n. 13025, nel contesto della quale sono state poste a fondamento dell'affermazione del concorso *"a) l'anomalia della clausola contrattuale volta ad addossare i costi dello smaltimento del grit esausto sull'appaltante a fronte di una gestione dello stesso grit interamente affidata alla appaltatrice; b) l'indubbio vantaggio economico che derivava da tale clausola; c) la totale mancanza di verifiche da parte dell'indagato sull'operato della società (...) nello smaltimento."*.

a soggetti autorizzati. Il principio affermato a più riprese si cristallizza nella considerazione che *"colui che conferisce i propri rifiuti a soggetti terzi per il recupero o lo smaltimento ha il dovere di accertare che questi ultimi siano debitamente autorizzati allo svolgimento delle operazioni, con la conseguenza che l'inosservanza di tale regola di cautela imprenditoriale è idonea a configurare la responsabilità per il reato di illecita gestione di rifiuti in concorso con coloro che li hanno ricevuti in assenza del prescritto titolo abilitativo"*[225].

L'obbligo di diligenza del produttore si sostanzia, quindi, nella verifica dell'autorizzazione del trasportatore[226] e dei soggetti che effettuano le operazioni, anche intermedie, di recupero o smaltimento. Tale verifica potrebbe apparire, ad una prima analisi, non particolarmente complessa: si tratta di riscontrare, infatti, in capo ai soggetti sopra indicati, la disponibilità di un titolo autorizzativo valido, non scaduto e recante indicazione dei codici CER dei rifiuti che vengono affidati in gestione.

Tuttavia, nella pratica, l'adempimento può essere tutt'altro che di semplice ed immediata esecuzione: le autorizzazioni, spesso, recano le più svariate condizioni, sia con riferimento alla tipologia dei rifiuti ammessi (oltre al CER, possono essere richieste specifiche caratteristiche tecniche aggiuntive di composizione dei rifiuti), sia con riferimento alle modalità della loro concreta gestione. L'efficacia dell'atto autorizzativo, inoltre, può essere condizionata da adempimenti del titolare, quali, primo fra tutti, la presentazione di garanzie fideiussorie, ma anche dalla realizzazione di interventi o attività sul o nel sito, nel quale viene effettuato il recupero o lo smaltimento.

Sorge, quindi, per i pratici del diritto, la necessità di valutare fino a dove il produttore dei rifiuti debba spingere la propria attività di controllo e verifica, per potere considerare adempiuto

[225] Cfr. Cass. Pen., Sez. III, 14 maggio 2014, n. 19884, che richiama anche Cass. Pen., Sez. III, 4 giugno 2013 n. 29727; (in tal senso conformi: Cass. Pen., Sez. III, 27 marzo 2007 n. 18038, Cass. Pen., Sez. III, 1 aprile 2004 n. 21588 e Cass. Pen., Sez. III, 19 febbraio 2003 n. 16016).

[226] Sulla responsabilità del trasportatore e sulla collocazione delle attività di trasporto a pieno titolo nell'ambito della attività di gestione dei rifiuti, si veda TAR Veneto, Venezia, Sez. III, 24 novembre 2009, n. 2968, nella quale si legge che *"Il Collegio non ritiene, inoltre, di poter condividere la prospettazione della società ricorrente secondo la quale l'essere stata incaricata del solo trasporto dei rifiuti implica che la stessa vada esente da ogni responsabilità in ordine alla loro gestione e, quindi, anche in relazione all'assenza delle autorizzazioni prescritte per l'impianto nel quale sono stati stoccati. Ed infatti, secondo la giurisprudenza l'attività di trasporto dei rifiuti a soggetto risultato, poi, in posizione irregolare quanto alle necessarie autorizzazioni, è assimilabile a quella di abbandono dei rifiuti stessi."*.

quanto disposto dall'art. 188, comma 3, lett. b), del Decreto Legislativo, 3 aprile 2006, n. 152. In particolare, secondo un approccio di tipo formale, si potrebbe, ritenere sufficiente, a tale fine, una mera attività di riscontro della sussistenza di un valido titolo autorizzativo, per le tipologie dei rifiuti conferiti. In un'ottica più sostanzialistica, invece, si potrebbe richiedere una verifica in ordine anche all'adempimento delle condizioni previste dal titolo autorizzativo, nonché, da ultimo, delle prescrizioni gestionali imposte al soggetto che effettua l'attività di recupero o smaltimento. La varietà dei casi concreti non si presta sicuramente alla definizione di criteri generali. Va da sé tuttavia che, in un'ottica penalistica, andrà ricostruita in concreto, come dicevamo, la relazione, tra il produttore e gli altri soggetti della filiera di gestione dei rifiuti, anche per illuminare l'elemento soggettivo del produttore stesso. In tale ambito, particolare rilievo assumono, come abbiamo già accennato, le condizioni economiche del conferimento e la verifica della disponibilità in capo al soggetto affidatario della gestione dei necessari requisiti organizzativi per lo svolgimento dell'attività, non sempre e non solo soddisfatti dalla formale disponibilità del titolo autorizzativo.

Per quanto attiene alle verifiche in ordine al rispetto dell'autorizzazione, maggiore sarà il livello di analisi della sussistenza di tutte le relative condizioni di efficacia e validità, maggiore sarà l'affidamento che il produttore potrà riporre nell'efficacia scriminante del modello previsto dall'art. 188, comma 3, lett. b), del Decreto Legislativo 3 aprile 2006, n. 152.

Per quanto attiene ai profili di diritto amministrativo, il produttore potrà fare affidamento sulla presunzione di legittimità dell'atto autorizzativo stesso, non potendosi imputare certo, allo stesso produttore, elementi di invalidità, che non si siano tradotti in specifici provvedimenti di sospensione o annullamento da parte del giudice amministrativo.

Si danno, tuttavia, casi nei quali è la stessa legge, dettando disposizioni di portata generale, a costituire, in capo al titolare dell'autorizzazione, alcuni adempimenti. Si pensi, a titolo esemplificativo, all'obbligo di presentazione delle garanzie fideiussorie generalmente previsto a carico dei gestori degli impianti. Si pensi, altresì, sempre a titolo di esempio, a quanto previsto, dal Decreto Legislativo, 4 marzo 2014, n. 46. Con quest'ultimo provvedimento, in attuazione della direttiva 2010/75/UE relativa alle emissioni industriali (prevenzione e riduzione integrate dell'inquinamento), è stato modificato, tra l'altro, il perimetro di applicazione del regime dell'autorizzazione integrata ambientale. Ebbene, per assicurare la necessaria continuità operativa agli stabilimenti, in possesso di autorizzazione ordinaria che, per effetto della novella, si sono

trovati nel perimetro applicativo dell'autorizzazione integrata ambientale, l'art. 29, comma 2, del citato D. Lgs. 46/14 ha previsto che: *"I gestori delle installazioni esistenti che non svolgono attività già ricomprese all'Allegato VIII alla Parte Seconda del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, come introdotto dal decreto legislativo 29 giugno 2010, n. 128, presentano istanza per il primo rilascio della autorizzazione integrata ambientale, ovvero istanza di adeguamento ai requisiti del Titolo III-bis della Parte Seconda, nel caso in cui l'esercizio debba essere autorizzato con altro provvedimento, entro il 7 settembre 2014".* Il successivo comma 3 ha, altresì, previsto che *"L'autorità competente conclude i procedimenti avviati in esito alle istanze di cui al comma 2, entro il 7 luglio 2015. In ogni caso, nelle more della conclusione dei procedimenti, le installazioni possono continuare l'esercizio in base alle autorizzazioni previgenti* (….)*".*

In tale caso, la formalizzazione dell'istanza di autorizzazione integrata ambientale, entro il 7 settembre 2014, deve essere qualificata come presupposto di validità della prosecuzione delle attività sulla base del precedente titolo autorizzativo ordinario. E quindi, il produttore che avesse conferito ad un impianto rientrante nella richiamata disciplina - senza verificare l'adempimento, da parte del relativo gestore, della presentazione dell'istanza di cui all'art. 29, comma 2, del D.Lgs. 46/14 in commento - non potrebbe legittimamente giovarsi del regime previsto dall'art. 188, comma 3, lett. b), del Decreto Legislativo, 3 aprile 2006, n. 152. Ben difficilmente, infatti, il nostro ipotetico produttore potrebbe sostenere di avere effettuato il conferimento ad un soggetto autorizzato; e, ciò, nonostante il gestore dell'impianto di destinazione fosse in possesso di un'autorizzazione ordinaria formalmente in corso di validità, ma privata, come abbiamo visto, di un essenziale presupposto di efficacia.

In merito al termine temporale di validità del provvedimento autorizzativo, la giurisprudenza correttamente afferma che il conferimento di rifiuti ad un soggetto autorizzato, intervenuto dopo la scadenza del titolo, non è naturalmente in grado di integrare le condizioni dell'art. 188, comma 3, lett. b) appena citato. Il conferimento ad un soggetto in possesso di un'autorizzazione scaduta equivale, infatti, al conferimento effettuato ad un soggetto non autorizzato e comporta il concorso del produttore nella gestione illecita effettuata da quest'ultimo[227].

[227]Corte di Appello Perugia, 11 maggio 2012, nella quale si legge che *"*(….) *è onere del produttore o detentore di verificare in modo rigoroso che il soggetto al quale i rifiuti vengono conferiti per le ulteriori fasi, tanto più per lo smaltimento, sia munito del necessario titolo autorizzativo, non potendo egli in alcun modo invocare la buona fede, ove non dimostri di aver fatto quanto era nelle sue possibilità per compiere quella verifica. Nel caso di specie la*

Per quanto attiene, invece, alle eventuali violazioni poste in essere dal gestore dell'impianto rispetto alla legge o alle prescrizioni autorizzative, riteniamo che, come si è già accennato, difficilmente possa configurarsi una responsabilità del produttore in buona fede. Si pensi, in particolare, al caso in cui l'autorizzazione dell'impianto di destinazione preveda specifiche modalità gestionali, quali, in particolare, tecniche e tempistiche di trattamento dei rifiuti. In tale ipotesi, non potendosi configurare, in capo al produttore dei rifiuti, uno specifico potere impeditivo e di controllo in ordine all'esecuzione delle menzionate procedure, non potrà conseguentemente configurarsi una posizione di garanzia del medesimo produttore e quindi, una sua penale responsabilità.

Questo, probabilmente, con l'eccezione del caso in cui il produttore si sia reso colpevolmente responsabile della mancata considerazione di segnali di allarme, quali potrebbero essere, ad esempio, il costo di smaltimento eccessivamente basso rispetto al mercato, ovvero la gestione, da parte del cessionario, di rifiuti, con parametri quantitativi e temporali incompatibili con le infrastrutture, in possesso del cessionario stesso. Potrebbe, in tali ipotesi, essere, a ragione, evocata l'elaborazione giurisprudenziale, che fonda, sulla non considerazione dei segnali di allarme appunto, la responsabilità degli amministratori non esecutivi di società di capitali, per l'illecito realizzato da amministratori in possesso di poteri delegati[228].

7. La classificazione dei rifiuti.

Abbiamo esaminato, nel paragrafo precedente, le ipotesi nelle quali il comportamento del produttore rileva, principalmente, in termini omissivi; casi in cui, appunto, dalla mancata verifica,

---

prova dell'insussistenza di un valido titolo abilitativo emergeva per tabulas, proprio perché la documentazione ostensibile e consultabile recava l'indicazione della data del rilascio dell'autorizzazione: ciò comportava altresì che, in assenza di sopravvenienze, la scadenza non avrebbe potuto oltrepassare il quinquennio. Ed allora deve concludersi che l'imputato non avrebbe potuto confidare sulle apparenze di un'attività che proseguiva tal quale, avendo invece la possibilità di avvedersi della scadenza del titolo, salva la prova, del tutto mancata, di elementi che potessero fondare il convincimento incolpevole del rinnovo dell'autorizzazione. Men che mai sarebbe potuto parlarsi di ignoranza inevitabile della legge penale, posto che il regime delle proroghe di cui s'è detto non poteva in alcun modo interferire con la durata del titolo e che comunque non consta un intervento della P.A. tale da ingenerare in concreto un erroneo convincimento. Ciò posto, è d'uopo rilevare che nel caso in cui il produttore o detentore dei rifiuti conferisca rifiuti per lo smaltimento a soggetto privo di titolo abilitativo, concorre con quest'ultimo nell'illecita attività di gestione (Cass. III, 19-12-2007, Cestaro, Cass. III, 19-2-2003, Battaglino).".

[228] Cfr. MENARDO, *La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega*, contributo del 19 novembre 2015 disponibile su "www.dirittopenalecontemporaneo.it".

in ordine all'idoneità sotto il profilo autorizzativo del cessionario dei rifiuti, deriva, al produttore, un addebito di responsabilità a titolo di concorso.

Veniamo ora ad analizzare, sia pure in modo sintetico, il caso in cui il produttore affidi rifiuti, non correttamente classificati ad un soggetto incaricato delle relative attività di gestione.

Come sopra evidenziato, per insegnamento consolidato, la classificazione dei rifiuti costituisce obbligo del produttore. Infatti, è il produttore, che, con la sua attività, ha determinato, di fatto, la formazione del rifiuto; ed è, pertanto, quest'ultimo il soggetto più qualificato, per effettuare le attività di qualificazione del rifiuto ed attribuzione del codice CER. Lo stesso codice CER, infatti, non è altro che una serie numerica, atta ad individuare, con un sistema di suddivisione per classi, la tipologia di attività che ha prodotto il rifiuto. La qualificazione della tipologia di rifiuto è, quindi, una conseguenza della corretta individuazione dell'attività che l'ha prodotto, nonché della caratterizzazione, effettuata, se del caso, con il supporto di verifiche analitiche. Un rifiuto, in altre parole, assume un codice CER, piuttosto che un altro, in funzione dell'attività che l'ha prodotto. E quindi, coerentemente, è il soggetto che ha svolto tale attività che assume la responsabilità della citata qualificazione.

Dall'attribuzione di una specifica "identità"al rifiuto discendono una serie di conseguenze giuridiche di non poco conto. Il sistema autorizzativo è, infatti, basato sui codici CER; la tipologia dei rifiuti è il primo degli elementi necessari del provvedimento autorizzativo, per quanto chiaramente previsto dall'art 208, comma 11, del Decreto Legislativo 3 aprile 2006, n. 152[229]. L'erronea classificazione dei rifiuti determina un'illegittimità, per così dire, a catena, che si propaga per tutta la filiera della gestione: oltre all'illecito amministrativo ed al reato previsti

[229] Cfr. La richiamata disposizione prevede che *"L'autorizzazione individua le condizioni e le prescrizioni necessarie per garantire l'attuazione dei principi di cui all'articolo 178 e contiene almeno i seguenti elementi:*

a) i tipi ed i quantitativi di rifiuti che possono essere trattati (….)*"*.

dall'art. 258, comma 4, del Decreto Legislativo, 3 aprile 2006, n. 152[230], si concretizzerà, infatti, un'attività di gestione di rifiuti non autorizzata, ai sensi dell'art. 256 dello stesso Decreto[231].

Si pensi, a titolo esemplificativo, all'ipotesi di un impianto autorizzato per la gestione di rifiuti non pericolosi, che si trovasse a gestire rifiuti pericolosi, conferiti come non pericolosi appunto, in conseguenza di un'erronea classificazione operata dal produttore. Varrebbero naturalmente le stesse considerazioni anche in caso di errata qualificazione dei rifiuti, all'interno della medesima categoria dei rifiuti pericolosi o non pericolosi. La giurisprudenza ha, infatti, chiarito che "*il trattamento di un rifiuto diverso da quello autorizzato equivale a trattamento di rifiuto senza autorizzazione*"[232].

Atteso il rilevo della classificazione dei rifiuti nel sistema del diritto ambientale, analizziamone, sia pure in via sintetica, i profili problematici. Una corretta classificazione dei rifiuti è un risultato che presuppone una corretta e verificabile procedura. In tale contesto, assumono particolare rilievo le verifiche di carattere analitico. L'attività finalizzata al rilascio del certificato di analisi richiede la conoscenza di elementi di fatto afferenti al ciclo produttivo del rifiuto, nonché di specifiche competenze tecniche per l'effettuazione delle attività di campionamento e di verifica analitica in senso stretto. La fase di campionamento costituisce, senza dubbio, uno dei momenti più delicati per l'affidabilità della verifica. Si osservano, a tale proposito, nella prassi diverse modalità operative. Le attività di prelievo e campionamento possono essere effettuate, con modalità predeterminate e/o condivise tra produttore ed analista o meno. L'analista, ovvero suoi incaricati, possono essere affidatari delle attività di campionamento, o quest'ultimo può essere effettuato dal produttore o suoi incaricati.

Le scelte concretamente adottate incidono, senza dubbio, sull'affidabilità della classificazione dei rifiuti e sul giudizio di colpevolezza del produttore. In particolare, la

[230] Tale disposizione prevede che *"Le imprese che raccolgono e trasportano i propri rifiuti non pericolosi di cui all' articolo 212, comma 8, che non aderiscono, su base volontaria, al sistema di controllo della tracciabilità dei rifiuti (SISTRI) di cui all' articolo 188-bis, comma 2, lettera a), ed effettuano il trasporto di rifiuti senza il formulario di cui all'articolo 193 ovvero indicano nel formulario stesso dati incompleti o inesatti sono puniti con la sanzione amministrativa pecuniaria da milleseicento euro a novemilatrecento euro. Si applica la pena di cui all'articolo 483 del codice penale a chi, nella predisposizione di un certificato di analisi di rifiuti, fornisce false indicazioni sulla natura, sulla composizione e sulle caratteristiche chimico-fisiche dei rifiuti e a chi fa uso di un certificato falso durante il trasporto."*.

[231] Si veda, in merito, FIMIANI, *Responsabilità e possibili cautele nella caratterizzazione dei rifiuti*, in *Rifiuti – Bollettino di informazione normativa*, 5/2010.

[232] Cfr. Cass. Pen., Sez. III, 9 febbraio 2005, n. 12349.

sussistenza di una proceduralizzazione, tecnicamente corretta e verificabile, delle attività, che conducono dal campionamento, all'analisi ed infine alla classificazione del rifiuto, consentirà al produttore di documentare l'adempimento dei propri doveri di diligenza. Per contro, l'inconsistenza delle procedure o la loro inidoneità potranno rivelare la volontà di eludere le disposizioni vigenti, agevolando la riconduzione della condotta del produttore a quella prevista nelle fattispecie di reato sopra indicate.[233]

L'accertamento analitico, assume particolare rilievo, laddove venga impiegato per l'identificazione del carattere pericoloso o meno dei rifiuti. E' evidente, infatti, che l'attribuzione della classificazione di non pericoloso ad un rifiuto, che in realtà si riveli in sede di controllo pericoloso, determinerà l'applicazione dal gravoso apparato sanzionatorio, previsto per la gestione non autorizzata di rifiuti pericolosi appunto. A tale proposito, l'accertamento analitico, anche ai fini penali, presuppone un'adeguata, oggettiva e verificabile attività di cernita ed individuazione del corretto set di sostanze pericolose, che dovranno essere oggetto di approfondimento analitico; attività che dovrà essere svolta in coerenza con le indicazioni che provengono da un'approfondita conoscenza del processo produttivo.

L'esigenza di trasparenza nella caratterizzazione rende opportuna l'adozione di un modus operandi virtuoso, che informi di sé l'intero percorso della caratterizzazione stessa. A tale proposito, assume particolare rilievo la ricognizione del ciclo produttivo e la redazione di una documentazione afferente al processo di produzione dei rifiuti, aggiornabile ed a cui l'analista possa accedere. L'analista deve essere coinvolto anche nella fase di prelievo e campionamento, se non con una partecipazione operativa diretta, mediante una condivisione delle modalità; ciò anche in attuazione dei principi di responsabilizzazione e cooperazione, previsti art. 178 del Decreto Legislativo, 3 aprile 2006, n. 152 e sui quali ci siamo già soffermati. Deve, in altre parole, realizzarsi un rapporto di proficua collaborazione tra analista e produttore, informato dalla finalità, di pervenire ad una coerente e corretta classificazione dei rifiuti, che costituisce il risultato di un percorso operativo, come dicevamo, virtuoso e non certo di attività sporadiche e decontestaulizzate.

[233] Cfr. Cass. Pen., Sez. III, 29 dicembre 2009, n. 49826, nella quale si legge che *"Appare infine ugualmente logico sostenere - alla luce del quadro di riferimento esaminato - che l'attività del ricorrente sostanziatasi nel fare analizzare da un laboratorio privato solo 5 Kg di materiale a suo dire scavato nel cantiere della erigenda discarica, corrobori la tesi di un comportamento complessivo tendente ad eludere le disposizioni vigenti."* .

Inoltre, siccome la composizione dei rifiuti può essere soggetta a variazione nel tempo, laddove emergano elementi tali da far dubitare dell'affidabilità della classificazione già adottata, il produttore diligente dovrà rinnovare le attività di verifica propedeutiche alla classificazione stessa. Tale esigenza di approfondimento, potrà verificarsi, ad esempio, laddove alcune delle verifiche analitiche diano risultati non in linea con quelli riscontrati con continuità in precedenza. Anche qui, l'obbligo di diligenza sembra concretizzarsi in quell'attenzione ai "segnali di allarme", che è stata teorizzata in ambiti del tutto differenti dell'ordinamento e di cui abbiamo fatto cenno nel precedente paragrafo.

In sede di verifica delle attività di classificazione dei rifiuti sotto un profilo penale, rileverà, anche in questo caso, il complessivo assetto della relazione instaurata dal produttore con l'analista, nonché la relativa formalizzazione e documentazione. Se, quindi, la classificazione dei rifiuti è l'esito di una procedura, tanto maggiore sarà il livello di prova e documentazione dell'affidabilità di tale procedura, tanto maggiore sarà il livello documentato dell'adempimento del dovere di diligenza del produttore. Conseguentemente minore sarà la possibilità di ricondurre la condotta del produttore stesso al reato di gestione non autorizzata di rifiuti.

8. La responsabilità del committente per le attività affidate in appalto.

Non appare opportuno, nell'economia del presente lavoro, soffermarci diffusamente sulle disposizioni del Decreto Legge, 19 giugno 2015, n. 78, convertito con modificazioni, dalla Legge, 6 agosto 2015, n. 125, che hanno modificato la formulazione dell'art. 183, comma 1, lett. f), del Decreto Legislativo, 3 aprile 2006, n. 152.

Le ragioni e le implicazioni dell'introduzione della categoria del produttore dei rifiuti, c.d. "in senso giuridico"sono state, infatti, già sufficientemente illustrate[234]. La dottrina ha, in particolare, evidenziato come tale introduzione non abbia determinato una duplicazione di obbligazioni tra produttore materiale e produttore giuridico dei rifiuti, ma abbia, nella sostanza,

[234] Si veda a tale proposito, tra gli altri, OMAR HAGI KASSIM, *La nozione di produttore del rifiuto alla luce della recente Cass. Pen. 10 febbraio 2015, n. 5916 e del conseguente intervento del legislatore,* in *Rivista Quadrimestrale di diritto dell'ambiente,* 2/2015.

meglio focalizzato gli obblighi di vigilanza in capo a quest'ultimo, laddove affidi a terzi le materiali attività di gestione dei rifiuti[235].

Del pari, è oramai consolidato l'orientamento che ritiene l'appaltatore qualificabile come produttore dei rifiuti generati nel corso delle attività affidate in appalto. Infatti la Suprema Corte[236] ha, da ultimo, affermato che *"l'appaltatore, in ragione della natura del rapporto contrattuale, che lo vincola al compimento di un'opera o alla prestazione di un servizio con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio è, di regola, il produttore del rifiuto su di lui gravano, quindi, i relativi oneri, pur potendosi verificare, come osservato in dottrina, casi in cui, per la particolarità dell'obbligazione assunta o per la condotta del committente, concretatasi in ingerenza o controllo diretto sull'attività dell'appaltatore, detti oneri si estendono anche a tale ultimo soggetto."*

E' opportuno, invece, soffermarci sulla possibilità del trasferimento della posizione giuridica di produttore dei rifiuti, nel contesto dell'esternalizzazione delle attività di impresa ed in particolare di manutenzione ordinaria o straordinaria delle infrastrutture e se sia, in qualche modo, configurabile, nel nostro ordinamento, una delega penalmente scriminante, con riferimento alle obbligazioni connesse alla medesima qualifica di produttore. Nella pratica, infatti, appare talvolta complesso stabilire se l'attività esternalizzata da un imprenditore, per il tramite di un contratto di appalto, consenta di qualificare il soggetto incaricato di svolgere tale attività, come produttore dei rifiuti. Vi possono essere una varietà di fattispecie: da quella in cui il soggetto terzo si impegna ad effettuare specifici e isolati interventi (lo smontaggio e sostituzione di un componente impiantistico, ad esempio) a quella in cui esso si fa carico di una complessa e articolata attività di manutenzione.

Il punto di riferimento per la corretta individuazione del soggetto in possesso dello *status* di produttore va sempre rinvenuto nell'art. 183 del Decreto Legislativo, 3 aprile 2006, n. 152. Bisognerà capire, nella sostanza, chi è il soggetto che ha realizzato l'attività che ha prodotto rifiuti. Nelle ipotesi citate a titolo esemplificativo, l'attività generatrice dei rifiuti potrebbe essere, su un

[235] Cfr. FICCO, *Produttore iniziale dei rifiuti tra obblighi e responsabilità, la rivoluzione copernicana nei rapporti tra committente ed esecutore,* in *Rifiuti – Bollettino di informazione normativa*, n. 233/234 novembre-dicembre 2015.

[236] Cfr. Cass. Pen., Sez. III, 16 marzo 2015, n. 11029, che in motivazione espressamente richiama Cass. Pen, Sez. III, 25 maggio 2011, n. 25041; Cass. Pen., Sez. III, 22 settembre 2004, n. 40618; Cass. Pen., Sez. III, 28 gennaio 2003, n. 15165; Cass. Pen., Sez. III, 5 aprile 2011, n. 35692).

piano teorico, individuata, sia in quella riconducibile all'impresa committente, che in quella, ad essa servente, posta in essere dall'affidatario dell'intervento o della manutenzione. Per una corretta individuazione del produttore dei rifiuti deve essere, tuttavia, considerata l'attività più prossima alla generazione dei rifiuti, appunto. Ma la menzionata attività generatrice, per essere considerata tale, dovrà possedere caratteristiche minime di autonomia ed organizzazione.

Nel caso di un soggetto chiamato a prelevare un componente esausto presso un sito industriale, non sarà possibile individuare un'attività autonoma e organizzata produttrice del rifiuto diversa da quella svolta dal titolare di tale sito. Sarà quindi quest'ultimo, il produttore del rifiuto. Se, tuttavia, il medesimo titolare del sito procedesse ad affidare, invece, ad un terzo, un'attività di manutenzione straordinaria, il carattere organizzato ed autonomo di quest'ultima attività, permetterà di considerare il terzo stesso, come produttore dei rifiuti generati nel corso della manutenzione straordinaria stessa.

Se, quindi, la qualifica di rifiuto deriva dalla tipologia di attività che viene posta in essere, vi è poco spazio per un trasferimento volontario o contrattuale della posizione di garanzia connessa alla qualifica di produttore dei rifiuti, che si connota in termini originari. O meglio, un trasferimento è possibile solo nella misura in cui il rapporto concretamente posto in essere determini, effettivamente, una traslazione dell'attività generatrice dei rifiuti, come sopra qualificata. In tale contesto, il contratto o la delega, non pare possano avere un potere traslativo di obblighi e responsabilità, se non nella misura in cui determinino un effettivo trasferimento delle attività, cui è riconducibile lo *status* di produttore dei rifiuti.

Come, in materia di sicurezza, lo *status* di datore di lavoro deriva dalla sussistenza in capo ad un soggetto di tutti i poteri decisionali e di spesa in seno all'impresa o all'unità produttiva, in tema di rifiuti, lo *status* di produttore è conseguenza dello svolgimento dell'attività generatrice degli stessi.

E come la qualifica di datore di lavoro può essere trasferita (o meglio incardinata) in capo ad un soggetto solo con l'attribuzione dei citati poteri, quella di produttore rifiuti, può essere trasferita solo con le citate attività. Il datore di lavoro può, infatti, bene avvalersi del supporto di soggetti terzi per l'adempimento degli obblighi non delegabili[237], ma tale collaborazione non potrà

[237] Si pensi al supporto solitamente fornito da consulenti o dal responsabile del servizio di prevenzione e protezione al datore di lavoro in sede di valutazione dei rischi.

avere un effetto scriminante, per lo stesso datore di lavoro. Allo stesso modo l'affidamento a terzi delle attività connesse agli adempimenti, per così dire, non delegabili del produttore, quali la classificazione dei rifiuti ed il relativo conferimento a soggetti autorizzati[238], non sarà in grado di determinare una traslazione della posizione di garanzia e della connessa responsabilità penale del produttore medesimo.

[238] Si pensi, in questo caso, ai servizi forniti, nella pratica commerciale, dalle imprese di trasporto rifiuti, in ordine all'analisi ed alla classificazione dei rifiuti ed alla connessa attività di individuazione degli impianti di recupero o smaltimento.

ANDREA VENEGONI

"Interessi economici e tutela dei diritti: la rilevanza dei proventi da attività illecite in una prospettiva nazionale ed europea"[239]

1. Introduzione

Quando con i colleghi della formazione decentrata abbiamo pensato di dedicare una relazione, di carattere introduttivo, e per questo necessariamente non focalizzata sull'analisi dettagliata di normative specifiche, all'argomento sintetizzato nel titolo, con lo scopo di darne una visione generale, ci siamo posti, un po' provocatoriamente, una domanda: se consideriamo l'evoluzione del mercato del lavoro degli ultimi anni, la progressiva informatizzazione e digitalizzazione, la dimensione sempre più globale che esso sta assumendo, con aziende che delocalizzano e masse di persone che si spostano da uno Stato ad un altro per cercare lavoro, la normativa nazionale e sovranazionale di regolamentazione di questo fenomeno pongono più attenzione alla tutela degli interessi economici ad esso sottesi o alla tutela dei diritti dei singoli? Viviamo, infatti, senza dubbio in un'epoca in cui sembra che il primo bene da tutelare sia l'economia, il profitto, il mercato, e chiedersi, pertanto, quale spazio vi sia per la tutela dei diritti non sembra una domanda oziosa né provocatoria. Non analizzerò quindi la normativa specifica della materia che verrà trattata nelle prossime relazioni, ma l'argomento offre spunti per una riflessione più generale sulla natura e finalità della legislazione rilevante in argomento.

La risposta alla domanda non è, in realtà, scontata, perché il problema del bilanciamento tra interessi economici e diritti è ormai emerso prepotentemente nel nostro sistema anche in ambiti totalmente diversi da quelli oggetto del presente incontro; basti pensare al dibattito relativo all'ormai notissimo "caso Taricco"in materia di prescrizione penale dove si fronteggiano tutela degli interessi finanziari della UE (ma anche dello Stato italiano) e vari interessi di natura non economica, quali, tra gli altri, quello di legalità in materia penale, cioè uno dei cardini del nostro sistema. Oppure si pensi al fatto che la stessa Corte Costituzionale in una nota sentenza emessa

[239] Relazione svolta all'incontro di studio « Sfruttamento lavorativo e nuove forme di schiavitù » organizzato a Roma dal 22 al 24 marzo 2017 presso la Corte di Cassazione dalla Scuola Superiore della Magistratura e l'Ufficio per la formazione decentrata della Corte di Cassazione

qualche tempo fa, la n. 10 del 2015 in tema di legittimità costituzionale della legge che aveva imposto una addizionale ires sui redditi dal commercio di prodotti petroliferi (c.d. Robin tax), pur riconoscendo la illegittimità della normativa anche per violazione di un principio fondamentale quale quello di uguaglianza (art. 3 Cost), tuttavia ha bilanciato gli effetti retroattivi della sentenza con quello di salvaguardia bilancio dello Stato (art 81 Cost), e quindi un interesse primariamente economico, affermando che

> Nel pronunciare l'illegittimità costituzionale delle disposizioni impugnate (anche ai sensi dell'art. 3 Cost, ndr), questa Corte non può non tenere in debita considerazione l'impatto che una tale pronuncia determina su altri principi costituzionali, al fine di valutare l'eventuale necessità di una graduazione degli effetti temporali della propria decisione sui rapporti pendenti.

Innanzi tutto, occorre considerare che i fenomeni di cui parliamo, nelle loro forme lecite, e quindi non nelle loro accezioni estreme criminose, sono anche espressione in certa misura di libertà fondamentali dell'Unione Europea, come la libertà di stabilimento delle imprese o di movimento dei lavoratori in altri Stati UE e generano ricchezza; non sarebbero quindi di per sé fenomeni criminosi. Naturalmente, però, nelle loro espressioni deteriori o addirittura criminose generano ricchezza illecita. Allora, non è solo interessante chiedersi se lo Stato o la UE sono più interessati alla salvaguardia delle libertà del mercato o ai diritti fondamentali degli individui e se, quindi, contrastano tali manifestazioni illecite, ma anche se, quando ciò avviene, quale sia la motivazione dell'intervento.

Anche il tema di questo incontro non si sottrae a questo dualismo: libertà di impresa fino a dove? Libertà di stabilimento delle imprese e libertà di movimento dei lavoratori fino a dove? Per il profitto si può fare tutto anche a scapito dei diritti dei singoli?

Su queste domande, che si possono anche tradurre nella questione sia più importante lo sviluppo dell'economia o la tutela dei diritti, è interessare citare uno studio che è stato condotto da

due ricercatori dell'Università di Milano in cui sono state poste alcune domande ai cittadini di sei Stati della UE sul rapporto tra stato economico e stato sociale in Europa[240].

La prima domanda era:

a quale di questi obiettivi si dovrebbe dare priorità in Europa oggi? Le risposte predefinite tra le quali gli intervistati dovevano scegliere si riassumevano in sostanza in due alternative: assicurare stabilità fiscale e competitività delle imprese o assicurare un alto livello di protezione sociale.

Il 61% degli intervistati ha risposto che occorre più solidarietà sociale, mentre solo il 39% è stato propenso ad una soluzione verso "più mercato"; è interessante anche notare che la percentuale di favorevoli alla prima risposta è stato il 63% in uno Stato come la Germania.

Una seconda domanda chiedeva se cittadini UE che si spostino nel Paese degli intervistati debbano avere libero accesso al mondo del lavoro o subordinato a quello dei cittadini del Paese che li ospita; mentre il 49% degli intervistati, e quindi in sostanza poco meno della metà, si è espressa in favore dell'accesso libero, anche in questo caso, più o meno sorprendentemente, la percentuale di risposta favorevole all'ipotesi che esprime una maggiore integrazione è stata più elevata della media in Germania, dove ha toccato il 51%, e quindi ha superato la metà.

Infine, come risultato di una ulteriore domanda, l'89% degli intervistati pensa che l'Unione dovrebbe assicurare un sistema di aiuti finanziari ai cittadini degli Stati in maggiori difficoltà economiche.

Posto, allora, che il pensiero della "gente comune"europea appare meno distante da valori di solidarietà sociale di quello che ci potrebbe aspettare, occorre analizzare le azioni intraprese in concreto dal legislatore europeo e nazionale per comprendere se le stesse si sono mosse nella stessa direzione, cioè verso la tutela dei diritti, in particolare a fronte di manifestazioni illecite di sfruttamento del lavoro altrui, o verso il rafforzamento del mercato.

[240] Progetto di ricerca RESCUE Reconciling economic and social Europe: Can Economic and Social Europe Be Reconciled? Citizens' View on Integration and Solidarity, a cura di Maurizio Ferrera e Alessandro Pellegata, in http://www.astrid-online.it/static/upload/resc/resceu_mass_survey_results_short_version.pdf

Si possono individuare al riguardo alcune direttrici di azione nel diritto dell'UE e nel diritto interno: una strategia incriminatrice, quindi di carattere sanzionatorio penale, una di carattere preventivo non penale ed una fiscale, consistente nella tassazione dei profitti illeciti.

2. La via penalistica

In termini di diritto penale, in questo campo la UE ha scontato l'assenza, almeno fino al Trattato di Lisbona del 2009, di un quadro normativo che le conferisse una competenza significativa, atteso che nell'ambito del c.d. terzo pilastro la Unione poteva solo emettere norme, per lo più attraverso strumenti di scarsa forza cogente quali le decisioni quadro, per armonizzare i diritti penali nazionali. A partire dal Trattato di Lisbona esiste invece una competenza penale della UE più chiara ed esplicita, ai sensi degli artt. 82 e 83 TFUE, ed è significativo il fatto che uno dei primissimi atti con cui la UE ha esercitato la nuova potestà in materia penale, attraverso direttive, riguarda proprio un fenomeno collegato con lo sfruttamento del lavoro, ed in particolare quello della tratta degli esseri umani, oggetto della direttiva 2011/36/UE.

Da segnalare anche, in tema di lotta ai proventi di reati mediante contrasto del riciclaggio attraverso il diritto penale (mentre sul contrasto al riciclaggio con strumenti extrapenali si tornerà tra poco) la recente proposta di direttiva, ai sensi dell'art. 83 TFUE, COM(2016) 826 finale, del 21.12.2016.

A livello di diritto penale nazionale, invece, non si può prescindere dal ricordare la recente legge focalizzata sul tema della criminalizzazione delle forme di schiavitù nel lavoro, la legge 199/2016.

Inoltre, il diritto sovranazionale ha contribuito anche a definire meglio i contorni di altri strumenti di diritto penale per lotta contro i patrimoni illeciti, quali la confisca, o forse, sarebbe meglio dire a proposito del nostro sistema nazionale, le confische, attesa la varietà e molteplicità di manifestazioni che questo istituto ha assunto, dalla confisca quale misura di sicurezza alla confisca urbanistica (su cui rilevano varie sentenze CEDU, tra cui quella Sud Fondi e Varvara e

Corte Cost 49/2015); dalla confisca per equivalente (di cui alla legge 300/2000 che era, però, l'attuazione nel nostro sistema della Convenzione PIF del 1995 per la tutela degli interessi finanziari della UE) alla confisca di cui all'art. 12 sexies legge 306/92, alla confisca in tema di responsabilità degli enti (anche essa di derivazione dalla Convenzione PIF e poi estesa a numerosi altri reati tra cui oggi anche l'impiego di cittadini extra UE non regolari e riciclaggio, tratta, sfruttamento prostituzione minorile), per finire alla confisca come misura di prevenzione della legge antimafia del 2011 (il cui futuro, peraltro, potrebbe essere più incerto oggi alla luce della recente sentenza della CEDU De Tomaso relativa alle misure di prevenzione personali). La direttiva 2014/42/UE tenta di dare una sistemazione organica all'istituto, per quanto, in questo campo, il diritto nazionale presenti una varietà di istituti maggiore di quello europeo.

Orbene, la confisca è un istituto certamente applicabile anche ai reati di cui alla legge 199 del 2016.

Il dibattito sulla confisca è anche utile perchè nel suo ambito è stata elaborata una nozione di profitto, con particolare riferimento alla responsabilità degli enti, ma applicabile in generale[241].

La Corte di Cassazione ha chiarito, infatti, che per profitto deve intendersi quel complesso di vantaggi economici tratti dall'illecito e a questo strettamente pertinenti, dovendosi escludere l'impiego di parametri valutativi di tipo aziendalistico, quali, per esempio, il risultato di esercizio individuato tramite il confronti di voci positive e negative del reddito di impresa. Perché si possa individuare un profitto assoggettabile a confisca ex art 19 d.lgs. 231/2001 è necessario che si verifichi, quale diretta conseguenza della commissione del reato, uno spostamento reale di risorse economiche, ossia una visibile modificazione positiva del patrimonio dell'ente, evitando improprie assimilazioni tra la nozione di profitto del reato e la causazione di meri danni risarcibili relativi a risparmi di spesa indebitamente ottenuti dall'ente per effetto di mancata esecuzione di opere di risanamento ambientale. Inoltre, in estrema sintesi, l'alternativa tra confiscare tutto il ricavato, indipendentemente dai costi sostenuti, o i soli profitti al netto delle spese sostenute, è

[241] Si veda, tra i moltissimi contributi, A. CUOMO, Confisca, 2015, in http://www.altalex.com/documents/altalexpedia/2015/09/28/confisca-confische

stato fatto dipendere dal tipo di reato presupposto dell'illecito a carico dell'ente, e cioè un "reato-contratto", nullo e dove quindi l'intero ricavato può essere confiscato, ed il reato in contratto in cui, all'interno di una attività lecita viene commesso un reato, dove solo il vantaggio economico derivante direttamente da questo sarebbe confiscabile.

3. La prevenzione tramite strumenti extra penali

IN campo extra penale, nella lotta ai patrimoni illeciti, derivanti da reato, è interessante l'azione della UE sempre sul riciclaggio.

Dopo l'emanazione di una serie di direttive, tra cui la direttiva 2005/60 attuata con d lvo 231/2007, oggi l'Unione ha proposto un nuovo strumento legislativo in materia, la direttiva 2015/849 del maggio 2015 (c.d. IV direttiva sul riciclaggio) in via di attuazione nel nostro sistema proprio in questi giorni (peraltro, la stessa IV direttiva è già oggetto di revisione a seguito di una nuova proposta di direttiva della Commissione Europea del luglio 2016).

Il novero di "reati presupposto"cui si riferisce la nuova direttiva sul riciclaggio è vastissimo e comprende gli illeciti - compresi i reati fiscali relativi a imposte dirette e indirette, quali specificati nel diritto nazionale-, punibili con una pena privativa della libertà o con una misura di sicurezza privativa della libertà di durata massima superiore ad un anno ovvero, per gli Stati membri il cui ordinamento giuridico prevede una soglia minima per i reati, tutti i reati punibili con una pena privativa della libertà o con una misura di sicurezza privativa della libertà di durata minima superiore a sei mesi. Vi rientrano, quindi, anche i reati previsti oggi nel nostro ordinamento a seguito della sopra citata legge n. 199 del 2016.

Non si può negare, quindi, che la UE stia mettendo in campo vari strumenti legislativi per bloccare i patrimoni illeciti derivanti anche da reati attinenti allo sfruttamento di esseri umani o lavoro nero

Se ci si addentra a leggere con attenzione questi strumenti, però, si nota qualcosa di estremamente interessante. Il considerando 1 della IV direttiva sul riciclaggio, che esprime la

finalità dell'intera direttiva sopra ricordata, afferma che "I flussi di denaro illecito possono minare l'integrità, la stabilità e la reputazione del settore finanziario e costituire una minaccia per il mercato interno dell'Unione nonché per lo sviluppo internazionale ».

Sembra dire, in altri termini, che la lotta ai patrimoni accumulati illecitamente non è condotta per principi etici o per tutelare i diritti delle vittime dei reati presupposti (tra cui anche la tratta) ma per tutelare il mercato interno, e quindi, di nuovo, meri interessi economici.

Del resto, se ci si riflette, se allarghiamo lo sguardo anche ad altri settori del diritto della UE, quale, per esempio, il nascente diritto penale europeo, vediamo che esso, a differenza, per esempio del sistema CEDU, è stato prevalentemente focalizzato in questi anni sulla facilitazione delle indagini penali, sul ravvicinamento delle legislazioni penali e processuali per permettere la cooperazione tra autorità giudiziarie, più che sulla tutela di diritti individuali. Questo, molto probabilmente, perché la UE ha maturato la convinzione che il contrasto al crimine è essenziale per il funzionamento del mercato unico. La creazione della famosa area comune di giustizia, il mito degli appassionati del diritto penale europeo, come io mi considero per avere vissuto la materia e le istituzioni europee dall'interno, nasce come il corrispondente giuridico dello spazio economico quale era il mercato unico della CEE, ed oggi della UE. Un'area economica, che solo negli ultimi anni grazie alla Carta Europea dei Diritti, alla vicina azione del sistema CEDU ed alla Corte di Giustizia, sta diventando anch'essa un'area comune di diritti.

Allargando ancora lo sguardo, si può notare come in molti altri settori del diritto UE l'azione della stessa è ispirata da finalità di tutela del mercato interno; in tema di contrasto all'evasione fiscale, per esempio, in alcune recenti vicende quali il caso Google o Apple, si può sostenere che l'intervento della UE non sia stato determinato, o almeno non solo, in prima battuta da fini etici o di tutela dei cittadini che subiscono le conseguenze dell'evasione fiscale, ma perché queste condotte distorcono la regolare concorrenza ed il mercato interno.

Sembrerebbe, allora, che, anche quando la UE interviene con misure, per così dire, correttive del mercato, e che pure possono avere l'effetto di tutelare i diritti delle persone più deboli esposte alle evoluzioni del mercato, le stesse siano comunque ispirate da finalità

economiche e non sociali. Questa potrebbe rivelarsi una constatazione deludente. Tuttavia, che il territorio dell'Unione non sia solo un mercato economico, ma anche uno spazio di diritti, ci viene ricordato dall'organo forse più dinamico della UE, quello che meglio sa interpretare i mutamenti sociali e crea diritto vivente, la Corte di Giustizia.

La stessa, infatti, nella sentenza emessa nel caso C-201/15, del 21 dicembre 2016, in cui si discuteva se sia conforme, in particolare, alle disposizioni della direttiva 98/59/CE e, in generale, agli articoli 49 e 63 TFUE, una norma di diritto nazionale, quale l'articolo 5, paragrafo 3, della legge 1387/1983 dell'ordinamento nazionale greco, che subordini i licenziamenti collettivi in una data impresa a un'autorizzazione dell'amministrazione rilasciata sulla base dei criteri attinenti: a) alle condizioni del mercato del lavoro, b) alla situazione dell'impresa e c) all'interesse dell'economia nazionale, oltre a riconoscere che non è contro il diritto UE subordinare i licenziamenti a tale autorizzazione nazionale, ha affermato:

la Corte ha infatti già ammesso che le considerazioni attinenti al mantenimento dell'occupazione possono costituire, in determinate circostanze e a certe condizioni, giustificazioni accettabili per una normativa nazionale avente l'effetto di ostacolare la libertà di stabilimento (v., in tal senso, sentenza del 25 ottobre 2007, Geurts e Vogten, C-464/05, EU:C:2007:631, punto 26).

76 Occorre aggiungere, per quanto riguarda le ragioni imperative di interesse generale ricordate ai punti da 73 a 75 della presente sentenza, che, come risulta dall'articolo 3, paragrafo 3, TUE, l'Unione non soltanto instaura un mercato interno, ma si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, il quale è basato segnatamente su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, ed essa promuove, in particolare, la protezione sociale (v., riguardo al Trattato CE, sentenza dell'11 dicembre 2007, International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union, C-438/05, EU:C:2007:772, punto 78).

77 Poiché dunque l'Unione non ha soltanto una finalità economica ma anche una finalità sociale, i diritti che derivano dalle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali devono essere bilanciati con gli obiettivi perseguiti

dalla politica sociale, tra i quali figurano in particolare, come risulta dall'articolo 151, primo comma, TFUE, la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta contro l'emarginazione

4. Brevi cenni sulla tassazione dei profitti illeciti

Muovendosi sempre in ambito esterno al settore penale, interessante è un altro aspetto relativo al contrasto ai patrimoni illegali: quello della tassazione dei profitti illeciti.

E' argomento discusso in tutti gli ordinamenti, non solo italiano. La questione di fondo consiste, infatti, nello stabilire se sia morale che lo Stato si avvantaggi da attività illecite.

La risposta prevalente, nei vari ordinamenti, è positiva. Nella giurisprudenza della Repubblica di Irlanda o dell'Australia si ritrovano casi di proventi di traffico di droga assoggettati a tassazione.

In Belgio, una sentenza del tribunale di prima istanza di Mons 2006 ha affermato che:

La jurisprudence considère que les revenus provenant de comportements délictueux n'échappent pas à la perception de l'impôt.

- En effet, le principe selon lequel les impôts se fondent sur des réalités impose de taxer les bénéfices au titre de revenus professionnels sans se préoccuper du caractère moral, licite ou illicite des opérations ayant engendré ces bénéfices.

In Francia, la Cour de cassation, Chambre criminelle, 12 Janvier 2011, N° 09-88.580 si è espressa nei seguenti termini :

Les activités illicites des jeux n'excluent pas l'imposition des gains tirés de ces jeux

l'article 1559 CGI (sui giochi, ndr) est applicable sans discrimination aussi bien aux jeux de cercle licites qu'illicites.

Per non parlare, poi, degli USA, dove nel caso *James v. United States*,del 1961 la Corte Suprema ha ritenuto che

"an embezzler was required to include his ill-gotten gains in his "gross income"for Federal income tax purposes".

Nell'ordinamento UE il principio di neutralità delle imposte, in particolare dell'IVA, porta alla indifferenza della origine della ricchezza; se è ricchezza, va tassata anche se di origine illecita.

Nelle imposte dirette, la questione della tassazione dei proventi illeciti è un argomento introdotto ormai da tempo nel nostro ordinamento giuridico e la cui soluzione viene fatta risalire a seguito del dibattito sorto all'epoca di tangentopoli. Con l'art. 14, comma 4, della L. 24 dicembre 1993, n. 537 venne infatti stabilito che "*nelle categorie di reddito di cui all'art. 6, comma 1, del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, devono intendersi ricompresi, se in esse classificabili, i proventi derivanti da fatti, atti o attività qualificabili come illecito civile, penale o amministrativo se non già sottoposti a sequestro o confisca penale. I relativi redditi sono determinati secondo le disposizioni riguardanti ciascuna categoria".*

Sotto questo profilo, l'attività di sfruttamento del lavoro altrui potrebbe rientrare nel reddito di impresa o redditi diversi.

La norma fu ritenuta interpretativa e, quindi, applicabile retroattivamente. L'articolo 36, comma 34-bis del D.L. 4 luglio 2006, n. 223, convertito con L. 4 agosto 2006, n. 248, intervenendo nuovamente sull'argomento, ha inoltre poi specificato che "in deroga all'articolo 3 della legge 27 luglio 2000, n. 212, la disposizione di cui al comma 4 dell'articolo 14 della legge 24 dicembre 1993, n. 537, si interpreta nel senso che i proventi illeciti ivi indicati, qualora non siano

classificabili nelle categorie di reddito di cui all'articolo 6, comma 1, del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, sono *comunque considerati come redditi diversi*". Tale modifica legislativa ha dunque concluso l'iter normativo cominciato con il citato articolo 14 della L. 537/93, riconoscendo in modo definitivo che l'eventuale illiceità dell'attività produttiva non esclude la tassabilità del reddito da essa derivante, essendo il reddito un dato economico e non giuridico.

Infine, nei giorni nostri, la legge 28 dicembre 2015, n. 208, Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2016), ha previsto all'art. 1, comma 141, compiendo una aggiunta al predetto articolo 14, comma 4, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, che in caso di violazione che comporta obbligo di denuncia ai sensi dell'articolo 331 del codice di procedura penale per qualsiasi reato da cui possa derivare un provento o vantaggio illecito, anche indiretto, le competenti autorità inquirenti ne diano immediatamente notizia all'Agenzia delle entrate, affinché proceda al conseguente accertamento, consacrando così quel legame tra indagine penale ed accertamento tributario che è essenziale per una efficace azione sui patrimoni da reato.

L'idea di fondo del principio di tassazione dei proventi illeciti, ribadito anche nella giurisprudenza, è che la provenienza illecita del patrimonio non ne vanifica la natura di "ricchezza"prodotta, e quindi la sua assoggettabilità a tassazione.

Il reddito, in sostanza, è un dato economico e non giuridico.

Ancora più evidente è la ragione dell'assoggettamento della ricchezza illecita alla tassazione indiretta. La neutralità fiscale dell'iva fa sì che non rilevi se la prestazione da tassare è lecita o illecita; l'esclusione dalla tassazione ad iva determinerebbe, anzi, un vantaggio indebito con conseguente alterazione della concorrenza. Ritorna, così, il concetto di importanza del mercato unico.

I patrimoni provento di attività illecite sono, poi, spesso sottratti al fisco mediante trasferimento in Paesi a fiscalità privilegiata, o nei quali è molto agevole creare strutture artificiali

per occultarne la provenienza o con i quali difficili, se non impossibili, sono gli scambi di informazioni, in altre termini c.d. paradisi fiscali.

La UE sta conducendo da tempo azioni per vanificare tali movimenti, sebbene nel campo della fiscalità diretta la stessa non disponga di particolari poteri normativi. Il nostro ordinamento si è dotato di una previsione specifica, l'art 12 d.l. 78 del 2009, secondo cui, in deroga ad altre disposizioni di legge, gli investimenti e le attivita' di natura finanziaria detenute negli Stati o territori a regime fiscale privilegiato, ai soli fini fiscali si presumono costituite, salva la prova contraria, mediante redditi sottratti a tassazione..

Si tratta, come è chiaro dalla stessa lettura, di una norma particolarmente incisiva soprattutto là dove prevede una evidente inversione dell'onere della prova.

Connessa tale tematica è anche quella della deduzione dei costi e la detrazione dell'iva, in particolare in operazioni che coinvolgono fatture per operazioni inesistenti, ipotesi che certamente può verificarsi in fattispecie attinenti al "lavoro nero"o allo sfruttamento di lavoro altrui.

IN estrema sintesi, ai fini della detrazione dell'IVA gli approdi più recenti della giurisprudenza, sia della Corte di Giustizia che, infine, della Cassazione, sono nel senso che essa non spetti solo quando il cessionario sia consapevole della natura soggettivamente inesistente dell'operazione intercorsa ovvero, usando la propria diligenza, avrebbe potuto ragionevolmente avvedersene (Corte Giust. UE, 6 settembre 2012, C-324/11, Cass., sez.V, sentenza 5 dicembre 2014, n. 25779).

Ai fini delle imposte dirette, invece, posto che, a norma dell'art. 14, comma 4 bis, L. 24 dicembre 1993, n. 537, nella formulazione introdotta con l'art. 8, co. 1, del D.L. 2 marzo 2012, n. 16 (convertito con la L. 26 aprile 2012, n. 44), l'acquirente dei beni può dedurre i costi relativi a operazioni soggettivamente inesistenti (non utilizzati direttamente per commettere il reato), anche per l'ipotesi in cui sia consapevole del carattere fraudolento delle operazioni, i concetti che vengono in rilevo ai fini della indeducibilità sono quelli di effettività, inerenza, competenza,

certezza, determinatezza e determinabilità, ai sensi del Testo Unico delle imposte sui redditi approvato con d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917.

Un interessante profilo attinente alla tassazione dei profitti illeciti, che la Cassazione ha affrontato in un caso proprio attinente ad una fattispecie di fittizie assunzioni di braccianti agricoli, è quello sulla compatibilità tra obbligo di dichiarazione (anche) dei redditi illeciti e principio del "*nemo tenetur se detegere*"

Nella specie, tra gli altri motivi, il ricorrente sosteneva la illegittimità delle sanzioni per omessa dichiarazione, in quanto, in relazione a redditi derivanti da presunte attività illecite, non si configurava un "obbligo dichiarativo"in ragione della applicazione del principio generale del *nemo tenetur*, in quanto la dichiarazione fiscale avrebbe comportato l'autodenuncia del contribuente per fatti illeciti.

Cass. n. 3580/2016 ha, però, ritenuto il motivo infondato in relazione all'obbligo, di fonte costituzionale desumibile dall'art. 53 della Costituzione, di dichiarare tutti i redditi prodotti (effettivi), espressione di capacità contributiva. *La circostanza che il possesso di redditi possa costituire reato e che l'autodenuncia possa violare il principio "nemo tenetur se detegere", peraltro privo di rilievo costituzionale, è sicuramente recessiva rispetto all'obbligo di concorrere alle spese pubbliche ex art. 53 predetto. Di poi la ormai incontestata e riconosciuta normativamente tassabilità dei proventi illeciti, anche delittuosi, comporta il necessario superamento di ogni remora anche in ordine alla dichiarazione, essendo connaturale al possesso di un reddito tassabile il relativo obbligo di dichiarazione (cfr. in termini Cass. sent. n. 20032/2011)*

Questione analoga si è posta negli USA in relazione alla violazione del Quinto Emendamento, dove la Corte Suprema ha, tuttavia, ritenuto che:

requiring a person to declare income on a federal income tax return does not violate an individual's right to remain silent, although the privilege may apply to allow the person to refrain from revealing the source of the income

5. Conclusioni

Ritornando alla domanda con cui si è aperto questo scritto, forse, allora, la conclusione che può trarsi da questa disamina è che, in determinati casi, tutela del mercato e tutela dei diritti non sono necessariamente in contrapposizione tra loro. I due concetti vengono spesso presentati come confliggenti, ma l'analisi compiuta indica come, invece, in determinati casi, la tutela del mercato comporta, almeno indirettamente, una tutela delle vittime degli illeciti. Il discorso si potrebbe, allora, allargare ad altri ambiti in cui scelte dell'economia e tutela dei diritti sembrano inconciliabili (basti pensare al dibattito sull'euro, ancora attuale). Non è questa, ovviamente, la sede per uno studio di questo tipo, ma, piuttosto, quanto esposto può essere spunto per ulteriori riflessioni sulle scelte di politica

EMANUELE QUADRACCIA

Alcune riflessioni sui rapporti tra Ambiente e Costituzione[242].

Secondo l'insegnamento di un autorevole studioso, l'ambiente *"non si configura come un'entità autonoma ed astratta rispetto all'uomo, ma costituisce l'insieme dei presupposti esistenziali e vitali della specie umana, un* cadre de vie *necessario ed ineliminabile che determina e plasma le condizioni di vita, la vita stessa dell'uomo"*[243]. Il nesso che lega indissolubilmente ambiente e vita umana porta dunque a configurare una sorta di "diritto fondamentale all'ambiente", che spesse volte viene assorbito nei più generali, ma non per questo assolutamente meno permeanti, diritti fondamentali alla vita, alla salute ed alla integrità fisica. Così, richiamando una nota dottrina, si può correttamente affermare che la centralità dell'uomo, nell'ambito del concetto di ambiente, *"[…] non comporta […] una sottovalutazione dei beni della natura, ma l'affermazione di un diritto all'ambiente come diritto alla personalità, con correlativo dovere di rispetto […] del valore personale degli altri consociati"*[244].

Quanto affermato postula, invero, l'ingresso a pieno titolo del diritto ad un ambiente salubre nell'ambito della categoria dei diritti fondamentali e, più specificamente, dei diritti della personalità riconosciuti meritevoli di tutela in seno alla nostra Costituzione.

Ed è proprio sul fondamento costituzionale del diritto all'ambiente che ci si intende soffermare.

Occorre dapprima osservare, a tal riguardo, come il rilievo espressamente assegnato dalla Costituzione al patrimonio storico ed artistico (art. 9, co. 2: "*La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione"*), perderebbe gran parte della sua pregnanza qualora non presupponesse la tutela dell'assetto urbanistico e paesaggistico, come bene contiguo e funzionale a quello costituito dal *"patrimonio storico ed artistico"*. Per utilizzare le incisive parole di Fausto Giunta, *"[…] che senso avrebbe postulare la rilevanza costituzionale dei beni storici e artistici, se poi tali beni*

[242] Appunti a margine del convegno su "Diritto dell'ambiente: profili amministrativi e penali" tenutosi il 5 aprile 2017 a Messina.

[243] L. MEZZETTI, *Manuale di diritto ambientale*, Padova, 2001, 99 s..

[244] POSTIGLIONE, *Il diritto all'ambiente*, Napoli, 1982, 6.

vengono a collocarsi in una cornice urbanistica e paesaggistica cui non è riconosciuta una pari significatività?"[245].

Sulla scorta delle argomentazioni appena richiamate, si è allora dell'avviso che la tutela dell'assetto urbanistico e paesaggistico presupponga la rilevanza costituzionale (perlomeno indiretta) dell'ecosistema. L'espressa rilevanza attribuita dalla nostra Costituzione al valore paesaggistico ed all'interesse storico-artistico induce infatti a ravvisare, nell'art. 9 cit. l'implicita costituzionalizzazione *"dei significati che afferiscono ai contenuti centrali della nozione di ambiente"*[246].

La disposizione costituzionale in esame, pur nella sua ineludibile genericità, rivela una manifesta natura di norma programmatica, la cui lettura ha subìto, nel corso del tempo, una costante evoluzione. L'art. 9 Cost., difatti, è da sempre letto in parallelo con l'art. 32 della stessa Carta Fondamentale, nel quale la (tutela della) salute viene qualificata come diritto dell'individuo e, al tempo stesso, interesse della collettività. Dottrina e giurisprudenza, in uno sforzo esegetico ampliativo della portata del dettato costituzionale, hanno così progressivamente esteso l'ambito della tutela garantita alla salute pubblica, sino a ricomprendervi un, non meglio specificato, *"diritto alla salubrità dell'ambiente"*[247]. Il collegamento esistente tra le due disposizioni è di facile intuizione: atteso lo stretto legame intercorrente tra la persona e l'ambiente in cui vive, ogni atto lesivo avente ad oggetto l'integrità e la salubrità di questo, ricade inevitabilmente anche sugli aspetti relativi alla salute umana. E' quindi evidente che una tutela sistematica della salute degli individui (tanto in termini preventivi, quanto in un'ottica propriamente riparatoria e ripristinatoria)[248] passa inevitabilmente attraverso il riconoscimento e la tutela di un diritto ad un ambiente salubre.

La stessa Corte Costituzionale, rimosse le iniziali resistenze, soprattutto a seguito della promulgazione della legge 8 luglio 1986, n. 349 (*"Istituzione del Ministero dell'ambiente e norme in materia di danno ambientale"*) – che ha fornito alcune indicazioni sulla definizione di un

[245] GIUNTA, *Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni?*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1997, 1107.

[246] ID., *op. ult. cit.*, 1108; per considerazioni parzialmente diverse, si cfr., STRANO LIGATO, *I reati in materia urbanistica*, in *Il diritto penale dell'impresa,* a cura di L. Conti, Padova, 2001, 821 ss..

[247] L. RAMACCI, *Manuale di diritto penale dell'ambiente*, Padova, 2003, 9.

[248] Cfr., art. 191 T.F.U.E. sui tre principi base di gestione dell'ambiente: quello di prevenzione e correzione, quello del "chi inquina paga" e quello di precauzione.

(seppur vago)[249] concetto di ambiente - ha sottolineato lo sforzo del legislatore di dare un *"[...] riconoscimento specifico alla salvaguardia dell'ambiente come diritto fondamentale della persona ed interesse fondamentale della collettività e di creare istituti giuridici per la sua protezione"*[250]. La Consulta, invero, nella stessa sentenza, si è spinta anche oltre, giungendo a delineare, attraverso una formidabile operazione descrittiva, i tratti del bene ambiente, che, a ben guardare, comprenderebbe *"[...] la conservazione, la razionale gestione ed il miglioramento delle condizioni naturali (aria, acque, suolo e territorio in tutte le sue componenti), l'esistenza e la preservazione dei patrimoni genetici, terrestri e marini, di tutte le specie animali e vegetali che in esso vivono allo stato naturale ed in definitiva la persona umana in tutte le sue estrinsecazioni"*[251]. L'inedita importanza della decisione in esame consiste, soprattutto, nel fatto che, per la prima volta, si è ritenuto di poter collocare la salvaguardia ambientale fra i diritti fondamentali della persona riconosciuti dall'ordinamento giuridico italiano: si è dunque preso atto della necessità di un continuo aggiornamento dell'interpretazione giuridica e sociale dei valori che la Costituzione esprime e garantisce attraverso i suoi articoli 9 e 32.

Anche a seguito della riforma del titolo V della Costituzione operata con l. cost. n. 3 del 18 ottobre 2001, la Corte ha proceduto, sulla scia di alcune fondamentali pronunce[252], ad un più marcato inquadramento dell'ambiente come valore costituzionalmente protetto, descritto come *"[...] una sorta di materia "trasversale", in ordine alla quale si manifestano competenze diverse"*, tanto attinenti allo Stato, quanto spettanti alle singole regioni[253].

Altro importante referente costituzionale del concetto di ambiente è rinvenibile nell'art. 2 Cost., in base al quale, *"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"*. Secondo autorevole dottrina, infatti, l'art. 2 cit. costituisce, *inter alia*, *"l'ontologico ed imprescindibile punto di partenza di tutti quei cosiddetti "nuovi diritti"non ancora (completamente e*

[249] Il giudizio su tale "vaghezza" della l. n. 349/1986 è ripreso da L. RAMACCI, *Manuale di diritto penale dell'ambiente*, cit., 10.

[250] Corte Cost. sent. n. 210 del 28 maggio 1987.

[251] Corte Cost., sent. ult. cit..

[252] V., ad es., Corte Cost., sent. nn. 302/1988; 391/1989; 341/1996; 157/1998; 273/1998; 382/1999; 54/2000; 507/2000.

[253] Per quest'impostazione, v., Corte Cost., sent. n. 407 del 10 luglio 2002.

positivamente) recepiti dall'ordinamento giuridico"[254], costituendo la vera porta di ingresso, nel nostro ordinamento, per l'emergente diritto all'ambiente.

A questo punto della riflessione vanno pertanto valorizzati il ruolo innovativo e la portata che sono stati attribuiti, mercé un'interpretazione evolutiva del testo, all'art. 3, co. 2 della Carta. Il *"pieno sviluppo della persona umana"*e l'*"effettiva partecipazione"*di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese vanno intesi non solo e non tanto come mere dichiarazioni programmatiche, bensì piuttosto come il contenuto del primo ed essenziale diritto rientrante nella categoria dei diritti inviolabili richiamata dall'art. 2 Cost.[255]. Si comprende così agevolmente come la norma risultante dal combinato disposto degli artt. 2 e 3, co. 2 Cost. si configuri, rispetto alle altre disposizioni costituzionali, *"[…] come una super-norma recante un diritto fondamentale elementare"*, alla stregua di un *"[…] valore profondamente insito nell'etica e nel costume sociale, valore che appare quale pietra angolare sia della Costituzione formale che di quella materiale"*[256].

Da questa breve ricostruzione dogmatica si ricava una qualificazione del diritto all'ambiente salubre come di un diritto fondamentale, per così dire, *in transitu*.

E ciò in quanto il rapporto intercorrente tra il bene giuridico "ambiente salubre"e gli altri beni tutelati dall'ordinamento non deve porsi in termini di alternativa o di esclusione: nel corso degli ultimi decenni è difatti mutato il modo di concepire il rapporto tra l'uomo ed il proprio *habitat*. Da un'impostazione generalista, che, all'inizio, si proponeva la sola salvaguardia dei *"cicli biologici naturali"*, si è progressivamente passati, in una prospettiva evolutiva, ad una più permeante funzione di *"tutela dell'utilità sociale dei luoghi"*[257]. Ciò non vuole significare che si sia oggi giunti ad un'impostazione "assolutistica"del bene-ambiente, non essendo configurabile, nell'attuale quadro normativo, quella qualificazione di primazia e di pregiudizialità che certa, più rigorosa dottrina intravvede nella salvaguardia, a tutta oltranza, dell'ecosistema[258].

Dalla ricostruzione unitaria dell'ambiente come bene costituzionalmente tutelato non possono trarsi, in conclusione, implicazioni ultronee.

---

[254] In tal senso, cfr. PANETTA, *Il danno ambientale*, Torino, 2003, 46.

[255] CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, *passim*.

[256] Per le citazioni, v. L. MEZZETTI, *Manuale di diritto ambientale*, cit., 109; più in particolare, sull'argomento, cfr. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972, 15 s..

[257] Cfr., CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente*, Padova, 1996, 15.

[258] Per una visione parzialmente differente, cfr. L. MEZZETTI, *Manuale di diritto ambientale*, cit., 101 ss..

Talché, dal superamento della teoria dell'ambiente come bene giuridico in sé considerato, deriva, in primo luogo, *"che l'impostazione tradizionale che collega il bene alle norme rivolte alla tutela di interessi individuali collide con la necessaria natura super-individuale dell'ambiente e della tutela delle risorse ambientali"*[259]. Sotto diverso profilo, il reiterato ricorso del legislatore ad interventi di tipo emergenziale non favorisce, di certo, il consolidarsi di una definizione unitaria di ambiente.

Alcuni Autori hanno quindi sottolineato l'importanza di un approccio interdisciplinare, aperto al contributo delle altre scienze, in particolare di quelle ecologiche. Accogliendo - in una prospettiva di tendenziale superamento delle teorie cc.dd. antropocentriche[260] - questa tesi, ne discende che *"[…] all'interno del diritto dell'ambiente rientrano tutte quelle discipline di settore che perseguono la tutela degli equilibri ecologici: disciplina dell'aria, dell'acqua, del rumore, della difesa del suolo, dello smaltimento dei rifiuti, della protezione della natura, delle aree protette, quegli strumenti tipicamente rivolti alla tutela degli equilibri ecologici quali la valutazione di impatto ambientale e, secondo un'opinione non pacifica ma preferibile, anche discipline quali la tutela del paesaggio"*[261], rimanendone fuori, in ogni caso, materie "parallele", come l'agricoltura o la sicurezza sul lavoro, le quali, pur presentando indiscutibili connessioni con quella ambientale, sono caratterizzate da oggetti e finalità prevalentemente diversi.

[259] CHIEPPA-GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017, 1043.

[260] Cfr., in argomento, RIONDATO, *Entità naturali come persone giuridiche? Note sulla recente legislazione ambientale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1992, 751 ss.; ROTA, *Gli interessi diffusi nell'azione della pubblica amministrazione*, Milano, 1988, 83.

[261] Così, CHIEPPA-LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 906, ove si rimanda a CARAVITA, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2005, 33.

MARIA FRANCESCA RUSSO

Libertà di iniziativa economica e dignità della persona umana

SOMMARIO: 1. Il diverso peso attribuito dalla Corte di Giustizia da un lato e dalla Corte di Strasburgo e dalle Corti nazionali dall'altro ai valori del mercato e ai diritti fondamentali della persona. – 2. Consumatore e dignità umana. - 3. Libertà di iniziativa economica, utilità sociale e dignità umana. – 4. I diritti fondamentali della persona e il pericolo di una loro surrettizia sottomissione ai valori del mercato. – 5. Conclusioni.

1. Il diverso peso attribuito dalla Corte di Giustizia da un lato e dalla Corte di Strasburgo e dalle Corti nazionali dall'altro ai valori del mercato e ai diritti fondamentali della persona.

A seguito dell'approvazione del Trattato di Lisbona, avvenuta il 1° dicembre 2009, il nuovo art. 6 del Trattato sull'Unione europea afferma che "*L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* [c.d. Carta di Nizza]… *che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati*", e quindi i diritti fondamentali sono entrati a pieno titolo a far parte dei valori che la Corte di Giustizia dell'Unione europea è tenuta a far rispettare. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[262] (c.d. Carta di Nizza), tuttavia, al contrario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (di seguito: Convenzione EDU), contempla quali principi fondamentali la libertà d'impresa e la tutela dei consumatori. Non può in effetti dimenticarsi la persistente centralità del mercato nell'ottica dell'Unione europea e che i diritti fondamentali sono stati in un primo tempo trascurati dall'Unione europea la quale, quando era ancora semplicemente una "Comunità economica europea" ha rivolto i suoi sforzi esclusivamente

[262] Cfr. l'art. 16 (*Libertà d'impresa*): *È riconosciuta la libertà d'impresa, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali*; art. 38 (*Protezione dei consumatori*): *nelle politiche dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione dei consumatori*. Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Principi generali, clausole generali e nuove tecniche di controllo dell'autonomia privata*, in (a cura di) A.M. GAMBINO, *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore*, Torino, 2011, 166, secondo cui i citati artt. 16 e 38 impongono di rimeditare l'impostazione secondo cui la Carta di Nizza attribuirebbe rilevanza e tutela soltanto alle manifestazioni dell'autonomia privata che più immediatamente si collegano allo sviluppo della persona umana.

nella direzione di una integrazione economica[263], tralasciando altri aspetti, quali da un lato un tentativo effettivo di creare una reale unione politica e dall'altro uno serio sforzo di imporre a tutti gli Stati membri il dovere di rispettare i diritti fondamentali.

Solo di recente si è acquisita la consapevolezza che una Unione dell'Europa reale ed effettiva si può realizzare esclusivamente attraverso una integrazione e una cooperazione in tutti i campi, ivi compresi i diritti fondamentali, e ciò peraltro anche al fine di realizzare una più soddisfacente integrazione economica. E' da poco infatti che si è verificato il definitivo superamento della concezione iniziale dell'Unione europea, attenta solo ad una integrazione economica e a far valere il principio di libera circolazione delle persone, delle merci, dei sevizi e dei capitali[264].

Per quanto riguarda invece Cassazione e Corte costituzionale, si è assistito ad un processo per certi versi quasi opposto: esse hanno infatti solo negli ultimi anni finalmente pienamente metabolizzato e fatti propri i valori della concorrenza e del mercato (si pensi all'introduzione solo nel 1990 - legge n. 287 - di una disciplina *antitrust* nazionale, dell'inserimento per la prima volta nella Costituzione - all'art. 117, comma 2 - della parola "concorrenza" a seguito della riforma del titolo V nel 2001; alla sentenza della Cassazione a sezioni unite n. 2207 del 2005 che ha per la prima volta riconosciuto al consumatore il diritto al risarcimento del danno da condotta anticoncorrenziale; alle numerose sentenze della Corte costituzionale – ad esempio la n. 178 del 2014 – che hanno ricondotto le misure legislative di liberalizzazione delle attività economiche - comprese le professioni intellettuali - alla materia «tutela della concorrenza».

In effetti, le nostre Corti nazionali e la Corte di Strasburgo[265] hanno fin dall'inizio avuto saldamente come obiettivo primario la tutela dei diritti fondamentali, anche se tale tutela ha sicuramente avuto negli ultimi tempi un ulteriore impulso ad opera da un lato della Corte costituzionale mediante la "promozione" nella gerarchia delle fonti della Convenzione europea dei

[263] Cfr. ad esempio Corte di Giustizia CEE, 5 febbraio 1963, C-26/62, secondo cui "lo scopo del Trattato CEE è quello di instaurare un mercato comune".

[264] Cfr., fra le tante, Corte di giustizia UE 8 aprile 2014, Digital Rights Ireland e Seitlinger e a. (cause riunite C-293/12 e C-594/12), che ha dichiarato invalida la direttiva sulla conservazione dei dati personali, in quanto comporta "un'ingerenza di vasta portata e di particolare gravità nei diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati di carattere personale, non limitata allo stretto necessario".

[265] L'azione di quest'ultima è peraltro in parte limitata dalla possibilità (prevista dall'art. 57 della CEDU) per gli Stati aderenti di apporre "riserve" alla piena espansione della Carta in determinati settore.

diritti dell'uomo, a partire dalle sentenza nn. 348 e 349 del 2007 e dall'altro della già ricordata entrata in vigore della Carta di Nizza nel 2009.

Infatti, la tutela dei diritti fondamentali è fermamente ancorata alla nostra Costituzione del 1948 e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950, che nascono *in primis* non certo a tutela della concorrenza e del mercato ma proprio a tutela dei diritti inviolabili dell'uomo (art. 2), a seguito degli orrori della seconda guerra mondiale, delle leggi razziali, dei campi di sterminio, e dunque come reazione alla violazione sistematica dei diritti fondamentali che avvenne in quel periodo e alla conseguente completa degradazione e annullamento della dignità della persona umana. E' in questa prospettiva che è ormai da tempo acquisita alla nostra cultura giuridica la c.d. teoria dei controlimiti, che risale alla sentenza della Consulta n. 170 del 1984, innumerevoli volte citata e confermata in seguito dalle nostre Corti nazionali, e che pone al vertice del nostro ordinamento i diritti fondamentali, i quali devono prevalere anche sul diritto dell'Unione europea che si ponesse eventualmente in contrasto con essi[266]. Tale principio è stato ribadito dalla sentenza n. 238 del 2014, secondo la quale i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona costituiscono un limite all'ingresso delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l'ordinamento giuridico italiano si conforma secondo l'art. 10, comma 1, Cost. ed operano quali "controlimiti" all'ingresso delle norme dell'Unione europea. La stessa sentenza ha, a proposito dell'immunità degli Stati sovrani dalla giurisdizione italiana per i crimini di guerra, affermato che anche in una prospettiva di realizzazione dell'obiettivo del mantenimento di buoni rapporti internazionali, ispirati ai principi di pace e giustizia, in vista dei quali l'Italia consente a limitazioni di sovranità (art. 11 Cost.), il limite che segna l'apertura dell'ordinamento italiano all'ordinamento internazionale e sovranazionale (artt. 10 ed 11 Cost.) è costituito dal rispetto dei principi fondamentali e dei diritti inviolabili dell'uomo, e ciò è sufficiente ad escludere che atti quali la deportazione, i lavori forzati, gli eccidi, riconosciuti come crimini contro l'umanità, possano giustificare il sacrificio totale della tutela dei diritti inviolabili delle persone vittime di quei crimini, nell'ambito dell'ordinamento interno. Pertanto, in un

[266] Accade peraltro che tale prevalenza per ragioni di "galateo internazionale" - cfr. in questo senso la sentenza n. 238 del 2014 – non viene completamente esplicitata nelle motivazioni, come nel caso della c.d. sentenza Alitalia n. 270 del 2010, che, pur senza dichiarare esplicitamente incostituzionale norme dell'Unione europea, ha tuttavia sancito la prevalenza del diritto fondamentale al lavoro sulle norme in tema di concorrenza non solo nazionali ma anche dell'Unione europea, che avrebbero impedito la fusione tra Alitalia e Air One, in quanto tale fusione integrava a tutti gli effetti una concentrazione anticoncorrenziale vietata dalle norme dell'Unione.

contesto istituzionale contraddistinto dalla centralità dei diritti dell'uomo, esaltati dall'apertura dell'ordinamento costituzionale alle fonti esterne, la circostanza che per la tutela dei diritti fondamentali delle vittime dei crimini di guerra sia preclusa la verifica giurisdizionale rende del tutto sproporzionato tale sacrificio rispetto all'obiettivo di non incidere sull'esercizio della potestà di governo dello Stato, allorquando quest'ultima si sia espressa, come nella specie, con comportamenti qualificabili come crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona, in quanto tali estranei all'esercizio legittimo della potestà di governo.

La nostra Corte di Cassazione, in sintonia con il dettato dell'art. 2 della Costituzione, ha dato effettivo riconoscimento a tali diritti fondamentali individuandone la loro effettiva essenza nella circostanza che portatore di tali diritti è l'uomo in quanto tale e non solo il cittadino: si pensi al filone giurisprudenziale in tema di immigrazione, ove si afferma che "*sono costituzionalmente illegittime, perché ingiustificatamente discriminatorie, le norme che impongono nei soli confronti dei cittadini extraeuropei particolari limitazioni al godimento di diritti fondamentali della persona, riconosciuti ai cittadini italiani*" (sentenze n. 593 del 2016, che riconosce anche al disabile straniero privo della carta di soggiorno l'indennità di accompagnamento e 15362 del 2015, che riconosce a determinate condizioni allo straniero il diritto al ricongiungimento familiare).

Mentre in Italia i diritti fondamentali godono dunque di una dignità assoluta e di preminenza tra le fonti del diritto, nei Trattati dell'Unione europea essi si pongono sullo stesso piano delle altre disposizioni dei Trattati e degli altri principi e valori del diritto comunitario; la stessa Carta di Nizza ammette esplicitamente, all'art. 52, che eventuali limitazioni all'esercizio delle libertà e dei diritti riconosciuti dalla Carta possono essere previste dalla legge. Pertanto, in ambito UE il rispetto dei diritti umani viene contemperato con altri valori e principi comunitari come quelli relativi al mercato interno e alla libera circolazione di merci, persone, servizi, capitali, o concernenti la libera concorrenza o l'unione monetaria, tanto che la parola "fondamentali" viene più spesso abbinata non già a quella"diritti" ma a "libertà", e non per intendere la libertà di movimento, di riunione o di associazione, ma libertà quali la libertà di stabilimento, di libera prestazione di servizi e di libera circolazione dei capitali[267]. Già la sentenza della Corte di

[267] Sentenza della Corte di Giustizia (Grande Sezione), Fernand Ullens de Schooten contro État belge, causa C-268/15 del 15 novembre 2016, secondo cui il diritto dell'Unione deve essere interpretato nel senso che il regime

Giustizia CEE 14 maggio 1974, causa 4/73 (Nold contro Commissione) affermò in effetti che i diritti fondamentali possono essere sottoposti a limiti giustificati dagli obiettivi di interesse generale perseguiti dalla Comunità, purché non sia lesa la sostanza (quello che la nostra Corte costituzionale definirebbe "il nucleo essenziale", "il nocciolo duro") di tali diritti.

Nelle nostre Corti nazionali e nella Corte EDU[268] è infatti ancora saldamente al centro delle tutele l'uomo, la persona umana, mentre nella filosofia della Corte di Giustizia dell'Unione europea riveste tuttora una posizione preminente il corretto funzionamento del mercato (luogo di incontro di professionisti e consumatori), anche se nella più o meno raggiunta consapevolezza che esso altro non è che un luogo ove agiscono persone umane, una di quelle formazioni sociali cioè cui fa riferimento l'art. 2 Cost.[269].

---

della responsabilità extracontrattuale di uno Stato membro per il danno causato dalla violazione di siffatto diritto non è destinato a trovare applicazione in presenza di un danno asseritamente provocato ad un singolo a causa della presunta violazione di una libertà fondamentale, prevista agli articoli 49, 56 o 63 TFUE (le disposizioni del Trattato FUE in materia di libertà di stabilimento, di libera prestazione di servizi e di libera circolazione dei capitali), da una normativa nazionale applicabile indistintamente ai cittadini nazionali e ai cittadini di altri Stati membri, allorché, in una situazione i cui elementi sono tutti collocati all'interno di uno Stato membro, non sussistono legami fra l'oggetto o le circostanze in discussione nel procedimento principale e i menzionati articoli.

[268] Cfr. ad esempio, solo per citare alcune tra le decisioni più recenti, Corte EDU Rasul Jafarov v. Azerbaijan n. 69981/14), sez. V, 17 marzo 2016, in tema di detenzione illegale di un avvocato-attivista per i diritti umani, decisione in cui si è riscontrata la violazione dell'art. 5 § 1 (diritto alla libertà e alla sicurezza), dell'art. 5 § 4 (diritto ad avere una detenzione secondo legge e decisa in tempi rapidi da un giudice); Corte EDU Simeonovi v. Bulgaria (n. 21980/04), sez. V, 20 ottobre 2015, sulle cattive condizioni in cui era custodito un detenuto condannato al'ergastolo: la Corte ha individuato una violazione dell'art. 3 della Convenzione in ragione delle pessime condizioni in cui era detenuto; Corte EDU Medžlis Islamske Zajednice Brčko and Others v. Bosnia and Herzegovina (n. 17224/11), sez. V, 13 ottobre 2015, in tema di in tema di un processo per diffamazione intentato contro delle organizzazioni non governative a seguito di una loro lettera di lamentele scritta contro il diretto di una radio, la Corte ha ritenuto con la maggioranza di 4 voti contro 3 che non ci fosse stata violazione dell'art. 10 della Convenzione in tema di libera manifestazione del pensiero e che vi fosse stata un corretto bilanciamento tra il diritto alla reputazione del direttore della radio e il diritto delle ONG di riportare critiche alla autorità competenti che però avevano trasmodato una corretta e serena esposizione dei fatti; Corte EDU Nagmetov v. Russia (n. 35589/08), sez. V, 5 novembre 2015,che riguarda il caso del figlio dell'attore morto a causa di una granata scoppiata durante una manifestazione politica di protesta: la Corte ha ritenuto che vi fosse stata una violazione dell'art. 2 della Convenzione (diritto alla vita) sotto il profilo di un ricorso alla forza da parte della polizia sproporzionato rispetto alle effettive necessità.

[269] Il rapporto tra tutela della concorrenza e dei diritti fondamentali e la diversità "culturali" tra Corte GUE e Corti nazionali non sempre tuttavia costituiscono un problema, e anzi talvolta marciano di pari passo e hanno permesso una reciproca e proficua crescita nei rispettivi ambiti di tutela. Così, ad esempio, in un caso riguardante specificamente l'Italia, la Corte di Giustizia ha evidenziato lo stretto collegamento tra il corretto funzionamento del mercato e dei meccanismi concorrenziali da un lato e la possibilità per i cittadini di usufruire di libertà fondamentali quali quella al pluralismo dell'informazione dall'altro (Corte Giustizia CE, 31 gennaio 2008, Causa C-380/05). Si è in particolare affermato che il principio della libera prestazione di servizi è leso da un sistema, come quello italiano, che non consente al titolare di una concessione televisiva di trasmettere e quindi prestare di un servizio a causa della mancata assegnazione delle frequenze da parte delle autorità amministrative nazionali. Conclude la CGUE sostenendo che un sistema che limita il numero degli operatori presenti sul mercato e consolida la posizione degli operatori già attivi nel settore delle trasmissioni televisive, senza applicare criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e

Questa contrapposizione non del tutto risolta tra tutela dei diritti fondamentali e mercato e quindi tra persona e consumatore costringe l'interprete ad un continuo sforzo per ricostruire da un lato la *ratio* di tutela delle norme più pertinente alla particolare situazione e dall'altro ad un delicato bilanciamento tra i suddetti valori. In questa prospettiva il mercato non va considerato come solo il luogo deputato alle contrattazioni economiche tra consumatori e professionisti ma anche una formazione sociale in cui la persona umana può sviluppare la propria personalità.

2. Consumatore e dignità umana. - I principi della solidarietà sociale e della dignità della persona, che permeano l'intero ordine costituzionale, connotando la forma di Stato in termini di democrazia sostanziale, trovano uno specifico ambito di applicazione anche nelle disposizioni riguardanti le libertà economiche, in quanto il diritto di iniziativa economica del professionista viene limitato, a favore del consumatore, attraverso clausole aperte quali l'"utilità sociale" e la "sicurezza, la libertà la dignità umana"[270]. La contrattazione sul mercato, accanto ad interessi pubblici aventi una forte caratterizzazione collettiva (come ad esempio il rispetto dell'ambiente e della concorrenza) mette in gioco anche il rispetto di diritti fondamentali del singolo, della persona umana (in primis il diritto alla salute, ma si pensi anche al diritto alla privacy e alla riservatezza[271],

proporzionati per la concessione delle autorizzazioni, è un ostacolo alla libera prestazione dei servizi. Coerentemente la Corte costituzionale, con la sentenza n. 206 del 2009, ha evidenziato che principio fondamentale del sistema radiotelevisivo è il pluralismo dei mezzi di comunicazione radiotelevisiva, l'apertura alle diverse opinioni, riconducibili all'art. 21 Cost. Una sentenza della Cassazione su un tema apparentemente banale mostra poi ancora una volta la stretta connessione tra diritti fondamentali della persona e diritti economici e il reciproco vantaggio che si può trarre da una tutela congiunta dei due aspetti: ha stabilito la Suprema Corte (sentenza n. 14602 del 2007) che ai fini dello svolgimento dell'attività di propaganda a scopi commerciali in locali nei quali il consumatore si trovi temporaneamente per ragioni di studio, cura o svago, l'incaricato può accedere a tali luoghi ma è necessario che sia munito del prescritto tesserino di riconoscimento, ai sensi dell'art. 20 del d.lgs. n. 114 del 1998. In mancanza, dell'illecito rispondono tanto l'impresa per conto della quale l'incaricato agisce quanto quest'ultimo. La vendita porta a porta mostra come sia un tutt'uno il diritto economico a non fare scelte di acquisto non adeguatamente ponderate e il diritto alla propria *privacy*, a non essere disturbati.

[270] C.M. BIANCA, *Il contratto*, Milano 1985, 370, il quale considera le condizioni generali del contratto come un fenomeno collettivo e ritiene che la potenziale dannosità sociale delle stesse sia data dall'eventuale approfitta mento che trascende il singolo rapporto e si proietta a danno di una generalità di contraenti, assoggettati all'altrui potere regolamentare; M. NUZZO, *Condizioni generali di contratto e pubblici servizi*, Milano 1994, 157, il quale sottolinea l'esigenza di una valutazione del potere privato condotta sulla scorta del limite dell'utilità sociale, nella quale si riassumono gli interessi fondamentali tutelati dalle norme costituzionali in tema di rapporti economici.

[271] Cfr. ad esempio Cass., 15 luglio 2014, n. 16133, secondo cui il danno non patrimoniale risarcibile ai sensi dell'art. 15 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (cosiddetto codice della privacy), pur determinato da una lesione del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali tutelato dagli artt. 2 e 21 Cost. e dall'art. 8 della CEDU, non si sottrae alla verifica della "gravità della lesione" e della "serietà del danno" (quale perdita di natura personale effettivamente patita dall'interessato), in quanto anche per tale diritto opera il bilanciamento con il principio di

sempre più messi a repentaglio da contrattazioni a distanza che richiedono necessariamente la raccolta di dati sensibili del consumatore). Con la sentenza n. 83 del 2017 la Consulta ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 35-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), come introdotto dall'art. 1, comma 1, del decreto-legge 26 giugno 2014, n. 92 (Disposizioni urgenti in materia di rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell'articolo 3 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 11 agosto 2014, n. 117. Il giudice *a quo*, ritenendo che tale norma potesse applicarsi solo ai detenuti e non anche agli internati (ossia a coloro che non scontano una pena ma sono sottoposti ad una misura di sicurezza), lamentava una disparità di trattamento fra le due categorie; la Corte costituzionale ritiene invece che da una interpretazione piana della norma si deduce che essa è applicabile sia ai detenuti che agli internati. Secondo tale norma, dunque, i detenuti e gli internati che subiscono o hanno subìto un trattamento degradante e disumano in violazione dell'art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo possono chiedere un rimedio risarcitorio. La Corte europea dei diritti dell'uomo individua, tra gli indicatori di tale trattamento, lo spazio disponibile per ogni singola persona detenuta o internata, l'impossibilità di utilizzare la toilette in modo privato, l'areazione, l'accesso alla luce e all'aria naturali, la qualità del riscaldamento e il rispetto delle regole sanitarie di base.

Si deve sottolineare che il risarcimento del danno da detenzione inumana o degradante non è un danno derivante dalla semplice "compressione" dei diritti fondamentali, ma per la loro compressione eccessiva, tale cioè da averne intaccato il nucleo incomprimibile, lo "zoccolo duro". Infatti, come si è espressa la Corte costituzionale con la sentenza n. 20 del 2017 a proposito della possibilità di limitare il diritto fondamentale di cui all'art. 15 Cost. alla libertà e alla segretezza

solidarietà ex art. 2 Cost., di cui il principio di tolleranza della lesione minima è intrinseco precipitato, sicché determina una lesione ingiustificabile del diritto non la mera violazione delle prescrizioni poste dall'art. 11 del codice della privacy ma solo quella che ne offenda in modo sensibile la sua portata effettiva. Il relativo accertamento di fatto è rimesso al giudice di merito e resta ancorato alla concretezza della vicenda materiale portata alla cognizione giudiziale ed al suo essere maturata in un dato contesto temporale e sociale. In applicazione di tale principio la S.C. ha cassata la decisione di merito che, sulla base del mero disagio, aveva ritenuto risarcibile il danno alla privacy, caratterizzato dalla possibilità, per gli utenti del "web", di rinvenire agevolmente su internet - attraverso l'uso di un comune motore di ricerca - generalità, codice fiscale, attività di studio, posizione lavorativa e retributiva della parte attrice.

della corrispondenza, se è vero che tale diritto garantisce «quello spazio vitale che circonda la persona e senza il quale questa non può esistere e svilupparsi in armonia con i postulati della dignità umana» nondimeno, al pari di ogni altro diritto costituzionalmente protetto, anche il diritto alla libertà e alla segretezza della corrispondenza è soggetto a limitazioni, purché disposte «per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge». Per questo, la «Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra princìpi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi», nel rispetto dei canoni di proporzionalità e di ragionevolezza (sentenza n. 85 del 2013). Analogamente, ha affermato la Consulta nella sentenza n. 122 del 2017 che la tutela dei diritti costituzionali del detenuto opera «con le limitazioni che, come è ovvio, lo stato di detenzione necessariamente comporta». La legittima restrizione della libertà personale cui il detenuto è soggetto, e che trova alla sua base un provvedimento giurisdizionale, si riverbera inevitabilmente, in modo più o meno significativo, sulle modalità di esercizio delle altre libertà costituzionalmente alla prima collegate. Ciò avviene anche per la libertà di comunicazione, la quale, nel corrente apprezzamento, rappresenta – al pari della libertà di domicilio (art. 14 Cost.) – una integrazione e una precisazione del fondamentale principio di inviolabilità della persona, sancito dall'art. 13 Cost., in quanto espressione della "socialità" dell'essere umano, ossia della sua naturale aspirazione a collegarsi spiritualmente con i propri simili. È evidente, così, che lo stato di detenzione incide in senso limitativo sulla facoltà del detenuto di intrattenere colloqui diretti con persone esterne all'ambiente carcerario: colloqui che, quali comunicazioni tra presenti, ricadono certamente nella sfera di protezione dell'art. 15 Cost. Di necessità, i colloqui personali dei detenuti «sono soggetti a contingentamenti e regolazioni da parte dell'ordinamento penitenziario» (artt. 18 ord. pen. e 37 reg. esec.) ed è l'autorità penitenziaria che, in concreto, stabilisce (in particolare, tramite il regolamento interno dell'istituto: art. 36, comma 2, lettera f, reg. esec.) i luoghi, i giorni e gli orari del loro svolgimento, senza che in ciò possa scorgersi alcuna violazione della norma costituzionale.

Pertanto, anche i diritti inviolabili possono subire limitazioni o restrizioni «in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante, sempreché l'intervento limitativo posto in essere sia strettamente necessario alla tutela di quell'interesse e sia rispettata la duplice garanzia» della riserva assoluta di legge e della riserva di

giurisdizione (sentenza n. 366 del 1991), e non v'è dubbio che l'amministrazione della giustizia e la persecuzione dei reati costituiscano interessi primari, costituzionalmente rilevanti, idonei a giustificare una normativa limitativa del diritto alla libertà e alla segretezza della corrispondenza e della comunicazione. La "somma" dei nuclei incomprimibili dei diritti fondamentali costituisce la base della dignità dell'essere umano, che pure in carcere deve essere rispettata: il danno risarcibile pertanto, liquidabile anche con valutazione equitativa ex art. 1226 c.c., è soltanto quello che supera la legittima compressione dei diritti fondamentali per sconfinare in una violazione del nucleo incomprimibile dei diritti fondamentali. Del resto anche la Cassazione (Cass., sez. I, 22/03/2017, ud. 22/03/2017, dep.05/06/2017, n. 27766, Riina) ha affermato il diritto di qualsiasi detenuto di morire dignitosamente: la dignità è dunque una condizione che deve accompagnare l'essere umano in qualunque fase della sua vita, anche quella della permanenza in carcere.

Funzione essenziale del mercato è la crescita della ricchezza attraverso una rapida circolazione dei beni, in ragione del fatto che il bene scambiato riveste un'utilità maggiore per chi lo compra rispetto a chi lo vende. Ma attraverso il mercato viene spesso direttamente permessa la realizzazione e il conseguimento di diritti fondamentali (ad esempio attraverso il mercato televisivo il diritto ad essere informati; attraverso la vendita di beni alimentari il diritto alla salute).

La nascita del mercato viene tradizionalmente indicato come un passaggio fondamentale della storia dell'uomo, il punto di passaggio dal medio evo all'età moderna e la nascita della borghesia; è il momento in cui gli abitanti del feudo lasciano i propri feudatari per incontrarsi e scambiare i propri beni prodotti in eccedenza: vengono fondate nuove città ed inizia a circolare il denaro. In economia si intende per mercato il luogo deputato allo svolgimento degli scambi; secondo un'altra definizione il mercato è il punto di incontro della domanda e dell'offerta[272], cioè degli acquirenti e dei venditori[273].

[272] N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari 1998, 67, secondo cui il mercato è un luogo, anche solo figurativamente inteso, in cui si realizzano scambi organizzati: è dunque un *locus artificialis* che non potrebbe esistere senza un nucleo di regole che in qualche modo lo conformino. Il mercato sarebbe *locus artificialis* e non *naturalis* perché "fatto con l'arte del legiferare".

[273] G. SANTINI, *Il commercio: saggio di economia del diritto*, Bologna 1979, 22. Cfr. anche A. STAZI e D. MULA, *Commento agli artt. 48 e 49 del Codice del consumo*, in A.M. GAMBINO e G. NAVA (a cura di), *I nuovi diritti dei consumatori, Commentario al d.lgs. n. 21/2014*, Torino, 2014, 73, i quali rilevano che gli obblighi di informazione e trasparenza sono finalizzati non solo al superamento delle asimmetrie informative ma sono volti anche a disciplinare il mercato, l'attività che vi si svolge e le imprese che vi operano.

Ma il mercato è più di un luogo di scambio, anche e soprattutto perché vi sono delle persone umane che possono recarvisi, incontrarsi, scambiarsi delle idee, informarsi, più o meno bene[274], e non comprare o vendere nulla. In effetti, secondo il giurista inglese Goode, se il mercato si basasse solo su una serie di contratti bilaterali non collegati tra loro rimarrebbe un bambino gracile[275]. Ciò che gli ha dato forza è stato il mercato organizzato, il luogo fisico di incontro – e in tempi più recenti la rete di comunicazione elettronica, che sempre più spesso trasforma il mercato in un luogo meramente virtuale[276] – con le sue regole associative, le sue occasioni per far conoscere i venditori agli acquirenti ed i finanziatori a chi prende a prestito il denaro, il clima di fiducia o meno che vi si respira al suo interno. Scrive poi Guido Rossi che il mercato è sede naturale di un vastissimo *bargaining*, cioè di una contrattazione continua, che va oltre la contrattazione giuridica e le sue regole e che è fra l'altro costituita da una serie di pratiche informali, dove c'è molto disordine e i contratti e la loro vincolatività sono valutati solamente per la loro efficacia ai fini del raggiungimento di un determinato scopo economico[277]. Aggiunge Oppo che è il mercato che in qualche modo deve comporre domanda e offerta, e mercato vuol dire gli uomini, nei loro bisogni e sentimenti[278].

In ogni caso il mercato appare oggi sempre più anche un luogo vivo, dove non solo avvengono le contrattazioni ma in cui delle persone fisiche si incontrano e può dunque ragionevolmente considerarsi una formazione sociale ove si svolge la personalità dell'uomo riconosciuta e tutelata dall'art. 2 Cost..

[274] Cfr. Cass. 31 ottobre 2016, n. 22042, secondo cui ai fini della configurabilità della concorrenza sleale per denigrazione, le notizie e gli apprezzamenti diffusi tra il pubblico non debbono necessariamente riguardare i prodotti dell'impresa concorrente ma possono avere ad oggetto anche circostanze od opinioni inerenti in generale l'attività di quest'ultima, la sua organizzazione o il modo di agire dell'imprenditore nell'ambito professionale (esclusa la sfera strettamente personale e privata), la cui conoscenza da parte dei terzi risulti comunque idonea a ripercuotersi negativamente sulla considerazione di cui l'impresa gode presso i consumatori, dovendosi apprezzare, ai fini della potenzialità lesiva delle denigrazioni, non solo l'effettiva "diffusione" tra un numero indeterminato (od una pluralità) di persone, ma anche il contenuto fortemente diffamatorio degli apprezzamenti stessi.

[275] R. GOODE, *Il diritto commerciale del terzo millennio*, Milano 2003, 72.

[276] V. ZENO-ZENCOVICH, *Globalizzazione, delocalizzazione, europeizzaizone: riflessi sul processo del consumatore*, in (a cura di) A.M. GAMBINO, *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore*, Torino, 2011, 4, secondo cui la globalizzazione, da intendersi come l'effetto - causato dai progressi tecnologici - di ridurre, fino a quasi ad annullare, la dimensione spaziale dell'esistenza umana, sul piano giuridico si traduce nell'attenuazione del legame fra la persona e un dato territorio.

[277] G. ROSSI, *Diritto e mercato*, in *Riv. soc.*, 1998, 14.

[278] G. OPPO, *Contratto e mercato*, in *Scritti giuridici*, VII, Padova 2005, 193.

Il principio personalistico, accolto nella Costituzione, soprattutto negli artt. 2 e 3, 2° co., muove dall'idea di uomo *situato*, che sviluppa cioè la sua personalità aderendo ad una serie progressiva di formazioni sociali, culminanti nella società politica (storicamente incarnata dallo Stato), avente per fine, diretto o sussidiario, la generalità dei bisogni umani (il bene comune). Tradizionalmente, anche i giuristi maggiormente legati a tale impostazione non inseriscono il mercato tra le formazioni sociali, in cui tutt'al più rientra l'impresa, in quanto si vede nel mercato non un luogo di socialità nel senso comunitario del termine, bensì un luogo di conflittualità, di concorrenza mossa da finalità di tipo individualistico. Il mercato era pertanto ridotto, in tali teorie, ad arena degli imprenditori. Fatti recenti dimostrano però come il funzionamento del mercato dipenda non dai soli meccanismi di produzione e di profitto, bensì da un clima relazionale di fiducia, che rivela la pluralità dei soggetti presenti nel mercato e la loro ineludibile interdipendenza.

E la considerazione del consumatore innanzitutto come persona umana e non solo come un automa caratterizzato esclusivamente da scarsità di esperienza e di informazioni emerge nel codice del Consumo anche dall'analisi della ratio di alcune delle discipline di tutela: si pensi ad esempio al diritto di recesso, che più che tutelare l'inesperienza sembra piuttosto diretto ad impedire scelte di impulso dettate dall'emotività.

3. Libertà di iniziativa economica, utilità sociale e dignità umana. **– Sembra apparentemente assai complicato conciliare** principi apparentemente opposti, ossia da un lato l'esaltazione del valore della tutela dell'ambiente di cui all'art. 9, comma 2, Cost. ("*la Repubblica tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione*") e 117, comma 2, lett. *s*), Cost., (la "*tutela dell'ambiente*" è materia di competenza esclusiva statale[279]), nonché dell'utilità sociale di cui al comma 2 dell'art. 41 Cost. e dei diritti fondamentali in genere; dall'altro l'emersione di un valore e un obiettivo allo stesso tempo, quello delle liberalizzazioni (che possono essere ricondotte al comma 1 dell'art. 41 Cost.), che fino a pochi anni fa incontrava freddezza e diffidenza. Tutela dell'ambiente, utilità sociale e diritti fondamentali sono il simbolo

[279] Cfr. però le sentenze n. 210 del 2016 e 207 del 2002 della Corte costituzionale secondo cui l'ambiente non può identificarsi con una materia in senso stretto, dovendosi piuttosto intendere come un valore costituzionalmente protetto.

di uno Stato interventista in economia; le liberalizzazioni, al contrario, sono la tipica espressione di uno Stato liberista.

Occorre dunque necessariamente partire dall'art. 41 Cost., che è il frutto dell'accordo ("compromesso" è la parola che usa Togliatti) tra le tre anime presenti in sede di Assemblea Costituente, quella liberale (si pensi a Luigi Einaudi), di cui è espressione il co. 1 (libertà d'iniziativa economica), quella cattolica (si pensi a Alcìde De Gasperi), di cui è espressione il co. 2 (l'utilità sociale e i c.d. limiti "negativi" alla libertà d'iniziativa economica), quella comunista/socialista (si pensi a Palmiro Togliatti) di cui è espressione il co. 3 (c.d. limiti "positivi" alla libertà d'iniziativa economica).

La scelta dei Costituenti è stata nel senso di considerare l'iniziativa economica come libera, ma al contrario di molte libertà civili essa non è qualificata come inviolabile[280] (si vedano invece gli artt. 13, 14, 15 Cost., in tema rispettivamente di libertà personale, domicilio, corrispondenza); sono inoltre apprestati vincoli assai più rigidi e penetranti (cfr. co 2 e 3 dell'art. 41 Cost.) di quelli previsti per le libertà civili; infine la Corte costituzionale non ha mai qualificato l'iniziativa economica come diritto fondamentale. Questi dati hanno fornito il fondamento giustificativo di quelle ricostruzioni che hanno assegnato alla predetta libertà uno status di libertà "dimidiata", di un rango diverso ed inferiore rispetto alle libertà civili, non configurabile come diritto fondamentale[281].

[280] Non può poi non citarsi la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (c.d. CEDU che, pur essendo subordinata alla Costituzione, ha comunque un valore superiore rispetto agli atti avente forza di legge: cfr. Corte Cost. nn. 348 e 349 del 2007), il cui art. 16 stabilisce che "è riconosciuta la libertà d'impresa, *conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali*": nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo quest'ultimo inciso determina la possibilità di una severa e significativa limitazione della libertà d'impresa in nome di una migliore protezione dei diritti fondamentali dell'uomo. Così, ad esempio, riguardo alle incapacità personali connesse allo stato di fallito, con specifico riferimento agli artt. 50 e 143 della legge fallimentare all'epoca vigente, la Corte di Strasburgo (sentenza 23 marzo 2006, Vitiello c. Italia, ric. n. 77962/01), ha ritenuto le disposizioni della legge fallimentare lesive dei diritti della persona, perché incidenti sulla possibilità di sviluppare le relazioni col mondo esteriore e foriere, quindi, di un'ingerenza «non necessaria in una società democratica». La Corte di Strasburgo ha affermato, in particolare, che «a causa della natura automatica dell'iscrizione del nome del fallito nel registro e dell'assenza di una valutazione e di un controllo giurisdizionali sull'applicazione delle incapacità discendenti dalla suddetta iscrizione e del lasso di tempo previsto per ottenere la riabilitazione, l'ingerenza prevista dall'art. 50 L.F. nel diritto al rispetto della vita privata dei ricorrenti non è necessaria in una società democratica, ai sensi dell'art. 8, § 2, della Convenzione». Cfr. DELLI PRISCOLI, *La rilevanza dello status nella protezione dei soggetti deboli nel quadro dei principi europei di rango costituzionale*, in *Riv. dir. comm*., 2012, 322.

[281] Cfr. in questo senso LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 582.

Fin dall'inizio l'art. 41 Cost., soprattutto per quanto riguarda il limite dell'"utilità sociale" ha avuto numerose critiche[282], per la sua formulazione "pericolosamente generica, troppo ampia, inconoscibile, indeterminata e indeterminabile: una norma che non ha significato è una norma per definizione anticostituzionale e arbitraria. Qualunque interpretazione darà il legislatore futuro alla norma essa sarà valida. Nessuna Corte giudiziaria potrà negarle validità, perché tutte le leggi saranno conformi a ciò"[283].

Proprio sull'onda di queste critiche mai sopite alla norma, cominciate già durante i lavori della Costituente e arrivate ai giorni nostri, nella scorsa legislatura è stato oggetto di esame presso la Commissione Affari costituzionali un disegno di legge costituzionale del Governo, presentato il 7 marzo 2011 (A.C. 4144), che recava la **modifica dell'art. 41 Cost.,** finalizzato a rafforzare la garanzia costituzionale della libertà economica (il nuovo comma 1 dell'art. 41 così avrebbe recitato: "L'iniziativa *e l'attività* economica privata *sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge*": le parti in corsivo costituiscono le modifiche**).** Sono però mancati i tempi tecnici per approvare la riforma in quella legislatura[284].

Peraltro l'obiettivo perseguito con quei progetti di riforma è stato in parte già raggiunto mediante una serie di decreti legge recenti, poi convertiti in legge[285], che hanno affermato, quanto

[282] Cfr. CHELI, *Libertà e limiti dell'iniziativa economica privata*, in *Rass. dir. pubbl*., 1960, I, 300, che definisce la norma "indeterminata nel suo nucleo politico centrale" e "anfibologica", suscettibile cioè di essere sviluppata in opposte direzioni.

[283] Cfr. Einaudi e il suo intervento nella seduta del 13 maggio 1947, in A.C., II, 39337-38. Egli affermava che le libertà civili e le libertà economiche sono reciprocamente dipendenti: ciascuna forma di libertà emerge solo in presenza delle altre e che una eccessiva compressione delle libertà economiche avrebbe inevitabilmente compromesso le altre.

[284] Non sono peraltro mancate le critiche – più che condivisibili – al tentativo di modifica della Costituzione, in quanto già l'attuale testo costituzionale permette una piena esplicazione della libertà d'impresa, con il solo limite del rispetto dei valori di rango costituzionale. Cfr. ad esempio LIBERTINI, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del «Decreto Alitalia»*, in *Giur. cost*., 2010, 3296, il quale parla esplicitamente di "superficialità dell'effimero dibattito" che si era aperto di recente.

[285] Cfr. l'art. 1 del D.L. n. 1del 2012, conv. in legge n. 27 del 2012: il cui a**rt. 1 (***Liberalizzazione delle attività economiche e riduzione degli oneri amministrativi sulle imprese*) afferma che "… in attuazione del principio di libertà di iniziativa economica sancito dall'art. 41 Cost. e del principio di concorrenza sancito dal Trattato dell'Unione europea, sono abrogate….: a) le norme che prevedono limiti numerici, autorizzazioni, licenze, nulla osta o preventivi atti di assenso dell'amministrazione comunque denominati per l'avvio di un'attività economica non giustificati da un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario nel rispetto del principio di proporzionalità; [omissis] 2. Le disposizioni recanti divieti, restrizioni, oneri o condizioni all'accesso ed all'esercizio delle attività economiche sono in ogni caso interpretate ed applicate in senso tassativo, restrittivo e ragionevolmente proporzionato alle perseguite finalità di interesse pubblico generale, alla stregua dei principi costituzionali per i quali l'iniziativa economica privata è libera secondo condizioni di piena concorrenza e pari opportunità tra tutti i soggetti, presenti e futuri, ed ammette solo i limiti, i programmi e i controlli necessari ad evitare

ai limiti alla libertà di iniziativa economica privata, il principio della riserva di legge (è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge). Peraltro, già dal 1964 (sentenza n. 40) la Corte costituzionale si era espressa nel senso che la riserva di legge nell'art. 41 Cost., pur senza che si possa negare una sua certa modulazione, rappresenta una costante, se non altro per l'espressione utilità sociale, la cui indubitabile indeterminatezza ne rende quanto meno complessa l'immediata operatività, implicando l'opportunità, se non la necessità, dell'intermediazione del legislatore. La novità di questa recente disciplina sta dunque nell'ancorare i limiti imponibili all'iniziativa economica alla protezione di ben definiti valori costituzionali, quali il lavoro, l'ambiente e la salute: non è sufficiente una qualsiasi legge dunque per porre un freno all'attività economica, occorre anche che quella legge abbia il chiaro obiettivo di tutelare i predetti valori.

L'esame della giurisprudenza costituzionale evidenzia innanzitutto un dato statistico incontrovertibile, ossia la circostanza che negli ultimi anni sono notevolmente incrementate le questioni poste alla Corte costituzionale nelle quali la tutela dell'ambiente e l'utilità sociale sono indicati quali parametri alla luce dei quali valutare la legittimità costituzionale di una norma. Più limitato invece è l'uso che della tutela dell'ambiente e dell'utilità sociale fa la Cassazione, per lo più proprio solo nel richiamare il contenuto di sentenze della Corte costituzionale[286].

possibili danni alla salute, all'ambiente, al paesaggio, al patrimonio artistico e culturale, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e possibili contrasti con l'utilità sociale, con l'ordine pubblico, con il sistema tributario e con gli obblighi comunitari ed internazionali della Repubblica. L'art. 3 del D.L. n. 138 del 2011 conv. in legge n. 148 del 2011 (*Abrogazione delle indebite restrizioni all'accesso e all'esercizio delle professioni e delle attività economiche*) – norma che ricorda l'art.4 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789, secondo cui "La libertà consiste nel poter fare tutto ciò che non nuoce ad altri" – afferma che 1. Comuni, Province, Regioni e Stato, entro il 30 settembre 2012, adeguano i rispettivi ordinamenti al principio secondo cui l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge nei soli casi di: a) vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali; b) contrasto con i principi fondamentali della Costituzione; c) danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e contrasto con l'utilità sociale; d) disposizioni indispensabili per la protezione della salute umana, la conservazione delle specie animali e vegetali, dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio culturale; e) disposizioni relative alle attività di raccolta di giochi pubblici ovvero che comunque comportano effetti sulla finanza pubblica.

[286] Cfr. ad es. Cass. S.U. 20 giugno 2012 n. 10130, che a proposito dell'indennità di espropriazione richiama la sentenza n. 348 del 2007 e conseguentemente il «ragionevole legame» con il valore di mercato; Cass. 1° giugno 2012 n. 8834, che a proposito del contratto di autotrasporto di cose e del relativo sistema di tabelle tariffarie (c.d. "a forcella", ossia con limiti massimi e minimi), richiama la sentenza n. 386 del 1996). Deve però citarsi Cass. 3 giugno 2011 n. 12131, secondo cui in tema di collocamento obbligatorio di centralinisti telefonici non vedenti della Regione Sicilia e con riferimento al rifiuto di assunzione da parte del datore di lavoro, afferma che il rapporto tra l'art. 10 della legge Regione Sicilia n. 12 del 1991 e la legge statale n. 68 del 1999, deve essere risolto alla luce del principio di cedevolezza delle disposizioni regionali che non siano compatibili con i principi ed interessi generali cui si informa la legislazione dello Stato contenuti nella legislazione statale sopravvenuta, improntata ad una serie di controlli, pienamente compatibili con l'art. 41, co. 2, Cost., posto che si coniugano con l'utilità sociale, come rettamente intesa

D'altro canto non va sottovalutato il fatto che anche la libertà di iniziativa economica ha avuto un notevole aumento di citazioni, sia nella legislazione che nelle sentenze della Consulta, pur confermandosi della stessa sempre la stessa definizione: "il legislatore costituzionale ha opportunamente costruito tale libertà non come assoluta (ma del resto tutti i diritti fondamentali sono suscettibili di essere oggetto di bilanciamento con altri diritti fondamentali), ma l'ha subordinata, fra l'altro, al vincolo costituito dal mancato contrasto con l'utilità sociale" (es. sentenza n. 289 del 2010).

La Costituzione non definisce né l'ambiente né l'utilità sociale; anche la Corte costituzionale evita di farlo, si limita volta per volta a affermare cosa vi rientri e cosa no, affermando che un certo interesse costituzionalmente riconosciuto ha una valenza ambientale e di utilità sociale e come tale deve essere adeguatamente tutelato. E i confini dei concetti di tutela dell'ambiente e di utilità sociale sembrano ai nostri giorni diventati così ampi che si corre concretamente il rischio di tendere ad identificare il concetto di utilità sociale con quello generico di interesse pubblico, della collettività, degli altri, siano essi singoli, una collettività più o meno grande o un gruppo di persone portatrici di un interesse omogeneo: sono gli interessi di tutti coloro che, direttamente o indirettamente, vengono colpiti dall'iniziativa economica altrui: ad es. i lavoratori, i consumatori, i cittadini che abitano vicino ad un'industria e ne respirano i fumi velenosi. Potrebbe ben affermarsi che così facendo tali espressioni perdono probabilmente un reale contenuto precettivo. Ma forse questo rischio vale la pena di essere corso, perché con il riferimento alla tutela dell'ambiente e all'utilità sociale nella Costituzione si è proprio voluto attribuire dignità costituzionale al concetto – sicuramente generico e vago ma non per questo non importante - degli interessi della collettività che, volente o nolente, si trova ad interagire con colui che esercita un'attività economica.

Fatto sta che nel ventunesimo secolo la Corte costituzionale parla di utilità sociale non solo a proposito di ambiente, ma anche di salute, lavoro, autonomia contrattuale, proprietà: con riferimento in particolare all'ambiente, a proposito di condono edilizio, esigenze di finanza

dal legislatore costituzionale, attento ai valori della libertà, anche dal bisogno, e della dignità umana dei concittadini, nella specie, non vedenti. La Cassazione qui propone un criterio di lettura del rapporto tra norme di principio dello Stato e norme di dettaglio della Regione di cui all'art. 117, co. 3, Cost. (tutela e sicurezza del lavoro) ispirato dalla ricerca della normativa più rispondente a valori costituzionali quali l'utilità sociale.

pubblica e tutela dell'ambiente[287]; limiti all'iniziativa economica in nome della tutela dell'ambiente[288]; limiti al commercio itinerante e tutela dei centri storici delle città d'arte[289]; limitazioni al diritto di proprietà in nome di esigenze di rilievo pubblico[290].

L'utilità sociale è un concetto che racchiude altresì la tutela di "diritti sociali" "ritenuti di fondamentale importanza sul piano della dignità umana", quali quello all'abitazione (cfr. in questo senso la citata giurisprudenza costituzionale in tema di condono edilizio), il diritto al lavoro (cfr. sentenza 200 del 2012 e n. 270 del 2010, 50 del 2005: quest'ultima parla di "diritto sociale al lavoro")[291], il diritto allo studio (sentenza n. 219 del 2002)[292] e soprattutto il diritto alla tutela

[287] Sentenze n. 9 del 2008, n. 196 del 2004, secondo cui il bilanciamento che nel caso di specie verrebbe in considerazione è quello tra i valori tutelati in base all'art. 9 Cost. e le esigenze di finanza pubblica; in realtà, la Corte, nella sua copiosa giurisprudenza in tema di condono edilizio, ha più volte riconosciuto - in particolare nella sentenza n. 85 del 1998 - come in un settore del genere vengano in rilievo una pluralità di interessi pubblici, che devono necessariamente trovare un punto di equilibrio, poiché il fine di questa legislazione è quello di realizzare un contemperamento dei valori in gioco: quelli del paesaggio, della cultura, della salute, della conformità dell'iniziativa economica privata all'utilità sociale, della funzione sociale della proprietà da una parte, e quelli, pure di fondamentale rilevanza sul piano della dignità umana, dell'abitazione e del lavoro, dall'altra.

[288] Cfr. sentenze n. 190 del 2001 e 196 del 1998, secondo cui al limite della utilità sociale, a cui soggiace l'iniziativa economica privata in forza dell'art. 41 Cost., non possono dirsi estranei gli interventi legislativi che risultino non irragionevolmente intesi alla tutela dell'ambiente. Ebbene, la disposizione censurata, contrariamente a quanto ritenuto dal remittente, lungi dal sopprimere la libertà di iniziativa economica in relazione all'attività di acquacoltura, si limita a regolarne l'esercizio, ponendo condizioni che, finalizzate come sono alla tutela dell'ambiente, non appaiono irragionevoli.

[289] Sentenza n. 247 del 2010.

[290] Sentenza 200 del 2010 (oneri amministrativi per il fascicolo del fabbricato per ragioni di utilità sociale); sentenza 167 del 2009 (bilanciamento tra diritto di proprietà e l'utilità sociale correlata alla libera raccolta dei tartufi); sentenza n. 167 del 1999 (servitù coattiva a favore di disabili e diritto di proprietà).

[291] Secondo la sentenza n. 200 del 2012 una regolazione delle attività economiche ingiustificatamente intrusiva genera inutili ostacoli alle dinamiche economiche, a detrimento degli interessi degli operatori economici, dei consumatori e degli stessi lavoratori e, dunque, in definitiva reca danno alla stessa utilità sociale.

[292] Il diritto allo studio comporta non solo il diritto di tutti di accedere gratuitamente alla istruzione inferiore, ma altresì quello - in un sistema in cui "la scuola è aperta a tutti" (art. 34, co. 1, Cost.) - di accedere, in base alle proprie capacità e ai propri meriti, ai "gradi più alti degli studi" (art. 34, co. 3): espressione, quest'ultima, in cui deve ritenersi incluso ogni livello e ogni ambito di formazione previsti dall'ordinamento. Il legislatore, se può regolare l'accesso agli studi, anche orientandolo e variamente incentivandolo o limitandolo in relazione a requisiti di capacità e di merito, sempre in condizioni di eguaglianza, e anche in vista di obiettivi di utilità sociale, non può, invece, puramente e semplicemente impedire tale accesso sulla base di situazioni degli aspiranti che - come il possesso di precedenti titoli di studio o professionali - non siano in alcun modo riconducibili a requisiti negativi di capacità o di merito. A tale diritto si ricollega altresì quello di aspirare a svolgere, sulla base del possesso di requisiti di idoneità, qualsiasi lavoro o professione, in un sistema che non solo assicuri la "tutela del lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni" (art. 35, co. 1, Cost.), ma consenta a tutti i cittadini di svolgere, appunto "secondo le proprie possibilità e la propria scelta", un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società (art. 4, co. 2, Cost.): ciò che a sua volta comporta, quando l'accesso alla professione sia condizionato al superamento di un *curriculum* formativo, il diritto di accedere a quest'ultimo in condizioni di eguaglianza. Il diritto di studiare, nelle strutture a ciò deputate, al fine di acquisire o di arricchire competenze anche in funzione di una mobilità sociale e professionale, è d'altra parte strumento essenziale perché sia assicurata a ciascuno, in una società aperta, la possibilità di sviluppare la propria personalità, secondo i principi espressi negli artt. 2, 3 e 4 Cost.

dell'ambiente. Si tratta a ben vedere più che di diritti soggettivi, ossia della singola persona, di interessi della collettività considerata nel suo insieme e che per essere concretamente realizzati hanno bisogno di molto denaro, che molto spesso però lo Stato non ha o non si può permettere[293]. Ecco dunque che la tutela dell'ambiente e l'utilità sociale ritornano per ricordare che nel necessario e inevitabilmente "crudele" bilanciamento tra esigenze dei singoli (a pagare meno imposte possibili) e diritti della collettività, questi ultimi non possono passare in secondo piano. La tutela dell'ambiente e dell'utilità sociale appaiono dunque lo strumento che consentono una protezione dei diritti fondamentali in una fase per così dire collettiva della loro esistenza, quando cioè sono messi in pericolo non tanto in quanto riferiti a un singolo individuo, ma in un orizzonte più ampio, con riguardo ad una collettività più o meno ampia e definita di persone. Ed in effetti vi sono diritti fondamentali che, senza neppure dover far riferimento all'utilità sociale, vivono in una dimensione individuale e in una collettiva allo stesso tempo. Così, ad esempio, a proposito del diritto fondamentale alla salute di cui all'art. 32 Cost., la sentenza n. 107 del 2012, in tema di vaccinazioni[294], ha affermato che la salute è al contempo un diritto fondamentale dell'individuo (lato «individuale e soggettivo») e un interesse della intera collettività (lato «sociale e oggettivo»).

La dimensione collettiva dell'ambiente è fatta propria anche dalla Suprema Corte, secondo cui l'ambiente, bene unitario ma anche immateriale, è espressione di un autonomo valore collettivo, ed è oggetto, come tale, di tutela da parte dell'ordinamento, che non si è realizzata soltanto a partire dalla legge n. 349 del 1986, il cui art. 18, sebbene sia norma non retroattiva, ha

[293] Sentenza n. 223 del 2012: la Costituzione non impone affatto una tassazione fiscale uniforme, con criteri assolutamente identici e proporzionali per tutte le tipologie di imposizione tributaria; ma esige invece un indefettibile raccordo con la capacità contributiva, in un quadro di sistema informato a criteri di progressività, come svolgimento ulteriore, nello specifico campo tributario, del principio di eguaglianza, collegato al compito di rimozione degli ostacoli economico-sociali esistenti di fatto alla libertà ed eguaglianza dei cittadini-persone umane, in spirito di solidarietà politica, economica e sociale (artt. 2 e 3 Cost.). Pertanto, il controllo della Corte in ordine alla lesione dei principi di cui all'art. 53 Cost., come specificazione del fondamentale principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., consiste in un «giudizio sull'uso ragionevole, o meno, che il legislatore stesso abbia fatto dei suoi poteri discrezionali in materia tributaria, al fine di verificare la coerenza interna della struttura dell'imposta con il suo presupposto economico, come pure la non arbitrarietà dell'entità dell'imposizione» (sentenza n. 111 del 1997). L'eccezionalità della situazione economica che lo Stato deve affrontare è, infatti, suscettibile senza dubbio di consentire al legislatore anche il ricorso a strumenti eccezionali, nel difficile compito di contemperare il soddisfacimento degli interessi finanziari e di garantire i servizi e la protezione di cui tutti cittadini necessitano. Tuttavia, è compito dello Stato garantire, anche in queste condizioni, il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, il quale, certo, non è indifferente alla realtà economica e finanziaria, ma con altrettanta certezza non può consentire deroghe al principio di uguaglianza, sul quale è fondato l'ordinamento costituzionale.

[294] Cfr. sentenza n. 307 del 1990: la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost. se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri

avuto soltanto una funzione ricognitiva di un assetto che già trovava radice nella Carta costituzionale (artt. 2, 3, 9, 32, 41 e 42 Cost.) e, ai fini di una tutela piena ed organica, nell'art. 2043 c.c.[295], là dove il citato art. 18 è intervenuto a definire e tipizzare l'illecito ambientale, richiedendo, quale elemento costitutivo, una condotta dolosa o colposa che sia violatrice "di disposizioni di legge o di provvedimenti adottati in base a legge, che comprometta l'ambiente, ad esso arrecando danno, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte". Pertanto, ai fini dell'integrazione della responsabilità civile per danno ambientale in relazione a fatti anteriori alla legge n. 349 del 1986 - e, dunque, ai sensi dell'art. 2043 c.c. - il danno ingiusto (ossia l'evento lesivo della modificazione, alterazione o distruzione dell'ambiente naturale considerate da un mero punto di vista obiettivo, nella sua materialità) deve essere determinato da una condotta, attiva od omissiva, sorretta dall'elemento soggettivo intenzionale e cioè dal dolo o dalla colpa[296]; La Cassazione si mostra altresì consapevole da un lato sia del particolare valore riconosciuto all'ambiente, relativamente al quale è esclusa la risarcibilità per equivalente[297] e la responsabilità di tutti gli autori dell'illecito per l'intero evento causato in caso di azioni od omissioni concorrenti alla concretizzazione di un'unitaria condotta di danneggiamento dell'ambiente[298], sia lo stretto e inevitabile collegamento tra tutela dell'ambiente e tutela della salute[299].

[295] Cfr., tra le altre, Cass., 3 febbraio 1998, n. 1087; ma, analogamente, per l'affermazione che l'art. 18 cit. non ha introdotto nel nostro ordinamento una nozione di danno ambientale, Cass., 10 ottobre 2008, n. 25010 e Cass., 7 marzo 2013, n. 5705.

[296] Cass., 19 febbraio 2016, n. 3259, relativa ad una fattispecie in tema di inquinamento.

[297] Cfr. Cass. 13 agosto 2015, n. 16806, secondo cui ai giudizi pendenti alla data di entrata in vigore della legge n. 97 del 2013, anche se riferiti a fatti anteriori alla data di applicabilità della direttiva comunitaria recepita da tale legge, è applicabile l'art. 311 del d.lgs. n. 152 del 2006, nel testo modificato, da ultimo, dall'art. 25 della legge n. 97 cit., ai sensi del quale resta esclusa la risarcibilità per equivalente, dovendo ora il giudice individuare le misure di riparazione primaria, complementare e compensativa ivi prescritte e, per il caso di loro omessa o incompleta esecuzione, determinarne il costo, in quanto solo quest'ultimo (ovvero il suo rimborso) potrà essere oggetto di condanna nei confronti dei danneggianti. Ne consegue che non residua alcun danno ambientale risarcibile ogniqualvolta, avutasi la riduzione al pristino stato, non persista la necessità di ulteriori misure sul territorio, da verificarsi alla stregua della nuova normativa.

[298] Cfr. Cass., 6 maggio 2015, n. 9012, che ha affermato che la regola di cui all'art. 311, comma 3, penultimo periodo, del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, nel testo modificato, da ultimo, dall'art. 25 della legge 6 agosto 2013, n. 97 - per la quale "nei casi di concorso nello stesso evento di danno, ciascuno risponde nei limiti della propria responsabilità personale" - mira ad evitare la responsabilità anche per fatti altrui, sicché opera nei casi di plurime condotte indipendenti e non anche in quelli di azioni od omissioni concorrenti in senso stretto alla concretizzazione di un'unitaria condotta di danneggiamento dell'ambiente, che restino tutte tra loro avvinte quali indispensabili antefatti causali di questa. Ne consegue che, in tale ultima ipotesi, non soffre limitazione la regola di cui all'art. 2055 cod. civ. in tema di responsabilità di ciascun coautore della condotta per l'intero evento causato.

[299] Cass., 28 luglio 2015, n. 15853, secondo cui, in tema di immissione di onde elettromagnetiche, il principio di precauzione - sancito dall'ordinamento comunitario come cardine della politica ambientale - è assicurato dallo

La giurisprudenza costituzionale così succintamente esaminata ci spiega che ha ben poco senso - o forse non ne ha per nulla - considerare isolatamente le singole disposizioni dell'art. 41 Cost. Esse invece acquistano un significato tutto nuovo e per nulla contraddittorio se lette unitariamente: esprimono una esigenza di bilanciamento tra diversi valori.

Emerge poi un continuo passaggio e rinvio dalla sfera individuale a quella collettiva e viceversa, dai diritti fondamentali all'utilità sociale, dai diritti inviolabili della persona, all'interesse della collettività. Il "tramite" tra la sfera individuale e quella collettiva dei diritti, il metro per decidere in merito a come effettuare il necessario bilanciamento di valori, è offerto da due principi fondamentali: quello della solidarietà sociale[300] (oltre agli artt. 41, 42, 43 e 44

stesso legislatore statale attraverso la disciplina contenuta nella legge 22 febbraio 2001, n. 36, e nel DPCM 8 luglio 2003, che ha fissato i parametri relativi ai limiti di esposizione, ai valori di attenzione e agli obiettivi di qualità, i quali non sono modificabili, neppure in senso restrittivo, dalla normativa delle singole Regioni (Corte cost., sentenza n. 307 del 2003), ed il cui mancato superamento osta alla possibilità di avvalersi della tutela giudiziaria preventiva del diritto alla salute, che è ipotizzabile solo in caso di accertata sussistenza del pericolo della sua compromissione, da ritenersi presuntivamente esclusa quando siano stati rispettati i limiti posti dalla disciplina di settore.

[300] Cfr. l'art. 2 del Trattato sull'Unione europea del 7 febbraio 1992, secondo cui l'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini. Cfr. anche Cons. Stato, Ad. Plen. n. 3 del 2011, secondo cui nel tempo si è dilatato, in sede interpretativa, la portata ed i confini dell'impegno cooperativo gravante sul creditore vittima di un altrui comportamento illecito. Risulta così superato il tradizionale indirizzo restrittivo secondo il quale il canone della "diligenza" di cui all'art. 1227, co. 2, imporrebbe il mero obbligo (negativo) del creditore di astenersi da comportamenti volti ad aggravare il danno, mentre esulerebbe dallo spettro degli sforzi esigibili la tenuta di condotte di tipo positivo sostanziantisi in un *facere*. La giurisprudenza più recente ha, infatti, adottato un'interpretazione estensiva ed evolutiva del co. 2 dell'art. 1227, secondo cui il creditore è gravato non soltanto da un obbligo negativo (astenersi dall'aggravare il danno), ma anche da un obbligo positivo (tenere quelle condotte, anche positive, esigibili, utili e possibili, rivolte a evitare o ridurre il danno). Tale orientamento si fonda su una lettura dell'art. 1227, co. 2, alla luce delle clausole generali di buona fede e correttezza di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. e, soprattutto, del principio di solidarietà sociale sancito dall'art. 2 Cost. Detto approccio ermeneutico è, quindi, ispirato da una lettura della struttura del rapporto obbligatorio in forza della quale, anche nella fase patologica dell'inadempimento, il creditore, ancorché vittima dell'illecito, è tenuto ad una condotta positiva tesa ad evitare o a ridurre il danno.

Un limite all'obbligazione cooperativa e mitigatrice del creditore e agli sforzi in capo allo stesso esigibili è, peraltro, rappresentato dalla soglia del c.d. apprezzabile sacrificio: secondo la celebre Cass. S.U. 11 novembre 2008 n. 26972 in tema di danno esistenziale "Il danno non patrimoniale derivante dalla lesione di diritti inviolabili della persona, come tali costituzionalmente garantiti, è risarcibile - sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. - anche quando non sussiste un fatto-reato, né ricorre alcuna delle altre ipotesi in cui la legge consente espressamente il ristoro dei pregiudizi non patrimoniali, a condizione: (a) che l'interesse leso abbia rilevanza costituzionale (altrimenti si perverrebbe ad una abrogazione per via interpretativa dell'art. 2059 c.c., giacché qualsiasi danno non patrimoniale, per il fatto stesso di essere tale, e cioè di toccare interessi della persona, sarebbe sempre risarcibile); (b) che la lesione dell'interesse sia grave, nel senso che l'offesa superi una soglia minima di tollerabilità (in quanto il dovere di solidarietà, di cui all'art. 2 Cost., impone a ciascuno di tollerare le minime intrusioni nella propria sfera personale inevitabilmente scaturenti dalla convivenza)": Nello stesso senso Cass., sez. un., 25 febbraio 2016, n. 3727, che ha riconosciuto la non risarcibilità dei danni non patrimoniali derivanti da reato, valendosi dell'argomentazione secondo la quale non v'è diritto per il quale non operi la regola del bilanciamento con il

Cost.[301], si pensi anche agli artt. della Cost. 2, 3, co. 2, e 53 – progressività dell'imposizione fiscale: cfr. la già citata sentenza n. 107 del 2012 in tema di vaccinazioni e la n. 223 del 2012 sulle retribuzioni dei magistrati)[302] e quello della ragionevolezza[303] (corollario del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.)[304].

Afferma infatti la sentenza 107 del 2012 che, in tema di indennizzi in ipotesi di profilassi delle malattie infettive (art. 1, legge n. 210 del 1992), sul piano dei valori garantiti dall'art. 2 Cost., in un contesto di irrinunciabile solidarietà, la misura indennitaria appare destinata a compensare il sacrificio individuale ritenuto corrispondente a un vantaggio collettivo: sarebbe infatti irragionevole che la collettività possa, tramite gli organi competenti, imporre o anche solo sollecitare comportamenti diretti alla protezione della salute pubblica senza che essa poi non debba reciprocamente rispondere delle conseguenze pregiudizievoli per la salute di coloro che si sono uniformati[305]. La solidarietà sociale agisce dunque non solo dal singolo a favore della

principio di solidarietà, con la conseguenza che, perché si abbia una lesione ingiustificabile e risarcibile dello stesso, non basta la mera violazione delle disposizioni che lo riconoscono, ma è necessaria una violazione che ne offenda in modo sensibile la portata effettiva.

[301] Cfr. Corte cost. n. 40 del 1964, secondo cui esiste una regola costituzionale comune a tutta una materia ordinata nella Carta fondamentale in sistema unitario, per quanto distribuita in più articoli, come è appunto il caso per la regola della riserva di legge nel campo delle private libertà nella materia economica, comprensive della libertà di iniziativa e di quella di disporre e godere della proprietà. Tali libertà sono infatti disciplinate negli artt. 41-44 Cost. secondo una chiara ispirazione unitaria, della quale la regola della riserva di legge, pur senza che si possa negare una certa sua varia modulazione, rappresenta sicuramente una costante.

[302] Oppo sottolinea lo stretto collegamento tra il dovere di solidarietà imposto dall'art. 2 Cost. e il canone dell' utilità sociale. «Al precetto dell'art. 2 Cost. in particolare nella specificazione solidarietà economica e solidarietà sociale possono riportarsi gli imperativi e del co. 2 e 3 dell'art. 41 Cost.: non solo quelli che si richiamano all' utilità sociale e ai fini sociali ma quelli che vogliono il rispetto della sicurezza, libertà e dignità umana e che sono stati considerati espressivi anche dell'ordine pubblico economico» (OPPO, *Diritto dell'impresa e morale sociale*, in OPPO, *Scritti giuridici*, I, Padova, 1991, 260, ripreso da OLIVIERI, *Iniziativa economica e mercato nel pensiero di Giorgio Oppo*, 2012, 509).

[303] Di "ragionevole e proporzionato bilanciamento tra i diversi interessi di rango costituzionale" parlano ad esempio Corte cost. n. 172 del 2012 e n. 245 del 2011.

[304] Cfr. sentenza n. 270 del 2010: la necessità che le misure in tema di concorrenza siano ragionevoli e non realizzino una ingiustificata disparità di trattamento rende chiara la correlazione, ancora una volta, tra gli artt. 3 e 41 Cost.

[305] In tema di vaccinazioni obbligatorie o raccomandate, e di diritto all'indennizzo per danni alla salute a seguito del trattamento praticato, la Corte ha avuto modo di affermare, sin dalla sentenza n. 307 del 1990 − pronunciata in materia di vaccinazione antipoliomielitica per i bambini entro il primo anno di vita, all'epoca prevista come obbligatoria − che «la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost. se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale». Ma se «il rilievo costituzionale della salute come interesse della collettività» − si soggiunse − esige che, «in nome di esso, e quindi della solidarietà verso gli altri, ciascuno possa essere obbligato, restando così legittimamente limitata la sua autodeterminazione, a un dato trattamento sanitario,

collettività (come nel caso della funzionalizzazione della proprietà a ragioni di utilità sociale) ma anche, come appunto nel caso delle vaccinazioni obbligatorie, dalla collettività a favore del singolo.

Venendo poi al rapporto tra le varie fonti che riconoscono i diritti fondamentali, mi sembra che ormai sempre meno senso abbia impostare il problema in termini di rapporto di gerarchia tra le fonti: appare infatti che la distinzione tra diritti costituzionalmente riconosciuti, diritti fondamentali, diritti riconosciuti dalla Carta di Nizza e quindi facenti parte dell'Unione europea e diritti riconosciuti dalla CEDU sia ormai di fatto se non superata comunque sempre meno decisiva, in virtù di una giurisprudenza costituzionale che in presenza di una pluralità di interessi costituzionalmente riconosciuti tende a ragionare in termini di necessario bilanciamento tra gli interessi stessi, pur nella convinzione che esista un nucleo essenziale o irrinunciabile dei diritti fondamentali insuscettibile di essere compresso e nella consapevolezza che esiste una reciproca integrazione fra le fonti, fra le quali tende a prevalere quella che offre una maggiore tutela del diritto fondamentale[306].

La (possibile) prevalenza (o perlomeno il necessario bilanciamento) dei diritti fondamentali sulla disciplina dell'Unione europea è così affermata nella sentenza Alitalia (n. 270 del 2010, in cui la Corte costituzionale dichiara infondata la questione di costituzionalità della norma che,

anche se questo importi un rischio specifico», tuttavia esso «non postula il sacrificio della salute di ciascuno per la tutela della salute degli altri». Ne deriva che «un corretto bilanciamento fra le due suindicate dimensioni del valore della salute − e lo stesso spirito di solidarietà (da ritenere ovviamente reciproca) fra individuo e collettività che sta a base dell'imposizione del trattamento sanitario − implica il riconoscimento, per il caso che il rischio si avveri, di una protezione ulteriore a favore del soggetto passivo del trattamento. In particolare finirebbe con l'essere sacrificato il contenuto minimale proprio del diritto alla salute a lui garantito, se non gli fosse comunque assicurato, a carico della collettività, e per essa dello Stato che dispone il trattamento obbligatorio, il rimedio di un equo ristoro del danno patito».

[306] In effetti, a costo di voler sembrare troppo schematici, rozzi e semplicisti, di attirarsi più di una critica e di fare qualche forzatura (in particolare quanto alla necessità di distinguere tra fonti nazionali e quelle dell'Unione europea in termini non di gerarchia ma di rispettive sfere di competenza: cfr. Cass., S.U. 20 giugno 2012 n. 10130, secondo cui la disposizione di cui all'art. 80 l. n. 219 del 1981, nella parte in cui richiama l'art. 13 della legge n. 2892 del 1885, non può essere disapplicata per contrasto con l'art. 17, par. 1, della Carta di Nizza del 7 dicembre 2000, adottata a Strasburgo il 12 dicembre 2000, che prevede il diritto alla percezione di una "giusta indennità" da parte del soggetto privato della proprietà per "causa di pubblico interesse", poiché l'applicabilità diretta di detto atto è praticabile solo quando la fattispecie sia disciplinata dal diritto europeo ed attenga a materia di interesse comunitario, secondo l'insegnamento di Corte cost. n. 303 e 80 del 2011), può riassuntivamente affermarsi che allo stato, secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale, nel nostro ordinamento esisterebbe teoricamente una gerarchia delle fonti per cui al primo posto troviamo i diritti fondamentali (sentenza n. 170 del 1984), al secondo le norme dell'Unione europea, al terzo le norme della Costituzione che non rivestono il rango di di diritti fondamentali, al quarto le norme della CEDU (sentenze nn. 348 e 349 del 2007) e al quinto gli atti aventi forza di legge (leggi, decreti legge, decreti legislativi).

consentendo la fusione tra Alitalia e Air One, deroga alla disciplina antitrust delle concentrazioni tra imprese): la dovuta coerenza con l'ordinamento comunitario, in particolare con il principio che «il mercato interno ai sensi dell'art. 3 del Trattato sull'Unione europea comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata» (Protocollo n. 27 sul mercato interno e la concorrenza, allegato al Trattato di Lisbona entrato in vigore il 1° dicembre 2009, che conferma l'art. 3, lett. g, del Trattato sull'Unione europea), comporta il carattere derogatorio e per ciò stesso eccezionale di questa regolazione. In altri termini, occorre che siffatto intervento del legislatore costituisca la sola misura in grado di garantire la tutela di quegli interessi[307].

Appare dunque un vuoto esercizio di retorica sostenere che i diritti fondamentali e la tutela dell'ambiente in particolare si pongano su un piano superiore e non comunicante rispetto ai diritti del mercato e che non possano mai essere sacrificati a favore di altri valori; tale atteggiamento potrebbe anzi essere non solo infruttuoso ma anche rischioso, qualora, facendosi forza di questa affermazione, si comprima lo spazio dei diritti dell'uomo a favore del mercato con il pretesto che tanto si tratta di mondi che non possono interferire tra di loro[308]. Sembra invece assai più utile prendere atto della reciproca interferenza fra gli stessi e concentrarsi sul procedimento più appropriato per realizzare un bilanciamento tra valori che tenga in dovuto conto la sussistenza dei diritti fondamentali senza al contempo "umiliare", frustrare eccessivamente i valori del mercato[309]. In questa direzione è fondamentale un uso sapiente delle clausole generali, e in particolare della ragionevolezza[310] e della solidarietà sociale, pur nella consapevolezza degli inevitabili pericoli di

[307] Il riferimento è a quanto detto in precedenza, ossia che l'iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con «l'utilità sociale» ed in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana, e prevedendo che l'attività economica pubblica e privata può essere indirizzata e coordinata a «fini sociali», consente una regolazione strumentale a garantire la tutela anche di interessi diversi rispetto a quelli correlati all'assetto concorrenziale del mercato garantito

[308] Cfr. in questo senso LIPARI, *Persona e mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 766, secondo cui la sensibilità dei giuristi ha a lungo collocato il terreno dei diritti fondamentali e quello dello scambio mercantile su piani del tutto paralleli.

[309] Sull'irragionevolezza delle norme che impongono gerarchie interpretative cfr. CALVO, *L'equità nel diritto privato*, Milano, 2010, 16.

[310] Così DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento,* in *Riv. dir. civ*., 2010, I, 29. Occorre ancora una volta ricordare che la libertà d'iniziativa economica privata, riconosciuta dal co. 1 dell'art. 41 Cost., è da una parte bilanciata dal limite dell'utilità sociale e dal rispetto della sicurezza, libertà, dignità umana (art. 41, co. 2, Cost.), d'altra parte è indirizzata e coordinata a fini sociali che legittimano la previsione ad opera del legislatore ordinario di programmi e controlli (art. 41, co. 3, Cost.). Essa poi può talora essere del tutto compressa nel caso in cui – avendo ad oggetto servizi pubblici essenziali o fonti di energia o situazioni di monopolio e rivestendo preminente interesse nazionale – il legislatore ordinario ne riservi originariamente a sé ne trasferisca l'esercizio. Pertanto, i due estremi costituiti dal pieno ed assoluto riconoscimento della libertà d'iniziativa economica privata e, all'opposto, dalla riserva

genericità e arbitrarietà che esse comportano[311]. Per ridurre tali rischi risulterebbe fondamentale innanzitutto poter fare affidamento su giudici altamente specializzati in materie economiche ([312]) e procedere al bilanciamento dei diritti fondamentali tenendo conto, a livello macroeconomico, della dimensione collettiva degli interessi coinvolti: quanto più alto sarà il numero delle persone coinvolte dai sacrifici richiesti dalle esigenze del mercato (ad es. l'inquinamento prodotto da una nuova industria, l'aumento dei prezzi determinato da un'intesa anticoncorrenziale) tanto più energica dovrà essere la reazione dell'ordinamento nel riaffermare le esigenze della collettività valorizzando al massimo l'utilità sociale, che può essere considerata l'anello di collegamento tra diritti fondamentali e mercato. Nell'applicazione del principio di solidarietà economica e sociale di cui all'art. 2 Cost. dovrà dunque tenere presente quello che è uno dei corollari del principio di uguaglianza, ossia il principio secondo cui devono essere trattate in maniera adeguatamente diseguale situazioni diseguali (si pensi ad esempio alla sentenza n. 85 del 2013 della Corte costituzionale, relativa al caso dell'ILVA di Taranto, sentenza in cui si è affermato che "una disciplina differenziata per situazioni a loro volta differenziate, meritevoli di specifica attenzione da parte del legislatore, non viola il principio di eguaglianza"). Pertanto, da una parte il giudice dovrà procedere alla correzione del contratto eventualmente squilibrato non mediante sue personali e incontrollabili concezioni dell'equità bensì prendendo come solido punto di riferimento i valori oggettivamente espressi dal mercato (così ad esempio potrà ridurre secondo equità una clausola penale perché eccessivamente gravosa solo se tale onerosità viene uniformemente riconosciuta nell'ambito del mercato in cui è stata stipulata) e dall'altro dovrà ritenere di intervenire non in tutte le ipotesi di contratto squilibrato (pena altrimenti la mortificazione del principio dell'autonomia contrattuale di cui va rivendicata la persistente

di esercitare determinate imprese, si collocano vari possibili modelli connotati da un più o meno intenso intervento pubblico nell'economia. La concreta misura di tale intervento, che va a comprimere l'iniziativa economica privata, è demandata al legislatore ordinario, spettando alla Corte costituzionale solo l'identificazione del fine sociale e della riferibilità ad esso di limitazioni, programmi e controlli. Tale valutazione di riferibilità dà luogo ad un giudizio di ragionevolezza della limitazione della libertà d'iniziativa economica privata per il raggiungimento del fine medesimo, anche se non può esorbitare nel merito del provvedimento legislativo (sentenza n. 446 del 1988).

[311] RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv*., 1987, 718, secondo cui la presenza di clausole generali è tanto più necessaria quanto più appare evidente la complessità delle nostre società, le fratture che le attraversano. In una società articolata, "di minoranze", è necessario creare spazi di convivenza, legittimare valori diversi attraverso la creazione di strumenti che ne rendano possibile l'autonomia e la compatibilità. Non è forse questo il modo di operare della clausola di buona fede quando determina il concreto regolamento contrattuale in base alla specifica collocazione sociale dei contraenti?

[312] Cfr. in questo senso RORDORF, *Giudici per il mercato o mercato senza giudici?*, in *Società*, 2000, 154.

attualità) ma solo quando esigenze di inesperienza e carenza di informazioni del consumatore o di assenza di alternative dell'imprenditore debole lo esigano.

E soprattutto occorre sottolineare che i diritti fondamentali sono sì suscettibili di essere bilanciati con altri valori, ma solo se questo sacrificio sia dettato da esigenze particolarmente meritevoli di tutela – ossia dalla necessità di contemperare tali diritti con altri (tra i quali sicuramente rientrano quelli espressi dal mercato) – e purché non sia mai intaccato il nucleo irrinunciabile (cfr. la sentenza n. 119 del 2012[313] , secondo cui è compito della Corte costituzionale vigilare sul rispetto del nucleo essenziale dei diritti fondamentali, per cui le esigenze di bilancio possono comprimere il diritto fondamentale alla previdenza di cui all'art. 38, il diritto alla salute di cui all'art. 32, ma non il loro nucleo essenziale), lo "zoccolo duro" dei diritti fondamentali[314]. Seguendo questa impostazione, può ad esempio comprendersi quanto affermato dalla Corte costituzionale in tema di diritto alla salute: esso, nel suo aspetto di pretesa all'erogazione di prestazioni (interesse pretensivo), "non può non subire i condizionamenti che lo stesso legislatore incontra nel distribuire le risorse finanziarie delle quali dispone", per altro verso però "le esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana" (interesse oppositivo)[315].

Come già rilevato dunque la prepotente affermazione della teoria del bilanciamento degli interessi costituzionalmente protetti e della conservazione del nucleo indissolubile dei diritti induce

[313] La giurisprudenza costituzionale costante è nel senso che l'art. 38 Cost. non esclude la possibilità di un intervento legislativo che, per una inderogabile esigenza di contenimento della spesa pubblica, riduca un trattamento previdenziale prima spettante in base alla legge (sentenze n. 316 del 2010 e n. 361 del 1996), fermo il controllo di ragionevolezza sulle singole norme riduttive. Si deve escludere, viceversa, che possa essere la stessa Corte costituzionale a statuire siffatte riduzioni di spesa per l'attuazione di diritti ex art. 38 Cost., in nome di un generico principio di solidarietà sociale, superando e addirittura ponendosi in contrasto con le determinazioni del legislatore. Solo a quest'ultimo spettano le valutazioni di politica economica attinenti alle risorse disponibili nei diversi momenti storici, mentre è compito di questa Corte vigilare sul rispetto del nucleo essenziale dei diritti fondamentali, in ipotesi incisi da interventi riduttivi dello stesso legislatore.

[314] La stessa Carta di Nizza all'art. 52 stabilisce che eventuali limitazioni dei diritti e delle libertà fondamentali possono giustificarsi solo se rispettose del contenuto essenziale di detti diritti e libertà e solo se necessarie e rispondenti a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

[315] Corte cost., sentenze nn. 432 del 2005 e 252 del 2001. Analogamente, ha affermato la Suprema Corte (S.U. 1° agosto 2006 n. 17461) che in relazione al bene-salute è individuabile un nucleo essenziale, in ordine al quale si sostanzia un diritto soggettivo assoluto e primario, volto a garantire le condizioni di integrità psico-fisica delle persone bisognose di cura allorquando ricorrano condizioni di indispensabilità, di gravità e di urgenza non altrimenti sopperibili, a fronte delle quali è configurabile esclusivamente un potere accertativo della pubblica amministrazione in punto di apprezzamento della sola ricorrenza di dette condizioni.

dunque a riflettere sul se abbia un senso distinguere, nell'ambito dei diritti costituzionalmente protetti, tra diritti fondamentali – che nella gerarchia delle fonti andrebbero collocati per la teoria dei contro limiti al di sopra delle norme dell'Unione europea – e diritti che fondamentali non sono (ad esempio probabilmente il diritto di iniziativa economica)[316]. Infatti tutti i diritti costituzionalmente rilevanti sono in grado di farsi sentire, di entrare in bilanciamento con diritti di sicura qualificabilità come diritti fondamentali, in un contesto di reciproca interferenza tra le fonti e fra i vari interessi che delle stesse sono espressione.

Il diritto comunitario ha indubbiamente condizionato l'interprete nella lettura dell'art. 41 Cost.[317], dapprima ritenendosi che la centralità del mercato e della concorrenza nel diritto europeo dovessero far pendere la bilancia a favore del co. 1 dell'art. 41[318], per poi "riscoprire" l'utilità sociale alla luce del maggior risalto attribuito di recente ai diritti fondamentali (si pensi solo al recepimento della Carta di Nizza ad opera dell'art. 6 TUE). Tutto ciò ha in realtà esaltato la valenza di clausola generale che riveste oggi l'art. 41 Cost., e che a mio avviso aveva e continua tuttora ad avere attualità e rilievo in quanto prima di tutto esprime l'esigenza che si proceda ad un

[316] Cfr. ad esempio la sentenza n. 50 del 1957, secondo cui "l'art. 41 contiene una generica dichiarazione della libertà nella iniziativa economica privata; ma a tale libertà necessariamente corrispondono le limitazioni rese indispensabili dalle superiori esigenze della comunità statale".

[317] E' frequente invece l'affermazione (cfr. da ultimo CIFARELLI, *Il servizio farmaceutico italiano di nuovo al vaglio della Corte di Giustizia*, in *Giur. merito*, 2012, 1694) che solo secondo una erronea vulgata, il carattere compromissorio della nostra Carta avrebbe reso le norme costituzionali in materia di economia superate, oppure rese inapplicabili e sostituite dalle nuove regole economiche derivanti dall'ordinamento comunitario. Tale tesi interpretativa si baserebbe su un errore di fondo, poiché non terrebbe conto dei diversi piani su cui agiscono i trattati comunitari e la nostra Costituzione. L'art. 41, infatti, pur non essendo tra «i più perspicui» (GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1992, 175) della nostra Carta, «fonda una situazione soggettiva di libertà individuale. Il diritto comunitario esprime invece prevalentemente un modello di relazioni economiche e giuridiche. La prima garantisce tutela al diritto di impresa, ma non si impegna nella scelta del sistema che sarebbe stata necessario per porre liberalizzazione e mercato alla base delle relazioni di tipo economico. La seconda pone invece l'apertura del mercato e la libera competizione come premessa per il loro svolgimento» (CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010, 10). Io personalmente non condivido la tesi della non interferenza tra il diritto dell'Unione europea e l'art. 41 Cost.: lo dimostra ad es. la sentenza n. 270 del 2010 che ha ammesso di aver sacrificato un valore dell'Unione europea, quello della concorrenza, in nome dell'utilità sociale del diritto al lavoro.

[318] La distonia tra l'art. 41 Cost. e i principi di libero mercato fondanti l'Ue è apparentemente evidente: pensiamo alle quattro libertà fondamentali espresse nel Trattato e pensiamo all'innumerevole giurisprudenza comunitaria che ha applicato ed interpretato questi principi secondo una visione liberale dell'economia di mercato. E tuttavia in nome dell'art. 41 sono state attuate leggi profondamente diverse tra di loro: così come è stata approvata una legge di "programmazione economica" negli anni '60. Si tratta della legge n. 685 del 1967, contenente il piano economico quinquennale 1966-1970 con cui si intendeva determinare il quadro della politica economica, finanziaria e sociale del Governo e di tutti gli investimenti pubblici, unanimemente qualificata, in assenza in essa di qualunque contenuto precettivo, "libro dei sogni": così NIRO, *Commento all'art. 41 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione* a cura di Bifulco, Celotto, Olivetti, Torino, 2006, 850), notiamo che 30 anni dopo è stata emanata una legge antitrust (legge n. 287 del 1990, il cui l'art. 1 afferma esplicitamente di costituire attuazione dell'art. 41 Cost.).

bilanciamento tra i valori in esso espressi. Quello che l'art. 41 Cost. non dice sono le misure, i rapporti di forza tra questi valori, ma questa è una caratteristica tipica delle clausole generali ed in questo non può negarsi l'influenza del diritto dell'Unione europea che, con la "scoperta" dei diritti fondamentali, ha contribuito non poco ad attribuire oggi un peso maggiore all'utilità sociale, e dunque ad una sua "riscoperta"[319].

La Costituzione non definisce l'utilità sociale; anche la Corte costituzionale evita di farlo, ma si limita volta per volta ad individuare cosa vi rientri e cosa no, affermando che un certo interesse costituzionalmente riconosciuto ha una valenza di utilità sociale e come tale deve essere adeguatamente tutelato. E i confini del concetto di utilità sociale sembrano ai nostri giorni diventati così ampi ed evanescenti che si corre concretamente il rischio di tendere ad identificare il concetto di utilità sociale con quello generico di interesse pubblico, della collettività, degli altri, siano essi singoli, una collettività più o meno grande o un gruppo di persone portatrici di un interesse omogeneo: sono gli interessi di tutti coloro che, direttamente o indirettamente, vengono colpiti dall'iniziativa economica altrui: ad es. i lavoratori, i consumatori, i cittadini che abitano vicino ad un'industria e ne respirano i fumi velenosi. Potrebbe allora ben affermarsi che così facendo tale espressione perde probabilmente un reale contenuto precettivo. Ma forse questo rischio vale la pena di essere corso, perché riterrei che con il riferimento all'utilità sociale nella Costituzione si è proprio voluto attribuire dignità costituzionale al concetto – sicuramente generico e vago ma non per questo non importante - degli interessi della collettività che, volente o nolente, si trovi ad interagire con colui che esercita un'attività economica[320].

[319] La non definizione da parte dei padri costituenti di un programma definito di politica economica è testimoniata dal fatto che l'art. 41, nel quale si viene definendo un equilibrio tra logiche di mercato, intervento pubblico e Stato sociale (SALVI, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*, in PINELLI, TREU, (a cura di), *La costituzione economica: Italia, Europa*, Bologna, 2010, 245) non ha ostacolato «scelte innovative nel campo dell'economia, né nel senso di un maggior interventismo pubblico, né nel senso opposto di una sua riduzione, quando e nei settori in cui è stata o è ritenuta necessaria, della presenza dei poteri pubblici» (ONIDA, *La Costituzione*, Bologna, 2007, 84). In sostanza, la nostra Costituzione, anche grazie alle spinte derivanti dall'ordinamento comunitario, si è dimostrata negli anni un «contenitore adatto per la stessa cultura del mercato, capace oggi di entrarvi e di dare alle sue norme significati sicuramente diversi da quelli a cui pensarono i suoi autori» (AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, 17).

[320] L'utilità sociale è citata spesso dalla Cassazione quale sinonimo di interesse pubblico a proposito di diffamazione e limiti del diritto di cronaca: cfr. ad es. Cass. 13 gennaio 2009, n. 482, secondo cui il diritto di informazione, garantito dall'art. 21 della Costituzione, sussiste in capo ad un'associazione di consumatori ogni qual volta risulti evidente l'"utilità sociale" della conoscenza dei fatti e delle opinioni, trasmessi con comunicati, perché diretti a contribuire alla formazione della pubblica opinione in materia di interesse generale (cfr. invece Cass. 13 maggio 2011, n. 11104, che si esprime in termini di "interesse pubblico" alla diffusione della notizia).

Ciò che in ogni caso deve sottolinearsi è che la progressiva eclissi, alla fine del secolo scorso, della disposizione base della costituzione economica italiana, l'art. 41 Cost., dietro il diritto comunitario - tanto che Sabino Cassese[321] ha contrapposto una vecchia costituzione economica che si sarebbe sviluppata a partire dall'unificazione ad una nuova costituzione economica che ha il suo caposaldo nella prospettiva ultranazionale - ha avuto, a partire dall'inizio del ventunesimo secolo, una brusca inversione di marcia: e infatti non può non notarsi di recente un progressivo riscatto dell'art. 41 Cost.[322].

Tornando all'utilità sociale, essa è un concetto che racchiude altresì la tutela di "diritti sociali", "ritenuti di fondamentale importanza sul piano della dignità umana", quali quello all'abitazione (cfr. in questo senso la citata giurisprudenza costituzionale in tema di condono edilizio), il diritto al lavoro (cfr. sentenze 200 del 2012 e n. 270 del 2010, 50 del 2005: quest'ultima parla di "diritto sociale al lavoro"), il diritto allo studio (sentenza n. 219 del 2002). Si tratta a ben vedere più che di diritti soggettivi, ossia della singola persona, di interessi della collettività considerata nel suo insieme e che per essere concretamente realizzati hanno bisogno di molto denaro, che molto spesso però lo Stato non ha o non si può permettere (sentenza n. 223 del 2012). La prospettiva (anche) collettiva dei diritti fondamentali ben si attaglia ad una concezione moderna della tutela dei consumatori, ove sempre più spesso viene in rilievo non tanto il danno al singolo consumatore quanto la dimensione collettiva dell'illecito perpetrato ai danni di una collettività dei consumatori, ai quali è attribuito il rimedio, parimenti collettivo, della *class action* (cfr. art. 140-*bis* del codice del consumo).

Venendo poi al rapporto tra le varie fonti che riconoscono i diritti fondamentali, sembra che ormai sempre meno senso abbia impostare il problema in termini di rapporto di gerarchia tra le fonti o di rispettive sfere di competenza: appare infatti che la distinzione tra diritti costituzionalmente riconosciuti, diritti fondamentali, diritti riconosciuti dalla Carta di Nizza e quindi facenti parte dell'Unione europea e quelli garantiti dalla CEDU sia ormai di fatto se non superata comunque sempre meno decisiva, in virtù di una giurisprudenza costituzionale che in presenza di una pluralità di interessi costituzionalmente riconosciuti tende a ragionare in termini di

[321] S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Bari 2012, 44.

[322] Insistono sull'attuale centralità dell'art. 41 Cost. nella nuova Costituzione economica C. PINELLI, T. TREU, *La Costituzione economica a sessant'anni dalla Costituzione*, Milano 2010, 11, per i quali, inoltre, la reinterpretazione della Costituzione, specie dell'art. 41, si è andata affermando sulla spinta dell'ordinamento europeo.

necessario bilanciamento tra gli interessi stessi, pur nella convinzione che esista un nucleo essenziale o irrinunciabile dei diritti fondamentali insuscettibile di essere compresso e nella consapevolezza che esiste una reciproca integrazione fra le fonti, fra le quali tende a prevalere quella che offre una maggiore tutela del diritto fondamentale. Può tuttavia, riassuntivamente affermarsi che allo stato, secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale, nel nostro ordinamento esiste una gerarchia delle fonti per cui al primo posto troviamo i diritti fondamentali (sentenza n. 170 del 1984), al secondo le norme dell'Unione europea, al terzo le norme della Costituzione che non rivestono il rango di di diritti fondamentali, al quarto le norme della CEDU (sentenze nn. 348 e 349 del 2007) e al quinto gli atti aventi forza di legge (leggi, decreti legge, decreti legislativi).

La (possibile) prevalenza (o perlomeno il necessario bilanciamento) dei diritti fondamentali sulla disciplina dell'Unione europea è affermata nella sentenza Alitalia (270 del 2010, in cui la Corte costituzionale dichiara infondata la questione di costituzionalità della norma che, consentendo la fusione tra Alitalia e Air One, deroga alla disciplina antitrust delle concentrazioni tra imprese): la dovuta coerenza con l'ordinamento comunitario, in particolare con il principio che «il mercato interno ai sensi dell'art. 3 del Trattato sull'Unione europea comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata» (Protocollo n. 27 sul mercato interno e la concorrenza, allegato al Trattato di Lisbona entrato in vigore il 1° dicembre 2009, che conferma l'art. 3, lett. g, del Trattato CE), comporta il carattere derogatorio e per ciò stesso eccezionale di questa regolazione. In altri termini, occorre che siffatto intervento del legislatore costituisca la sola misura in grado di garantire la tutela di quegli interessi.

Occorre sottolineare che i diritti fondamentali sono sì suscettibili di essere bilanciati con altri valori, ma solo se questo sacrificio sia dettato da esigenze particolarmente meritevoli di tutela – ossia dalla necessità di contemperare tali diritti con altri (tra i quali sicuramente rientrano quelli espressi dal mercato) – e purché non sia mai intaccato il nucleo irrinunciabile (cfr. la sentenza n. 119 del 2012 , secondo cui è compito della Corte costituzionale vigilare sul rispetto del nucleo essenziale dei diritti fondamentali, per cui le esigenze di bilancio possono comprimere il diritto fondamentale alla previdenza di cui all'art. 38, il diritto alla salute di cui all'art. 32, ma non il loro nucleo essenziale), lo "zoccolo duro" dei diritti fondamentali. Seguendo questa impostazione, può ad esempio comprendersi quanto affermato dalla Corte costituzionale in tema di diritto alla salute:

esso, nel suo aspetto di pretesa all'erogazione di prestazioni (interesse pretensivo), "non può non subire i condizionamenti che lo stesso legislatore incontra nel distribuire le risorse finanziarie delle quali dispone", per altro verso però "le esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana" (interesse oppositivo: Corte Cost., sentenze nn. 432 del 2005, 252 del 2001)[323].

Il diritto comunitario ha indubbiamente condizionato l'interprete nella lettura dell'art. 41 Cost., dapprima ritenendosi che la centralità del mercato e della concorrenza nel diritto europeo dovessero far pendere la bilancia a favore del comma 1 dell'art. 41, per poi "riscoprire" l'utilità sociale alla luce del maggior risalto attribuito di recente ai diritti fondamentali (si pensi solo al recepimento della Carta di Nizza ad opera dell'art. 6 TUE). Quanto all'individuazione dei diritti fondamentali della persona, essi sembrano tutti emanazione del generalissimo diritto alla dignità della persona umana, oggetto dell'art. 1 della carta di Nizza. In effetti, secondo le sentenze della Corte costituzionale n. 92 del 2002 e n. 293 del 2000, la tutela della dignità della persona umana non solo è un valore costituzionale fondamentale, ma altresì anima l'art. 2 Cost. e permea di sé l'intero diritto positivo. Ha poi affermato la sentenza n. 219 del 2008 che «il fine ultimo dell'organizzazione sociale» è «lo sviluppo di ogni persona umana», il cui valore si pone al centro dell'ordinamento costituzionale: compete al legislatore approntare il più efficace dei sistemi di tutela, affinché esso non venga compromesso. La Costituzione italiana, approvata il 22 dicembre 1947, fa esplicito riferimento ad esso negli articoli 3, 36 e 41, e lo richiama in particolare nell'art. 32. Un anno dopo, il 10 dicembre 1948, l'Assemblea generale delle Nazioni Unite approva la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, il cui articolo 1 integra in modo significativo l'antica formula settecentesca della Dichiarazione francese ("gli uomini nascono e rimangono liberi e eguali nei diritti") affermando che "tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti".

Secondo la Consulta, quando si tratta di effettuare un bilanciamento tra vari interessi alla luce del principio di ragionevolezza, questo deve consistere in un "ragionevole e proporzionato

[323] Analogamente, ha affermato la Suprema Corte (Cass., S.U., 20 maggio 2006 n. 17461) che in relazione al bene-salute è individuabile un nucleo essenziale, in ordine al quale si sostanzia un diritto soggettivo assoluto e primario, volto a garantire le condizioni di integrità psico-fisica delle persone bisognose di cura allorquando ricorrano condizioni di indispensabilità, di gravità e di urgenza non altrimenti sopperibili, a fronte delle quali è configurabile esclusivamente un potere accertativo della pubblica amministrazione in punto di apprezzamento della sola ricorrenza di dette condizioni.

bilanciamento tra i diversi interessi, di rango costituzionale, implicati dalle scelte legislative, specialmente quando esse siano suscettibili di incidere sul godimento di diritti fondamentali, (cfr. le sentenze nn. 172 del 2012, 245 del 2011; "la prima della serie" è invece la sentenza 139 del 1982). E' significativo però che è solo dal 2010 che la Corte costituzionale ha introdotto, nelle sue motivazioni riguardanti la violazioni da parte di una legge del principio di ragionevolezza, l'inciso "specie quando limitano un diritto fondamentale della persona". La Corte non approfondisce ulteriormente il concetto, ma sembra evidentemente di capire che tutti i diritti possono essere compressi, ma quelli che meno possono tollerare una *deminutio* sono i diritti fondamentali quale ad esempio il diritto alla libertà personale.

Inoltre, pur rendendosi sempre più disponibile ad accogliere fonti di diritto di provenienza non autoctona, la Corte costituzionale non ha ad oggi ancora mai smentito l'affermazione contenuta nella citata sentenza n. 170 del 1984 (sempre confermata: cfr. ad esempio la sentenza n. 288 del 2010), con la quale ha dato sì ingresso al diritto comunitario in posizione di preminenza rispetto al diritto interno, ma ha anche ritenuto che "ciò non implicava che l'intero settore dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno fosse sottratto alla propria competenza, potendo il diritto comunitario essere soggetto al suo sindacato in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili delle persona umana". Si tratta della cosiddetta teoria dei controlimiti, che pone al vertice della gerarchia delle fonti i diritti fondamentali, collocati su un gradino ancora più alto rispetto al diritto comunitario, che pure a sua volta si pone su un piano superiore rispetto alle norme avente rango costituzionale.

Negli ultimi anni infine si è anche assistito ad una sempre maggiore rivalutazione del principio di correttezza nel mercato[324], sia da parte della giurisprudenza che della dottrina che

[324] Cfr. A.M. GAMBINO, *La tutela del consumatore nel diritto della concorrenza: evoluzioni ed involuzioni legislative, anche alla luce del d.lgs. 25 gennaio 1992 in materia di pubblicità ingannevole*, in *Contr. impr.*, 1992, 412, il quale, nel criticare le impostazioni soggettivistiche del principio di correttezza nel mercato, rileva che occorre accantonare tutte le varie e contingenti situazioni puramente individuali e raccogliere solo quegli interessi oggettivi che hanno la capacità di condizionare le politiche d'impresa le quali, a loro volta, dato il fondamento utilitaristico dell'etica professionale, portano alla formazione di diverse valutazioni deontiche. In effetti, il principio di correttezza e buona fede - il quale, secondo la Relazione ministeriale al codice civile, "richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore" - deve essere inteso in senso oggettivo in quanto enuncia un dovere di solidarietà, fondato sull'art. 2 Cost., che, operando come un criterio di reciprocità, esplica la sua rilevanza nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge, sicché dalla violazione di tale regola di comportamento può discendere, anche di per sé, un danno risarcibile (Cass., 10 novembre 2010, n. 22819, in *Nuova*

della legislazione, tanto che si è giunti ad affermare che il principio di correttezza e buona fede costituisce un'applicazione degli inderogabili doveri di solidarietà sociale imposti dall'art. 2 Cost.[325].

4. I diritti fondamentali e il pericolo di una loro surrettizia sottomissione ai valori del mercato. - La "promozione" delle norme della CEDU al rango di norme "sub costituzionali" (a partire dalle sentenze della Corte cost. n. 348 e 349 del 2007 in poi) evidenzia la rinnovata attenzione della Corte costituzionale italiana per i diritti fondamentali, i quali appunto costituiscono l'oggetto della tutela della CEDU[326].

Quando però si vuole passare da affermazioni di principio a proposizioni più puntuali ci si scontra con delle gravi difficoltà: la mancata elencazione dei diritti fondamentali una volta per tutte da parte della Corte costituzionale; l'inevitabile necessità di dover comunque "bilanciare" tale diritti con altri costituzionalmente riconosciuti e dunque l'ammissione – mai esplicita – che tali diritti possono, sia pure non nel loro nucleo essenziale, essere "violati".

Quanto all'individuazione dei diritti fondamentali della persona, essi sembrano tutti emanazione del generalissimo diritto alla dignità della persona umana, oggetto dell'art. 1 della carta di Nizza[327]. In effetti, secondo le sentenze della Corte costituzionale n. 92 del 2002 e n. 293

giur. civ. comm., 2011, I, 335; Cass. 14 ottobre 2013 n. 23232). Del resto, secondo l'art. 39 del Codice del consumo (*Regole nelle attività commerciali*) *le attività commerciali sono improntate al rispetto dei princìpi di buona fede, di correttezza e di lealtà, valutati anche alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori*.

[325] Analogamente, ha affermato la Suprema Corte (Cass., S.U., 20 maggio 2006 n. 17461) che in relazione al bene-salute è individuabile un nucleo essenziale, in ordine al quale si sostanzia un diritto soggettivo assoluto e primario, volto a garantire le condizioni di integrità psico-fisica delle persone bisognose di cura allorquando ricorrano condizioni di indispensabilità, di gravità e di urgenza non altrimenti sopperibili, a fronte delle quali è configurabile esclusivamente un potere accertativo della pubblica amministrazione in punto di apprezzamento della sola ricorrenza di dette condizioni.

[326] Nell'uso corrente "diritti umani", "diritti inviolabili" e "diritti fondamentali" sono termini utilizzati in modo promiscuo ed equivalente, e, in prima approssimazione, stanno ad indicare diritti che dovrebbero essere riconosciuti ad ogni individuo in quanto tale (l'art. 2 Cost. attribuisce infatti i diritti inviolabili all'uomo e non al cittadino). Il riconoscimento dei diritti inviolabili è uno degli elementi caratterizzanti lo Stato di diritto; essi trovano la loro tutela nella "rigidità" della Costituzione e nel controllo di costituzionalità delle leggi affidato alla Corte costituzionale; inoltre anche tali diritti hanno bisogno di un passaggio "positivistico" in quanto non sono il frutto di giusnaturalistiche deduzioni razionali e quindi non sono fissati per sempre una volta per tutte. In questo senso, fra gli altri, SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio "personalista" in Italia e nell'Unione europea*, in *Riv. dir. civ*., 2010, I, 146; OPPO, *Sintesi di un percorso (incompiuto) del diritto italiano*, in *Riv. dir. civ*., 2008, 3.

[327] In questo senso PROSPERI, *I diritti fondamentali nel sistema integrato di protezione europeo*, *Contr. impr*., 2012, 1002; BUSNELLI, *La persona alla ricerca dell'identità*, *Riv. crit. dir. priv*., 2010, 7; LIPARI, (nt. 55), 758; RESTA, *La dignità*, in ZATTI, RODOTÀ, *Trattato di biodiritto*, I, *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, 259.

del 2000, la tutela della dignità della persona umana non solo è un valore costituzionale fondamentale, ma altresì anima l'art. 2 Cost. e permea di sé l'intero diritto positivo. Ha poi affermato la sentenza n. 219 del 2008 che «il fine ultimo dell'organizzazione sociale» è «lo sviluppo di ogni persona umana», il cui valore si pone al centro dell'ordinamento costituzionale: compete al legislatore approntare il più efficace dei sistemi di tutela, affinché esso non venga compromesso. La Costituzione italiana, approvata il 22 dicembre 1947, fa esplicito riferimento ad esso negli articoli 3, 36 e 41, e lo richiama in particolare nell'art. 32. Un anno dopo, il 10 dicembre 1948, l'Assemblea generale delle Nazioni Unite approva la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, il cui articolo 1 integra in modo significativo l'antica formula settecentesca della Dichiarazione francese ("gli uomini nascono e rimangono liberi e eguali nei diritti") affermando che "tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti"[328].

Secondo la Consulta, quando si tratta di effettuare un bilanciamento tra vari interessi alla luce del principio di ragionevolezza, questo deve consistere in un "ragionevole e proporzionato bilanciamento tra i diversi interessi, di rango costituzionale, implicati dalle scelte legislative, specialmente quando esse siano suscettibili di incidere sul godimento di diritti fondamentali [329], (cfr. le sentenze nn. 172 del 2012 [330], 245 del 2011; "la prima della serie" è invece la sentenza 139

[328] RODOTÀ, *Antropologia dell'*homo dignus*, Lezione tenuta nell'Aula Magna dell'Università di Macerata il 6 ottobre 2010 in occasione del conferimento della Laurea honoris causa*, www.italianieuropei.it

[329] Così ad esempio, con la sentenza n. 291 del 2010, la Corte costituzionale ha dichiarato che sono inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 58-*quater*, co. 7-*bis*, legge n. 354 del 1975, introdotto dall'art. 7, co. 7, della legge n. 251 del 2005, impugnato, in riferimento agli artt. 3 e 27, co. 3. Cost., nella parte in cui esclude che la misura dell'affidamento in prova al servizio sociale possa essere disposta per più di una volta in favore del condannato nei cui confronti sia stata applicata la recidiva di cui all'art. 99, co. 4, c.p. per non avere il rimettente preso in considerazione la possibilità di dare alla disposizione censurata un'interpretazione adeguatrice, nel senso che l'esclusione dal beneficio operi in modo assoluto solo quando il reato espressivo della recidiva reiterata sia stato commesso dopo la sperimentazione della misura alternativa, avvenuta in sede di esecuzione di una pena, a sua volta irrogata con applicazione della medesima aggravante.

[330] Con la sentenza n. 172 del 2012 la Corte ha affermato che la regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale è collegata al bilanciamento di molteplici interessi pubblici, che spetta in via primaria al legislatore ordinario, il quale possiede in materia un'ampia discrezionalità. Il legislatore può, pertanto, subordinare la regolarizzazione del rapporto di lavoro al fatto che la permanenza nel territorio dello Stato non sia di pregiudizio ad alcuno degli interessi coinvolti dalla disciplina dell'immigrazione, ma la relativa scelta deve costituire il risultato di un ragionevole e proporzionato bilanciamento degli stessi, soprattutto quando sia suscettibile di incidere sul godimento dei diritti fondamentali dei quali è titolare anche lo straniero extracomunitario, perché la condizione giuridica dello straniero non deve essere considerata come causa ammissibile di trattamenti diversificati o peggiorativi. Inoltre, le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*», sussistendo l'irragionevolezza della presunzione assoluta

del 1982). E' significativo però che è solo dal 2010 che la Corte costituzionale ha introdotto, nelle sue motivazioni riguardanti la violazioni da parte di una legge del principio di ragionevolezza, l'inciso "specie quando limitano un diritto fondamentale della persona". La Corte non approfondisce ulteriormente il concetto, ma sembra evidentemente di capire che tutti i diritti possono essere compressi, ma quelli che meno possono tollerare una *deminutio* sono i diritti fondamentali quale ad esempio il diritto alla libertà personale.

Deve ritenersi che in questa accentuata sensibilità della Consulta verso i diritti fondamentali abbia contribuito l'equiparazione al diritto comunitario da parte del Trattato di Lisbona del 1° dicembre 2009 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea approvata a Nizza[331], in precedenza non formalmente entrata in vigore[332], ma che aveva assunto, sin dalla sua proclamazione, una valenza declaratoria e simbolica quale momento rilevante nel cammino verso un'Europa dei diritti[333].

Altro fattore significativo di sviluppo di una maggiore attenzione per i diritti fondamentali è, come si è detto, l'introduzione, nel primo comma dell'art. 117 Cost., del limite, anche per il legislatore statale, del rispetto degli obblighi internazionali, così che si è potuto sviluppare – a partire dalle già citate fondamentali sentenze nn. 348 e 349 del 2007 – un orientamento della giurisprudenza costituzionale volto a subordinare non solo la validità delle norme interne al rispetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ma anche l'interpretazione di questa agli orientamenti della Corte di Strasburgo. In questo quadro si inserisce il Trattato di Lisbona del dicembre 2009, che ha ampliato la prospettiva della protezione dei diritti fondamentali: con l'attribuire significato valoriale fondante al rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, del pluralismo, della non discriminazione, della tolleranza, della giustizia e della solidarietà; con l'impegnare le istituzioni comunitarie a promuovere questo insieme di valori nell'adozione dei loro atti e nella formulazione delle politiche europee; con

«tutte le volte in cui sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa».

[331] Cfr. l'art. 6, co. 1 del Trattato sull'Unione europea, secondo cui l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati.

[332] *Not fully binding*, come ci ricorda la CEDU nella sentenza Bosphorus v. Ireland del 30 giugno 2005.

[333] Cfr. ad esempio SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio "personalista" in Italia e nell'Unione europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 155; SORRENTINO, *I diritti fondamentali dopo Lisbona*, in *Corr. giur.*, 2010, 147.

l'adesione da parte dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali[334].

Inoltre, pur rendendosi sempre più disponibile ad accogliere fonti di diritto di provenienza non autoctona, la Corte costituzionale non ha ad oggi ancora mai smentito l'affermazione contenuta nella sentenza n. 170 del 1984 (sempre confermata: cfr. ad esempio la sentenza n. 288 del 2010), con la quale ha dato sì ingresso al diritto comunitario in posizione di preminenza rispetto al diritto interno, ma ha anche ritenuto che "ciò non implicava che l'intero settore dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno fosse sottratto alla propria competenza, potendo il diritto comunitario essere soggetto al suo sindacato in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili delle persona umana". Si tratta della cosiddetta teoria dei controlimiti[335], che pone al vertice della gerarchia delle fonti i diritti fondamentali, collocati su un gradino ancora più alto rispetto al diritto comunitario, che pure a sua volta si pone su un piano superiore rispetto alle norme avente rango costituzionale[336].

5. Conclusioni.

Le liberalizzazioni, consistendo nell'abbattimento delle barriere di accesso al mercato da parte dei potenziali concorrenti, costituiscono una branca fondamentale della materia concorrenza e contribuiscono così in maniera rilevante all'aumento del benessere collettivo, permettendo dunque di utilizzare maggiori risorse per la tutela dei diritti fondamentali. Infatti per un verso queste risorse, nel periodo storico di forte crisi economica in cui versa il nostro Paese, si sono

[334] Cfr. l'art. 6, co. 2, del Trattato sull'Unione europea.

[335] Cfr. ad esempio, nella sconfinata letteratura sul tema, PINOTTI, *I controlimiti nel rapporto tra diritto comunitario e nazionale*, in *Dir. comunit. scambi internaz.*, 2009, 211.

[336] Cfr. DELLI PRISCOLI, *Mercato e diritti fondamentali*, Torino, 2011, 139; cfr. altresì le Dichiarazioni allegate all'atto finale della conferenza intergovernativa che ha adottato il trattato di Lisbona firmato il 13 dicembre 2007: Dichiarazioni relative a disposizioni dei Trattati, art. 17, Dichiarazione relativa al primato del diritto dell'Unione europea: "La conferenza ricorda che, per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza. Inoltre, la conferenza ha deciso di allegare al presente atto finale il parere del Servizio giuridico del Consiglio sul primato, riportato nel documento 11197/07 (JUR 260): "Parere del Servizio giuridico del Consiglio del 22 giugno 2007. Dalla giurisprudenza della Corte di giustizia si evince che la preminenza del diritto comunitario è un principio fondamentale del diritto comunitario stesso. Secondo la Corte, tale principio è insito nella natura specifica della Comunità europea. Deve osservarsi che oggi come all'epoca della prima sentenza di questa giurisprudenza ormai consolidata [Costa contro ENEL, 15 luglio 1964, causa 6/64 (1)] non esisteva alcuna menzione di preminenza nel trattato; tuttavia la circostanza che il principio della preminenza non sarà incluso nel futuro trattato non altera in alcun modo l'esistenza del principio stesso e la giurisprudenza esistente della Corte di giustizia.

drasticamente ridotte; per altro verso proprio la giurisprudenza costituzionale sul nucleo irrinunciabile dei diritti fondamentali, nell'ammettere la possibilità di una loro compressione, suggerisce al contempo al legislatore che una loro eventuale protezione più ampia, non limitata cioè al solo nucleo essenziale, sarebbe assai apprezzata, e che per poter ampliare tale tutela è giocoforza doversi confrontare con le limitate risorse finanziarie dello Stato[337].

Una politica seria, rigorosa e coerente di liberalizzazioni, lungi dal porsi in contrasto con i diritti fondamentali, è in grado al contrario di favorire, valorizzare tali diritti. Ecco dunque che viene a sciogliersi quell'interrogativo che ci era posti nel paragrafo introduttivo: il perseguimento delle liberalizzazioni (ossia la possibilità di far esplicare a tutti la propria libertà di iniziativa economica) non va a scapito dell'utilità sociale (ossia dei diritti fondamentali della collettività) ma al contrario, come era nell'idea del Costituente, la rafforza, e quest'ultima fornisce nuovo vigore ad una politica di liberalizzazioni.

Gli ostacoli alle liberalizzazioni non consistono peraltro soltanto in interessi corporativi molto forti e che spesso trovano ascolto in Parlamento, ma anche (e forse soprattutto) nella politica legislativa in campo economico fin qui attuata dal dopo Costituzione in poi, ove l'art. 41 Cost. è stato troppo spesso – negligentemente (magari scambiandosi l'adempimento di un qualche inutile adempimento burocratico quale fondamentale ossequio ad un valore costituzionale) o volontariamente (magari con il pretesto che si trattava di norma meramente programmatica o di impossibile attuazione data la sua presunta genericità) - ignorato. E che non sarà facile porre rimedio ai guasti del passato lo dimostra, forse meglio di ogni altra affermazione, quanto sostenuto dalla Consulta con la già citata sentenza n. 200 del 2012, la quale da un lato ha affrontato la questione di legittimità costituzionale del co. 1 dell'art. 3 del d.l. n. 138 del 2011 – che sancisce, come ricordato, il principio secondo cui l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge – e l'ha dichiarata non fondata perché tale principio è perfettamente coerente con l'art. 41 Cost. unitariamente considerato, ma dall'altro ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del successivo co. 3, il quale disponeva l'automatica «soppressione» di tutte le normative incompatibili con il principio della liberalizzazione delle attività economiche di

[337] Cfr. Corte cost. n. 46 del 2013, secondo cui "l'intervento normativo statale, con il d.l. n. 1 del 2012 [si tratta del più volte citato corpus normativo che reca delle liberalizzazioni], si prefigge la finalità di operare, attraverso la tutela della concorrenza (liberalizzazione), un contenimento della spesa pubblica".

cui al citato co. 1. La soppressione generalizzata delle normative statali in contrasto con il principio di cui sopra è apparsa infatti alla Consulta eccessivamente indeterminata, incompatibile con un principio così ampio e generale, risultando così tal soppressione irragionevole perché impraticabile in concreto, perché avrebbe posto l'interprete e gli operatori economici in una condizione di obiettiva incertezza, che anziché favorire la tutela della concorrenza, avrebbe finito per ostacolarla. Con il risultato che ad oggi – a fronte ad una affermazione di principio che è del tutto inutile perché meramente ripetitiva rispetto ad una corretta lettura dell'art. 41 Cost. – non vi sono stati, se non in minima parte, dei provvedimenti legislativi – che, come si è visto, non possono essere improvvisati e generici ma richiedono una delicata opera di bilanciamento e ponderazione e quindi uno studio caso per caso della compatibilità di ogni singola norma vigente con i principi di cui all'art. 41 Cost. - che abbiano contribuito a sfoltire le tanti leggi che oggi sono di ostacolo ad una piena ed effettiva attuazione dell'art. 41 Cost.

Un esempio della strettissimo legame tra liberalizzazioni e ambiente e della necessità di pervenire ad un contemperamento tra opposte esigenze è offerto dalla sentenza n. 267 del 2016 della Corte costituzionale, che ha dichiarato l'incostituzionalità di una norma regionale che imponeva alle imprese che volessero costruire ed esercitare un impianto di produzione di energia elettrica da fonte eolica un'autorizzazione regionale che si aggiungeva rispetto a quella statale (valutazione di impatto ambientale, cd. VIA). Secondo la Consulta, in un sistema informato al principio della libertà dell'iniziativa economica, i limiti consentiti dovrebbero essere funzionali alla tutela dell'utilità sociale e della libertà, sicurezza e dignità umana; in altri termini, i condizionamenti all'iniziativa economica dovrebbero essere articolati in modo da permettere il raggiungimento di finalità sociali e di benessere collettivo, dovendosi incoraggiare sia le esigenze di tutela ambientale che riguardano il reperimento di fonti energetiche alternative sia il coinvolgimento dell'iniziativa privata per la realizzazione di tale interesse di natura strategica. Le disposizioni legislative che determinano tale coinvolgimento (decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, Norme in materia ambientale) sono, infatti, il risultato di una scelta di politica programmatoria nella quale l'obiettivo di interesse generale, la realizzazione di impianti energetici alternativi, anziché essere affidato esclusivamente alla mano pubblica, viene ritenuto perseguibile attraverso l'iniziativa economica privata, quando non ostino altri interessi di carattere generale. L'attività di sfruttamento dell'energia eolica costituisce iniziativa economica comportante la

destinazione di capitali privati ad un processo produttivo, il quale implica la creazione di risorse materiali di interesse pubblico strategico. Il fatto che lo scopo del privato sia diretto a fini lucrativi è aspetto che non può inficiare la rilevanza del citato profilo strategico. Pertanto, deve essere considerata costituzionalmente illegittima l'imposizione di condizionamenti e vincoli non collegati funzionalmente alla cura di interessi ambientali. Infatti, l'assenza di un nesso teleologico con la salvaguardia di detti interessi finisce per costituire una grave interferenza con l'iniziativa dell'imprenditore[338]. Peraltro, la disciplina dello sfruttamento dell'energia eolica è caratterizzata da una valutazione frammentata e parcellizzata dei vari interessi pubblici, la quale si manifesta nell'espletamento di procedimenti minori, la cui definizione è tuttavia necessaria per ottenere l'autorizzazione unica finale. Questa soluzione adottata dal legislatore statale, se da un lato è giustificata dalla complessità e dalla dialettica degli interessi in gioco nel pur unitario scenario della tutela ambientale, dall'altro determina obiettivamente effetti dilatori sull'iniziativa di sfruttamento dell'energia eolica, favorendo indirettamente tipologie di impianti connotati da minori barriere amministrative. Tutto ciò pesa inevitabilmente sugli indirizzi imprenditoriali in ordine alla scelta delle singole fonti di energia rinnovabile, determinando una tendenziale preferenza per iniziative alla cui realizzazione si frappongono in misura minore ostacoli burocratici. Tale fenomeno di obiettiva penalizzazione normativa (sotto il profilo dei maggiori ma doverosi adempimenti istruttori) di questa fonte energetica, connotata da criticità soprattutto estetiche ma anche da aspetti evolutivi in termini di efficienza produttiva e di vantaggi per l'ambiente, non può essere accentuato da ulteriori incombenze amministrative che non siano giustificate dall'esigenza di coordinare e rendere compatibili e congruenti i subprocedimenti propedeutici al provvedimento finale di autorizzazione unica. Sotto tale profilo, dunque, la Corte costituzionale ha ritenuto la norma regionale impugnata in contrasto sia con l'art. 41 Cost. – in quanto frappone un ostacolo alla libera iniziativa privata nonostante sia "funzionalizzata" alla cura di interessi ambientali dalla specifica normativa statale – sia con l'art. 117, comma 2, lett. s), Cost., in quanto invasiva della competenza statale in materia ambientale.

[338] In tal senso già le sentenze della Consulta n. 20 del 1980 e n. 78 del 1958

La Consulta afferma altresì che non possa richiamarsi nella fattispecie in esame la sua giurisprudenza secondo cui le Regioni hanno facoltà di adottare livelli di tutela ambientale più elevati rispetto a quelli previsti dalla legislazione statale[339].

Fermo restando che la disciplina statale relativa alla tutela dell'ambiente «viene a funzionare come un limite alla disciplina che le Regioni e le Province autonome dettano in altre materie di loro competenza» (sentenza n. 67 del 2010) e che «le Regioni stesse, purché restino nell'ambito dell'esercizio delle loro competenze, possono pervenire a livelli di tutela più elevati (sentenze n. 104 del 2008, n. 12, n. 30 e n. 61 del 2009), così incidendo, in modo indiretto sulla tutela dell'ambiente» (sentenza n. 225 del 2009), nel caso in esame risulta impossibile ipotizzare un miglioramento della tutela statale ad opera della norma regionale impugnata per l'obiettiva assenza di una scala di valori idonea a consentire una comparazione, in termini qualitativi e quantitativi, tra la protezione ambientale assicurata dallo Stato e quella aggiunta dalla Regione. È utile osservare come per lo sfruttamento dell'energia eolica la legge statale disciplini una sorta di "procedimento dei procedimenti", determinando la forma, il tipo degli atti e la tempistica amministrativa che regolano l'autorizzazione e lo svolgimento dell'attività imprenditoriale coinvolta nella realizzazione delle finalità ambientali di settore. Quest'ultima rimane pur sempre attività economica, la cui rilevanza sociale ed ambientale non è compatibile con ulteriori vincoli imposti dal legislatore regionale al di fuori della competenza legislativa costituzionalmente assegnata. In tale prospettiva la norma regionale impugnata non costituisce livello di tutela ambientale superiore a quello fissato dallo Stato, bensì addizione normativa priva di coordinamento con le finalità in concreto perseguite dal legislatore statale. La dimensione dei valori e degli interessi che lo Stato ha assunto come primari nel disciplinare lo sfruttamento dell'energia eolica (tra i quali spiccano appunto la tutela dell'ambiente, del paesaggio e della salute ed il coinvolgimento dell'iniziativa economica privata) comporta infatti un elevato grado di complessità nella regolazione dei rapporti giuridici chiamati in causa dai procedimenti a carattere autorizzatorio. Tale complessità della scala di interessi rende la norma regionale impugnata davanti alla Consulta incostituzionale perché inevitabilmente perde l'orizzonte del complessivo e complesso assetto di interessi da bilanciare e contemperare. Ciò anche in considerazione del fatto che, nel caso dell'energia eolica, la tutela degli interessi ambientali non è una tutela meramente

[339] Cfr., *ex plurimis*, sentenza n. 67 del 2010

statica, ma si concreta in una serie di attività che devono essere compatibili con gli altri profili di garanzia interni alla stessa materia ambientale (tra cui, appunto, la tutela del paesaggio). In altre parole, nella tutela ambientale sono oggetto di dialettica e di bilanciamento legislativo vari interessi, per lo più interni alla materia. Detto carattere si riflette specularmente sulla forma di tutela parcellizzata introdotta dal legislatore statale per consentire in sede amministrativa un bilanciamento dei vari interessi coinvolti nello sfruttamento dell'energia eolica: ciò avviene attraverso l'incrocio di diverse tipologie di verifica, il cui coordinamento e la cui acquisizione sincronica, essendo necessari per l'autorizzazione unica finale, non tollerano ulteriori differenziazioni su base regionale.

Non è indifferente, nella scelta legislativa dello Stato di concentrare l'autorizzazione in un'unica disciplina procedimentale, il fatto che la dialettica degli interessi concretamente in gioco deve essere oggetto di bilanciamento, non solo in sede normativa, ma anche in quella amministrativa. È, infatti, necessario che i valori costituzionali in tensione siano ponderati nella misura strettamente necessaria ad evitare il completo sacrificio di uno di essi nell'ottica di un tendenziale principio di integrazione. Operazione quest'ultima che è stata realizzata dal legislatore statale attraverso una rete di subprocedimenti, dal cui esito positivo dipende appunto l'autorizzazione unica. Ulteriormente esemplificando, emerge come – a livello di legislazione statale – il bilanciamento sia intervenuto, attraverso distinti subprocedimenti, tra l'intrinseca utilità degli impianti eolici, che producono energia senza inquinare l'ambiente, ed il principio di precauzione attuato mediante la separata verifica che detti impianti non danneggino il paesaggio, in particolare sotto il profilo dell'impatto visivo.

In definitiva – in un sistema articolato su una ponderazione tra una tutela tendenzialmente statica come quella del paesaggio ed una dinamica consistente nella produzione energetica da parte di impianti eolici (i quali devono inserirsi nel modo meno invasivo in ambito paesaggistico) – il legislatore regionale aveva inserito una norma non coordinata, sotto il profilo logico e temporale, con l'esigenza di concentrare tempi e definitività degli accertamenti confluenti nell'autorizzazione finale. Il risultato di tale operazione, non conforme al dettato costituzionale, è stato quello – secondo la Consulta - di penalizzare, attraverso non ordinati "schermi burocratici", quali il termine di efficacia dell'esclusione dalla procedura di VIA, le strategie industriali di settore, che non possono prescindere dal fattore tempo e dal grado di certezza degli esiti delle

procedure amministrative. In conclusione, mentre la scelta legislativa dello Stato (di concentrare in una autorizzazione finale la tempistica e gli esiti delle procedure autorizzatorie in un settore di particolare complessità) supera il test di ragionevolezza in ordine alla congruità tra mezzi e fini – poiché risulta contemporaneamente idonea a sorreggere scelte strategiche in campo economico-ambientale ed a garantire le situazioni soggettive degli imprenditori di settore, sottraendole alla mutevole facoltà dell'amministrazione di parcellizzare e rendere incostanti le proprie determinazioni – la norma regionale impugnata è stata dichiarata costituzionalmente illegittima per violazione sia della competenza legislativa esclusiva statale di cui all'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost., sia dell'art. 41 Cost.

La strada da percorrere verso un effettivo abbattimento di tutte le barriere all'accesso al mercato è dunque ancora lunga, e forse è soltanto iniziata; non può però negarsi che si assiste oggi da un lato ad una valorizzazione del comma 1 dell'art. 41 Cost. per quanto riguarda la necessità di effettuare le liberalizzazioni e di sciogliere le imprese dai lacci burocratici e amministrativi, lacci che il più delle volte nulla hanno a che fare con i valori tutelati dagli artt. 9, comma 2 e 41 comma 2, e dall'altro, e non contraddittoriamente, ad una esaltazione anche del co. 2 dell'art. 41 Cost., in qualità di concetto valvola in grado di dare voce ai diritti fondamentali che si contrappongono all'iniziativa economica privata. In effetti, una politica seria, rigorosa e coerente di liberalizzazioni, lungi dal porsi in contrasto con l'ambiente o dal doversi intendere come mera *deregulation*, ossia come semplice abolizione di regole, è in grado al contrario di favorire e valorizzare sia la concorrenza che i diritti fondamentali.

Ma soprattutto quello che oggi più viene valorizzato è l'esigenza che queste diverse istanze debbano trovare una loro composizione equilibrata, un armonico contemperamento, allo scopo di porre in essere un bilanciamento ragionevole e solidale fra i vari interessi in gioco, in coerenza con quell'economia sociale di mercato individuata dall'art. 3, co. 3, del Trattato sull'Unione europea del 7 febbraio 1992 (secondo cui l'Unione europea si basa "su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva")[340], con il vincolo dell'intangibilità del nucleo essenziale dei diritti

[340] Cfr. LIBERTINI, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del «Decreto Alitalia»*, in *Giur. cost.*, 2010, 3296,, 3299, il quale ritiene che nell'ordinamento europeo la concorrenza sia riconosciuta come valore *strumentale* rispetto a finalità complessive di benessere collettivo, che si compongono anche di altri valori, extraeconomici (come la tutela dell'ambiente) ed anche economici (crescita equilibrata, stabilità dei prezzi, piena occupazione, progresso scientifico e tecnologico, etc.); questi valori sono tendenzialmente destinati a

fondamentali, sempre più minacciati dalla ormai endemica carenza di risorse che possono essere destinate alla tutela di valori quali l'ambiente e la salute, sintetizzati nella formula "utilità sociale".

Consumatore e persona non vivono in due galassie lontane e separate, non sono due rette parallele che non si incontrano mai ma coincidono nell'atto del consumo, perché anche in quella circostanza il consumatore è e mantiene pur sempre la sua dignità di persona ed è conseguentemente portatore dei diritti inviolabili dell'uomo, pur ricevendo al contempo tutte le tutele proprie del consumatore. I valori del mercato e i diritti fondamentali entrano infatti spesso in contatto e in conflitto e pertanto richiedono continuamente di essere bilanciati, con il necessario ed inevitabile sacrificio parziale degli uni degli altri o di entrambi (purché in ogni caso sia salvo il "nocciolo duro" dei diritti fondamentali). È emerso al contempo che le regole del mercato sono sì regole per disciplinarlo, ma al contempo (si pensi all'utilità sociale) possono essere a difesa di diritti fondamentali[341]. Le regole a tutela del mercato e quelle poste a presidio dei diritti

prevalere - in caso di insuperabile contrasto - sulla tutela della competizione fra imprese, in quanto tale. Parallelamente emerge anche che, abbandonate le chimere del raggiungimento di una concorrenza perfetta - che neppure sarebbe auspicabile perché significherebbe che non ci sarebbe lotta fra le imprese per migliorare e differenziare i propri prodotti - il modello di concorrenza disegnato dal legislatore europeo è quello della *concorrenza come processo dinamico virtuoso*, orientato dalle libere scelte del consumatore, in cui le imprese competono soprattutto per l'acquisizione di risorse scarse di tipo immateriale e conseguentemente per offrire ai consumatori un bene o un servizio caratterizzato dal miglior rapporto qualità/prezzo possibile, a tutto vantaggio naturalmente dei consumatori stessi. Cfr. LIBERTINI, voce "*Concorrenza*", in *Enc. dir*., 2010, Milano, 245; Corte cost., n. 325 del 2010, secondo cui fanno parte a pieno titolo della tutela della concorrenza non solo le «misure legislative di tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto gli atti ed i comportamenti delle imprese che influiscono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati» (misure *antitrust*, c.d. concorrenza in senso "statico"); ma anche le misure legislative di promozione, «che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese» (per lo piú dirette a tutelare la concorrenza "nel" mercato: c.d. concorrenza in senso "dinamico").

[341] Sulla non risarcibilità del danno non patrimoniale di lieve entità cfr. Cass. 25 febbraio 2016, n. 3727, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 426, con nota critica di L. DELLI PRISCOLI, *La non risarcibilità del danno non patrimoniale di lieve entità, anche se derivante da reato*; con specifico riferimento al danno non patrimoniale di lieve entità da vacanza rovinata cfr. Cass. 14 luglio 2015, n. 14663. La prova del danno non patrimoniale da "vacanza rovinata", inteso come disagio psico-fisico conseguente alla mancata realizzazione, in tutto o in parte, della vacanza programmata, è validamente fornita dal viaggiatore mediante dimostrazione dell'inadempimento del contratto di pacchetto turistico, non potendo formare oggetto di prova diretta gli stati psichici dell'attore, desumibili, peraltro, dalla mancata realizzazione della "finalità turistica" (che qualifica il contratto) e dalla concreta regolamentazione contrattuale delle attività e dei servizi prestati, essenziali alla realizzazione dello scopo vacanziero. Il fondamento del danno non patrimoniale da vacanza rovinata va individuato "non nella generale previsione dell'art. 2 Cost., ma proprio nella cosiddetta vacanza rovinata come legislativamente disciplinata" (Cass. 4 marzo 2010, n. 5189). In seguito (Cass. 20 marzo 2012, n. 4372) ha cassato una decisione che lo aveva negato, affermando che la risarcibilità di tale danno "è prevista dalla legge, oltre che costantemente predicata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea". In effetti, la legislazione di settore concernente i "pacchetti turistici", emanata in attuazione della normativa comunitaria di tutela del consumatore, nell'ambito dell'obiettivo dell'avvicinamento delle legislazioni degli Stati membri della Comunità Europea, come interpretata dalla Corte di Giustizia CE, ha reso rilevante l'interesse del turista al pieno godimento del viaggio organizzato, come occasione di piacere o riposo, prevedendo il risarcimento dei pregiudizi non

fondamentali dunque spesso coincidono, si intersecano di continuo e talvolta riescono a coesistere pacificamente; non si tratta dunque di due compartimenti stagni, di due dimensioni separate e incomunicabili. L'esistenza del mercato è compatibile con i diritti fondamentali, così come il consumatore è nello stesso momento una persona. È possibile e doverosa pertanto un'interpretazione dell'art. 41 Cost. diretta a contemperare le diverse istanze in esso racchiuse, ossia la tutela della concorrenza, della correttezza e della trasparenza delle operazioni commerciali, con l'obiettivo di rimuovere gli ostacoli all'efficienza del mercato, promuovendo però nello stesso tempo l'utilità sociale, e così correggendo con misure appropriate le disparità di potere contrattuale pregiudizievoli alla libertà e alla razionalità delle scelte economiche.

E in effetti la Costituzione italiana mette sì al vertice del sistema l'essere umano, ma inteso non come entità scissa dalla concretezza e storicità delle sue condizioni di vita, bensì colta e compresa nel suo radicamento sociale, nella pluralità e varietà dei suoi bisogni e interessi, nella molteplicità e varietà delle sue manifestazioni attive fra le quali il mercato ricopre un ruolo ed un'importanza fondamentali, tanto da potersi considerare una di quelle "formazioni sociali" in cui, secondo l'art. 2 Cost., si svolge la personalità dell'uomo.

Appare tuttavia un vuoto esercizio di retorica sostenere che i diritti fondamentali si pongono su un piano superiore e non comunicante rispetto ai diritti del mercato e che non possano mai essere sacrificati a favore di altri valori; tale atteggiamento potrebbe anzi essere non solo infruttuoso ma anche rischioso, qualora, facendosi forza di questa affermazione, si comprima lo spazio dei diritti dell'uomo a favore del mercato con il pretesto che tanto si tratta di mondi che non possono interferire tra di loro (cfr. la sentenza n. 85 del 2013 della Corte costituzionale, che, in nome del diritto al lavoro e del diritto di iniziativa economica riconosce la possibilità di comprimere il diritto alla salute e all'ambiente). Sembra invece assai più proficuo prendere atto della reciproca interferenza fra gli stessi e concentrarsi sul procedimento più appropriato per realizzare un bilanciamento tra valori che tenga in dovuto conto della sussistenza dei diritti fondamentali senza al contempo "umiliare", frustrare eccessivamente i valori del mercato, dato che la sensibilità dei giuristi ha a lungo collocato il terreno dei diritti fondamentali e quello dello scambio mercantile su piani del tutto paralleli. In questa direzione è fondamentale un uso sapiente

patrimoniali (disagio psicofisico che si accompagna alla mancata realizzazione in tutto o in parte della vacanza programmata) subiti per effetto dell'inadempimento contrattuale.

delle clausole generali, e in particolare della ragionevolezza, pur nella consapevolezza degli inevitabili pericoli di genericità e arbitrarietà che esse comportano. Per ridurre tali rischi risulterebbe fondamentale innanzitutto poter fare affidamento su giudici altamente specializzati in materie economiche e procedere al bilanciamento dei diritti fondamentali tenendo conto, a livello macroeconomico, della dimensione collettiva degli interessi coinvolti: quanto più alto sarà il numero delle persone coinvolte dai sacrifici richiesti dalle esigenze del mercato (ad es. l'inquinamento prodotto da una nuova industria, l'aumento dei prezzi determinato da un'intesa anticoncorrenziale) tanto più energica dovrà essere la reazione dell'ordinamento nel riaffermare le esigenze della collettività valorizzando al massimo l'utilità sociale, che può essere considerata l'anello di collegamento tra diritti fondamentali e mercato.

A livello microeconomico dovrà poi considerarsi che i diritti fondamentali vivono (anche) nel mercato (che si è detto essere una delle formazioni sociali ove si svolge la personalità dell'uomo) e devono quindi adattarsi alle sue caratteristiche. Non può dunque non tenersi conto sia del processo di oggettivazione che ha attraversato il mercato (si pensi all'istituto dell'abuso del diritto, all'inversione dell'onere della prova nella valutazione della responsabilità a scapito del professionista medico, al rifiuto dei danni punitivi nella *class action*), sia della persistente rilevanza della persona fisica sul mercato rispetto all'ente collettivo (si pensi alla definizione di consumatore e al diverso trattamento riservato in sede di risarcimento dei danni non patrimoniali a persona fisica e ente collettivo). Il principio di solidarietà economica e sociale di cui all'art. 2 Cost. dovrà dunque tenere presente quello che è uno dei corollari del principio di uguaglianza, ossia il principio secondo cui devono essere trattate in maniera adeguatamente diseguale situazioni diseguali. Pertanto, da una parte il giudice dovrà procedere alla correzione del contratto eventualmente squilibrato non mediante sue personali e incontrollabili concezioni dell'equità bensì prendendo come solido punto di riferimento i valori oggettivamente espressi dal mercato (così ad esempio potrà ridurre secondo equità una clausola penale perché eccessivamente gravosa solo se tale onerosità viene uniformemente riconosciuta nell'ambito del mercato in cui è stata stipulata) e dall'altro dovrà ritenere di intervenire non in tutte le ipotesi di contratto squilibrato (pena altrimenti la mortificazione del principio dell'autonomia contrattuale di cui va rivendicata la persistente attualità) ma solo quando le suddette esigenze di inesperienza o di assenza di alternative lo esigono.

Infine, la persistente rilevanza della persona nelle contrattazioni commerciali, deve indurre l'interprete a non trascurare, accanto ai danni patrimoniali, anche quelli non patrimoniali derivanti dalla violazione dei diritti fondamentali. In questo senso deve accogliersi con particolare favore il filone giurisprudenziale che riconosce tali danni non solo in sede di responsabilità extracontrattuale[342] ma anche in quella contrattuale[343].

[342] Con riferimento al risarcimento dei danni non patrimoniali al consumatore da fumo cfr. Cass. S.U. 15 gennaio 2009, n. 794, cit.

[343] Cass., S.U., 11 novembre 2008, n. 26972.