Numero 2 - 2018

Il diritto *vivente*

Rivista quadrimestrale di *Magistratura Indipendente*

Direttore *Mario Cicala*

Direttore

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

Comitato di direzione

CECILIA BERNARDO (*giudice del Tribunale di Roma*) - MANUEL BIANCHI (*giudice del Tribunale di Rimini*) - PAOLO BRUNO (*consigliere per la giustizia e gli affari interni presso la Rappresentanza permanente d'Italia presso l'Unione europea*) - MARINA CIRESE (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - VITTORIO CORASANITI (*magistrato 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*) - ANTONIO MONDINI (*consigliere della Corte di cassazione*) - ROBERTO MUCCI (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - FIAMMETTA PALMIERI (*magistrato addetto alla Segreteria del Consiglio superiore della magistratura*) - CESARE PARODI (*Procuratore aggiunto presso la Procura della Repubblica di Torino*) - GIUSEPPE PAVICH (*consigliere della Corte di cassazione*) - RENATO PERINU (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - FRANCESCA PICARDI (*consigliere della Corte di cassazione*) - PAOLO PORRECA (*consigliere della Corte di cassazione*) - GUIDO ROMANO (*giudice del Tribunale di Roma*) - UGO SCAVUZZO (*Presidente di sezione del Tribunale di Patti*) - PAOLO SPAZIANI (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - LUCA VARRONE (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - ANDREA VENEGONI (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*)

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

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

Indice del fascicolo 2º

(maggio-agosto 2018)

Gli Autori 5

Claudio GALOPPI, *Testamento biologico: evoluzione o involuzione?* 6

ORDINAMENTO GIUDIZIARIO

Antonio D'AMATO, *La circolare del CSM in materia di organizzazione dell'ufficio del Pubblico Ministero* 13

Luca FORTELEONI, *La nuova Circolare Csm sulla organizzazione delle Procure della Repubblica: i presupposti normativi, le finalità applicative e i valori ermeneutici.* 19

Ilaria PERINU, *La nuova circolare CSM sull'organizzazione degli Uffici del Pubblico Ministero. Principi e norme in materia di visti e assenso.* 25

Cesare PARODI, *Il procuratore aggiunto: un candidato al ruolo di "migliore attore non protagonista"?* ..31

Federica LA CHIOMA, Dario SCALETTA, *Il documento organizzativo della PNA alla luce della la circolare sull'organizzazione delle procure* 44

MAURIZIO ARCURI, *La procedura per l'applicazione dell'art. 2 R.D. Lgs. 31 maggio 1946, n. 511 (Legge delle Guarentigie)* 52

Sara GATTO, *Dignità delle condizioni di lavoro dei magistrati onorari in servizio* 69

CIVILE

Dario CAVALLARI, *Attribuzione dell'assegno divorzile: evoluzione normativa e contrasti in giurisprudenza in attesa di un nuovo intervento delle Sezioni Unite* 77

Maria Rosaria SODANO, *L'istituto del Trust e la legge denominata "Dopo di Noi"* 106

LAVORO

La retribuzione del Segretario comunale e il cd. principio di onnicomprensività. Nota a Tribunale di Nola, 26 settembre 2017 123

PENALE

Carlo INTROVIGNE, *Il sostituto procuratore e le tentazioni del nuovo art. 407 comma 3 bis c.p.p*.....142

Carlo Maria PELLICANO, *La sentenza De Tommaso e gli interventi correttivi della Corte di cassazione* ..149

Alessandro CENTONZE, *L'associazione di tipo mafioso come reato di macroevento e l'accertamento della responsabilita' nei procedimenti "con vicenda complessa"* 165

Cesare PARODI, *Il nuovo delitto di "diffusione di intercettazioni fraudolente"* 180

Fabrizio TORELLI, *La colpa grave nella responsabilità penale del medico-chirurgo: rivisitazione critica e recuperi ermeneutici alla luce delle Sezioni Unite Mariotti* 192

Giuseppe SPADARO, *Violenza assistita intrafamiliare*.....244

EUROPA

Lorenzo DELLI PRISCOLI, *Diritti fondamentali e mercato nelle diverse prospettive delle Corti di Lussemburgo e di Strasburgo* 260

Anna FERRARI, *Osservazioni sulla raccomandazione CM/Rec(2017) 3 adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sulle sanzioni e misure di comunità* 287

Gli Autori

Maurizio ARCURI, *sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Roma*

Dario CAVALLARI, *magistrato addetto all'Ufficio del Massimario e del ruolo della Corte di cassazione*

Alessandro CENTONZE, *consigliere della Corte di cassazione*

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

Lorenzo DELLI PRISCOLI, *consigliere della Corte di cassazione*

Anna FERRARI, *componente del Consiglio di cooperazione penalogica (PC-CP) del Consiglio d'Europa e del gruppo di lavoro del consiglio di cooperazione penalogica (PC-CP) del Consiglio d'Europa*

Luca FORTELEONI, *componente del Consiglio superiore della magistratura*

Claudio GALOPPI, *componente del Consiglio superiore della magistratura*

Sara GATTO, *giudice di Pace di Vibo Valentia*

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

Federica LA CHIOMA, *sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Palermo*

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

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

Ilaria PERINU, *Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Milano*

Dario SCALETTA, *sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Palermo*

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

Giuseppe SPADARO, *presidente del Tribunale per i minorenni di Bologna*

Fabrizio TORELLI, *tirocinante presso la Corte di cassazione*

CLAUDIO GALOPPI

Testamento biologico: evoluzione o involuzione?

1. La disciplina positiva

La legge sul c.d. testamento biologico (n. 219/2017) approvata in via definitiva dal Senato della Repubblica in data 22 Dicembre 2017 è entrata in vigore mercoledì 31 Gennaio.

Consta di otto articoli di cui solo cinque dedicati espressamente alla disciplina del "fine vita".

Il sistema normativo delineato dalla legge è costruito sul modello del consenso informato, cui è dedicato l'intero art. 1.

Si afferma, infatti, che nessun accertamento diagnostico o trattamento sanitario o singoli atti del trattamento possono essere effettuati senza un'esplicita manifestazione di volontà del paziente, che presuppone un'adeguata informazione in ordine alla natura del trattamento e dei suoi effetti sullo stato di salute del malato.

La centralità della volontà del malato, cui è conformata tutta la disciplina, comporta una serie di scelte normative formalizzate nella legge in esame:

Viene riconosciuto il diritto soggettivo del malato al rifiuto delle cure. La volontà positiva o negativa di sottoporsi a trattamenti sanitari di qualsivoglia natura è sempre revocabile e modificabile.

Anche nelle situazioni di emergenza o di urgenza il medico e i componenti della sua *équipe* devono rispettare la volontà del paziente.

Tale volontà viene valorizzata anche per il minore o per il soggetto incapace. In tali ipotesi il consenso informato al trattamento sanitario è espresso o rifiutato dal genitore o dal tutore.

Nel caso in cui sorga conflitto tra il rappresentante legale dell'incapace e il medico, qualora cioè il rappresentante legale rifiuti le cure proposte e il medico le ritenga invece necessarie, la decisione è rimessa al giudice tutelare che dovrà naturalmente, secondo la ratio della legge, orientare la propria decisione sulla base della ricostruzione della volontà reale del soggetto incapace.

L'ulteriore profilo di forte innovazione introdotto con la presente legge è costituito dalla previsione della nozione di trattamento sanitario quale oggetto del consenso informato.

In particolare la legge ha cura di precisare che "sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale" in quanto si tratta di somministrazione di nutrienti mediante dispositivi medici.

È proprio attraverso questa espressa qualificazione di tali ipotesi trattamentali quali trattamenti sanitari che la legge giunge a ricomprendere nel suo ambito di operatività il tema del fine vita.

Lo strumento operativo attraverso il quale ciascun soggetto può manifestare la propria volontà in materia di trattamenti sanitari, nell'eventualità in cui dovesse trovarsi nella condizione di incapacità di esprimere il proprio diritto di acconsentire o non acconsentire alle cure proposte, è costituito dalla dichiarazione anticipata di trattamento. Le c.d. DAT vengono dunque costruite anch'esse secondo il modello del consenso informato anticipato.

La legge contiene una dettagliata disciplina di tali disposizioni, i cui aspetti principali sono i seguenti:

le DAT sono in ogni momento rinnovabili, modificabili e revocabili;

devono essere redatte con una delle forme alternativamente previste: atto pubblico, scrittura provata autenticata ovvero scrittura privata consegnata personalmente dal disponente presso l'ufficio di stato civile del comune di residenza, da annotare in apposito registro oppure presso le strutture sanitarie attraverso le modalità informatiche appositamente previste;

vi è la possibilità per il disponente di designare un c.d. fiduciario, cioè una persona che rappresenti l'interessato nelle relazioni con il medico e che con questi gestisca il rapporto di cura. Le DAT tuttavia sono efficaci anche se manca l'indicazione del fiduciario o questi abbia rinunciato all'incarico, sia deceduto o divenuto incapace;

le DAT sono sempre vincolanti: si tratta di un principio espresso a chiare lettere nella legge nell'ambito della quale si pone come diretta conseguenza dell'altrettanto chiaro principio della centralità assoluta della volontà del disponente. Ulteriore conseguenza della vincolatività delle DAT è rappresentata dai casi tassativi nei quali esse si possono disattendere: palese incongruità delle disposizioni, non corrispondenza alla condizione clinica attuale del paziente o sussistenza di terapie nuove, vale a dire non prevedibili all'atto della sottoscrizione.

In questo contesto dalla legge traspare la radicale ridefinizione del ruolo del medico che risulta titolare, nel rapporto con il paziente, di una serie di obblighi:

l'obbligo di informazione, in base al quale nel caso in cui il paziente rinunci o rifiuti un trattamento sanitario necessario alla sopravvivenza, il medico deve prospettare le conseguenze della scelta;

l'obbligo di alleviare le sofferenze del malato che si estrinseca nell'obbligo di astensione da cure irragionevoli o trattamenti sproporzionati;

l'obbligo fondamentale di rispettare la volontà espressa dal paziente sancito dal comma 6 dell'art. 1., all'adempimento del quale si ricollega l'esenzione per il medico da ogni responsabilità civile o penale;

la possibilità limitata e tassativa per il medico di disattendere le disposizioni anticipate di trattamento, in ordine alle quali possibilità può ragionevolmente prevedersi sin da ora, nel caso di incertezza interpretativa sull'ambito applicativo concreto delle ipotesi di disattendibilità delle DAT, la necessità dell'intervento dell'Autorità Giudiziaria.

2. La volontà del paziente architrave del sistema

Se questi sono i profili più rilevanti della disciplina, appare evidente come essa rappresenti una vera e propria rivoluzione culturale nella declinazione concreta dell'attuazione del diritto alla vita e alla salute riconosciuti e tutelati dalla Costituzione.

Occorre infatti osservare che viene generalizzata la regola dell'obbligo di consenso informato per ogni atto medico, ivi comprese l'idratazione e l'alimentazione artificiali.

La rivoluzione culturale consiste proprio nel cambiamento radicale della prospettiva di valutazione in ordine al soggetto titolare esclusivo del potere di scelta, alle modalità e all'oggetto della decisione terapeutica.

Chi decide è infatti sempre e in ogni caso il paziente, la cui volontà diventa l'elemento centrale di ogni scelta medica.

Le modalità della decisione vedono la previsione della necessaria manifestazione della volontà del paziente tramite un atto scritto, anche non formale, che riguardi il presente e il futuro della propria salute e del proprio destino.

Ma ciò che più innova rispetto al passato è l'oggetto della decisione, che può riguardare anche l'interruzione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiali. Questa decisione assume la qualificazione, nel sistema delineato dalla legge, di vero e proprio diritto soggettivo esigibile. Trattandosi di diritto soggettivo pertanto, come la legge logicamente prevede, il medico e le strutture sanitarie devono, a fronte dell'esercizio del diritto, rispettare ed eseguire la volontà del paziente.

La conferma della centralità della volontà del paziente, anche rispetto ad una differente valutazione del medico, si ricava dalla situazione particolare delineata dall'art. 3 comma 5 della legge in esame.

Nel caso in cui, infatti, vi sia un conflitto di valutazione in ordine all'appropriatezza o alla necessità di una cura tra rappresentante legale dell'incapace e medico, non vi è spazio per alcuna prevalenza della scienza medica, ma si dovrà ricorrere al giudice tutelare che dovrà risolvere il conflitto applicando i principi immanenti a questa legislazione speciale.

In verità, questa eventualità dell'intervento giudiziale non solo è prevista nell'ipotesi ora illustrata, ma pare anche la conseguenza quasi inevitabile della genericità delle disposizioni contenute nell'art. 4 relativo alle disposizioni anticipate di trattamento.

Infatti, la legge prevede che ogni persona possa scrivere le proprie disposizioni anticipate di trattamento senza alcuna supervisione o controllo di un medico e ciò nonostante esse saranno sempre vincolanti per il medico che dovrà eseguirle.

È naturale immaginare, dunque, come potranno porsi verosimilmente questioni delicate in ordine all'interpretazione della volontà della persona che ha formulato le DAT nel caso in cui si tratti di dichiarazione generica o non chiara nelle sue implicazioni tecnico-scientifiche. In tal caso sarà inevitabile l'intervento giudiziale al fine di ricostruire questa volontà.

Peraltro, come già è stato rilevato, il giudice dovrà poi intervenire, verosimilmente, anche nelle ipotesi in cui vi sia conflitto tra medico e fiduciario in ordine alla sussistenza dei presupposti che consentano di disattendere le disposizioni anticipate di trattamento.

3. Il "nuovo" rapporto medico-paziente

Il modello normativo del consenso informato comporta poi, nei termini sopra esposti, una radicale "soggettivizzazione decisionale". Ciò comporta anche il cambiamento profondo della natura dell'attività medica e del rapporto medico-paziente.

Se infatti si pone al centro di ogni prospettiva decisionale la volontà del malato, l'attività medica non può che ricostruirsi e ridefinirsi in termini "contrattuali": nel rapporto medico paziente si verifica cioè, come per tutti i contratti, un incontro di volontà, quella del richiedente e quella del medico. Non però un incontro di volontà poste sullo stesso piano ma un rapporto contrattuale nel quale la volontà del malato è sempre prevalente.

Il medico, dunque, diviene esecutore meccanico della volontà del paziente rispetto alla quale non è riconosciuta alcuna possibilità di sindacato.

Questo comporta una profonda mutazione del rapporto medico paziente nell'ambito del quale, d'ora in poi, è negata in radice la possibilità di interazione, essendo il medico tenuto ad una mera presa d'atto della volontà del paziente. La volontà di rinunciare alle terapie impedisce infatti una qualsivoglia iniziativa del medico sul piano del dialogo e della persuasione.

Ma tale visione contrattualistica del rapporto medico-paziente aprirà inevitabilmente ad atteggiamenti medici di natura cautelativa. La previsione infatti della clausola di esenzione da responsabilità civile e penale per il medico che esegua la volontà del paziente, comporterà che, proprio per evitare ogni responsabilità, il medico sarà portato a massimizzare l'esposizione dei rischi possibili di ogni intervento.

Si pensi poi ad una situazione di pericolo di vita nella quale una decisione terapeutica, pur teoricamente idonea a salvare la vita del paziente, potrebbe esporre quest'ultimo a conseguenze non letali ma invalidanti. In questo caso il rispetto pedissequo della volontà del paziente, quale presupposto dell'esenzione da ogni responsabilità, determinerà inevitabilmente anche il rischio di un abbandono terapeutico.

Si consideri infine che la prevalenza della volontà del paziente nella relazione medica comporterà l'ulteriore conseguenza per la quale il malato e il suo contesto familiare saranno caricati di enorme responsabilità, con un onere psicologico della decisione da assumere in piena solitudine con l'inevitabile rischio di angoscia esistenziale e destabilizzazione psicologica.

4. La legge e il sistema costituzionale: qualche interrogativo

A fronte della introduzione di un sistema così innovativo del quadro normativo precedente in ordine alla natura del rapporto medico-paziente e ai presupposti di tutela della vita e della salute, occorre verificare la compatibilità della normativa con il sistema ordinamentale e costituzionale. La nostra Carta Costituzionale infatti ci consegna una serie di diritti involabili la cui tutela è prevista dalla stessa Costituzione. Tra questi appare prioritario il diritto alla vita che la nostra Costituzione delinea proprio come diritto alla vita e non come diritto sulla vita, trattandosi di bene indisponibile.

La conferma della qualificazione della vita come bene indisponibile si trae anche dal complessivo sistema della normativa primaria: si considerino le previsioni dell'art 579 c.p. (omicidio del consenziente), dell'art. 580 c.p. (istigazione o aiuto al suicidio) e dell'art. 5 c.c. (divieto degli atti di disposizione del proprio corpo) nonché a numerose leggi speciali, una per tutte la normativa in materia di stupefacenti.

La qualificazione della vita come bene indisponibile comporta poi che il sistema preveda il conseguente dovere di attivarsi per la tutela del bene vita, dovere rafforzato per determinate categorie di soggetti in virtù o della loro relazione con la parte debole del rapporto (genitori, tutori) o del loro ufficio (medici, autorità di pubblica sicurezza).

Il nostro sistema dunque, fondato sulla indisponibilità del bene giuridico vita, sul riconoscimento del diritto alla vita e del conseguente dovere di vivere comporta inevitabilmente il rifiuto dell'eutanasia come reato contro la vita.

È alla luce del nostro sistema costituzionale e della gerarchia dei valori costituzionali che deve essere interpretato l'impianto normativo delineato dalla legge n. 219 del 2017. In particolare ci si deve chiedere se la centralità riconosciuta al consenso informato del paziente quale presupposto che rende legittima ogni scelta terapeutica ed anche il rifiuto delle terapie sia davvero compatibile con il riconoscimento del valore costituzionale del diritto alla vita. Non ci si può infatti limitare ad affermare che il fondamento costituzionale della centralità del consenso è costituito dal diritto alla libertà di cui all'art. 13 della Costituzione perché tale diritto non può qualificarsi come diritto assoluto tale da pregiudicare l'indisponibilità del bene vita.

Ma proprio questo è il presupposto giustificativo delle scelte normative effettuate dalla legge in esame: la volontà del paziente rende lecita ogni scelta e ogni rifiuto terapeutico perché espressione del diritto di libertà.

Ma se anche il rifiuto delle terapie è configurato come un diritto, si creano i presupposti per l'introduzione surrettizia nel sistema di forme di eutanasia omissiva, per omissione dell'intervento medico rifiutato, o anche attiva, laddove il medico debba attivarsi per dare attuazione alla volontà del paziente.

Gli interrogativi così delicati circa la compatibilità dell'impianto normativo con il sistema costituzionale diventano però ancor più stringenti se si pensa che la legge non ammette in alcun modo qualsivoglia forma di obiezione di coscienza da parte del medico. Tale scelta del legislatore non solo appare incompatibile con la rilevanza costituzionale del bene vita come bene indisponibile - si consideri in particolare l'obbligo per il medico di porre in essere l'atto che conduce il paziente a morte -, ma appare anche in contraddizione con i presupposti di giustificazione addotti dai sostenitori della legge in esame.

Se, come è stato sottolineato, il fondamento giustificativo della legge si rinviene nel diritto alla libertà e in particolare nella libertà di autodeterminazione del soggetto, ci si chiede come questa libertà di autodeterminazione venga riconosciuta al paziente e non al medico. Una incoerenza del sistema che già si esprime nella costruzione del rapporto sbilanciato medico-paziente: il medico quale esecutore materiale della volontà del paziente viene anche privato della sua libertà di autodeterminazione.

È inevitabile dunque l'interrogativo finale: se cioè questa assolutizzazione del diritto all'autodeterminazione sia davvero una valorizzazione della libertà o la uccida definitivamente, piegando le coscienze come in un novello "stato etico".

ANTONIO D'AMATO

La circolare del CSM in materia di organizzazione dell'ufficio del Pubblico Ministero

Il 16 novembre 2017, il Consiglio Superiore della Magistratura, con decisione adottata all'unanimità, ha approvato la circolare recante il titolo "Elaborazione di una risoluzione unitaria in materia di organizzazione degli uffici del Pubblico Ministero".

Si tratta del primo intervento consiliare sul tema della organizzazione degli Uffici di Procura, che prende corpo nelle forme della circolare, a distanza di oltre dieci anni dalla entrata in vigore del d.lgs. 106/2006 (recante "*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*").

Per completezza informativa, va osservato che il Consiglio era sì intervenuto, in precedenza in *subiecta materia,* ma lo aveva fatto con lo strumento della risoluzione[1], tendente a risolvere questioni specifiche sollevate da singoli uffici giudiziari. E già sotto questo profilo si coglie il carattere innovativo dell'intervento consiliare[2]. Le risoluzioni del 2007 e del 2009 andavano ad integrarsi vicendevolmente ed enunciavano le "linee guida" per l'esercizio dei poteri dei dirigenti, volte alla *"tendenziale omogeneizzazione dei moduli organizzativi"* degli uffici requirenti, attraverso il confronto di esperienze organizzative simili o comunque assimilabili, riservando una diversa attenzione, per le peculiari attribuzioni e competenze, alle Procure distrettuali. Ed è appena il caso di segnalare come l' indicato obiettivo fosse -e continua ad essere- strettamente connesso e funzionale all' altro, rappresentato dalla *"diffusione delle migliori prassi applicative in tema di gestione degli uffici requirenti"*, nella consapevolezza -come si legge nella risoluzione del 21 luglio 2009- che "… *un'eccessiva frammentazione ed una incontrollata disomogeneità dei moduli*

[1] Sugli "Atti" del Consiglio Superiore della Magistratura e sulla differenza fra risoluzioni e circolari, appare utile il rinvio al Regolamento Interno approvato con deliberazione del 26 settembre 2016 -Tabella A- aggiornata con Decreto del Vice Presidente del 13 ottobre 2016 (artt. 24 e 25), da cui emerge la rilevanza esterna dello strumento della circolare rispetto alle risoluzioni che, sebbene comunicate agli uffici interessati, sono strettamente volte ad orientare l'attività interna del CSM.

[2] Infatti, i precedenti interventi consiliari che si registrano sono la risoluzione del 12 luglio 2007 ("Disposizioni in materia di organizzazione degli uffici del Pubblico Ministero a seguito dell'entrata in vigore del d.l.vo 20.2.2006 n. 106"); la risoluzione del 21 luglio 2009 (In materia di organizzazione degli uffici del Pubblico Ministero).

organizzativi degli uffici requirenti rischierebbe di incidere sul principio costituzionale di buona amministrazione, con effetti diretti sulla durata ragionevole del processo prevista dall'art. 111 della Costituzione".

Il dibattito associativo di questi anni ha posto in evidenza svariati punti critici nella materia in esame, effetto della scarna normativa di rango primario, che, esaltando la figura del procuratore della Repubblica quale titolare esclusivo dell'azione penale e titolare del potere di organizzazione, aveva generato un orientamento culturale incentrato sul modello gerarchico della Procura. Si tratta di un orientamento alla cui alimentazione aveva contribuito soprattutto l'abrogazione dell'art. 7-*ter* dell'Ordinamento giudiziario, che, per effetto della riforma del 2005 - legge delega - e 2006 - decreto di attuazione - aveva sottratto al Consiglio il potere di approvazione dei progetti organizzativi delle Procure.

L'opzione metodologica del ricorso allo strumento della circolare è la testimonianza più eloquente della volontà del Consiglio di riappropriarsi, ovviamente nei limiti imposti dall'ordito normativo di rango costituzionale e primario, della funzione di indirizzo nella materia della organizzazione degli uffici requirenti, orientando i magistrati dirigenti degli Uffici requirenti, attraverso la previsione di uno statuto minimo di organizzazione e programmazione degli uffici medesimi.

A tal fine, in primo luogo, appare opportuno il richiamo all'art. 7 della circolare, che definisce il progetto organizzativo come il documento programmatico ed organizzativo generale dell'Ufficio, fissando un contenuto obbligatorio ed uno eventuale (comma 4 e comma 5). Segnatamente, il primo è costituito da quel complesso di regolamentazioni, in assenza delle quali si dovrebbe ritenere non assolto, da parte del procuratore della Repubblica, l'esercizio del potere-dovere che il legislatore gli ha attribuito. Vi rientrano, fra l'altro, la previsione della costituzione di gruppi di lavoro; i criteri di designazione dei Procuratori aggiunti ai gruppi di lavoro e i criteri di assegnazione dei sostituti ai gruppi medesimi, secondo procedure trasparenti che valorizzino le specifiche attitudini dei magistrati; i criteri di assegnazione e co-assegnazione dei procedimenti; i compiti di coordinamento e di direzione dei procuratori aggiunti; i compiti e le attività delegate ai VPO; il procedimento di esercizio delle funzioni di assenso sulle misure cautelari, nel rispetto di quanto previsto dal successivo art. 13; le ipotesi ed il procedimento di revoca dell'assegnazione, nell'ambito della disciplina di cui al successivo art. 15.

Il contenuto eventuale del programma organizzativo fa riferimento, ad una serie di elementi quali la previsione di criteri di priorità nella trattazione degli affari; di protocolli organizzativi interni in relazione a settori omogenei di procedimenti. Tuttavia, il Procuratore della Repubblica ben può adottare, nella parte c.d. eventuale del documento ulteriori regole organizzative, la *ratio* della disposizione essendo quella di garantire i valori della trasparenza e della verificabilità, come limite alla discrezionalità insita nelle scelte organizzative (dunque, la elencazione contenuta nell'art. 7, comma 5, è da ritenersi solo esemplificativa e non esaustiva).

Effettuate tali scelte, il Procuratore è il custode ed il garante del rispetto delle regole da lui stesso fissate, che deve rispettare egli stesso (autolimitazione)[3].

Per questa finalità sono state scandite precise sequenze procedimentali (art. 8), volte, ad un tempo, a soddisfare istanze di partecipazione di magistrati dell'ufficio, istituzionalizzando il loro preventivo coinvolgimento nell'adozione del progetto organizzativo e l'interlocuzione, nella forma delle osservazioni, successiva all'adozione dell'atto. Nell'*iter* di adozione del documento organizzativo uno snodo centrale è costituito dal coinvolgimento e dal contributo che possono fornire i Consigli giudiziari (chiamato ad esprimere il proprio parere entro trenta giorni) ed il CSM che, peraltro, può richiedere chiarimento al Procuratore. L'esito è costituito da una presa d'atto del documento organizzativo, cui il Consiglio può, eventualmente associare osservazioni e rilievi al dirigente dell'Ufficio.

Va segnalata la novità di rilievo costituita dal comma 8 dell'art. 8, che prevede la istituzione presso la Settima Commissione referente del CSM del "fascicolo della organizzazione della Procura", nel quale sono inseriti il progetto organizzativo, le sue modifiche e variazioni, i provvedimenti sulle assegnazioni dei magistrati ai gruppi di lavoro e quelli che incidono sulle assegnazioni dei procedimenti ed ogni altro documento avente significativo riflesso sulla organizzazione interna.

L'art. 9 si occupa dei provvedimenti attuativi del documento organizzativo, stabilendo in relazione al diverso contenuto di essi, l'obbligo o solo la facoltà di trasmetterli al Consiglio. E così, ove si tratti di provvedimenti sulle assegnazioni ai gruppi di lavoro o che incidono sulle

[3] Cfr. anche l'art. 9 della circolare, secondo cui "Il procuratore della Repubblica, nell'adozione dei provvedimenti attuativi, è tenuto al rispetto, oltre che della normativa primaria e secondaria, dei criteri e delle disposizioni fissate nel progetto organizzativo, salva la ricorrenza di esigenze sopravvenute o non prevedibili, da esplicare con adeguata motivazione".

assegnazioni dei procedimenti, essi devono essere trasmessi al Consiglio Superiore, per il tramite del Consiglio Giudiziario, con le eventuali osservazioni degli interessati; laddove per i provvedimenti attuativi diversi da quelli che rientrano in tale categoria vi è solo la facoltà di trasmetterli, facoltà che viene attribuita anche al magistrato interessato. Anche tale disposizione innovativa rileva sempre ai fini del maggiore coinvolgimento del sostituto nella organizzazione dell'ufficio.

L'importante previsione di cui all'art. 8, comma 8, della costituzione del "fascicolo della organizzazione della Procura", fonda sulla avvertita esigenza del Consiglio di avere la "fotografia aggiornata" della organizzazione degli uffici di Procura[4], con tutte le variazioni successive; ed è proprio sulle successive variazioni, oltre che sui provvedimenti attuativi, che il Consiglio è chiamato a svolgere un'attenta opera di vigilanza, sia ai fini del giudizio sulla dimostrata capacità del dirigente di organizzare il proprio ufficio, sia per la verifica del corretto e regolare andamento dello stesso. Nella relazione illustrativa della circolare emerge la natura, tendenzialmente stabile, del documento organizzativo, che deve porsi quale previsione astratta, il cui valore è tanto più apprezzabile, quanto più le regole in esso contenute siano in grado di garantire un esercizio stabile ed uniforme delle prerogative connesse all'esercizio dell'azione penale. Una ricorrente emenda o una frequente attività di integrazione di tali regole non fondata su concrete e comprovate esigenze e successiva alla predisposizione iniziale dell'assetto dell'Ufficio, sarebbe, al contrario, poco in linea con i principi ai quali il programma organizzativo deve e ispirarsi. Per cui ci si chiede se non sia opportuno che tutti gli uffici giudiziari requirenti, nell'adeguare il progetto organizzativo già operativo all'atto della entrata in vigore della circolare in esame, non provvedano, secondo l'attuale *iter* di formazione*",* ad adottare un nuovo programma organizzativo.

Il successivo comma 9 contribuisce a rendere ancora più trasparente le scelte organizzative del procuratore poiché qualifica, come modifica del programma organizzativo, l'attribuzione di incarichi di coordinamento e collaborazione, anche in campo amministrativo. Appare evidente la ratio ispiratrice della disposizione tendente a fissare dei limiti al potere di scelta del procuratore di sostituti quali propri collaboratori. E, invero, la previsione dell'attribuzione di tali incarichi ai sostituti deve essere inserita nel programma organizzativo, con la specificazione che la scelta deve

[4] Va osservato che la trasmissione di tali dati al Consiglio è stata discontinua in questi anni.

essere preceduta dalla procedura d'interpello; segue l'iter di adozione con la trasmissione al CSM previo parere del Consiglio giudiziario.

L'iter di adozione del programma organizzativo, secondo una forma procedimentale trasparente, volto ad assicurare l'effettiva partecipazione dei magistrati alle scelte organizzative; la valorizzazione dei flussi di lavoro (con i conseguenti necessari contatti con la Commissione flussi del Consiglio giudiziario) e dello stato delle pendenze rilevanti ai fini della distribuzione del carico di lavoro (ad es., in funzione del dimensionamento numerico dei gruppi di lavoro) in uno con un'analisi dettagliata ed esplicita della realtà criminale del territorio (che, a sua volta, non può che essere il frutto di un proficuo, costante scambio di informazione fra procuratore, aggiunti e sostituti, a meno che non si vogliano preconfezionare astratte analisi basate sui soli dati statistici) rappresentano, dunque, il solco segnato dal Consiglio per promuovere la partecipazione effettiva di tutti i magistrati alle scelte decisionali e organizzative dell'ufficio, finendo così per incidere anche sulla loro crescita professionale (non solo in relazione al positivo superamento delle valutazioni quadriennali).

È questa la filosofia di fondo della circolare, dettata dall'esigenza di evitare derive non solo autoritarie e gerarchiche, ma anche burocratiche della visione del lavoro dei singoli sostituti.

Ed è in quest'ottica che, per la prima volta, viene valorizzato il ruolo del procuratore aggiunto[5]. L'art.5 della circolare si colloca, infatti, fra le novità di maggior rilievo, provvedendo a fissare il contenuto minimo della funzione semidirettiva (in assenza di indicazione di legge), con

[5] La legge delega (n. 150 del 25/07/2005) di riforma all'ordinamento giudiziario impone di: "Prevedere che il Procuratore della Repubblica possa delegare un Procuratore Aggiunto alla funzione del vicario, nonché uno o più procuratori aggiunti … perché lo coadiuvino nella gestione per il compimento di singoli atti, per la trattazione di uno o più procedimenti o nella attività di un settore di affari" (art. 2, comma 4, lett. b, legge 25/7/2005, n. 150). Il testo, nella sua formulazione finale, è il risultato delle modifiche apportate dal cosiddetto "maxi-emendamento". Sarà curioso notare come, nel primo maxi-emendamento, addirittura, la figura del procuratore aggiunto era stata soppressa e, con essa, evidentemente, anche la previsione di funzioni semi-direttive requirenti di primo grado. Sennonchè, il governo delle procure di dimensioni medio-grandi, accentrato totalmente nelle mani del Procuratore della Repubblica, sarebbe diventato ingestibile. Tanto che, in sede di parere, il Consiglio Superiore della Magistratura -dopo aver ricordato l'*iter* normativo, che aveva condotto a definire la figura del Procuratore Aggiunto (si vedano modifiche all'art. 70 Ord. Giud. r.d. 30/01/1947, n. 12, apportate all'art. 20 d. lgs. 19/02/1998, n. 51 e dall'art. 4, d.lgs. 04/5/1999 n. 138)[5], rammentava al Ministro quale era stato il ruolo fattivo svolto dai Procuratori Aggiunti. Così il secondo maxi-emendamento, prendendo atto del citato parere consiliare, reintroduceva la figura del Procuratore Aggiunto. In sede di esercizio della delega legislativa con il d.lgs. 20/02/2006, n. 106 (recante "disposizioni in materia di riorganizzazione dell'ufficio del Pubblico Ministero a norma dell'art. 1….."), è previsto che il Procuratore della Repubblica può designare tra i Procuratori Aggiunti il vicario (art. 1, co. 3), nonché può delegare ad uno o più procuratori aggiunti … la cura di specifici settori di affari, individuati con riguardo ad aree omogenee di procedimenti ovvero ad ambiti di attività dell'ufficio che necessitano di uniforme indirizzo.

la conseguente esigenza di assicurare a tale figura istituzionale effettivi compiti di semidirezione, di là dalle specifiche disposizioni normative. Come emerge, infatti, dalla relazione illustrativa della circolare la funzione del PA è autonoma e originaria e, dunque, prescinde dalle deleghe ricevute dal procuratore, come del resto confermato dal comma 6, secondo cui il procuratore, anche in caso di revoca della delega precedentemente attribuita (da disporsi sempre e comunque con provvedimento motivato sulla base di specifiche esigenze d'ufficio), deve garantire il mantenimento in capo al PA di competenze delegate di coordinamento e/o direzione. Nell'art.5, il Consiglio mutuando dalle prassi in vigore presso gli uffici requirenti, attribuisce espressamente al procuratore aggiunto la facoltà di indire riunioni periodiche di coordinamento tra i sostituti e con la polizia giudiziaria; di istituire specifici obblighi di riferire e formulare singole richieste di informazione al titolare del procedimento. Lo statuto del procuratore aggiunto consente quindi di attribuire allo stesso uno spazio di coordinamento investigativo e di direzione amministrativa, sul cui andamento dovrà riferire, costantemente, al procuratore della Repubblica nell'ottica della leale collaborazione con il dirigente dell'ufficio. L'approvazione della circolare apre nuovi scenari nella materia dell'organizzazione degli uffici requirenti, riportando, anzitutto, la materia nel circuito dell'autogoverno. Essa rappresenta lo strumento che dovrà essere utilizzato dalla magistratura requirente, per la realizzazione di un modello di procura al passo coi tempi e in grado di rispondere alla domanda di giustizia, sempre più enorme nel nostro Paese, per effetto di scelte legislative demagogiche in materia di politica criminale.

LUCA FORTELEONI

La nuova Circolare Csm sulla organizzazione delle Procure della Repubblica: i presupposti normativi, le finalità applicative e i valori ermeneutici.

La nuova Circolare sulla organizzazione degli Uffici di Procura (Circolare P. n. 20458), approvata dal CSM con delibera del 17 novembre 2017 (di cui sono stato co-redattore e correlatore), rappresenta la riforma più sintomatica dello spirito innovatore, che ha caratterizzato l'attuale consiliatura, così come già era emerso in occasione dell'approvazione del nuovo Testo Unico sulla dirigenza giudiziaria e che ha trovato la sua definitiva consacrazione nella delibera in esame. Come ben esplicitato nella relazione illustrativa, la finalità dell'intervento di normazione secondaria in oggetto è quella di fornire agli uffici requirenti una disciplina di dettaglio, chiara e organica, attuativa dei principi espressi nella normativa primaria, in continuità con le direttrici già tracciate nelle risoluzioni del C.S.M. del 2007 e del 2009, con le quali il Consiglio, all'indomani della riforma che ha attribuito ai procuratori pieni poteri organizzativi, ha inteso, da un lato, ribadire il ruolo di garanzia dell'organo di autogoverno nell'attuazione dei principi di rango costituzionale concernenti l'azione e l'organizzazione degli uffici di procura; dall'altro, ha ritenuto di dover fornire ai procuratori della Repubblica alcuni parametri di riferimento funzionali ad una omogenea organizzazione dell'ufficio idonea ad assicurare il corretto, puntuale ed uniforme esercizio dell'azione penale.

Un primo dato che ritengo utile sottolineare è che con la nuova circolare si abbandona la precedente metodica degli interventi consiliari sotto forma di mere "linee guida", sub specie di risoluzione, spesso caratterizzate da difficoltà interpretative e per questo anche facilmente disomogenee in chiave ermeneutica, e si delinea, al contrario, un sistema di regole secondarie positive, certe, chiare, omogenee e uniformi che, prendendo le mosse da quelle prassi virtuose (selezionate e archiviate dal Csm), che proprio i procuratori della Repubblica hanno, in passato, attuato e continuano ad attuare nei loro progetti organizzativi, muovono dall'autogoverno e sono indirizzate, con carattere di generalità ed astrattezza, a tutte le realtà locali degli uffici periferici di Procura di primo e secondo grado, e non di meno alla Procura generale della Cassazione.

L'attività di elaborazione dell'articolato ha incontrato un primo delicato snodo nella valutazione di compatibilità dell'intervento consiliare con le disposizioni di cui al d.lgs. 106 del 2006. In questo senso si è reso necessario preliminarmente valutare se l'intervento riformatore del 2006, che com'è noto ha proceduto all'abrogazione espressa dell'art. 7 ter del r.d. n. 12/41, avesse totalmente stravolto il sistema organizzativo delle Procure, strutturandolo in senso gerarchico e scindendolo completamente dal sistema di organizzazione degli uffici giudicanti.

Ebbene, muovendo dal principio dell'unicità della giurisdizione, il Consiglio ha ritenuto non condivisibile tale opzione ermeneutica, delineando con la nuova circolare un sistema distinto, ma parallelo rispetto all'organizzazione degli uffici giudicanti. Un sistema intriso di valori della giurisdizione che si pone in linea con le numerose disposizioni, spesso di fonte sovraordinata, contenute nell'ordinamento e che concorrono a disegnare il "modello costituzionale" della Procura della Repubblica.

Del resto, nell'ottica dei principi di efficacia e di effettività dell'azione penale non è ipotizzabile che le regole di funzionamento degli uffici giudicanti, interlocutori costanti delle Procure della Repubblica, non conformino, almeno in parte, anche quelle degli uffici requirenti.

E ciò a tacer del fatto che i canoni di razionalità, efficienza ed efficacia dell'azione giudiziaria unitariamente intesa obiettivamente impongono di considerare l'influenza delle previsioni tabellari degli uffici giudicanti sulle regole di funzionamento degli uffici requirenti, in ossequio ai principi costituzionali del giusto processo e della ragionevole durata, previsti dall'art. 111 Cost. Su questo crinale, diverse sono le disposizioni di circolare che, in linea con la scelta culturale di fondo operata dal CSM, risultano funzionali all'attuazione dei richiamati principi. Così, l'articolo 1, con previsione di carattere generale, sancisce il principio secondo cui tutte le disposizioni di circolare devono essere interpretate e applicate in conformità ai principi costituzionali riferibili alla materia dell'organizzazione degli uffici requirenti, alle previsioni di legge e alla normativa secondaria vigente in materia.

I successivi articoli 2 e 3 sono poi dedicati ai temi della titolarità e dell'organizzazione dell'ufficio requirente, della ragionevole durata del processo e dell'obbligatorietà dell'azione penale. In particolare, va rimarcato che l'articolo 2 fissa il fondamentale principio secondo cui l'organizzazione dell'ufficio deve essere, oltre che rispettosa delle norme sul giusto processo e sull'indipendenza dei magistrati dell'ufficio, funzionale al conseguimento degli obiettivi della

ragionevole durata del processo e del corretto, puntuale e uniforme esercizio dell'azione penale, laddove nel successivo art. 3, per conseguente precipitato logico, vengono consacrate talune prescrizioni certamente funzionali proprio a garantire il principio costituzionale di cui all'art. 111 Cost.

In tal senso vanno correttamente lette: a) la previsione di una doverosa interlocuzione, tra gli altri, con i Presidenti dei Tribunali per gli apporti conoscitivi che da questi possono provenire in relazione alle pendenze dei procedimenti e agli esiti delle diverse tipologie di giudizio; b) il riconoscimento al Procuratore della Repubblica della facoltà di elaborare criteri di priorità nella trattazione dei procedimenti, stabilendo un'interlocuzione con il Dirigente dell'ufficio giudicante e avvalendosi anche delle indicazioni condivise nella conferenza distrettuale dei dirigenti degli uffici requirenti e giudicanti.

Nella medesima direzione muovono poi gli artt. 7 e 18 della circolare, che nell'ottica del raccordo tra gli uffici dirimpettai, impongono un allineamento dei tempi di redazione e vigenza dei documenti organizzativi degli uffici requirenti e degli uffici giudicanti. La chiara finalità dell'allineamento previsto da tali disposizioni è quella di attuare e rafforzare il dialogo e la collaborazione fra uffici, a livello di determinazione dei rispettivi moduli organizzativi, costituendo i fattori di cooperazione presupposti fondamentali per assicurare efficienza e qualità della giurisdizione.

E sempre in ossequio all'idea di fondo dell'unicità della giurisdizione va apprezzato anche l'articolo 24 della circolare.

Esso, infatti, mediante la tecnica del rinvio, rimanda a tutta una serie di disposizioni contenute nella vigente Circolare sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudicanti, rendendole applicabili, in quanto compatibili, anche agli uffici requirenti.

Del resto non appare contestabile che le disposizioni richiamate dall'art. 24 siano espressione di valori e di principi che appartengono alla giurisdizione tutta intera, al di là del riferimento al distinti "nomen' di tabella piuttosto che di progetto organizzativo. Ciò che complessivamente si delinea per effetto delle menzionate previsioni di circolare è l'embrione di un'organizzazione unitaria conforme ai valori costituzionali, sia sul fronte degli uffici giudicanti, che sul fronte degli uffici requirenti.

Questa, del resto, per certi versi rappresentava una scelta obbligata a fronte del dibattito, soprattutto dottrinale, sviluppatosi successivamente all'approvazione del decreto legislativo 106 del 2006, che in alcuni suoi sviluppi ha persino ipotizzato che i principi costituzionali posti a fondamento dell'autonomia e indipendenza della magistratura requirente fossero stati, in qualche modo, stravolti o ridimensionati da un sistema normativo primario che sembrava andare verso un'organizzazione verticistica e gerarchica.

Il che permette di comprendere a pieno l'effettiva portata di una norma, il già citato art. 1 della circolare, all'apparenza pleonastica.

Essa, infatti, oltre ad avere una valenza esterna alla circolare sul fronte applicativo dei progetti organizzativi, assume un grande valore sul fronte interno, ermeneutico, interpretativo e applicativo da parte dell'autogoverno, decentrato e centrale.

Ciò in quanto, per effetto di quella disposizione, non solo si legittima un ruolo di verifica da parte dell'autogoverno, ma si chiarisce che il vaglio dei progetti organizzativi da parte dei Consigli giudiziari e del Consiglio Superiore deve avvenire sulla base di un "sistema integrato" che vede compenetrarsi in un "unicum" i principi costituzionali con quelli normativo-primari.

Tale ultima considerazione, peraltro, offre il destro per affrontare un ulteriore aspetto di problematicità, che pure si è posto in occasione dell'elaborazione della circolare e, segnatamente, quello della legittimità di un intervento consiliare in materia di organizzazione degli uffici requirenti così forte ed incisivo da configurarsi, secondo taluni, quasi sostitutivo del legislatore primario.

L'obiezione appare, almeno a chi scrive, destituita di fondamento.

Un'attenta lettura dell'articolato evidenzia che le regole adottate con questa circolare hanno una funzione integrativa, non sostitutiva, delle disposizioni di rango primario. Basti solo richiamare l'articolo 5, sulla funzione e sul ruolo del procuratore aggiunto, con il quale si definisce lo "statuto minimo" ma essenziale di una funzione fondata sul valore irrinunciabile della co-direzione dell'ufficio di Procura, fin qui delineata quasi "in bianco" ed in modo generico dalle norme di ordinamento giudiziario.

Si pensi non di meno alle disposizioni concernenti il rapporto tra avocazione e criteri di priorità, anche alla luce della più recente disciplina normativa, con la individuazione di criteri organizzativi idonei a rendere compatibili i due strumenti nell'ottica della efficacia della azione

penale. Si pensi ancora alle regole di dettaglio in materia di assegnazione dei procedimenti secondo criteri predeterminati o in materia di perequazione dei procedimenti fondati sull'analisi dei flussi, che richiamano concetti propri degli uffici giudicanti.

Tali previsioni altro non rappresentano che la consacrazione delle regole e dei principi del giusto processo (art. 111 Cost.) e del buon andamento (art. 97 Cost.) dell'istituzione, quindi, della funzione requirente.

Dunque, non disposizioni sostitutive, ma regole di dettaglio attuative di principi cardine ai quali qualunque progetto organizzativo deve necessariamente fare riferimento.

Naturalmente non è possibile affermare che la circolare abbia definito nel dettaglio, risolvendole, tutte le potenziali patologie della vita di un ufficio di Procura. La stessa previsione di cui all'art. 7, dedicata specificamente al progetto organizzativo, ne definisce il contenuto minimo, imponendo al procuratore di regolamentare taluni istituti, rimettendo però alla sua valutazione discrezionale, in ossequio alle disposizioni di rango primario, il *quomodo* della regolamentazione.

Ritengo, tuttavia, che nel suo complesso il nuovo articolato, sia pure con margini di possibile miglioramento sul piano dell'esaustività, delinei un sistema omogeneo e uniforme al quale tutti gli uffici di Procura, d'ora in poi, dovranno e potranno agevolmente adeguarsi. Alcune considerazioni conclusive, infine, sul progetto organizzativo, che rappresenta il principale strumento operativo e organizzativo degli uffici di Procura.

Esso, com'è noto, si fonda sul principio costituito dalla titolarità esclusiva nell'esercizio dell'azione penale da parte del procuratore della Repubblica e, quindi, sulle prerogative riconosciute al dirigente dalla normativa primaria.

Il progetto organizzativo, dunque, è lo strumento cardine di espressione del potere discrezionale del Procuratore, che al pari, però, di ogni potere discrezionale soggiace al principio di elaborazione giurisprudenziale amministrativa "dell'autolimitazione": una volta coniato dal titolare del potere organizzativo, ad esso dovrà conformarsi il medesimo Dirigente e l'intero Ufficio requirente, ciò che segna la linea di confine tra discrezionalità e arbitrio.

In altri termini, ferma la titolarità esclusiva del potere organizzativo in capo al Procuratore della Repubblica, una volta esercitato il potere il Dirigente deve essere custode e garante del rispetto delle regole da lui stesso fissate nel progetto organizzativo. Le considerazioni appena svolte, unitamente a quelle già sviluppate in punto di verifica dei progetti organizzativi,

rappresentano, a ben vedere, la logica sottesa alle previsioni di cui agli artt. 8 e 9 della Circolare, dedicati, rispettivamente, al procedimento di formazione e controllo del progetto organizzativo e delle relative variazioni e ai provvedimenti attuativi.

Con tali previsioni, infatti, si procedimentalizza l'iter di adozione del progetto organizzativo e dei relativi provvedimenti attuativi, secondo forme trasparenti e funzionali a garantire il confronto interno all'ufficio, nonché a valorizzare gli apporti che l'autogoverno può fornire, anche per il tramite delle sue articolazioni territoriali.

Esse rappresentano il segno più tangibile del cambiamento in quanto restituiscono all'autogoverno centrale e decentrato poteri istruttori e di verifica sui progetti organizzativi. Si abbandona, dunque, il vecchio schema trasmissione - presa d'atto e si restituisce centralità, in sede di vaglio critico, all'autogoverno.

In tal senso vanno intese sia la previsione di cui al comma 4 dell'art. 8, che attribuisce al Consiglio Giudiziario poteri istruttori e la competenza ad esprimere uno specifico parere sul progetto, sia quelle di cui ai commi 5 e 6 della medesima disposizione, che consentono alla competente commissione referente del C.S.M. di richiedere chiarimenti al Procuratore della Repubblica nonché al Plenum, in sede di presa d'atto del progetto, di inviare al Procuratore della Repubblica eventuali osservazioni e specifici rilievi.

Per onestà intellettuale non posso sottacere che, nell'ottica del rafforzamento del ruolo consiliare, sarebbe stato a mio avviso più coerente con il delineato sistema di valutazione integrata dei principi normativi primari e costituzionali configurare, quale esito del procedimento di verifica, un giudizio finale di "conformità" o "non conformità" a questo sistema integrato di norme.

Nondimeno, ritengo che la modifica introdotta sia comunque idonea a determinare quell'effetto virtuoso che è il recupero del controllo in capo all'autogoverno decentrato e centrale sui progetti organizzativi degli uffici requirenti, riavvicinando anzi parificando finalmente di nuovo, nell'ottica dell'irrinunciabile principio dell'unicità della giurisdizione, gli uffici requirenti agli uffici giudicanti.

ILARIA PERINU

La nuova circolare CSM sull'organizzazione degli Uffici del Pubblico Ministero. Principi e norme in materia di visti e assenso.

1. Premessa.

La normativa primaria ha delineato nel d.lgs n. 106/2006 un modello di organizzazione dell'ufficio del pubblico ministero permeato dal principio di attenuata gerarchizzazione, in cui il potere organizzativo spetta al Procuratore della Repubblica quale titolare esclusivo dell'azione penale di cui assicura il corretto, puntuale ed uniforme esercizio secondo le norme di legge ed il rispetto delle norme sul giusto processo. A al fine, il legislatore ha proceduto all'abrogazione espressa dell'art. 7 *ter* del R.D. n. 12/41 sganciando il progetto organizzativo del Procuratore dalla procedura di approvazione cd. *tabellare,* prevista per gli uffici giudicanti.

Nonostante ciò, l'ufficio del pubblico ministero, attraverso la copertura costituzionale dei principi sanciti dal Titolo IV e attraverso i principi internazionali tra cui quelli contenuti nella *Carta di Roma*[6], è caratterizzato da un modello costituzionale che ne permea l'assetto organizzativo e ne disciplina i rapporti tra procuratore e sostituti.

Ciò è emerso anche grazie all'interpretazione costituzionalmente orientata che della legge vigente ha dato il Consiglio Superiore della Magistratura attraverso le risoluzioni del 2007 e del 2009 e le delibere 2011 e 2016, spesso frutto di singole vicende di contrasto tra procuratore e sostituti. Attraverso la normativa secondaria il CSM ha valorizzato il profilo della "direzione" dell'ufficio piuttosto che quello "gerarchico" e ha delimitato la figura del Procuratore quale magistrato responsabile dell'efficiente gestione dell'ufficio tesa e funzionale al miglior perseguimento dei fini di valenza costituzionale e dei cui risultati è chiamato a rispondere in sede di conferma quadriennale.

La Circolare del CSM sull'organizzazione degli Uffici di Procura (delibera 16 novembre 2017) realizza per la prima volta un intervento sistematico nella materia dell'organizzazione degli

[6] Insieme dei principi elaborati dal Consiglio consultivo dei Procuratori europei – CCPE che espressamente afferma che i pubblici ministeri contribuiscono ad assicurare che lo stato di diritto sia garantito da un'amministrazione della giustizia equa, imparziale ed efficiente. I procuratori agiscono per rispettare e proteggere i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali"

uffici del pubblico ministero, forgiando una disciplina di dettaglio, organica ed attuativa dei principi espressi nella normativa primaria, in piena continuità con le risoluzioni del 2007 e del 2009.

In particolar modo, a modesto avviso di chi scrive, la Circolare è altamente innovativa e riveste fondamentale importanza laddove evidenzia ed accentua la *procedimentalizzazione amministrativa del potere organizzativo del Procuratore* che attua i principi e le regole di partecipazione e di trasparenza ma anche di *leale collaborazione dei sostituti* così garantendo il principio del contraddittorio e i principi costituzionali di eguale dignità e indipendenza dei pubblici ministeri. Pertanto, così come il Procuratore, una volta esercitata la scelta di regolamentare l'ufficio attraverso il progetto organizzativo, dovrà poi essere garante del rispetto delle regole da lui stesso fissate nel progetto e nei successivi provvedimenti, a loro volta i sostituti attraverso le forme previste di partecipazione alla creazione delle regole organizzative prima ed il rispetto e la loro attuazione poi, secondo una leale collaborazione, devono poter confidare su uno strumento organizzativo stabile e funzionale[7].

Si delinea chiaramente un *principio di affidamento* dei sostituti che assume valore anche in relazione all'esercizio delle loro facoltà quali magistrati componenti l'Ufficio.

2. La normativa in materia di assenso e visto.

In questa cornice si inseriscono le disposizioni della Circolare del CSM in materia di assenso e visti, istituti che coinvolgono snodi cruciali sia nell'ambito della dialettica interna procuratore – sostituti sia nell'ambito della dialettica processuale tipica dello svolgimento delle indagini preliminari e dell'esercizio dell'azione penale.

[7] Si riporta quanto evidenziato dalla relazione illustrativa alla Circolare CSM 2017 sull'organizzazione dell'Ufficio di Procura "principi di partecipazione e leale collaborazione che, per un verso (co. 1) devono ispirare l'azione del Dirigente, e per l'altro (co.3) rappresentano un vero e proprio dovere di tutti i magistrati dell'ufficio. Si tratta di norme che hanno innanzitutto un chiaro valore deontologico e, soprattutto, intendono contribuire a modellare un ufficio requirente che, con riferimento all'attività organizzativa, si caratterizzi per una effettiva partecipazione e per un leale e costruttivo contributo partecipativo di tutti i magistrati, adeguatamente stimolati in questo senso dallo stesso dirigente che, per esercitare responsabilmente le sue scelte, si confronta e pratica il dialogo come metodo privilegiato."

Com'è noto, la normativa primaria[8], in materia di misure cautelari, ha previsto che il fermo di indiziato di delitto, la richiesta di misura cautelare personale e reale (salvo in quest'ultima ipotesi che il procuratore disponga che non sia necessario atteso il valore economico o alla rilevanza del fatto per il quale si procede) siano assentite per iscritto dal procuratore, con l'eccezione dei casi in cui tali richieste siano formulate, durante il turno di reperibilità del sostituto, per la convalida dell'arresto o del fermo.

L'assenso, che deve assumere la forma scritta, si colloca in una fase che è immediatamente successiva alla formulazione della richiesta della misura cautelare da parte del magistrato assegnatario del procedimento, e antecedente l'inoltro della medesima richiesta al gip. L'assenso scritto del procuratore non è condizione di validità[9] della conseguente ordinanza cautelare del giudice.

L'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Cassazione pronunciatesi a Sezioni Unite – sentenza 8388/2009 – in un caso in cui il procuratore, non solo non esprimeva l'assenso ma scriveva il suo motivato dissenso alla richiesta di arresti domiciliari avanzata dal sostituto e concludeva disponendo *l'inoltro all'ufficio GIP*,

aveva già enucleato il principio per il quale una volta esaurito il confronto all'interno dell'Ufficio, onde evitare il radicarsi di una situazione di conflitto, l'eventuale persistenza del "dissenso" del capo dell'ufficio sul provvedimento da adottare in materia di libertà personale segnala un'ipotesi di "contrasto" circa le concrete modalità di esercizio delle attività relative alla trattazione del procedimento assegnato al sostituto, per la quale vengono a determinarsi le condizioni previste dal 2 comma dell'art. 2 d.lgs. n. 106/06, (sost. dalla l. n. 269/06), talchè il

[8] Art 3 Dlvo 106/2006 1. Il fermo di indiziato di delitto disposto da un procuratore aggiunto o da un magistrato dell'ufficio deve essere assentito per iscritto dal procuratore della Repubblica ovvero dal procuratore aggiunto o dal magistrato appositamente delegati ai sensi dell'articolo 1, comma 4.

2. L'assenso scritto del procuratore della Repubblica, ovvero del procuratore aggiunto o del magistrato appositamente delegati ai sensi dell'articolo 1, comma 4, e' necessario anche per la richiesta di misure cautelari personali e per la richiesta di misure cautelari reali.

3. Il procuratore della Repubblica può disporre, con apposita direttiva di carattere generale, che l'assenso scritto non sia necessario per le richieste di misure cautelari reali, avuto riguardo al valore del bene oggetto della richiesta ovvero alla rilevanza del fatto per il quale si procede.

4. Le disposizioni del comma 2 non si applicano nel caso di richiesta di misure cautelari personali o reali formulate, rispettivamente, in occasione della richiesta di convalida dell'arresto in flagranza o del fermo di indiziato ai sensi dell'articolo 390 del codice di procedura penale, ovvero di convalida del sequestro preventivo in caso d'urgenza ai sensi dell'articolo 321, comma 3-bis, del codice di procedura penale.

[9] V. Cassazione Sezioni Unite 8388/2009

sostituto possa chiedere di essere esonerato dalla trattazione del procedimento a tutela della sua autonomia, ed il Procuratore possa, con atto motivato, "revocare l'assegnazione", cui il magistrato può replicare con osservazioni scritte[10].

In materia la nuova Circolare del CSM all'art. 13 prevede in tema di misure cautelari personali, anche in funzione di salvaguardia dell'esigenza di speditezza del procedimento, che il Procuratore debba disciplinare le modalità di manifestazione dell'assenso. Allo stesso tempo, dovrà formalmente individuare, con direttiva di carattere generale, le ipotesi relative alle richieste di misure cautelari reali che intenda sottrarre all'assenso. La norma, inoltre, nel solco della procedimentalizzazione delle scelte decisionali, che come sopra evidenziato è il tratto caratteristico della Circolare in commento, stabilisce, per il caso in cui la prestazione dell'assenso abbia formato oggetto di delega al procuratore aggiuntoo sia stata prevista la formazione differita dello stesso, che il procedimento di formulazione dell'assenso sia oggetto di specifica previsione e che siano previamente individuate le regole per la risoluzione di eventuali contrasti, indicando, per quest'ultima ipotesi, come obbligatoria sia l'interlocuzione con il magistrato titolare del procedimento che l'adozione di un decreto motivato.

Innovativa ed opportuna, anche a seguito di vicende di contrasto tra procuratori e sostituti purtroppo note alle cronache giornalistiche, appare la disposizione del 4 comma dell'art 13 laddove prescrive a tutela della riservatezza e soprattutto dell'immagine della magistratura, che *"Gli eventuali atti relativi all'interlocuzione sull'assenso non fanno parte del fascicolo di indagine e vanno inseriti in un fascicolo riservato custodito presso la segreteria del Procuratore della Repubblica".*

In ossequio alla normativa primaria che conferisce al Procuratore ed ai Procuratori aggiunti prerogative di vigilanza e di coordinamento dell'attività dei sostituti anche nella fase preliminare a quella dell'emissione di provvedimenti, le prassi degli Uffici di Procura hanno dato vita all'istituto del cd "Visto".

Il procuratore, al fine di assicurare l'uniformità di operato dell'Ufficio, utilizza sovente anche lo strumento del visto preliminare all'emissione di provvedimenti ritenuti di particolare

[10] Si afferma infatti che è precluso sia "al sostituto l'inoltro di una richiesta formulata in difetto di assenso o con l'espresso dissenso del procuratore della Repubblica, sia a quest'ultimo l'inoltro della medesima richiesta, seppure corredata dall'atto del suo parziale o totale dissenso."

delicatezza o di speciale interesse (decreti di sequestro o perquisizione; proroghe di intercettazioni telefoniche; archiviazioni; rinvii a giudizio). Si tratta di un "visto" preliminare che non incide sulla validità dell'atto e non trova disciplina nella legge primaria.

Con la delibera del 21.9.2011 il CSM aveva affermato il principio che "il procuratore mantiene la competenza a intervenire nelle determinazioni sull'esercizio dell'azione penale, anche quando non abbia limitato l'assegnazione solo ad alcuni atti dei singoli procedimenti. In questa prospettiva l'imposizione di un "visto" preventivo sugli atti di esercizio dell'azione può risultare certamente funzionale a un più efficiente esercizio dei suoi poteri." In caso di contrasto, pertanto, il CSM già nel 2011 aveva stabilito che si applicasse la disciplina vigente per il caso di revoca dell'assegnazione di un procedimento.

La circolare in esame, all'art 14, ha introdotto la disciplina di questo istituto nato dalla prassi degli uffici, attribuendogli, per determinati atti, una funzione "conoscitiva" in ordine "*all'attuazione, da parte dei sostituti, delle direttive emanate dal Procuratore della Repubblica ai sensi dell'art. 2, comma 2, D.lgs. n. 106/2006, nonché al fine di favorire l'interlocuzione tra il sostituto, il Procuratore aggiunto ed il Procuratore della Repubblica"*. La Circolare disciplina anche le ipotesi di contrasto privilegiando il confronto tra procuratore, procuratore aggiuntoe sostituto, affinchè si possa giungere a soluzioni condivise. Qualora ciò non sia possibile, "fermo il potere di esercitare la revoca nei casi previsti dagli artt. 3 del d.lgs. n. 160/2006 e 15 della presente Circolare" il Procuratore della Repubblica dovrà dare atto "dell'avvenuto adempimento dell'onere di comunicazione e dell'esperimento delle interlocuzioni e delle azioni di cui al comma 3, secondo periodo" ed il procedimento resterà in capo al magistrato assegnatario per l'ulteriore corso.

Come per l'assenso, viene introdotta la previsione di inserire gli atti "relativi all'interlocuzione sul visto" in un fascicolo riservato custodito presso la segreteria del Procuratore, affinchè non siano accessibili dalle parti processuali che accedono al fascicolo di indagine.

Infine, si evidenzia che l'art 8 in materia di procedimento di formazione e controllo del progetto organizzativo e delle relative variazioni prevede che le variazioni al progetto organizzativo relative alla disciplina dell'assenso e del visto sono adottate "previa interlocuzione con i magistrati dell'ufficio, secondo il procedimento di cui al presente articolo. In questi casi l'assemblea con i magistrati dell'ufficio è facoltativa".

Attraverso gli artt. 13 e 14 pertanto, il CSM ha disciplinato in maniera chiara e puntuale gli istituti dell'assenso e del visto, operando una chiara distinzione tra gli stessi, al fine anche di prevenire e contrastare alcune prassi "improprie" di taluni uffici che sovrapponevano i due tipi di provvedimento.

CESARE PARODI

Il procuratore aggiunto: un candidato al ruolo di "migliore attore non protagonista"?

SOMMARIO: 1. Premessa: dall'ordinamento giudiziario al d.lgs. 106/2006. - 2. La Risoluzione C.S.M. 21.7.2009. - 3. Le indicazioni della Circolare del 2017: compiti e funzioni del P.A. 4. La disciplina dei rapporti interni.

Premessa: dall'ordinamento giudiziario al d.lgs. 106/2006

Controversa, efficace, ricca di spunti; un grande passo in avanti o una grande occasione persa. Molto etichette possono essere "apposte" alla recentissima Circolare sull'organizzazione degli Uffici di Procura (delibera C.S.M. del 16 novembre 2017). Di certo, non inutile e non banale deve essere ritenuta la scelta di fornire - per la prima volta in termini organici - la disciplina di una figura particolare del panorama giudiziario, a volte sottovalutata e spesso misconosciuta: il Procuratore Aggiunto.

Che ci sia "qualcosa di nuovo nell'aria" lo si può desumere per via quantitativa prima ancora che qualitativa: ci troviamo davanti, nel corso degli anni, a una progressione geometrica delle indicazioni sul ruolo in oggetto e sui compiti ai quali è chiamato. Un percorso rispetto al quale la Circolare del 2017 è, verosimilmente, un punto di arrivo. Vediamone le principali tappe. Nell'ambito dell'Ordinamento giudiziario, di cui al R.D. 30 gennaio 1941, n. 12, il procuratore aggiuntocompare (meglio sarebbe dire "appare", quale comprimario) nel titolo III, " Del pubblico ministero" al capo I (Della costituzione del pubblico ministero) all'art. 70 "Costituzione del pubblico ministero":

1. Le funzioni del pubblico ministero sono esercitate dal procuratore generale presso la corte di cassazione, dai procuratori generali della Repubblica presso le corti di appello, dai procuratori della Repubblica presso i tribunali per i minorenni e dai procuratori della Repubblica presso i tribunali ordinari. Negli uffici delle procure della Repubblica presso i tribunali ordinari possono essere istituiti posti di procuratore aggiunto in numero non superiore a quello risultante

dalla proporzione di un procuratore aggiunto per ogni dieci sostituti addetti all'ufficio. Negli uffici delle procure della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto può essere comunque istituito un posto di procuratore aggiunto per specifiche ragioni riguardanti lo svolgimento dei compiti della direzione distrettuale antimafia.

Si tratta di un organo eventuale- che "può", e non "deve" essere istituito - la cui funzioni sono semplicemente delineate con un diretto richiamo alla funzione "generale" di pubblico ministero esercitata dal Procuratore della Repubblica. È stabilito un coefficiente numero (1 a 10) per individuare il corretto rapporto tra i Procuratori Aggiunti e i sostituti.

Ancora l'art. 109 dell'O.G. (Supplenza di magistrati del pubblico ministero), precisa che "*In caso di mancanza o di impedimento…. del procuratore della Repubblica, regge l'ufficio il procuratore aggiunto o il sostituto anziano."*

Di fatto, il procuratore aggiuntonon è destinatario di alcune indicazione specifica sui compiti e sulle competenze, comparendo quale figura puramente subordinata e- solo ove necessario – temporaneamente alternativa - al "capo" dell'ufficio.

A distanza di "soli" 55 anni, con il D.Lgs. 20.2.2006 n. 106 *(Disposizioni in materia di riorganizzazione dell'ufficio del pubblico ministero*) il legislatore torna sul tema, con l'art. 1 (*Attribuzioni del Procuratore della Repubblica*), il cui comma 6 specifica che il procuratore della Repubblica determina:

a) i criteri di organizzazione dell'ufficio;

b) i criteri di assegnazione dei procedimenti ai procuratori aggiunti e ai magistrati del suo ufficio, individuando eventualmente settori di affari da assegnare ad un gruppo di magistrati al cui coordinamento sia preposto un procuratore aggiunto o un magistrato dell'ufficio;

c) le tipologie di reati per i quali i meccanismi di assegnazione del procedimento siano di natura automatica.

Il Procuratore Aggiunto, seppure in termini sintetici e astratti, è riconosciuto come destinatario non solo di procedimenti- come i sostituti- ma anche quale – possibile- coordinatore di un "settore di affari". Prende così forma una prassi già affermatasi in molti uffici, ossia del

riconoscimento del "gruppo di lavoro" quale entità autonoma, sebbene coordinata con altre, nell'ambito di un ufficio di Procura.

Lo stesso è poi ancora citato nell'art. 3 (Prerogative del procuratore della Repubblica in materia di misure cautelari) laddove è previsto che "*Il fermo di indiziato di delitto disposto da un procuratore aggiunto o da un magistrato dell'ufficio deve essere assentito per iscritto dal procuratore della Repubblica ovvero dal procuratore aggiunto o dal magistrato appositamente delegati ai sensi dell'articolo 1, comma 4. L'assenso scritto del procuratore della Repubblica, ovvero del procuratore aggiunto o del magistrato appositamente delegati ai sensi dell'articolo 1, comma 4, è necessario anche per la richiesta di misure cautelari personali e per la richiesta di misure cautelari reali."* Un richiamo che pone in concreto il procuratore aggiuntoin una condizione più prossima al sostituto che al Procuratore della Repubblica.

È singolare il fatto che nessun commento specifico sul ruolo del procuratore aggiuntosia rintracciabile nelle "*Disposizioni in materia di organizzazione degli uffici del Pubblico Ministero a seguito dell'entrata in vigore del d.lvo 20.2.2006 n. 106*" (*Delibera C.S.M.- Plenum in data 12 luglio 2007).* La delibera richiama, per altro, la risoluzione urgente 5 luglio 2006, che aveva, tra l'altro, precisato "*il carattere non solo vasto e complesso delle radicali modifiche nell'organizzazione degli uffici, specialmente di quelli del p.m., e nel complessivo assetto della magistratura, ma anche la necessità di un immediato ma al tempo stesso globale e coerente intervento del Consiglio per evitare effetti negativi come quelli, ad esempio, che deriverebbero da una possibile disomogeneità dei modelli organizzativi degli uffici requirenti, che provocherebbe inevitabilmente incertezze gestionali e disorientamento degli utenti del servizio giudiziario".*

Nel momento in cui il modello organizzativo acquisisce un'assoluta centralità nell'ergonomia del sistema giudiziario, il ruolo del Procuratore Aggiunto- anche se in termini indiretti e "silenti" - progressivamente assume la natura di "snodo" decisionale e gestionale di rilievo.

È una presa di coscienza che si afferma a piccoli passi, ma in termini irreversibili. Ancora la menzionata delibera del 2007 ricorda che la legge 24 ottobre 269 *("Sospensione dell'efficacia nonche' modifiche di disposizioni in tema di ordinamento giudiziario*"), aveva apportato:

"*modifiche importanti, che precisano, delimitano e circoscrivono il potere del Procuratore della Repubblica e meglio definiscono il rapporto che deve intercorrere tra quest'ultimo ed i sostituti. Innanzitutto i procedimenti non sono più* ***"delegati"*** *ma* ***"assegnati"*** *al sostituto, che viene definito correttamente "magistrato" e quindi assume una posizione che rientra pienamente nella previsione dell'art. 105 della Cost..*

Risulta ***attenuata*** *la* ***"****responsabilità" del Procuratore della Repubblica nell'esercizio dell'azione penale e in particolare risulta ridimensionato il carattere di personalizzazione esclusiva contenuto negli originari artt. 1 e 2. Il Procuratore infatti rimane titolare «unico» dell'esercizio dell'azione penale, di cui deve assicurare l'uniformità, ma il venir meno della "esclusività della responsabilità del suo esercizio" comporta il riconoscimento al sostituto assegnatario* ***non solo di una titolarità mediata*** *(a seguito dell'assegnazione)* ***ma anche di una sfera di autonomia professionale****, con relativa responsabilità nell'evolversi del procedimento."*

Anche in questo caso la delibera tratteggia in termini positivi la sfera di autonomia professionale del sostituto ma non entra nel dettaglio circa la sfera- per forza di cose non direttamente e totalmente sovrapponibile- che deve essere riconosciuta al Procuratore Aggiunto.

Una figura che la legge 30 luglio 2007, n. 111 " *Modifiche alle norme sull'ordinamento giudiziario*" menziona espressamente all'art. 2 (Modifiche agli articoli da 10 a 53 del decreto legislativo 5 aprile 2006, n. 160- "*Nuova disciplina dell'accesso in magistratura, nonche' in materia di progressione economica e di funzioni dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera a, della legge 25 luglio 2005, n. 150*"). Nel testo modificato dell'art. 10 (Funzioni), si stabilisce che – "*I magistrati ordinari sono distinti secondo le funzioni esercitate"*. In particolare "*Le funzioni semidirettive giudicanti di primo grado sono quelle di presidente di sezione presso il tribunale ordinario, di presidente e di presidente aggiunto della sezione dei giudici unici per le indagini preliminari; le funzioni semidirettive requirenti di primo grado sono quelle di procuratore aggiunto presso il tribunale*".

2. La Risoluzione C.S.M. 21.7.2009

La "musica" cambia decisamente con la Risoluzione in materia di organizzazione degli uffici del Pubblico Ministero (21 luglio 2009) con la quale il C.S.M. riconsidera il proprio

intervento del 2007- sopra menzionato, definito come atto che aveva individuato " *alcune linee guida e di indirizzo per gli uffici di Procura, che costituiscono soltanto "alcune" e prime linee guida in punto di assegnazione dei procedimenti e al compimento di atti singoli, di poteri del Procuratore di impartire direttive e criteri ai sostituti, di revoca dell'assegnazione e, più in generale, in tema di passaggi e modalità procedurali attinenti alla formazione dei progetti organizzativi, atti a garantire una partecipata e consapevole presenza dei sostituti, una corretta analisi dei flussi e delle pendenze ed una ragionata costituzione di gruppi di lavoro che valga ad ottimizzare esperienze e specializzazioni nel lavoro d'indagine".*

La Risoluzione del 2009 rileva che "*nel solco del rinnovato assetto organizzativo del pubblico ministero, la legge 30 luglio 2007 n. 111, recante modificazioni alle norme sull'Ordinamento giudiziario, ha inciso ancora in maniera significativa su alcuni tratti fisionomici dell'organo d'accusa*" e sottolinea come " *la nuova architettura normativa, di rango sia costituzionale sia primario, che disciplina il sistema organizzativo degli uffici requirenti, impone ai Procuratori della Repubblica il rispetto del principio di autonomia del sostituto procuratore (art. 112 Cost.) e, nella loro veste di titolari esclusivi dell'azione penale, il raggiungimento di tre fondamentali obiettivi, destinati ad avere ricadute essenziali in punto di organizzazione ed il raggiungimento dei quali rientra nella loro piena responsabilità."*

Il procuratore aggiuntoviene così menzionato in relazione al secondo di tali obiettivi, ossia il "***corretto, puntuale ed uniforme esercizio dell'azione penale nel rispetto delle norme sul giusto processo"*** per il cui raggiungimento i dirigenti degli uffici requirenti:

- *assicurano la più equa e funzionale distribuzione degli affari tra i magistrati dell'ufficio e curano la costituzione di* ***gruppi di lavoro*** *(indicativamente nelle materie del diritto penale dell'economia, dei reati commessi contro soggetti deboli, dei reati in materia ambientale e di tutela dei lavoratori nei luoghi di lavoro) compatibilmente con le dimensioni del singolo ufficio ed in maniera tale da garantire il rispetto del "Regolamento in materia di permanenza nell'incarico presso lo stesso ufficio" deliberato il 13 marzo 2008;*

- *affidano il* ***coordinamento di ciascun gruppo di lavoro ad un Procuratore aggiunto****, che può essere designato anche per più gruppi di lavoro, allo scopo di assicurare lo scambio di esperienze e favorire l'omogeneità degli indirizzi;*

*- provvedono, con **l'ausilio dei Procuratori aggiunti**, all'efficace coordinamento dei gruppi di lavoro nonché all'eventuale elaborazione di protocolli d'indagine;*

- garantiscono lo svolgimento di riunioni periodiche tra i magistrati dell'ufficio ovvero dei singoli gruppi di lavoro, al fine di assicurare lo scambio di informazioni sulle esperienze giurisprudenziali e le innovazioni legislative nonché di verificare l'andamento del servizio;

- disciplinano l'attività dei vice procuratori onorari, nel rispetto dei limiti posti dalle norme di ordinamento giudiziario e delle direttive consiliari;

- procedono all'assegnazione dei magistrati ai gruppi di lavoro, secondo procedure trasparenti, valorizzando le specifiche attitudini dei sostituti e perseguendo l'obiettivo di garantire una formazione professionale completa degli stessi, resa possibile anche dalla rotazione periodica dei sostituti, in modo da assicurare l'acquisizione di una professionalità comune a tutti i magistrati dell'ufficio, modulando i tempi della rotazione sulla base delle esigenze di funzionalità dell'ufficio.

Finalmente- si potrebbe dire- con la risoluzione del 2009 vengono espressamente riconosciuti compiti di fatto svolti da tempo da molti Procuratori aggiunti: assicurare- nei gruppi di lavoro- lo scambio di esperienze e favorire l'omogeneità degli indirizzi e provvedere, in ausilio al Procuratore della Repubblica- all'efficace coordinamento dei predetti gruppi nonché all'eventuale elaborazione di protocolli d'indagine.

L'Aggiunto assume, pertanto, una valenza culturale e professionale specifica: l'omogeneità degli indirizzi presuppone una profonda conoscenza della materia, così come l'elaborazione dei protocolli. A fronte della complessità e multiformità del sistema penale, il riconoscimento e la valorizzazione del ruolo e delle competenza del procuratore aggiuntorappresentano una garanzia di efficienza e di razionalizzazione del lavoro della Procura, rispetto al quale non solo sul piano organizzativo quanto anche su quello cognitivo e operativo sarebbe forse fallace l'immagine di un Procuratore della Repubblica non solo onnipresente, quanto anche onnisciente e specificamente " versato" in tutti i settori dei quali il suo ufficio deve occuparsi.

Ovviamente, tale prospettiva trova la sua piena applicazione negli uffici di maggiori dimensioni, nei quali proporzionalmente maggiore è la possibilità di specializzazione e di

"organizzazione" degli sforzi operativi; nondimeno, una prospettiva che può ragionevolmente e doverosamente trovare spazio anche negli uffici di minori dimensioni.

3. Le indicazioni della Circolare del 2017: compiti e funzioni del P.A.

Indubbiamente, la risoluzione del 2009 ha aperto la strada verso la formalizzazione nel dettaglio del ruolo del procuratore aggiuntocontenuta nella Circolare C.S.M. 24 novembre 2017. Il semplice fatto che alla figura del procuratore aggiuntosia stato "dedicato" (almeno) un articolo rappresenta il riconoscimento tangibile della nuova centralità del ruolo.

In questo senso l'art. 5 precisa, al primo e secondo comma, funzioni e compiti di tale figura. Lo stesso coadiuva, secondo canoni di leale collaborazione, il Procuratore della Repubblica:

- per il conseguimento degli obiettivi organizzativi esplicitati nel progetto

- per garantire il buon andamento delle attività, la corretta ed equa distribuzione delle risorse dell'ufficio, ed il corretto, puntuale ed uniforme esercizio dell'azione penale.

Non deve essere sottovalutato il richiamo ai "canoni di leale collaborazione": non si tratta di una formula pleonastica, quando di un preciso appello al "senso" delle istituzioni che deve permeare il rapporto tra Procuratore della Repubblica e Procuratore Aggiunto.

Tutto ruota interno al progetto organizzativo, non solo in relazione agli obiettivi, quanto anche rispetto al concreto e costante perseguimento degli stessi. L'art. 8- che disciplina il Procedimento di formazione e controllo del progetto organizzativo e delle relative variazioni- delinea un percorso "partecipato", nel quale il progetto finale appare il frutto di una ampia condivisione con i magistrati dell'ufficio; condivisione per la quale è prevista anche la fase "pubblica" rappresentata dall'assemblea generale.

Se è vero che nella procedura descritta non è previsto un ruolo specifico per i Procuratori Aggiunti, è altrettanto certo che le aspettative di contributo da parte degli stessi non possono non essere significative: un contributo nella prospettiva di un'attuazione che, nei singoli settori di intervento, dovrà non solo essere la più efficace possibile, ma dovrà anche garantire le sinergie e i momenti di coordinamento con gli altri gruppi di lavoro.

In concreto: se il Procuratore della Repubblica e disponibile a "prestare ascolto" alle indicazioni sulle singole aree tematiche ai Procuratori Aggiunti (come, per altro ai sostituti) è legittimo e ragionevole che egli si aspetti, nella fase attuativa del progetto quella piena, franca e

continuativa collaborazione da parte di coloro che quel progetto stesso hanno avuto modo di condividere si dal momento dell'ideazione. La "lealtà" non può essere intesa come un atteggiamento univoco, quanto il frutto del divenire di un rapporto.

Una lealtà che, seppure non richiamata, deve permeare anche le ulteriori indicazioni generali riconosciute dall'art. 5 della Circolare 2017. Indicazioni che costituiscono il "cuore" (*rectius*, il riconoscimento di un "cuore" già frequentemente esistente) del ruolo del Procuratore Aggiunto; un ruolo dove le note non solo culturali e professionali, quanto anche caratteriali di tale soggetto dovrebbero trovare massima espressione.

In un progetto di giustizia organico e non autoritario, l'autorevolezza non può che prendere il posto dell'autorità e il carisma quello del potere. Solo in tale prospettiva può essere correttamente compreso il richiamo, operato dalla Circolare all" esercizio da parte del procuratore aggiuntodelle "*funzioni di coordinamento e di direzione della sezione o del gruppo di lavoro assegnatogli"* e delle *"altre funzioni delegate dal Procuratore. E in questa prospettiva deve essere letta la necessitò del "costantemente aggiornamento"* che il Procuratore aggiunto deve effettuare al Procuratore della repubblica *"sull'andamento delle sue attività*".

La Procura della Repubblica è un organismo delicato e per certi aspetti anomalo, la cui struttura deve conciliare il principio gerarchico (ineludibile nell'attuale sistema) con l'altrettanto ineludibile riconoscimento del fatto che i magistrati si differenziano solo in base alle funzioni svolte. Non solo: deve conciliare l'indispensabile unitarietà e uniformità di gestione connaturata alla natura dell'ufficio con il riconoscimento dell'autonomia professionale dei singoli sostituti. Davvero un obiettivo non semplice da raggiungere, rispetto al quale il ruolo degli Aggiunti può essere decisivo.

L'"ufficio" Procura della Repubblica può operare al meglio se la sua attività è frutto di costante confronto e elaborazione di tesi giuridiche e di prassi operative, che devono essere costantemente implementate e aggiornate; non solo: può operare al meglio se nell'ufficio si percepisce una corretta e equilibrata distribuzione del lavoro e degli impegni. Poche aspetti possono turbare l'armonia operativa (specie, ma non solo, nei grandi uffici) quanto la convinzione della presenza di sostituti di serie A e di serie B (per non parlare, di serie inferiori) o il fatto che le linee operative siano più l'oggetto di un'imposizione che il frutto di una scelta (al limite, faticosamente) condivisa. Evitare che tale possibilità venga avvertita è compito complesso, che

certamente il Procuratore della Repubblica può assicurare coinvolgendo costantemente i Procuratori aggiunti.

In questo senso devono essere colte le ulteriori indicazioni della Circolare, laddove stabilisce che *"……il procuratore aggiuntoha, tra l'altro, facoltà di indire riunioni periodiche di coordinamento tra i sostituti e con la polizia giudiziaria, istituire specifici obblighi di riferire e formulare singole richieste di informazioni al titolare del procedimento",* che "*cura il costante confronto fra i magistrati finalizzato alla omogeneità delle soluzioni investigative ed interpretative*" e che, soprattutto, deve curare "…. *nell'ambito della sezione o del gruppo di lavoro che coordina, che siano rispettati i criteri di assegnazione degli affari e la loro distribuzione in modo equo e funzionale ai sensi dell'art. 4 co.1 lett. a) e dell'art. 7 co. 3".* [11]

Non è un caso se i due articoli sopra richiamati sono caratterizzati entrambi dalla medesima formula, intesa, evidentemente, in termini quasi taumaturgici nell'ottica della circolare: si parla, in entrambi i casi, di distribuzione "equa e funzionale" degli affari dell'ufficio, ai singoli sostituti così come tra i gruppi di lavoro e all'interno degli stessi.

Senza la specifica attuazione e la concreta percezione di tale equa distribuzione è certamente limitata la possibilità che non si creano quelle "frizioni" (se non addirittura fratture) all'interno dell'ufficio che costituiscono una dei principali pericoli rispetto all'obiettivo di una gestione "virtuosa" del carico di lavoro globale. Gestione virtuosa che deve manifestarsi non solo in termini quantitativi, ma anche (o forse soprattutto) qualitativi del prodotto finale.

4. La disciplina dei rapporti interni

[11] Art. 4 - Corretto, puntuale e uniforme esercizio dell'azione penale e giusto processo

1. Il Procuratore della Repubblica, ai fini indicati all'art. 2, comma 1:

a) distribuisce in modo equo e funzionale gli affari tra i magistrati dell'ufficio e – ove le dimensioni lo consentano – cura la costituzione di dipartimenti, sezioni o gruppi di lavoro, modulati alla stregua degli obiettivi individuati sulla base dell'analisi della realtà criminale e nel rispetto della normativa secondaria in materia di permanenza nell'incarico presso lo stesso ufficio e, nonché secondo criteri che favoriscano omogeneità e specializzazione….

art. 7- Il progetto organizzativo

… 3. Il progetto organizzativo contiene l'indicazione dei criteri di assegnazione e di coassegnazione degli affari ai singoli magistrati o ai gruppi di lavoro che assicurino l'equa e funzionale distribuzione dei carichi di lavoro. Gli stessi criteri di equità e funzionalità devono caratterizzare anche la distribuzione del lavoro all'interno dei gruppi per i quali siano stati designati magistrati coordinatori….

Il quadro delineato dalla Circolare si completa con una serie di indicazione dirette a disciplinare il rapporto tra il Procuratore e gli Aggiunti, sul piano, se così si può dire, ordinamentale. Ciò, nondimeno, in differenti prospettive.

Come abbiamo visto sopra, l'Aggiunto è preposto, tra l'altro, a sovraintendere e assicurare il "*costante confronto fra i magistrati finalizzato alla omogeneità delle soluzioni investigative ed interpretative."* È evidente che tale omogeneità, che pure rappresenta un preciso obiettivo della Circolare, non può essere aprioristicamente assicurata; per tal ragione, è previsto la possibilità che un contrasto- in entrambi i sensi- non venga composto. Compito dell'Aggiunto, in tal caso, sarò quello di riferire la situazione al Procuratore della Repubblica che potrà- evidentemente- intervenire per porre in essere un ulteriore tentativo di chiarimento o, in caso contrario, per esprimere la posizione dell'ufficio.

Il riconoscimento del nuovo ruolo del procuratore aggiuntopassa anche attraverso la formalizzazione dei meccanismi di attribuzione delle funzioni. Un meccanismo previsto, ovviamente, per gli uffici nei quali sono presenti più Procuratori; la disposizione al riguardo lascia, nondimeno, alcuni – seppure modesti- dubbi ermeneutici.

L'attribuzione delle funzioni ai singoli dovrà avvenire "*valutate le esigenze dell'ufficio*". Ora, non è chiaro se questa valutazione debba sovrapporsi a quella già espressa in sede di progetto organizzativo o se possa avere una propria autonomia (e, in questo secondo caso, per quali ragioni e in quali termini). Non solo. Dopo la menzionata valutazione, l'attribuzione dovrebbe avvenire alternativamente:

- previo esperimento di interpello

- comunque, secondo quanto previsto nel progetto organizzativo; progetto nel quali la designazione dei Procuratori Aggiunti ai gruppi di lavoro dovrebbe avvenire "*secondo procedure trasparenti che valorizzino le specifiche attitudini dei magistrati".*

Infine, la norma precisa che i criteri menzionati dovrebbero essere adottati "di regola": dunque, non sempre e non necessariamente.

Ora: al di la delle formule, il coacervo di soluzioni indicate pare dover convivere con un indiretto, ulteriore, inespresso ma non irrilevante principio. Esiste- e esiste nell'interesse dell'ufficio- un margine di valutazione per il Procuratore nell'assegnazione ai gruppi. Margine che non può essere è espressione di arbitrio, quanto frutto di uno sforzo di "ottimizzazione del lavoro".

Non tutti gli Aggiunti hanno una medesima storia professionale e esiste, di certo, un'anzianità nel ruolo. Nel momento in cui una posizione di coordinamento di un gruppo deve essere assegnata, potranno fare domanda Aggiunti con una differente anzianità nel ruolo o- se la anzianità sarà la stessa- con una differente anzianità di servizio.[12]

Il posto dovrà essere comunque assegnato al più anziano (nel ruolo o nel servizio) tra coloro che hanno preso parte all'interpello, ovvero le esigenze dell'ufficio consentiranno o imporranno di nominare il magistrato ritenuto più idoneo? Molto semplicemente: se deve essere oggetto di interpello un posto per coordinare i reati economici, lo stesso dovrà essere assegnato all'Aggiunto più anziano o a quello che, nella sua carriera, si sarà occupato in via continuativa per più anni di tali reati? La risposta non è scontata e certamente non può essere fornita nella presente sede, in termini generali e astratti; scontato (e non così raro) potrà essere il problema che tale situazione esprime.

La disciplina dell'articolo 5 contiene anche disposizioni in materia degli incarichi così attribuiti; in particolare, la delega è revocabile con provvedimento motivato del Procuratore della Repubblica, ancora una volta "*sulla base di specifiche esigenze di ufficio*". Il provvedimento di revoca della delega è trasmesso, tramite il Consiglio giudiziario che esprime il parere, al C.S.M. con le eventuali osservazioni del magistrato interessato. Si applicano il comma 5 e 7 dell'art. 15. [13]

[12] Le disposizioni in oggetto sono state estese dall'art. 5 comma 9 "in quanto compatibili" anche al magistrato dell'ufficio a cui sono conferite, dal Procuratore della Repubblica, deleghe e compiti di direzione, collaborazione e coordinamento, sia negli uffici in cui sia prevista la funzione semidirettiva, sia negli uffici che ne sia priva. In questo senso (art. 8, comma 9 della circolare) " *Il conferimento di incarichi di coordinamento e collaborazione, anche in campo amministrativo, costituisce una modifica del progetto organizzativo, è preceduta di regola da interpello e segue il procedimento delle variazioni di cui al comma 2*"; in particolare "*Le sole variazioni al progetto organizzativo relative alla costituzione dei gruppi di lavoro, ai criteri di assegnazione agli stessi dei procuratori aggiunti e dei sostituti procuratori, ai criteri di assegnazione dei procedimenti nonché alla disciplina della revoca, dell'assenso e del visto sono adottate, previa interlocuzione con i magistrati dell'ufficio, secondo il procedimento di cui al presente articolo. In questi casi l'assemblea con i magistrati dell'ufficio è facoltativa*."

[13] Si riporta il testo delle disposizioni richiamate:

Art. 15 Revoca dell'assegnazione e della designazione

5. Entro dieci giorni dalla comunicazione della revoca di cui ai commi 1 e 2, il magistrato può presentare osservazioni scritte al Procuratore della Repubblica, che nei successivi 5 giorni le trasmette, unitamente all'atto di revoca ed ad eventuali proprie controdeduzioni, al Consiglio Superiore della Magistratura affinché verifichi la sussistenza dei presupposti richiesti, il rispetto delle regole procedimentali e la ragionevolezza e congruità della motivazione.

7. Nei casi di ritenuta insussistenza dei presupposti, di violazione delle regole procedimentali o di incongruità della motivazione, il Consiglio Superiore della Magistratura, nel prendere atto del provvedimento, trasmette al Procuratore della Repubblica le relative osservazioni e gli specifici rilievi.

Di grande interesse risultano poi ulteriori indicazioni, che delineano il, per così dire. contenuto "minimo" e imprescindibile del ruolo dell'Aggiunto. Il comma 6 dell'art. 5, segnatamente, stabilisce che "*In ogni caso il Procuratore dalla Repubblica assicura il mantenimento in capo al procuratore aggiuntodi competenze delegate di coordinamento e/o direzione."*

Un'indicazione che vuole evitare ogni rischio di esautoramento, anche di fatto, dell'Aggiunto rispetto al ruolo di direzione e coordinamento che la riforma ha inteso attribuirgli. L'Aggiunto non può essere solo un "sostituto" e neppure anche un "supersostituto", alla luce della vicende particolari delle quali può essere incaricato di occuparsi personalmente. Il fatto di essere destinatario di procedimenti complessi e delicati, laddove non corredato da un ruolo di coordinamento e direzione, svuoterebbe la funzione in oggetto e risulterebbe espressivo di una scelta non accettabile.

Per altro, proprio il riconoscimento di tali compiti ha suggerito, nella circolare (art. 5 comma 7) il riconoscimento, "*ove previsto dal progetto organizzativo, anche in ragione della dimensione dell'ufficio*" altresì di funzioni giudiziarie requirenti, anche se "*in misura ridotta rispetto agli altri magistrati dell'ufficio ed in proporzione alle concorrenti competenze di direzione e coordinamento*."

Il dubbio può essere, questa volta, di senso opposto. L'Aggiunto certamente potrà assegnarsi- avendo altri incarichi - una quota di lavoro inferiore ai sostituti del suo gruppo. Potrà eventualmente assegnarsene una maggiore, senza tuttavia che a tale assegnazione quantitativamente significativa possa accompagnasi l'attribuzione sistematica dei procedimenti di maggiore interesse, complessità (e, per certi aspetti, tali da determinare, seppure indirettamente) tali da assicurare una maggiore visibilità).

Non a caso, al riguardo la circolare precisa che, anche rispetto all'Aggiunto, "*si applicano, ove compatibili, le previsioni in materia di assegnazioni e coassegnazioni, direttive, revoche ed assenso dettate per gli altri magistrati dell'ufficio*".

Come abbiamo visto sopra, l'Aggiunto deve curare una distinzione del lavoro non solo equa, ma funzionale alle esigenze dell'ufficio: un obiettivo per raggiungere il quale è indispensabile garantire un percorso di crescita professionale e di accumulo di esperienze che deve essere omogeneamente ripartito tra i sostituti e costantemente monitorato.

Il ruolo di Aggiunto non può e non deve istituire una "vetrina" privilegiata ma deve essere soprattutto espressivo di un "servizio" e inscindibilmente connotato da una quota di responsabilità: verso il Procuratore, verso i colleghi sostituti, verso il personale amministrativo così come rispetto alle figure esterne all'ufficio.

Si tratta di un impegno e di una scommessa, sui cui esiti si potrà valutare una parte non indifferente del contenuto "innovativo" della riforma con la quale la circolare ha voluto intervenire sul sistema requirente.

FEDERICA LA CHIOMA, DARIO SCALETTA

Il documento organizzativo della PNA alla luce della la circolare sull'organizzazione delle procure

ABSTRACT

La Circolare sull'organizzazione delle Procure, approvata dal Consiglio Superiore della Magistratura, dedica alla Procura Nazionale Antimafia la norma contenuta nell'art. 18 comma II relativa alla redazione, con cadenza triennale, di un progetto organizzativo volto a delineare i criteri di organizzazione dell'Ufficio e di assegnazione degli affari. Il comma III della medesima disposizione contiene una clausola di sussidiarietà che consente l'applicazione al progetto organizzativo della PNA, oltre che degli articoli 8 e 9 della Circolare medesima, anche delle altre disposizioni ivi contenute concernenti i progetti organizzativi delle Procure della Repubblica presso i Tribunali "in quanto compatibili".

Tuttavia l'esiguità, all'interno del testo approvato dal CSM, di disposizioni specificamente dedicate all'organizzazione della PNA, unitamente all'inserimento, fra le stesse, di una norma che consente l'estensione applicativa alla PNA delle disposizioni della Circolare solo ove le stesse risultino compatibili induce a riflettere sulla effettiva portata applicativa della nuova fonte ad un Ufficio di Procura senz'altro dotato di rilevanti peculiarità strutturali e funzionali. L'espressa finalizzazione del potere di organizzazione delle Procure, oggetto della Circolare, al conseguimento dell'obiettivo "della ragionevole durata del processo, anche nella fase investigativa, e del corretto, puntuale e uniforme esercizio dell'azione penale" (art. 2) conduce a una difficile declinazione del nuovo testo rispetto ad un Ufficio che, più che realizzare funzioni propriamente intese di esercizio della giurisdizione mediante l'emissione di provvedimenti autoritativi, svolge un ruolo di collegamento investigativo con le Direzioni Distrettuali Antimafia dislocate sul territorio nazionale, di raccordo con organi giudiziari di Paesi esteri e di approfondimento tematico funzionale all'efficace repressione del crimine organizzato (art. 1 del Programma Organizzativo dell'Ufficio per il triennio 2017-2019).

Inoltre la procedimentalizzazione del potere di organizzazione del Procuratore a tutela "dell'indipendenza dei magistrati dell'Ufficio" nell'ottica dei principi di "partecipazione e leale

collaborazione di tutti i sostituti" (art. 2), conseguita tramite l'approvazione della nuova Circolare, ha comportato l'adozione di una serie di disposizioni puntuali poste a presidio dell'autonomia e della dignità della funzione esercitata dal singolo sostituto rispetto all'affare assegnato o al gruppo di assegnazione, nel rispetto del principio di autolimitazione dell'organo di vertice (artt. Da 10 a 16); occorre dunque interrogarsi circa l'esportabilità di tale tessuto normativo ad un Ufficio che opera attraverso "l'elaborazione del patrimonio conoscitivo acquisito", che, "per essere feconda di spunti ricostruttivi utili rispetto alle finalità indicate dalla legge, deve svilupparsi nel confronto reciproco delle esperienze individuali, nella messa in comune dei dati aggiornati, nella condivisione di proposte operative di carattere generale suscettibili di potenziare l'azione di contrasto antimafia e antiterrorismo" (art. 2 del Programma Organizzativo dell'Ufficio per il triennio 2017-2019).

Infine la costruzione della clausola di sussidiarietà su un criterio di compatibilità anziché di applicabilità in relazione all'estensione delle norme della Circolare alla PNA induce a riflettere sulla omogeneità ovvero disomogeneità ontologico-strutturale di tale ultimo Ufficio rispetto alla Procura presso il Tribunale.

Introduzione: la scelta della fonte

In data 16 novembre 2017 il Plenum del Consiglio Superiore della Magistratura ha deliberato all'unanimità la Circolare sull'organizzazione delle Procure – approvata dalla Settima Commissione nella seduta del 24 ottobre 2017 – facendo ricorso all'esercizio del proprio potere regolamentare; infatti nonostante l'abrogazione dell'art. 7 ter, comma III delle norme concernenti l'ordinamento giudiziario[14], che riconosceva al Consiglio il potere di determinare i criteri generali per l'organizzazione dell'Ufficio del Pubblico Ministero e per l'eventuale ripartizione di essi in gruppi di lavoro, l'art. 25 del regolamento interno tutt'ora consente al CSM di emanare delle circolari al fine di dare esecuzione e interpretazione alla legge e ai regolamenti, in tal modo istituendo una fonte di rilevanza esterna di diretta emanazione consiliare.

L'approvazione di una delibera avente ad oggetto primario l'organizzazione degli uffici requirenti rientra infatti nell'ambito di applicazione di tale norma, costituendo la nuova Circolare strumento di esecuzione e interpretazione delle disposizione di fonte primaria contenute nel

[14] Approvato con Regio Decreto del 30 gennaio 1941 n. 12.

decreto legislativo 20 febbraio 2006 n. 106 recante disposizioni in materia di riorganizzazione dell'Ufficio del Pubblico Ministero a norma dell'art. 1, comma I, lett. d) della legge 25 luglio 2005, n. 159. Tuttavia, diversamente da quanto avrebbe consentito il ricorso all'abrogato art. 7 ter, il Consiglio, avvalendosi della disposizione di cui all'art. 25 del proprio regolamento, non ha fissato i criteri generali per l'organizzazione dell'Ufficio (la cui formulazione è in effetti attribuita espressamente al Procuratore della Repubblica dall'art. 1, comma VI, lett. a) del d.lgs. n. 106/2006) ma si è limitato a stabilire le modalità, democratiche e partecipate, attraverso le quali quest'ultimo è chiamato ad esercitare le prerogative in materia riconosciutegli dalla legge.

Principi generali e *ratio* giustificatrice

Al fine di comprendere le peculiarità introdotte mediante le specifiche disposizioni riguardanti la Procura Nazionale Antimafia giova preliminarmente soffermarsi brevemente sui principi ispiratori della nuova disciplina, da ravvisarsi nella sollecitazione dell'esercizio del potere organizzativo del Procuratore al fine della tutela "*della ragionevole durata del processo, anche nella fase investigativa, e del corretto, puntuale e uniforme esercizio dell'azione penale, nel rispetto delle norme sul giusto processo e sull'indipendenza dei magistrati dell'Ufficio*", secondo i principi di "*partecipazione e leale collaborazione*." Scopo della Circolare è stato dunque quello di procedimentalizzare l'esercizio del potere organizzativo del capo dell'Ufficio al fine, al contempo, di assicurare da un lato l'efficienza dell'apparato nell'interesse al corretto esercizio del servizio sul versante esterno e, dall'altro, di garantire sul versante interno l'autonomia e l'indipendenza dei singoli magistrati, in modo tale da realizzare un equilibrato rapporto tra potere e responsabilità. Il Consiglio pare pertanto avere aderito all'impostazione moderna delle scienze amministrativistiche secondo la quale la forma dell'organizzazione è pregiudiziale e condizionante l'obiettivo dell'efficacia ed efficienza dell'azione esercitata, nella specie giudiziaria.

Il progetto organizzativo della procura nazionale antimafia e antiterrorismo

L'art. 18 comma II della Circolare stabilisce che il Procuratore Nazionale Antimafia e Antiterrorismo rediga, con cadenza triennale, un progetto organizzativo volto a delineare i criteri di organizzazione dell'Ufficio e di assegnazione degli affari, analogo a quello approvato dai Procuratori della Repubblica ai sensi dell'art. 7 della medesima Circolare. Tuttavia il comma III

della medesima disposizione contiene una clausola di sussidiarietà che consente l'applicazione al progetto organizzativo della PNA, oltre che degli articoli 8 e 9 della Circolare medesima espressamente richiamati, anche delle altre disposizioni ivi contenute concernenti i progetti organizzativi delle Procure della Repubblica presso i Tribunali "*in quanto compatibili*"; fra di essi, dunque, proprio l'art. 7 concernente il contenuto minimo necessario[15] del progetto organizzativo all'interno della Procura ordinaria e i parametri di riferimento[16] a cui il Procuratore deve attenersi nella determinazione dei criteri organizzativi dell'Ufficio.

Ciò induce dunque ad esaminare separatamente l'applicabilità al progetto organizzativo della PNA delle disposizioni contenute negli artt. 8 e 9 della Circolare e di tutte le altre "*in quanto compatibili*".

Gli articoli 8 e 9 della circolare

L'art. 8, applicabile in virtù del rinvio espresso contenuto nell'art. 18, disciplina il procedimento di formazione e controllo del progetto organizzativo nonché dell'approvazione delle relative variazioni: infatti scopo del Consiglio pare essere stato quello di affermare il principio di una opportuna procedimentalizzazione dell'esercizio del potere di organizzazione dell'Ufficio, riconosciuto in capo al dirigente, modulata in ragione della rilevanza del provvedimento organizzativo all'esame, ma in ogni caso idonea ad assicurare la condivisione dialettica delle ragioni sottostanti alle scelte operate dal dirigente. Esemplificativamente è prevista la convocazione obbligatoria dell'assemblea generale dell'Ufficio per l'approvazione del progetto, mentre nel caso di adozione dei provvedimenti di variazioni significative[17] del progetto la convocazione diventa meramente facoltativa; infine, nel caso di variazioni dei criteri organizzativi enunciati nel progetto organizzativo, diverse da quelle significative, è sufficiente la mera comunicazione ai magistrati dell'Ufficio e la successiva diretta trasmissione al Consiglio

[15] Art. 7, comma IV, lett. da a) a p) della Circolare.

[16] Art. 7, comma II e III della Circolare, segnatamente valutazione dei flussi di lavoro e dello stato delle pendenze, analisi della realtà criminale del territorio di competenza, equa e funzionale distribuzione dei carichi di lavoro con riguardo ai criteri di assegnazione e coassegnazione degli affari etc.

[17] Variazioni relative alla costituzione dei gruppi di lavoro, ai criteri di assegnazione ai gruppi di lavoro dei procuratori aggiunti e dei sostituti procuratori, ai criteri di assegnazione dei procedimenti nonché alla disciplina della revoca, dell'assenso e del visto.

Superiore, che, nel prenderne atto, potrà sollevare e comunicare eventuali osservazioni e/o rilievi[18].

Ben più rilevante il contenuto dell'art. 9, che introduce il principio generale dell'autolimitazione del dirigente dell'Ufficio, in forza del quale quest'ultimo, nell'adottare i provvedimenti attuativi del progetto organizzativo, è tenuto a rispettare non solo la normativa primaria e secondaria di riferimento, ma anche i criteri che egli stesso si è autoimposto nel progetto organizzativo. Tuttavia il comma I prevede altresì una clausola di salvaguardia delle esigenze sopravvenute o non prevedibili, la cui ricorrenza autorizza la deroga ai criteri contenuti nella normativa autonoma ed eteronoma di riferimento previa esternazione delle ragioni che giustifichino l'eccezione.

La derogabilità al principio dell'autolimitazione del vertice dell'ufficio, espressa dall'art. 9, suscettibile di diretta ed immediata applicazione in forza dell'art. 18, assume particolare rilievo in considerazione della prevalente *funzione* svolta dalla PNA – attività di collegamento e coordinamento investigativo – nonché della specifica *materia* di competenza, antimafia e antiterrorismo[19].

Invero, con riguardo all'aspetto funzionale della PNA, l'attività di collegamento e coordinamento investigativo[20] esula dall'attività giurisdizionale in senso stretto, *sub specie* di esercizio dell'azione penale, con la conseguenza che la *ratio* giustificatrice della Circolare, da individuarsi nell'equilibrato rapporto tra potere e responsabilità del dirigente dell'Ufficio volta a soddisfare i principi costituzionali, funzionali proprio alla realizzazione del principio del giusto

[18] Resta in ogni caso salva la possibilità per gli "organizzati" di presentare osservazioni al capo dell'Ufficio sui provvedimenti organizzativi adottati.

[19] Come si vedrà nel paragrafo seguente, sono proprio la funzione e la materia proprie della PNA a condizionare la valutazione del criterio di compatibilità delle norme della Circolare alla stessa applicabili in via residuale.

[20] Che si realizza tramite l'acquisizione di informazioni rilevanti dalle singole direzioni distrettuali antimafia nonché attraverso la condivisione con le stesse delle informazioni acquisite o dagli altri Uffici distrettuali o dalle fonti informative, di cui la più rilevante è senz'altro il colloquio investigativo, di cui non a caso il Progetto organizzativo dell'Ufficio per il triennio 2017-2019, art. 3 sottolinea la assenza di qualsivoglia utilizzabilità processuale; trattasi infatti di atto che, analogamente ad altre attività svolte dalla DNA, quali quelle di supporto organizzativo, operativo, tecnico e gestionale svolte dai cinque Servizi in cui si articola l'Ufficio (Risorse Tecnologiche, Gestione Flussi e Sicurezza; Cooperazione Internazionale; Studi e Documentazione; Misure di Prevenzione; Contrasto Giudiziario al Terrorismo), non è destinato a confluire in via diretta ed immediata all'interno del processo, inteso quale "*complesso di attività di acquisizione, formazione e valutazione probatoria*". Infatti lo spazio operativo del colloquio investigativo "*si arresta alla soglia dell'indagine preliminare, con l'eventuale trasmissione della notizia di reato all'Ufficio di Procura competente*"; trattasi infatti di "*attività di preinvestigazione della PNA […] che si possono svolgere sia in relazione a indagini che siano compiute o tuttora pendenti, ovvero a prescindere da esse.*"

processo, diviene suscettibile di applicazione sfumata in relazione al progetto organizzativo della PNA. Infatti quanto meno l'azione dell'Ufficio è destinata a refluire nel processo, di cui occorre garantire l'equità anche tramite la salvaguardia dei principi di autonomia e indipendenza dei singoli sostituti, tanto più il potere organizzativo del Procuratore Nazionale Antimafia è suscettibile di esplicarsi in deroga ai criteri che lo stesso si è autoimposto.

Peraltro è altresì ragionevole ritenere che proprio la specifica materia trattata dall'Ufficio, competente in materia di contrasto alle mafie ed al terrorismo, per natura connotate da un'intrinseca attitudine all'emergenzialità, si presti ad un'estensione dei casi possibili di "*ricorrenza di esigenze sopravvenute o non prevedibili*" (art. 9, comma I della Circolare), la cui sussistenza è anch'essa motivo di deroga ai criteri di ripartizione degli affari e dei sostituti fissati nel progetto organizzativo.

I rilevati aspetti peculiari della PNA, idonei a condizionare la declinazione concreta ad essa degli artt. 8 e 9, influiscono *a fortiori* sulla applicabilità alla stessa delle altre norme della Circolare, "*in quanto compatibili*".

Le altre disposizioni "in quanto compatibili"

L'esiguità, all'interno del testo approvato dal CSM, di disposizioni specificamente dedicate all'organizzazione della PNA, unitamente all'inserimento, fra le stesse, di una norma che consente l'estensione applicativa alla PNA delle disposizioni della Circolare solo ove le stesse risultino compatibili induce a riflettere sulla effettiva portata applicativa della nuova fonte ad un Ufficio di Procura senz'altro dotato di rilevanti peculiarità strutturali e funzionali. L'espressa finalizzazione del potere di organizzazione delle Procure, oggetto della Circolare, al conseguimento dell'obiettivo "*della ragionevole durata del processo, anche nella fase investigativa, e del corretto, puntuale e uniforme esercizio dell'azione penale*" (art. 2) conduce a una difficile declinazione del nuovo testo rispetto ad un Ufficio che, più che realizzare funzioni propriamente intese di esercizio della giurisdizione mediante l'emissione di provvedimenti tipici (sentenze, ordinanze, decreti), svolge un ruolo di collegamento investigativo con le Direzioni Distrettuali Antimafia dislocate sul territorio nazionale, di raccordo con organi giudiziari di Paesi esteri e di approfondimento tematico funzionale all'efficace repressione del crimine organizzato (art. 1 del Programma Organizzativo dell'Ufficio per il triennio 2017-2019).

Inoltre la procedimentalizzazione del potere di organizzazione del Procuratore a tutela "*dell'indipendenza dei magistrati dell'Ufficio*" nell'ottica dei principi di "*partecipazione e leale collaborazione di tutti i sostituti*" (art. 2), conseguita tramite l'approvazione della nuova Circolare, ha comportato l'adozione di una serie di disposizioni puntuali poste a presidio dell'autonomia e della dignità della funzione esercitata dal singolo sostituto rispetto all'affare assegnato o al gruppo di assegnazione, nel rispetto del principio di autolimitazione dell'organo di vertice (artt. da 10 a 16); occorre dunque interrogarsi circa l'esportabilità di tale tessuto normativo ad un Ufficio che opera attraverso "*l'elaborazione del patrimonio conoscitivo acquisito*", che, "*per essere feconda di spunti ricostruttivi utili rispetto alle finalità indicate dalla legge, deve svilupparsi nel confronto reciproco delle esperienze individuali, nella messa in comune dei dati aggiornati, nella condivisione di proposte operative di carattere generale suscettibili di potenziare l'azione di contrasto antimafia e antiterrorismo*" (art. 2 del Programma Organizzativo dell'Ufficio per il triennio 2017-2019).

In tal senso la costruzione della clausola di sussidiarietà su un criterio di *compatibilità* anziché di *applicabilità* in relazione all'estensione delle norme della Circolare alla PNA induce a riflettere sulla omogeneità ovvero disomogeneità ontologico-strutturale di tale ultimo Ufficio rispetto alla Procura presso il Tribunale; il ricorso ad un criterio di applicabilità, infatti, avrebbe presupposto una identità ontologica fra le fattispecie, suscettibile di ampliamento o restringimento sulla base delle sole condizioni operative empiricamente rilevate. Al contrario aver evocato un criterio di compatibilità suggerisce all'interprete un necessario vaglio preliminare circa l'effettivo ambito di applicazione delle norme ad un oggetto che potrebbe non esservi ricompreso, in quanto meritevole di regolamentazione sulla base di distinti principi. Nel caso di specie infatti la funzione svolta, scevra da dirette ed immediate implicazioni processuali, comporta la possibilità che un eventuale *vulnus* al principio di autonomia dei sostituti, che dovesse dipendere dalla omessa diretta applicabilità dei principi enunciati dalla Circolare negli artt. da 10 a 16, discenda a monte dalla strutturazione organizzativa della PNA – al momento dell'introduzione dei criteri organizzativi – anziché a valle nel momento dell'esercizio concreto degli stessi da parte del Procuratore Nazionale Antimafia *sub specie* di autolimitazione ai sensi dell'art. 9 della Circolare.

Conclusioni

Attraverso l'approvazione della Circolare il Consiglio Superiore ha pertanto inteso estendere i principi enunciati per l'esercizio della funzione requirente a tutti gli Uffici che la incarnano, quali le Procure ordinarie presso il Tribunale, le Procure Generali presso le Corti d'Appello e la Procura Nazionale Antimafia ed Antiterrorismo. Tuttavia un attento esame delle peculiarità dei singoli Uffici requirenti ha imposto al Consiglio Superiore di disciplinare in modo diretto, puntuale e dettagliato il potere organizzativo esercitato dal dirigente presso la Procura ordinaria, al contempo richiedendo l'elaborazione di uno statuto minimo, comune a tutti gli altri Uffici requirenti, sufficiente a garantire i principi costituzionali che presiedono l'esercizio della funzione nel rispetto delle individualità proprie di ciascun Ufficio, come nel caso della PNA.

MAURIZIO ARCURI

La procedura per l'applicazione dell'art. 2 R.D. Lgs. 31 maggio 1946, n. 511 (Legge delle Guarentigie)

A distanza di oltre venticinque anni dall'ultima delibera[21] recante la disciplina del trasferimento di ufficio per incompatibilità ambientale e/o funzionale di cui all'art. 2, R.D. L.gs. 31 maggio 1946, n. 511, il Consiglio superiore della magistratura ha finalmente adottato, nella seduta del 26 luglio 2017, il nuovo testo della procedura disciplinante l'istituto del trasferimento officioso

[21] Applicazione della procedura dell'art. 2 L.G. (delibera 18 dicembre 1991).

1) Ai fini e agli effetti del trasferimento di ufficio *ex* art. 2 R.D.L. 31 maggio 1946, n. 511 non può essere presa in considerazione l'attività giurisdizionale del magistrato tranne che nei casi di dolo o di errore determinato da colpa grave.

2) La procedura di trasferimento d'ufficio *ex* art. 2 R.D.L. 31 maggio 1946, n. 511 non può essere iniziata o proseguita:

a) qualora, a seguito di trasferimento a domanda ad altra sede o ad altro ufficio, siano venute meno le ragioni d'incompatibilità;

b) in ogni caso in cui la situazione d'incompatibilità sia stata creata allo scopo di provocare il trasferimento d'ufficio.Tuttavia il Consiglio, quando non ricorrono motivi di urgenza e la domanda di trasferimento dia affidamento di accoglibilità, può disporre la sospensione della procedura di trasferimento d'ufficio, deliberandone la chiusura soltanto dopo l'avvenuto trasferimento a domanda.

3) La procedura di trasferimento d'ufficio si sviluppa nelle seguenti fasi con le garanzie di seguito precisate:

a) indagini e valutazioni preliminari, da parte della Commissione, investita dell'esposto o rapporto in ordine alla sussistenza di elementi idonei a giustificare l'apertura del procedimento; nella fase delle indagini preliminari è consentito all'interessato rendere dichiarazioni spontanee, senza pregiudizio per i lavori della Commissione;

b) invio da parte della Commissione di comunicazione contenente la sommaria enunciazione del fatto per cui si procede, con avvertimento all'interessato: che ha diritto di essere sentito con l'eventuale assistenza di altro magistrato; che, in difetto di elezione di domicilio, tutti gli avvisi, in ogni fase della procedura, saranno fatti presso l'Ufficio Giudiziario dell'interessato;

c) compimento dell'attività istruttoria con il rispetto, per qualunque atto, del numero legale a norma del regolamento interno;

d) audizione dell'interessato con l'eventuale assistenza di altro magistrato. Qualora l'interessato lo richieda, è consentita l'acquisizione di una memoria difensiva in luogo dell'audizione. Nel caso in cui sia stato addotto un giustificato e assoluto impedimento a comparire, la Commissione, anche alla luce degli accertamenti eventualmente disposti, fissa una nuova convocazione per altra seduta;

e) deposito dei relativi atti al termine dell'istruttoria, con avviso all'interessato della facoltà di prenderne visione, ottenerne copia e presentare controdeduzioni scritte entro un termine non superiore a dieci giorni dalla ricezione del predetto avviso, prorogabile una sola volta di altri 10 giorni per giustificato motivo. Fermo quanto previsto in questa stessa lettera e), prima del deposito degli atti, all'interessato che ne faccia richiesta può essere rilasciata copia delle dichiarazioni dallo stesso rese in sede di audizione, con esclusione, ad insindacabile giudizio della Commissione, di ogni dichiarazione diversa da quelle dell'interessato;

f) valutazione delle risultanze istruttorie e relativa proposta della Commissione;

g) avviso all'interessato della data fissata per la seduta del Consiglio nel corso della quale avrà diritto di essere sentito con l'eventuale assistenza di altro magistrato subito dopo la relazione e prima del di- battito, restando impregiudicato il potere del Consiglio di convocarlo ugualmente in caso di ritenuta necessità;

h) delibera motivata del Consiglio sulla proposta della Commissione.

in ottemperanza al disposto dell'art. 42 del Regolamento Interno[22] a sua volta modificato con deliberazione del 26 settembre 2016. (*Circolare n. P. -14430 del 28 luglio 2017 -Delibera del 26 luglio 2017).*

L'intento sotteso alla recente novella è chiarito nella Relazione di accompagnamento nella quale sono esplicitati gli obiettivi: a) "*disciplinare le fasi del procedimento secondo un criterio di efficienza ed i principi del giusto procedimento; b) prevedere termini perentori entro cui ciascuna fase del procedimento deve trovare conclusione e gli effetti della loro scadenza".*

La citata Relazione illustra, altresì, le principali novità introdotte così indicate:

"Il diritto di accedere agli atti del fascicolo successivamente all'apertura del procedimento e non solo al termine della istruttoria, come è previsto nella delibera oggi in vigore, con una significativa anticipazione dei diritti di trasparenza e di consapevole partecipazione dell'interessato al procedimento;

L'individuazione degli elementi da prendere in considerazione nella motivazione dei provvedimenti che concludono le varie fasi del procedimento, per finalità di efficienza, di ragionevole durata della fase, nonché di trasparenza dell'azione amministrativa;

Il diritto dell'interessato alla comunicazione del provvedimento di archiviazione dopo l'apertura del procedimento, in un'ottica di trasparenza dell'azione amministrativa;

L'individuazione di termini perentori entro i quali le singole fasi si devono concludere, con la conseguente archiviazione del procedimento per estinzione in caso di inutile superamento degli stessi. L'individuazione di detti termini deve contemperare un'esigenza di ragionevole e certa durata del procedimento nell'interesse pubblico e privato, del magistrato interessato, di evitare che situazioni di opacità nell'esercizio della funzione giurisdizionale possano protrarsi ad libitum,

[22] L'art. 42 Reg. Int. così recita: 1. La procedura di cui all'art. 2, comma 2, del R.D.L.gs. 31 maggio 1946, n. 511, in materia di trasferimento di ufficio è regolata da un'apposita circolare, approvata dal Consiglio su proposta della Prima commissione, con la quale vengono articolate le fasi separate di esame, improntandone lo svolgimento al criterio di efficienza ed al rispetto dei principi del giusto procedimento.

2. Con la medesima circolare sono indicati i termini perentori entro i quali ciascuna fase del procedimento deve trovare conclusione e gli effetti della loro scadenza, nonché il termine ultimo oltre il quale il Consiglio è comunque chiamato a deliberare sulla proposta della Commissione.

3. La procedura di trasferimento di ufficio, non può comunque essere avviata o proseguita quando, a seguito di trasferimento a domanda ad altra sede o ad altro ufficio, la Commissione ha accertato che sono venute meno le ragioni di incompatibilità, nonché in ogni caso in cui la situazione di incompatibilità è stata creata allo scopo di provocare il trasferimento di ufficio".

con quella di efficienza dell'azione amministrativa che richiede tempi adeguati per lo svolgimento di istruttorie spesso non prive di complessità. La previsione dei termini è altresì correlata alla necessaria verifica dell'attualità della lesione del valore dell'indipendenza e di quello dell'imparzialità nello svolgimento delle funzioni da parte del magistrato".

L'art. 1) Casi in cui non può essere iniziato o proseguito il procedimento.

Venendo ora alla disciplina di dettaglio, lo svolgimento di alcune considerazioni non può prescindere da una lettura congiunta del vecchio e il nuovo testo della Circolare oggetto di esame.

L'art. 1 individua le ipotesi in cui il trasferimento non può essere disposto, iniziato o proseguito. Al comma 1 è stabilito che "*ai fini ed agli effetti del trasferimento d'ufficio ex art 2 R.D.L.gs. 31 maggio 1946, n. 511 non può essere preso in considerazione il merito delle decisioni adottate dal magistrato nell'esercizio dell'attività giudiziaria"*.

L'articolo ricalca sostanzialmente il testo previgente operando, nel contempo, una sostituzione e una specificazione.

La sostituzione è consistita nell'inserire le parole "attività giurisdizionale" al posto di "attività giudiziaria".

La specificazione riguarda i provvedimenti adottati nell'esercizio della funzione giudiziaria e stabilisce che non potrà essere preso in considerazione il merito delle decisioni adottate dal magistrato nell'esercizio dell'attività giudiziaria sottraendo, perciò, dal catalogo delle situazioni rilevanti e dunque legittimanti l'inizio della procedura di trasferimento d'ufficio, quelle connotate da censure involgenti la sostanza e la valutazione contenutistica del provvedimento giudiziario, escludendo così qualsivoglia tipo di sindacato eccentrico rispetto a quello previsto nel sistema ordinamentale.

Le richiamate sostituzione e specificazione – seppur non epocali, non essendo mai stata esclusa dal concetto di attività giurisdizionale quella svolta dai magistrati requirenti - non paiono superflue nella misura in cui, insieme al mancato richiamo ai casi di "dolo o di errore determinato da colpa grave", contenuto nel testo previgente, contribuiscono a definire più compiutamente il perimetro di applicazione dell'istituto.

La soppressione dei casi riconducibili a dolo o a errore determinato da colpa grave, cioè a condotte suscettibili di rimprovero, parrebbe indurre l'interprete a ritenere che il Consiglio abbia

finalmente reso chiaro a sé stesso la differenza di presupposti e condizioni e, di conseguenza, la natura ontologicamente diversa del trasferimento d'ufficio per incompatibilità ambientale e/o funzionale rispetto al trasferimento disciplinare nelle sue due distinte declinazioni: provvedimento cautelare e provvedimento sanzionatorio di natura accessoria[23].

I commi 2 e 3 prevedono l'ipotesi, già contenuta nella Circolare del 1991, in cui il magistrato abbia chiesto volontariamente il trasferimento disponendo in tal caso che il procedimento di trasferimento d'ufficio "*non può essere iniziato o proseguito qualora, a seguito di trasferimento a domanda ad altra sede o ad altro ufficio, siano venute meno le ragioni di incompatibilità. Il provvedimento che ne prende atto, dà conto dell'avvenuto trasferimento e del venir meno, nella sede o nell'ufficio ove il magistrato si è trasferito, delle ragioni di incompatibilità*". È poi precisato che "*quando non ricorrono ragioni di urgenza e nella domanda di trasferimento volontario dell'interessato ricorrono tutti gli elementi per l'accoglimento, la Commissione può disporre la sospensione del procedimento di trasferimento d'ufficio, deliberandone la chiusura dopo l'avvenuto trasferimento a domanda".*

Il nuovo articolato integra il vecchio testo con il riferimento alla necessità che la delibera che prende atto del trasferimento c.d. "in prevenzione" deve esplicitare e chiarire i motivi della cessazione della situazione di incompatibilità. Tale aggiunta positivizza la prassi consiliare in tal senso, considerato che tutte le delibere aventi ad oggetto l'archiviazione di procedure aperte ai sensi dell'art. 2 contenevano nel corpo motivazionale le argomentazioni del venir meno delle ragioni di incompatibilità.

In tale solco parrebbe collocarsi l'ulteriore ipotesi di sospensione in relazione all'istituto dell'applicazione[24], ricavata, stando a quanto si legge nella Relazione, "dalla casistica della Prima Commissione".

---

[23] Cfr. art. 13 co. 1 e 2 D.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109

[24] La materia è disciplinata dalla "Circolare sulle applicazioni e supplenze negli uffici giudiziari, tabelle infradistrettuali e magistrati distrettuali". *(Circolare n. P. n. 19197 del 27 luglio 2011- Delibera del 21 luglio 2011 e succ. mod. al 17 ottobre 2013, limitatamente all'all. A).* L'art. 1 così recita: "*L'applicazione è l'istituto al quale si fa ricorso per esigenze di servizio dell'ufficio imprescindibili e prevalenti, indipendentemente dalla integrale copertura del relativo organico, assenza o impedimento dei magistrati dell'ufficio. Essa comporta l'inserimento, in via contingente e temporanea per un periodo massimo non superiore di regola a due anni, di uno o più magistrati all'interno di un ufficio diverso da quello di appartenenza. Può, pertanto, farsi ricorso all'istituto dell'applicazione per sopperire a vacanze di organico o per potenziare l'organico di un ufficio. L'applicazione può essere disposta solo nei casi in cui non si possa procedere a supplenza, interna o infradistrettuale, in caso di dimostrata impossibilità di*

Tale previsione, contenuta nel comma 4 dell'art. 1, lascia perplessi per la sua allocazione topografica nonché per il contenuto e il metodo.

Con riguardo al primo aspetto l'ipotesi di sospendere il procedimento di trasferimento d'ufficio in presenza di un provvedimento di applicazione compare, invero, dal nulla, senza che sia spiegata la sua natura e funzione e il relativo impatto.

Sotto il profilo contenutistico e metodologico non ha senso qualificare la sospensione della procedura di trasferimento d'ufficio, collegata alla adozione di un provvedimento di applicazione, come istituto avente natura facoltativa.

È evidente che essendo l'applicazione un rimedio circoscritto in precisi e predeterminati casi e limiti temporali, anche la sospensione del procedimento di trasferimento d'ufficio non può che seguire la stessa sorte. Stanno e si reggono insieme.

Appare, allora, superflua la prima parte del comma 4 allorquando prevede che "*Il provvedimento di applicazione, atteso il carattere temporaneo di quest'ultimo istituto, non può essere equiparato alla domanda di trasferimento e non può determinare il differimento della decisione salvo che, nella situazione concreta, l'applicazione costituisca rimedio temporaneo adeguato alla situazione di incompatibilità verificatasi, tenuto anche conto della durata della stessa e dell'Ufficio giudiziario di destinazione".*

Alla superfluità si aggiunge anche il pleonasmo dell'aggettivo temporaneo riferito al provvedimento di applicazione essendo noto[25], o almeno dovrebbe esserlo, che caratteristica dell'istituto è quella di essere limitato nel tempo.

L'ultima parte del comma 4 dispone, poi, che "*il procedimento resta sospeso per tutta la durata dell'applicazione e riprende all'esito della stessa. La sospensione del procedimento determina la sospensione dei termini di cui all'art. 4 comma 1".*

In assenza di dati statistici non si è in grado di valutare l'impatto di tale novella, non tanto sulla procedura quanto sull'istituto in sé del trasferimento d'ufficio per incompatibilità ambientale e funzionale, anche se sembra potersi sollevare qualche perplessità sulla sua utilità e funzionalità in considerazione della struttura dell'istituto dell'applicazione.

---

ricorso all'assegnazione interna o alla assegnazione congiunta dei magistrati a due o più uffici prevista dalle tabelle infradistrettuali".

[25] Cfr. gli artt. 28 e 37 della Circolare richiamata in nota 3) che disciplinano la durata delle applicazioni distrettuali ed extra distrettuali.

Non è questa la sede per poter affrontare la questione ma non può sottacersi che la novità ha introdotto elementi spuri che potrebbero contaminare il corretto approccio a una materia già di per sé particolarmente delicata da governare tenuto conto dei presupposti soggettivi[26] e oggettivi[27] legittimanti l'adozione del provvedimento di applicazione che potrebbero determinare anche disparità di trattamento pur in presenza di presupposti uguali.

Deve segnalarsi, poi, che la nuova versione della procedura del trasferimento d'ufficio per incompatibilità ambientale e funzionale non contiene più l'ipotesi, pur prevista nel testo della Circolare previgente, che vietava di iniziare o proseguire la procedura "*in ogni caso in cui la situazione d'incompatibilità sia stata creata allo scopo di provocare il trasferimento d'ufficio*".

Nella Relazione di accompagnamento non sono espresse le ragioni di tale soppressione che appare eccentrica considerato che l'art. 42 Reg. Int. al comma 3 prevede esplicitamente che in tale caso "*la procedura di trasferimento di ufficio, non può comunque essere avviata o proseguita".*

Tale singolarità non pare, tuttavia, poter produrre problemi esegetici che potranno essere risolti ricorrendo all'interpretazione sistematica e avendo bene in mente il principio della gerarchia delle fonti.

Il regolamento interno del Consiglio superiore della magistratura è infatti contenuto in un D.P.R. mentre la procedura del trasferimento d'ufficio è atto paranormativo, dunque recessivo dinanzi a fonte sovraordinata.

Corollario necessitato sarà allora quello di non poter iniziare o proseguire la procedura di trasferimento nell'eventualità in cui la situazione d'incompatibilità sia stata creata proprio allo scopo di provocare il trasferimento d'ufficio, sia essa prevista o non nella nuova circolare.

Nella Relazione nulla è detto in ordine a tale omissione, certo è che un maggiore coordinamento sarebbe stato auspicabile, anche considerata la rubrica dell'art. 42 che è stato introdotto in maniera mirata e il cui oggetto è esattamente il "procedimento, ai sensi dell'art. 2, comma 2, del R. d.lgs. 31 maggio 1946, n. 511, in materia di incompatibilità ambientale e funzionale".

[26] Cfr. gli art. 21 e 31 della Circolare richiamata in nota 3) che individuano i Magistrati che possono essere destinati in applicazione distrettuale ed extra distrettuale.

[27] Cfr. gli art. 22 e 32 della Circolare richiamata in nota 3) che elencano i presupposti dell'applicazione distrettuale ed extra distrettuale.

L'art. 2. *Fasi del procedimento.*

L'articolo disciplina le fasi del procedimento distinguendone tre.

Le prime due, "*conoscitiva ed istruttoria*", sono tenute insieme e consistono nello svolgimento di una "*valutazione preliminare conoscitiva della Commissione in ordine agli elementi caratterizzanti la vicenda anche mediante acquisizioni di atti ed assunzione di informazioni, al fine di verificare la sussistenza di elementi idonei a giustificare l'apertura del procedimento".*

La terza fase, "deliberativa", esplicantesi in seno al Consiglio, inizia con l'esame della proposta di trasferimento e si conclude con la decisione che potrà dunque accoglierla, disponendo il trasferimento stesso oppure rigettarla.

Nella seconda parte del comma 2 è previsto, inoltre, che il Plenum adotti al fine di decidere sulla proposta della Commissione "*tutte le necessarie e conseguenti determinazioni. A tal fine* ***la Commissione provvede a convocare la parte*** *ed il difensore per la data della riunione* ***e****, ove ne facciano richiesta,* ***procede alla loro audizione".***

Ciò posto, non è chiaro cosa si voglia intendere con le disposizioni sopra ricordate.

Ora, con riferimento alle "*necessarie e conseguenti determinazioni*" è possibile attribuire loro una interpretazione logica ritenendo, in base ad una lettura sistematica e congiunta con il successivo art. 4 comma 4, che il Plenum "*nel caso in cui ravvisasse l'assoluta necessità del compimento di approfondimenti o atti istruttori, con delibera motivata potrà rimettere gli atti alla Commissione indicando specificamente gli atti da espletare ed assegnando un termine non superiore a mesi tre per il loro espletamento"*.

Tale previsione altro non è che l'esplicitazione del noto istituto del "ritorno in Commissione", già disciplinato dal Reg. int. e normalmente utilizzato proprio nei casi in cui sia necessario un approfondimento istruttorio o una rivalutazione nel merito della proposta, oppure sia necessario integrare la motivazione della proposta di delibera.

L'interpretazione sistematica non viene in ausilio, invece, per l'esegesi della disposizione dell'ultima parte del citato comma 2 nella quale si attribuisce alla Commissione il potere di convocare la parte e il difensore per la data della riunione (*rectius* seduta di Consiglio o Plenum

per evitare confusione con i lavori della Commissione), e ove ne facciano richiesta, procedere alla loro audizione.

Se questo è il testo, non è possibile comprendere come possa la Commissione, nel corso di svolgimento della seduta di Plenum, procedere all'audizione del magistrato e del suo difensore.

Riesce anche difficile comprendere perché il difensore dovrebbe chiedere la propria audizione non essendo egli sottoposto alla procedura di trasferimento d'ufficio.

Ritornando ora alla fase conoscitiva ed istruttoria *"tale fase si caratterizza per l'assenza di contraddittorio e di pubblicità e può concludersi con provvedimento di archiviazione, che dà conto in maniera succinta, degli elementi di fatto emersi e delle ragioni per cui non sussistono i presupposti per l'apertura del procedimento*".

Al comma 1.1.2 è disposto che "*l'archiviazione può essere o meno accompagnata dalla trasmissione degli atti ai titolari dell'azione disciplinare, laddove si individuano fatti di astratta rilevanza sotto tale profilo*".

Anche qui la Circolare pare approntare una regolamentazione non in sintonia con quella stabilita nell'art. 50 Reg. int.[28] che disciplina le "comunicazioni ai titolari dell'azione disciplinare".

La Circolare attribuisce alla Commissione la facoltà di trasmettere gli atti ai titolari dell'azione disciplinare nel caso di archiviazione "*laddove si individuano fatti di astratta rilevanza sotto tale profilo",* tacendo peraltro sulle modalità di trasmissione, mentre il comma 1 dell'art. 50 Reg. Int. statuisce che se dall'attività istruttoria compiuta dalle Commissioni nell'ambito delle rispettive attribuzioni, risultano fatti suscettibili di valutazione in sede disciplinare, la Commissione competente trasmette gli atti al Vicepresidente per l'inoltro ai titolari dell'azione disciplinare.

[28] Art. 50. Comunicazioni ai titolari dell'azione disciplinare.

1. Se dall'attività istruttoria compiuta dalle Commissioni nell'ambito delle rispettive attribuzioni o dal Consiglio in sede di esame conclusivo di una pratica, risultano fatti suscettibili di valutazione in sede disciplinare, la Commissione competente trasmette gli atti al Vicepresidente per l'inoltro ai titolari dell'azione disciplinare.

2. I titolari dell'azione disciplinare vengono comunque informati mediante l'inserimento della pratica all'ordine del giorno del Consiglio circa l'esistenza degli esposti relativi alla condotta di magistrati, cui non abbia fatto seguito attività istruttoria delle Commissioni. I relativi atti rimangono depositati nella segreteria della Commissione per trenta giorni a disposizione dei titolari dell'azione disciplinare.

3. La comunicazione ai titolari dell'azione disciplinare non implica alcuna valutazione da parte del Consiglio sulle responsabilità disciplinari che possono eventualmente risultare.

È evidente che le disposizioni richiamate stridono logicamente e appaiono reciprocamente dissonanti prevedendo l'una l'attribuzione di una facoltà, laddove l'altra non lascia spazio a margini di discrezionalità disponendo che la Commissione competente, nella fase indicata, "*trasmette gli atti al Vicepresidente"*.

Non si comprende, cioè, la logica posta a base della diversità di trattamento della identica attività per il solo fatto che essa scaturisca durante la fase istruttoria o quella decisionale, atteso che quest'ultima è, tendenzialmente, l'epilogo della prima.

Ne risulta una disciplina contraddittoria, confusa e disorganica a fronte di situazioni omogenee.

Anche qui, però, soccorrono i criteri ermeneutici sopra ricordati e dunque è possibile ritenere che il comma 1.1.2 della nuova Circolare, ponendosi in contrasto con l'art. 50 Reg. Int., non possa trovare applicazione perché in conflitto con norma di rango superiore disciplinante la medesima materia. D'altra parte, anche se la Commissione decidesse che l'archiviazione non debba essere accompagnata dalla trasmissione degli atti al Ministro e al Procuratore generale presso la Corte di cassazione, tale decisione sarebbe comunque inutilmente adottata atteso che la questione della trasmissione degli atti ai titolari dell'azione disciplinare è compiutamente regolamentata dall'ormai noto art. 50 Reg. Int. sia nell'ipotesi in cui la Commissione svolga istruttoria sia nell'ipotesi in cui decida di non espletare attività conoscitiva.

Posto, dunque, che l'archiviazione può essere deliberata con o senza istruttoria è indubitabile che i titolari dell'azione disciplinare sarebbero comunque posti a conoscenza di fatti sussumibili astrattamente in fattispecie disciplinari.

Nel primo caso, ne avrebbero contezza alla stregua del comma 1 dell'art. 50 Reg. int. laddove è disposto che "*la Commissione competente trasmette gli atti al Vicepresidente per l'inoltro ai titolari dell'azione disciplinare*"; nel secondo caso apprenderebbero i fatti ai sensi del comma 2 del medesimo articolo che prescrive "*I titolari dell'azione disciplinare vengono comunque informati mediante l'inserimento della pratica all'ordine del giorno del Consiglio circa l'esistenza degli esposti relativi alla condotta di magistrati, cui non abbia fatto seguito attività istruttoria delle Commissioni. I relativi atti rimangono depositati nella segreteria della Commissione per trenta giorni a disposizione dei titolari dell'azione disciplinare".*

Nessun particolare problema pone il testo dell'articolo nei commi seguenti che si connotano per l'utilizzo di termini di volta in volta diversi pur riferendosi a medesimi soggetti o stesse circostanze.

È il caso del soggetto sottoposto alla procedura di trasferimento d'ufficio che viene indicato inizialmente come "l'interessato" e poi come magistrato per ritornare successivamente denominato come "l'interessato".

Analogamente per la fase deliberante svolgentesi in seno al Plenum, che è definita inizialmente assemblea plenaria e poi riunione.

L'art. 3. Concorso dell'azione disciplinare o penale.

Si occupa del "concorso dell'azione disciplinare o penale" disponendo che "*qualora per i medesimi fatti oggetto della comunicazione di apertura del procedimento ex art 2 Legge Guarentigie è stata esercitata l'azione disciplinare o l'azione penale, la Commissione, con provvedimento motivato, sospende il procedimento*".

L'articolo in commento, parrebbe reintrodurre la cosiddetta pregiudiziale disciplinare[29] aggiungendovi anche quella penale.

È qui sufficiente ricordare, in considerazione del carattere dello scritto che non consente un particolare approfondimento[30] che l'istituto della pregiudiziale nell'ipotesi di concorso tra il procedimento amministrativo di trasferimento di ufficio e il processo disciplinare era stato espunto dalla circolare del Consiglio superiore della magistratura disciplinante il procedimento di trasferimento officioso, sulla scorta di una riconsiderazione della natura propria dell'istituto disciplinato dall'art. 2 legge delle guarentigie, del quale era sottolineata la diversità di presupposti ed effetti rispetto al procedimento disciplinare.

Analogo argomento vale per i rapporti con il procedimento penale.

[29] Tale istituto era previsto nella delibera del Consiglio superiore della magistratura del 5 dicembre 1972, concernente i criteri interpretativi dell'art. 2 l.g.., che prevedeva la sospensione della procedura di trasferimento nell'ipotesi in cui contestualmente iniziasse per gli stessi fatti il procedimento disciplinare a carico del magistrato. La circolare prevedeva alla lettera b) «che nel caso di interferenza del provvedimento in esame e quello disciplinare, sempre che ricorra una sostanziale identità dei fatti da valutare, resti sospesa, l'applicazione del citato art. 2».

[30] Per una più compiuta ricostruzione dell'istituto della pregiudiziale in relazione al trasferimento d'ufficio cfr. M. ARCURI, *L'inamovibilità dei magistrati. Il trasferimento d'ufficio per incompatibilità ambientale e funzionale*, Milano, 2014, pagg. 56 e segg.

La già rassegnata Relazione di accompagnamento alla circolare non offre chiarimenti in ordine ai motivi posti alla base della reintroduzione del ricordato principio limitandosi laconicamente a riportare il testo dell'art. 3, lasciando così l'interprete privo di coordinate logico-giuridiche.

Le modalità di coordinamento dei rapporti tra trasferimento d'ufficio per incompatibilità ambientale e funzionale e il procedimento disciplinare e, di conseguenza per le ragioni esposte, con il procedimento penale sono stabilite dalla normativa primaria allorquando, dopo aver provveduto alla tipizzazione degli illeciti disciplinari e alla modifica dell'art. 2 della legge delle guarentigie, ha imposto che "*per fatti astrattamente riconducibili alle fattispecie disciplinari previste dagli articoli 2, 3 e 4, del presente decreto, sono trasmessi al Procuratore generale della Repubblica presso la Corte di cassazione per le sue determinazioni in ordine all'azione disciplinare".*[31]

Una riflessione si impone, poi, nel caso in cui la prima Commissione, valutata la sussistenza dei medesimi fatti oggetto della comunicazione di apertura del procedimento ex art 2 Legge Guarentigie per i quali è stata esercitata l'azione disciplinare o l'azione penale, deliberi di sospendere il procedimento di trasferimento.

Nel caso di specie nulla è detto in ordine ai tempi di sospensione e ad eventuali termini di decadenza o estinzione della procedura con buona pace dei criteri ai quali dovrebbe essere ispirata e dichiara di essere informata la circolare in argomento.

Tale stato di cose determina pregiudizi esiziali per il magistrato che per accidente si trovi ad essere destinatario di una comunicazione di apertura del procedimento di trasferimento. Si pensi ad esempio alle possibili ricadute negative nel caso in cui il magistrato abbia presentato richiesta di autorizzazione per un incarico extragiu- diziario che potrebbe essergli negata in considerazione del previsto[32] "invio della relativa comunicazione dell'inizio della procedura di trasferimento

[31] Cfr art. 26 D. Lgs. 23 febbraio 2006, n. 109.

[32] Cfr. la nuova circolare in materia di incarichi extragiudiziari n. P-19942 del 3 agosto 2011 (delibera del 27 luglio 2011). Nonché la circolare avente ad oggetto «Applicabilità del D.P.R. del 17 luglio 1998 artt. 10 ed 11, in relazione alla nomina di magistrato affidatario e/o collaboratore per il tirocinio dei magistrati ordinari» (delibera del 21 dicembre 2011). È peraltro opportuno riportare anche quanto stabilito nella delibera del 27 giugno 2012 che, riaffermando la vigenza della circolare sopra ricordata del 21 dicembre 2011, ha stabilito che «il trasferimento disposto ai sensi dell'articolo 2 regio decreto legislativo 31 maggio 1946 n. 511, non è mai ostativo di per sé, ma deve essere valutato sempre in modo complessivo dal Consiglio». Si potrebbe dunque chiosare che se il procedimento non ci fosse, in assenza di altri impedimenti e sussistendone i presupposti, l'incarico o la designazione sarebbero

d'ufficio nel caso previsto dalla seconda parte del primo capoverso dell'art. 2, R.D. Lgs. 31 maggio 1946, n. 511"; nell'ipotesi in cui "la pendenza di detto procedimento, per la gravità del fatto o per la relazione tra il fatto e la natura dell'incarico, pregiudica perciò solo la credibilità del magistrato o il prestigio dell'ordine giudiziario". Analogamente nell'ipotesi in cui il magistrato abbia la possibilità di essere nominato collaboratore o affidatario dei magistrati in tirocinio e dunque esplicare un'utile e commendevole attività nell'ambito della formazione professionale. Anche in tale ultima fattispecie si applica la disposizione sopra ricordata.

L'art. 4. Termini del procedimento.

La relazione lo qualifica come "*l'articolo maggiormente innovativo della circolare, atteso che esso prevede, in un'ottica di ragionevole durata del procedimento amministrativo e di oggettiva tutela dell'interessato, termini perentori entro i quali le diverse fasi della attività della Commissione e dell'Assemblea plenaria devono concludersi".*

L'apprezzabile intento di circoscrivere in un periodo prestabilito l'esame del procedimento di trasferimento d'ufficio per incompatibilità ambientale e/o funzionale pare, però, già abbandonato fin dall'esordio dell'articolo in commento laddove al comma 1 dell'articolo stabilisce che "*La fase conoscitiva ed istruttoria deve concludersi nel termine di mesi sei che decorre dalla data fissata dal Presidente per lo svolgimento della relazione da parte del componente assegnatario del procedimento, con eventuali richieste istruttorie.*

Fissato, allora, il termine perentorio, sorge il problema di individuare il giorno dal quale tale termine deve decorrere non essendo sufficiente aver individuato il *dies a quo* nella data fissata dal Presidente per lo svolgimento della relazione da parte del componente assegnatario del procedimento.

Tale data è, invero, un momento temporale incerto, un termine "mobile" per cosi dire, non rinvenendosi alcuna disposizione immediatamente prescrittiva che impone l'esame del fascicolo e stabilisce criteri oggettivi e predeterminati per l'assegnazione delle pratiche e, tanto meno, per la

consentiti.

determinazione della data dalla quale far decorrere il termine di sei mesi, non potendosi reputare tale la disciplina posta dagli artt. 55 co. 3, e 58 co. 1 Reg. int.[33]

Essendo questa la previsione normativa, appare di tutta evidenza che il giorno dal quale deve decorrere il termine di sei mesi entro il quale devono concludersi la fase conoscitiva ed istruttoria, non può essere utilmente individuato, essendo rilasciato alla discrezionalità del Presidente la Commissione stabilire la data per lo svolgimento della relazione da parte del componente assegnatario del procedimento.

Né può ritenersi strumento efficace l'obbligo, posto a carico dello stesso Presidente, di disporre l'iscrizione della pratica nel registro elettronico della Commissione, indicandone il relatore, nonché l'inserimento all'ordine del giorno della Commissione.

Tale ultimo adempimento, in particolare, non vale a fissare il termine "mobile", atteso che ad esso deve seguire l'inserimento delle pratiche nel "programma dei lavori" della Commissione nel quale è indicato il numero di sedute previste per ciascuna settimana, nonché le pratiche di cui si prevede la trattazione secondo quanto previsto nell'art. 58 reg. int.

Non è, dunque, sancito alcun obbligo né alcuna norma immediatamente precettiva dotata di sanzione che imponga, nonostante l'iscrizione all'ordine del giorno e il suo inserimento nel programma dei lavori, la trattazione della pratica. Questa è peraltro la prassi vigente in seno al Consiglio.

Sarebbe, allora, stato più semplice e maggiormente rispondente ai criteri di efficienza e giusto procedimento, indicati quali obiettivi della Circolare, individuare il *dies a quo* nella data di iscrizione della pratica nel registro elettronico della Commissione, oppure nella data di inserimento della pratica all'ordine del giorno della Commissione o, ancora, nel giorno in cui è prevista nel programma dei lavori la trattazione della pratica.

[33] L'art. 55 - Assegnazione delle pratiche alle Commissioni, stabilisce al co. 3 che "Il Presidente di ogni Commissione assegna ogni pratica, tranne quelle sulle quali ritiene di riferire egli stesso, a uno o più relatori tra i componenti la Commissione, secondo i criteri oggettivi stabiliti da quest'ultima. Di ciascuna pratica, il Presidente dispone l'iscrizione nel registro elettronico della Commissione, indicandone il relatore; dispone altresì l'inserimento della pratica all'ordine del giorno della Commissione". L'Art. 58 - Programma dei lavori di Commissione prevede al co. 1. "Il programma dei lavori di ciascuna Commissione è predisposto con cadenza quindicinale o mensile. Vi è indicato il numero di sedute previste per ciascuna settimana, nonché le pratiche di cui si prevede la trattazione".

La soluzione maggiormente rispondente ai principi e criteri richiamati e sottratta o ogni condizionamento, pare però quella di far decorrere il *dies a quo* dall'iscrizione della pratica nel registro elettronico della Commissione.

È, poi, prevista la possibilità che "*nel caso di motivata grave necessità tale termine può essere prorogato per non più di una volta e per un periodo di massimo mesi tre".*

Ad oggi, anche in considerazione del breve periodo trascorso dall'entrata in vigore della nuova procedura, non si hanno elementi per definire compiutamente il significato della "grave necessità" con la conseguenza che solo la prassi permetterà di riempire di contenuto tali lemmi.

Ciò posto tale previsione pare caratterizzata da eccessiva genericità non potendosi ritenere sufficiente a superare la censura di indeterminatezza il previsto obbligo di motivazione sul punto.

Meglio sarebbe stato individuare circostanze obiettivamente valutabili come ad esempio l'oggettiva impossibilità di concludere l'istruttoria nel termine prescritto o la sua particolare complessità, senza ritenerle ipotesi tassativamente previste lasciando spazio ad altri casi riconducibili a una *ratio* comune.[34]

[34] Viene qui in rilievo tutta l'attività istruttoria che la Commissione può svolgere avvalendosi delle facoltà concesse dal Reg. Int. Art. 64 – Incombenti istruttori.

1. Quando una Commissione lo ritiene necessario, per istruire convenientemente una pratica che le è stata assegnata, può richiedere informazioni e chiarimenti a un Consiglio giudiziario o al Consiglio direttivo della Cassazione, al Primo Presidente o al Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione, al Presidente o al Procuratore Generale della Corte di Appello, al Presidente o al Procuratore della Repubblica del Tribunale e al magistrato interessato. Il Presidente della Commissione provvede alle comunicazioni conseguenti.

2. Se la Commissione ritiene necessario invitare a presentarsi alla Commissione stessa, per essere sentiti, i dirigenti degli uffici giudiziari sopraindicati, il magistrato interessato o altri magistrati, ovvero inviare sul posto uno o più dei suoi componenti per indagini, oppure avvalersi dell'Ispettorato presso il Ministero della giustizia, ovvero effettuare visite ai distretti e agli uffici giudiziari per le questioni di propria competenza, dispone in conformità. La deliberazione è comunicata tempestivamente, oltre che ai Consiglieri, al Comitato di

Presidenza, che può assumere le iniziative volte a garantire il coordinamento con le attività delle altre Commissioni.

3. Per i fini di cui ai commi 1 e 2 la Commissione può sentire i Consigli degli Ordini degli Avvocati per informazioni e chiarimenti, previa la comunicazione di cui al comma 2.

4. Può altresì richiedere informazioni e chiarimenti ad autorità amministrative, funzionari e dipendenti dello Stato e di enti pubblici, nonché procedere all'audizione di privati.

5. Su proposta del Presidente, del relatore o di altro componente la Commissione, quest'ultima, con deliberazione unanime, può delegare l'istruttoria della pratica a uno o più componenti, eventualmente impartendo loro le direttive ritenute necessarie.

6. Nel caso previsto dal comma 5, il Presidente o la Commissione impartiscono le opportune istruzioni per la tempestiva comunicazione agli altri componenti la Commissione degli atti istruttori che il relatore delegato intende compiere, diversi dall'acquisizione di documentazione presente negli atti del Consiglio e dalla richiesta di documenti ai dirigenti degli uffici giudiziari, al Consiglio direttivo della Corte di Cassazione o ai Consigli giudiziari. Per avvalersi dell'Ispettorato istituito presso il Ministero della giustizia, ai sensi dell'art. 8 della legge 24 marzo 1958, n. 195, è sempre necessaria la previa deliberazione della Commissione. Per l'espletamento degli altri incombenti

Si pensi all'ipotesi in cui si siano richieste informazioni e chiarimenti a un Consiglio giudiziario o al Consiglio direttivo della Cassazione, al Primo Presidente o al Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione, al Presidente o al Procuratore Generale della Corte di Appello, al Presidente o al Procuratore della Repubblica del Tribunale e al magistrato interessato, al Consiglio dell'ordine degli avvocati e le risposte non siano comunicate nel termine previsto.

Oppure il caso in cui la Commissione abbia deliberato di avvalersi dell'Ispettorato istituito presso il Ministero della giustizia e in considerazione della complessità dell'attività non sia possibile concludere l'istruttoria allo spirare del termine dei sei mesi.

Non suscita particolari perplessità il comma 3 secondo cui il termine di tre mesi, entro il quale l'assemblea plenaria deve deliberare, decorre dalla avvenuta trasmissione della proposta.

Il termine pare eccessivo rispetto ai sei mesi previsti per la fase conoscitiva e istruttoria ma forse la giustificazione la si può rinvenire nella considerazione che la trasmissione della proposta non corrisponde all'inserimento della stessa nell'Ordine del giorno dell'Assemblea plenaria e che la formazione dello stesso è subordinato all'assenso del Presidente della Repubblica. Ne consegue che può verificarsi uno iato temporaneo, e nella pratica si verifica, magari anche per un segmento temporale apprezzabile tra la trasmissione della proposta e il suo inserimento all'ordine del giorno. Resta il fatto, se anche così fosse, che il termine massimo di tre mesi per giungere alla conclusione del procedimento nella forma della delibera dell'Assemblea plenaria è eccessivo sia in assoluto sia in rapporto alle fasi precedenti.

---

istruttori di cui ai commi 2, 3 e 4, deve essere data a tutti i componenti del Consiglio tempestiva comunicazione dell'incombente istruttorio ed eventualmente della data e del luogo fissato per l'esecuzione di esso.

7. Nel caso di opposizione di un componente la Commissione all'espletamento di un incombente istruttorio, sulla questione decide la Commissione.

8. Se in corso di svolgimento di un incombente istruttorio, di un'audizione o di altra attività, un componente del Consiglio ritiene di rivolgere un quesito o domandare che sia riportata a verbale una dichiarazione, il Presidente della Commissione adotta le opportune determinazioni per garantire l'ordinato svolgimento dell'attività e, soltanto laddove riscontri il rischio di una violazione di legge, rimette la decisione alla Commissione.

9. Su proposta del Presidente, del relatore o di altro componente la Commissione, quest'ultima, con deliberazione unanime, può delegare al relatore o ai relatori l'espletamento di singoli incombenti, previa la comunicazione di cui al comma 6.

10. Nelle ipotesi previste dai commi 2, 3, 4 e 8, ogni componente del Consiglio ha facoltà di assistere e partecipare all'espletamento delle audizioni, anche se queste si svolgano fuori sede, e ha facoltà di prendere parte alle visite ai distretti e agli uffici giudiziari.

11. Fermo restando quanto disposto dall'art. 62, comma 3, nei casi di urgenza, laddove non sia possibile la convocazione immediata della Commissione, il suo Presidente, sentito il Vicepresidente del Consiglio Superiore, può disporre l'assunzione immediata di informazioni o di una relazione scritta. La determinazione del Presidente viene sottoposta alla ratifica della Commissione nella prima seduta utile successiva.

Il comma 4 parrebbe introdurre una novità con la previsione della facoltà dell'Assemblea nel caso in cui ravvisi l'assoluta necessità del compimento di approfondimenti o atti istruttori. In tale ipotesi è previsto che con delibera motivata potrà rimettere gli atti alla Commissione indicando specificamente gli atti da espletare ed assegnando un termine non superiore a mesi tre per il loro espletamento. L'assemblea provvederà, dunque, alle deliberazioni di propria competenza entro il termine massimo di giorni trenta dalla avvenuta trasmissione della nuova proposta.

Invero tale fattispecie altro non è che la specificazione e applicazione particolare al procedimento di trasferimento d'ufficio per incompatibilità ambientale e/o funzionale, del potere già riconosciuto al Plenum nella prassi indicato come "ritorno in Commissione".

Nuova è, invece, la previsione della sospensione dei termini dal 31 luglio al 1 settembre di ogni anno cui si aggiunge l'ulteriore ipotesi di sospensione allorquando sia l'interessato a chiedere un rinvio al fine di depositare memorie o per qualsiasi atto istruttorio. Nella specie i termini rimangono sospesi fino alla nuova data fissata per l'espletamento dell'incombente.

La formulazione del comma 6 non pare, da ultimo, esempio da prendere in considerazione per la redazione di testi normativi.

Stabilisce, infatti, che "*l'inutile superamento dei detti termini produce l'archiviazione del procedimento per estinzione, senza possibilità di riapertura, salvo elementi sopravvenuti, in presenza dei quali decorrono nuovamente i termini di cui ai commi precedenti."*

Improprio appare il riferimento all'inutile superamento dei termini.

Invero analoga disposizione è contenuta nell'art. 2 co. 9 ter della L. 2 l. 7.8.1990 n. 241, che attribuisce al privato, "*decorso inutilmente il termine per la conclusione del procedimento"*, la facoltà di "*rivolgersi al responsabile di cui al comma 9-ter perché, entro un termine pari alla metà di quello originariamente previsto, concluda il procedimento attraverso le strutture competenti o con la nomina di un commissario"*[35].

È allora evidente che il carattere dell'inutilità del superamento, meglio sarebbe stato scrivere decorrenza, del termine è fuori luogo nell'ambito del procedimento di trasferimento d'ufficio per

[35] Art. 9-*ter*. Decorso inutilmente il termine per la conclusione del procedimento o quello superiore di cui al comma 7, il privato può rivolgersi al responsabile di cui al comma 9-*bis* perché, entro un termine pari alla metà di quello originariamente previsto, concluda il procedimento attraverso le strutture competenti o con la nomina di un commissario.

incompatibilità ambientale e/o funzionale essendo il richiamato sostantivo riferito a una situazione diversa da quella nella quale l'inutilità assume una specifica e rilevante valore che si concretizza nell'attribuire al privato la facoltà descritta.

Non si comprende, ancora, come possa "l'inutile superamento dei detti termini" produrre "archiviazione del procedimento per estinzione".

L'archiviazione, invero, non è un "fatto" che può "prodursi" meccanicamente e in maniera automatica a seguito del verificarsi di un fenomeno fattuale quale il decorso del tempo, bensì un atto e più correttamente l'atto conclusivo del procedimento amministrativo in questione che necessita e presuppone un'attività ricognitiva del suo verificarsi, benché trovi il proprio fondamento giuridico nel decorso dei termini.

Inutile appare anche la previsione della riapertura del procedimento atteso che il provvedimento di archiviazione in sede amministrativa non opera alcuna preclusione, né sostanziale né procedurale, ben potendo la Prima Commissione, sussistendone i presupposti di fatto e di diritto, disporre la riapertura della pratica.[36]

Al di là della singolare articolazione della disposizione è chiaro che il procedimento si estingue se nel termine stabilito esso non si conclude con una delibera di Plenum, con la conseguenza obbligata che il procedimento dovrà essere archiviato per l'intervenuto decorso del termine.

Art. 5. *Disposizioni transitorie.*

Riafferma il principio generale secondo il quale la circolare si applica ai procedimenti aperti in Prima commissione successivamente alla sua entrata in vigore.

Art 6. *Disposizioni abrogate.*

Prevede l'abrogazione esplicita della delibera del 18 dicembre 1991 recante: "*Applicazione della procedura dell'art. 2 Legge Guarentigie*".

[36] cfr. M. ARCURI, *op. cit.* pag. 58.

SARA GATTO

Dignità delle condizioni di lavoro dei magistrati onorari in servizio

1. Premessa. - 2. Riforma della magistratura onoraria. La mancata previsione di un effettivo doppio binario. - 3. I problemi di funzionamento per gli Uffici Giudiziari. - 4. Le soluzioni praticabili. - 5. Conclusioni.

Premessa.

La magistratura onoraria è composta da più di cinquemila professionisti (per la quasi totalità da avvocati) che svolgono una funzione giurisdizionale di ausilio o, in alcuni casi, autonoma rispetto alla magistratura di carriera.

Una delle caratteristiche principali di tale categoria di magistrati è la rinnovabilità dell'incarico ed un sistema di retribuzione strettamente collegato all'attività svolta, ossia "a cottimo".

Orbene, nell'ultimo ventennio si è verificata una sorta di anomalia in quanto quella che era la temporaneità dell'incarico di tale categoria è stata per così dire stravolta, per necessità collegate al funzionamento degli Uffici Giudiziari, ricorrendo all'istituto delle proroghe annuali, con la conseguenza che attualmente vi sono magistrati onorari che hanno svolto il loro incarico per vent'anni.

Nel corso di questi anni vi è stato, pertanto, un sempre crescente impiego della magistratura onoraria, caratterizzato da interventi di normazione primaria e secondaria che hanno previsto una maggiore attribuzione di competenze.

A fronte di questo, il legislatore non è intervenuto con una disciplina organica ma si è limitato a rinviare, con proroghe annuali, il definitivo inquadramento di questi magistrati, aggravando così la situazione di precarietà per quelli in servizio, fino a regolamentare la materia con l'attuale riforma.

2. La riforma della magistratura onoraria. La mancata previsione di un effettivo sistema di doppio binario.

Il recente decreto legislativo n. 116 del 31 luglio 2017, attuativo della legge delega n. 57 del 28 aprile 2016 di riforma della magistratura onoraria, è intervenuto in modo incisivo nell'organizzazione degli uffici giudiziari - disattendendo i rilievi e le richieste della magistratura onoraria – e condizionandone, non in meglio, il funzionamento.

La *ratio* sottostante al decreto è, infatti, quella di prevedere un impiego eccezionale della magistratura onoraria presso gli uffici giudiziari.

In realtà, quello che la magistratura onoraria in servizio chiedeva e chiede al legislatore è di trovare una soluzione c.d. dignitosa per coloro i quali, con il sistema delle proroghe annuali, hanno svolto per innumerevoli anni dette funzioni, acquisendo una professionalità sul campo con inevitabile perdita di chance dovuta al raggiungimento di un'età tale da non consentire l'inserimento nel mondo del lavoro.

Il legislatore delegato non ha, infatti, inserito un effettivo sistema di "doppio binario" (come auspicato dall'Associazione Nazionale Magistrati in sede di discussione sulla legga delega), in quanto si è limitato a regolamentare la permanenza nelle funzioni per ulteriori 16 anni per i magistrati onorari in servizio senza prevedere per questi un impegno diverso rispetto a quelli di nuova nomina.

Infatti, nonostante i magistrati onorari siano una risorsa per gli Uffici giudiziari in virtù della professionalità e dell'esperienza acquisita, ha ipotizzato, a partire dal 2022, un organico di 8000 m.o. con un carico di lavoro tale da impegnarli non più di due giornate settimanali e corrispondenti ad una udienza a settimana.

Questo intervento ha avuto come conseguenza quella di ridurre drasticamente le indennità previste per la magistratura onoraria, un intervento lesivo dell'autonomia ed indipendenza del magistrato.

La certezza di una retribuzione per un magistrato non rappresenta unicamente un corrispettivo per l'attività svolta, ma è anche e soprattutto un presidio della sua indipendenza, per evitare che possa essere esposto ad indebite pressioni.

La Corte Costituzionale, infatti, in più occasioni ha affermato che la retribuzione dei magistrati riguarda "*un aspetto essenziale all'attuazione del precetto costituzionale dell'indipendenza*" ed ha ribadito che tale aspetto è fondamentale "*in modo da evitare che i magistrati siano soggetti a periodiche rivendicazioni di altri poteri*".

Trattasi di un principio posto a tutela della funzione giudiziaria e non costituisce una prerogativa collegata allo *status* giuridico della persona del magistrato.

Questo problema è stato particolarmente sentito dal Parlamento come emerge dal fatto che la Commissione Giustizia della Camera, nel parere allo schema di decreto delegato, aveva posto tra le osservazioni, al n. 2), quella di "*prevedere, comunque, a regime un congruo e ragionevole incremento della quota fissa dell'indennità*".

Il medesimo rilievo è stato inserito nella Commissione Giustizia del Senato tra le condizioni, alla lettera w), rendendolo così vincolante per il governo.

La problematica è stata affrontata, con soddisfazione della m.o., dalla Giunta dell'ANM in due comunicati del 27.02.2018 e del 23.03.2018.

La soluzione auspicata dalla GEC del 27.02.2018 (ribadito con il comunicato del 23.03.2018) ha precisato che: "*Con riferimento alla normativa transitoria, si ribadisce la linea dell'ANM, ossia la necessità di prevedere un tangibile "doppio binario" disciplinando il maggiore impiego dei magistrati onorari in servizio con un proporzionale incremento dell'indennità, finalità che può essere garantita ad invarianza finanziaria attraverso un contingentamento (o quanto meno una riduzione) dei nuovi ingressi*".

Oltre a ciò altri gravi aspetti critici derivano: a) dalla riduzione del limite di età per l'esercizio della funzione a 68 anni (prima era a 75 anni), b) dall'eliminazione della gradazione delle sanzioni, prima prevista per i giudici di pace; c) dal mancato esercizio della delega sui trasferimenti, anch'essi prima previsti per i giudici di pace.

3. I problemi di funzionamento per gli Uffici Giudiziari.

La Legge delega 57/2016, oltre ad istituire uno statuto unico per la magistratura onoraria prevedeva, con riferimento alla magistratura onoraria giudicante, la possibilità di assegnare il giudice onorario all'Ufficio per il Processo [art. 2 co. 5, lett. a) e co. 7 lett. e)], all'Ufficio del Giudice di Pace [art. 2 co. 1 lett. a) e co. 15] o, in alternativa, presso il Tribunale [art. 2 co. 5, lett. b) e c)], mentre la scelta del legislatore delegato, è stata nel senso dell'alternatività di impiego tra l'Ufficio del Giudice di Pace e l'Ufficio per il Processo.

Questa impostazione, oltre a configurare una violazione della legge delega, comporterà gravi conseguenze in materia di funzionamento degli Uffici Giudiziari.

Dall'esame del combinato disposto di cui agli artt. 10 e 11 D.lgs. 116/2017 si ricava, infatti, che la possibilità di assegnare al magistrato onorario la trattazione di procedimenti presso il Tribunale, sarà più teorica che reale.

In primo luogo, il Presidente del Tribunale, diversamente da quanto ipotizzato nella legge delega, non potrà provvedere con interpello presso gli Uffici del Giudice di Pace ma dovrà intervenire disponendo l'assegnazione alla trattazione di procedimenti facendo unicamente riferimento ai magistrati onorari già inseriti nell'Ufficio del Processo, con ovvie ripercussioni sull'organizzazione del lavoro dei magistrati togati del suo ufficio.

Ulteriore problema attiene alle condizioni che subordinano l'adozione di questa scelta.

Le lettere a), b), c) e d) del comma 1 dell'art. 11 del decreto attuativo individuano, in via alternativa, situazioni che presuppongono uffici giudiziari con una scopertura di organico tale da ridurre di oltre il 30% l'attività dei giudici assegnati al Tribunale o alla sezione; il superamento del limite di ragionevole durata del processo di cui alla L. 89/2011 pari al 50% del numero complessivo dei procedimenti civili pendenti avanti al medesimo tribunale (per i procedimenti penali il limite è al 40%) ed un numero medio di procedimenti civili pendenti o sopravvenuti che superi del 70% il numero medio nazionale (per i procedimenti penali il limite è fissato nel 50%).

Si tratta di ipotesi che difficilmente potranno concretizzarsi nella realtà operativa degli uffici di primo grado.

In ogni caso, anche in presenza di una di queste condizioni, la norma impone un ulteriore adempimento al Presidente di Tribunale, ossia quello di motivare l'impossibilità di "*adottare misure organizzative diverse*" [art. 11 co. 1] oltre ad uno stringente limite temporale, ossia tre anni [art. 11 co. 8].

Inoltre, il comma 5 dell'articolo 11 prevede che il carico di lavoro assegnato non potrà essere superiore ad un terzo del numero medio nazionale mentre non potranno essere assegnati, a norma del successivo comma 6, nel settore civile, i procedimenti cautelari, possessori, d'impugnazione avverso i provvedimenti del giudice di pace, in materia di lavoro ed assistenza obbligatoria mentre nel settore penale i procedimenti diversi da quelli previsti dall'art. 550 c.p.p., le funzioni di giudice per le indagini preliminari e di giudice dell'udienza preliminare; i giudizi di appello avverso i provvedimenti emessi dal giudice di pace ed i procedimenti di cui all'art. 558 c.p.p.

Nella realtà operativa degli uffici giudiziari, questa norma avrà l'effetto di escludere ogni possibilità di impiego in Tribunale del magistrato onorario al di fuori dell'ufficio per il processo.

Conseguentemente se l'aumento di competenza porterà un beneficio a livello amministrativo ai Tribunali, sotto il profilo della movimentazione e gestione dei fascicoli, non solo non porterà alcun vantaggio all'amministrazione della giustizia, ma, proprio per l'impossibilità di assegnare procedimenti che, precedentemente, venivano, invece, affidati al magistrato onorario, determinerà gravi conseguenze in tema di esercizio della giurisdizione.

Una prima conseguenza alla impossibilità di impiego dei magistrati onorari "a tempo pieno e in via autonoma", sarà la necessaria riduzione (in alcuni casi fino al 50%) delle sezioni di Tribunale.

Secondariamente, stante l'impossibilità di fatto di avvalersi di magistrati onorari a cui assegnare la trattazione di procedimenti, l'unica alternativa possibile sarà quella di aumentare il carico di lavoro di ogni singolo magistrato togato dell'ufficio al quale nessun aiuto in concreto potrà venire dal magistrato onorario in servizio presso l'ufficio per il processo.

Ed infatti, quanto all'Ufficio per il processo, ed in particolare con riferimento al settore penale, non si vede quale utilità possa rivestire l'assegnazione di un magistrato onorario a tale struttura, vista l'impossibilità di conferirgli deleghe in ambito processuale, con la conseguenza che il primo effetto di questa riforma sarà quello di gravare il magistrato togato destinato al settore penale di ulteriori carichi di lavoro, senza poter avere alcun ausilio da parte del giudice onorario.

Passando al settore civile, l'impiego del magistrato onorario, potrà consistere nell'attività di assunzione di testimoni; nella predisposizione di provvedimenti relativi a non meglio definite "*questioni semplici e ripetitive*"; nell'esperimento di tentativi di conciliazione [art. 10 comma 11], ossia di attività che, comunque, non vanno a definire il procedimento e che, pertanto, comportano il successivo intervento del magistrato professionale.

Anche la previsione, in via eccezionale, della possibilità di delegare il magistrato onorario alla pronuncia di provvedimenti definitori [art. 10. co. 12], riveste carattere residuale, se solo si consideri che la maggior parte delle cause sono di competenza dell'ufficio del giudice di pace, per valore [ad es. art. 10 co. 12 lett. d) ed e)].

4 . Le soluzioni praticabili.

L'unica soluzione praticabile sul punto è quella di prevedere per i magistrati onorari in servizio la possibilità di permanere nelle funzioni onorarie fino al raggiungimento del limite di età, sul modello della Legge n. 217/74, senza prevedere l'ingresso nei ruoli della magistratura né la costituzione di un rapporto di pubblico impiego con lo Stato, come del resto affermato dalla Cass. Sez. Lav. nella sentenza n. 11413 del 19.11.1993.

Tale soluzione è stata oggetto di valutazione da parte del Consiglio di Stato - con parere dell'8 aprile 2017 reso su quesito formulato dal Ministero della Giustizia in ordine alla permanenza delle funzioni per i magistrati onorari in servizio - il quale ha concluso che la previsione della conservazione dell'incarico onorario in corso, così come disposto per i vice pretori onorari con la Legge 18 maggio 1974 n. 217, "*offre una qualche possibilità operativa*".

La possibilità di garantire la permanenza nelle funzioni della magistratura onoraria in servizio, sul modello della Legge 217/74, costituisce, infine, quella soluzione di compromesso auspicata dalla Presidente della Commissione Parlamentare UE Dr.ssa Cecilia Wilkstrom al Ministro On. Andrea Orlando per risolvere la questione, definita "*allarmante*" e "*critica*", della "*disparità di trattamento sul piano giuridico, economico e sociale fra Magistrati togati e onorari*".

Va prevista una graduazione dell'impegno in quanto non tutti i magistrati onorari in servizio opterebbero per un impegno a tempo pieno.

Pertanto, la soluzione auspicabile sul piano retributivo è quello di prevedere un aumento della componente fissa, nonché prevedere una gradazione degli impegni in questi termini:

a) impiego di carico di lavoro e di udienza nella misura pari ad un terzo rispetto a quello del magistrato professionale di tribunale e corrispondente a non più di una udienza a settimana;

b) impiego di carico di lavoro e di udienza nella misura pari alla metà rispetto a quello del magistrato professionale di tribunale e corrispondente a non più di due udienze a settimana;

c) impiego di carico di lavoro e di udienza nella misura pari a quello del magistrato professionale di tribunale e corrispondente a non più di tre udienze a settimana".

Con la conseguenza che per i magistrati che si avvarranno dell'opzione sub a) l'indennità fissa sarà dovuta nella misura prevista dall'art. 23 (comprensiva di fisso e variabile), per i magistrati onorari che si avvarranno dell'opzione sub b) sarà dovuta nella misura del doppio rispetto a quella prevista dall'art. 23 (comprensivo di fisso e variabile); mentre per i magistrati

onorari che si avvarranno dell'opzione sub c) l'indennità fissa sarà dovuta nella misura del triplo rispetto a quella prevista dall'art. 23 (comprensivo di fisso e variabile).

Ulteriore aspetto critico attiene al mancato esercizio della delega in materia di trasferimenti.

Sul punto non può sottolinearsi il grave pericolo insito a tale sorprendente decisione, poiché l'impossibilità non potrà che avere come conseguenza quella di bloccare l'esercizio della giurisdizione in quegli uffici che si troveranno in carenza di personale giudiziario e non potranno avvalersi dei trasferimenti dei magistrati onorari.

È pertanto necessario non limitare la possibilità di mobilità all'interno del medesimo distretto.

Il rimedio della mobilità dei magistrati deve prescindere dai limiti circondariali e distrettuali, perché è indice di una situazione che non può trovare soluzione momentanea con le applicazioni ma necessita di un intervento definitivo, che può non trovare rimedio all'interno del singolo distretto.

Il limite territoriale non garantirebbe, inoltre, soluzioni efficienti, quali ad esempio nei casi di mobilità in uffici giudiziari posti ai limiti dei distretti, che troverebbero maggiori disponibilità di magistrati di un ufficio vicino ma di altro distretto, rispetto a quelli della sede distrettuale.

Altra cosa che mi preme sottolineare è la condizione del m.o. iscritto all'Albo degli avvocati che, raggiunta l'età di 68 anni, decade dalla funzione ma non potrà percepire la pensione degli avvocati fino al compimento del 70mo anno di età.

Per tale ragione, sarebbe auspicabile l'elevazione dell'età per il mantenimento in servizio a 70 anni sino al raggiungimento dell'età pensionabile per i liberi professionisti.

Dovrebbe essere rivista la parte della riforma relativa alla gradazione delle sanzioni, come richiesta anche dal Consiglio Superiore della Magistratura.

Non può, infatti, immaginarsi che per il magistrato onorario sia prevista come unica sanzione disciplinare la revoca dall'incarico. Il sistema disciplinare per un magistrato attiene alla tutela dell'autonomia della funzione giudiziaria e solo in parte agli aspetti delle violazioni del contratto di lavoro, come emerge dal fatto che non segue le procedure previste per i dipendenti pubblici e che l'organo deputato a comminare le sanzioni non è il datore di lavoro bensì l'organo di tutela dell'autonomia della magistratura, il CSM.

5. Conclusioni.

Questa riforma sconta una gravissima lacuna, quello dell'assenza di sistematicità.

L'unica finalità di fondo che emerge dalla lettura del D.lgs. 116/2017 è quella di costituire un complesso di norme a carattere 'difensivo' rispetto ad eventuali pretese della magistratura onoraria ed ai rilievi delle istituzioni eurounitarie, con la conseguenza da un lato dell'assenza di ogni coordinamento tra le singole disposizioni e dall'altro della mancanza di ogni valorizzazione dell'aspetto della tutela della funzione giurisdizionale rispetto a quello della costituzione di un rapporto di lavoro con lo Stato.

Aspetti, ad esempio, come l'organizzazione del lavoro, i disciplinari ed i trasferimenti, in un settore come quello della magistratura non attengono né presuppongono la costituzione di un rapporto di lavoro ma sono relativi all'esercizio della giurisdizione.

Analoghe considerazioni vanno svolte per l'aspetto del mancato esercizio della delega in tema di trasferimento dei magistrati onorari in servizio, aspetto che, come sopra esposto, attiene principalmente alla funzionalità degli uffici e, quindi, all'esercizio della giurisdizione.

Prevedere una gradazione delle sanzioni o i trasferimenti non significa riconoscere un rapporto di lavoro con l'amministrazione dello Stato.

Né elevare l'età per l'esercizio delle funzioni a 70 anni determina una equiparazione al magistrato professionale.

Per anni la magistratura ha contrastato la concezione del giudice-impiegato e, nonostante tutto, sembra essere ritornati indietro in un periodo in cui il magistrato era visto principalmente come un funzionario dello Stato.

Questa è una pericolosa visione che purtroppo sta avendo sempre più seguito e che è la nuova forma di delegittimazione della magistratura, perché altro non è che la negazione del principio dell'autonomia della magistratura ossia del principio della soggezione del magistrato solo alla legge.

È, pertanto, importante il raffronto con la ANM e con le associazioni dei magistrati.

DARIO CAVALLARI

Attribuzione dell'assegno divorzile: evoluzione normativa e contrasti in giurisprudenza in attesa di un nuovo intervento delle Sezioni Unite

In questo studio si cercherà di ricostruire l'evoluzione normativa, dottrinale e giurisprudenziale in tema di assegno divorzile dalla riforma del diritto di famiglia del 1970 ad oggi, in attesa del prossimo intervento in materia delle Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione.

L'articolo 5, comma 4, legge n. 898 del 1° dicembre 1970, nella sua formulazione antecedente alle modifiche introdotte dall'articolo 10 della legge n. 74 del 6 marzo 1987, recitava: "*Con la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il tribunale dispone, tenuto conto delle condizioni economiche dei coniugi e delle ragioni della decisione, l'obbligo per uno dei coniugi di somministrare a favore dell'altro periodicamente un assegno in proporzione alle proprie sostanze e ai propri redditi. Nella determinazione di tale assegno il giudice tiene conto del contributo personale ed economico dato da ciascuno dei coniugi alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di entrambi. Su accordo delle parti la corresponsione può avvenire in una unica soluzione*".

Il tribunale, quindi, nel provvedere in merito al summenzionato assegno, doveva tenere conto "*delle condizioni economiche dei coniugi*" e "*delle ragioni della decisione*". Inoltre, la determinazione dello stesso doveva avvenire considerando "*il contributo personale ed economico dato da ciascuno dei coniugi alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di entrambi*". In relazione a questi tre elementi, la Corte di Cassazione aveva, pertanto, elaborato la cd. teoria della natura composita dell'assegno divorzile, ritenendo che avesse contemporaneamente natura assistenziale, risarcitoria e compensativa.

Estremamente significativa è, al riguardo, la decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 2008 del 9 luglio 1974, in base a cui "*L'assegno di divorzio non ha natura alimentare, ma ha natura composita: con funzione assistenziale (in quanto, attraverso la considerazione delle condizioni patrimoniali dei coniugi, tutela quello la cui situazione patrimoniale si sia deteriorata per effetto dello scioglimento del matrimonio), risarcitoria (in*

quanto, avendo riguardo alle ragioni della decisione, attribuisce rilievo, agli effetti patrimoniali, alla responsabilità per il fallimento del matrimonio) e compensativa (in quanto, mediante il riferimento al contributo dei coniugi alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio di entrambi, e diretto a compensare l'impegno personale e gli apporti economici prestati in vista del benessere della famiglia). Gli elementi su indicati operano sia come criteri di attribuzione sia come parametri di determinazione e vanno tutti esaminati, con riguardo alla posizione di entrambe le parti"[37].

Si trattava, pertanto, di criteri concorrenti, incidenti parimenti sull'*an* e sul *quantum* dell'assegno. Nessuno di questi tre profili, perciò, poteva essere ignorato dal giudice già nel valutarne la spettanza, ma era possibile dare preminenza ovvero rilevanza esclusiva ad uno solo dei fattori in questione. L'effetto sostanziale negativo di tale approccio era l'attribuzione di una discrezionalità molto ampia ai tribunali nella determinazione dell'assegno divorzile.

La legge n. 74 del 6 marzo 1987 ha inciso sulla previsione dell'articolo 5 della legge n. 898 del 1° dicembre 1970 in due modi:

innanzitutto, con l'articolo 9, comma 1, che ha modificato il comma 2 della menzionata disposizione, introducendo, altresì, dopo lo stesso, altri due commi;

in secondo luogo, con l'articolo 10, comma 1, che ha sottoposto a revisione pure il comma 4, divenuto comma 6.

Nella sua formulazione attualmente vigente, l'articolo 5, comma 6, della legge n. 898 del 1970 recita: "*Con la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il tribunale, tenuto conto delle condizioni dei coniugi, delle ragioni della decisione, del contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, del reddito di entrambi, e valutati tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio, dispone l'obbligo per un coniuge di somministrare periodicamente a favore dell'altro un assegno quando quest'ultimo non ha mezzi adeguati o comunque non può procurarseli per ragioni oggettive*".

In base alla lettera della legge, perciò, la mancanza di mezzi adeguati (o l'impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive) costituisce, oggi, il solo presupposto per l'attribuzione dell'assegno.

[37] Il principio era già presente nella decisione delle Sezioni Unite civili n. 1194 del 26 aprile 1974.

Questo cambiamento normativo è stato interpretato, sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza prevalenti, nel senso che il legislatore della riforma del 1987 abbia privilegiato la natura assistenziale del detto assegno a discapito di quella compensativa e risarcitoria[38], con conseguente abbandono della cd. teoria della natura composita.

In particolare, i criteri indicati dall'articolo 5 nella prima parte del comma 6, che dovrebbero essere valutati unitariamente e con riferimento alla durata del matrimonio, sono destinati ad operare se l'accertamento dell'unico requisito di riconoscimento del contributo divorzile si sia risolto positivamente, con la conseguenza che rileverebbero esclusivamente ai fini della quantificazione dell'assegno[39].

L'effetto pratico di questa ricostruzione è stato che i giudici dovevano riconoscere l'obbligo di somministrare l'assegno a quello, fra i coniugi, che dimostrasse di essere privo di mezzi adeguati e di non essere atto a procurarseli per ragioni obiettive.

Parte della dottrina ha ricondotto questa situazione allo schema dello stato di bisogno, sebbene ne rilevasse la peculiarità[40].

Il tribunale doveva, però, negare l'assegno divorzile se richiesto sulla base di premesse diverse, connesse all'applicazione del criterio compensativo e/o del criterio risarcitorio e/o del criterio della durata del matrimonio[41].

Le ragioni giustificatrici dell'intervento riformatore sono da rinvenire nella volontà del legislatore di sanare gli inconvenienti e i conflitti giurisprudenziali sorti in ragione del precedente dettato legislativo, rendendo, inoltre, più adeguata la sistemazione economica del coniuge più debole, anche attraverso il superamento della natura composita dell'assegno.

In particolare, si è voluto costituire un argine alla discrezionalità dei giudici di merito, considerata all'epoca eccessiva, ed ovviare ad alcune interpretazioni della disposizione reputate inique, avendo condotto, in certi casi, alla formazione di rendite di posizione ingiustificate.

---

[38] Rossi M., *Gli effetti di natura patrimoniale del divorzio riguardo ai coniugi*, in Cassano G. - Oberto G., *La famiglia in crisi*, Padova, 2016, 375; Cass., Sez. 1, n. 3398 del 12 febbraio 2013.

[39] Pini M., *L'assegno di divorzio. Inquadramento nella normativa sostanziale e processuale*, in AA.VV., *Il mantenimento per il coniuge e per i figli nella separazione e nel divorzio*, Padova, 2009, 94-95.

[40] Bonilini G. - Natale A., *L'assegno post-matrimoniale*, in Bonilini G. (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, Padova, 2015, 2879.

[41] Cass., Sez. 1, n. 3049 del 29 marzo 1994.

L'attuale testo dell'articolo 5, comma 6, della legge sul divorzio, dunque, indica, come requisito per l'ottenimento dell'assegno divorzile, l'inadeguatezza dei mezzi a disposizione dell'ex coniuge che ne faccia domanda.

Gli altri criteri menzionati - le condizioni dei coniugi, le ragioni della decisione, il contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, il reddito di entrambi e la durata del matrimonio - servono unicamente alla quantificazione dell'assegno.

Diviene necessario, pertanto, stabilire cosa si intenda per adeguatezza e non adeguatezza dei mezzi a disposizione del coniuge richiedente.

Nel compiere questa indagine si deve partire, però, dal presupposto che il giudizio in ordine a tale adeguatezza non può ridursi alla verifica della ricorrenza di uno stato di bisogno. È stato affermato, infatti, che, nella presente materia, quest'ultima espressione va intesa in senso lato, non potendo l'assegno divorzile servire solo a garantire il raggiungimento della soglia della sopravvivenza. Ciò perché il legislatore già prevede un'ipotesi in cui l'ex coniuge viene a trovarsi in un vero e proprio stato di bisogno, situazione regolata dall'articolo 9-*bis* della legge n. 898 del 1° dicembre 1970, in base a cui all'ex coniuge divorziato, al quale sia stato riconosciuto il diritto alla corresponsione periodica dell'assegno di divorzio, può essere attribuita, altresì, dopo la morte dell'obbligato e qualora versi in stato di bisogno, un assegno a carico dell'eredità.

Pertanto, se, dunque, il coniuge divorziato, che sia già titolare dell'assegno di divorzio, per potere ottenere il contributo a carico dell'eredità deve essere in stato di bisogno, allora questo requisito non coincide con quello che determina la spettanza dell'assegno divorzile[42].

In ordine alla problematica in esame, è sorto, subito dopo la riforma del 1987, un forte contrasto all'interno della giurisprudenza che può essere sintetizzato come segue.

Secondo un primo orientamento, espresso perfettamente dalla decisione della I Sezione civile della Corte di Cassazione n. 1322 del 17 marzo 1989: "*In materia di assegno di divorzio, a seguito delle modifiche apportate dall'art. 10 legge 6 marzo 1987 n. 74 all'art. 5, comma quarto, della legge 1 dicembre 1970 n. 898 (applicabili anche ai giudizi in corso al momento dell'entrata in vigore della prima legge), condizione necessaria per affermare il diritto all'assegno - la cui natura risulta eminentemente assistenziale - è che il coniuge richiedente non abbia redditi*

[42] Buzzelli D., *Assegno di divorzio e nuova famiglia dell'obbligato*, in Famiglia e diritto, 2015, 471 ss., 479.

adeguati, e cioè tali che gli consentano di mantenere un tenore di vita analogo a quello che aveva in costanza di matrimonio; pertanto il giudice del merito, ove accerti l'adeguatezza dei mezzi del richiedente (comprensivi sia dei redditi che dei cespiti patrimoniali che non producono reddito, ma che possono soddisfare i bisogni del proprietario attraverso la loro alienazione), legittimamente rigetta la domanda di assegno senza necessità di esaminare gli altri elementi indicati nella norma".

Tale orientamento, pur non negando che il divorzio estinguesse il vincolo matrimoniale, ne accettava una sorta di ultrattività, considerato che valutava l'adeguatezza delle condizioni economiche del coniuge richiedente l'assegno con riferimento al tenore di vita goduto in costanza di matrimonio.

Una seconda ricostruzione, invece, chiaramente sostenuta dalla sentenza della I Sezione civile della Corte di Cassazione n. 1652 del 2 marzo 1990, affermava che: "*A seguito della riforma introdotta dalla legge 6 marzo 1987 n. 74, all'assegno di divorzio è stata riconosciuta dal legislatore (art. 10 legge cit., che ha modificato l'art. 5 legge 1 dicembre 1970 n. 898) natura eminentemente assistenziale, per cui ai fini della sua attribuzione assume ora valore decisivo l'autonomia economica del richiedente, nel senso che l'altro coniuge è tenuto ad "aiutarlo" solo se egli non sia economicamente indipendente e nei limiti in cui l'aiuto si renda necessario per sopperire alla carenza dei mezzi conseguente alla dissoluzione del matrimonio, in applicazione del principio di solidarietà "postconiugale", che costituisce il fondamento etico e giuridico dell'attribuzione dell'assegno divorzile. Pertanto, la valutazione relativa all'adeguatezza dei mezzi economici del richiedente deve essere compiuta con riferimento non al tenore di vita da lui goduto durante il matrimonio, ma ad un modello di vita economicamente autonomo e dignitoso, quale, nei casi singoli, configurato dalla coscienza sociale*".

Questa interpretazione della normativa giungeva a sostenere, sulla base della non continuità del vincolo matrimoniale e della funzione assistenziale dell'assegno, l'impossibilità di accogliere richieste eccedenti quanto necessario ad assicurare al coniuge divorziato la semplice sufficienza economica, intesa come modello di vita economicamente autonomo e dignitoso secondo la coscienza sociale.

Il contrasto fu composto dalle pronunce delle Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione n. 11490 e n. 11492 del 1990 che, dovendo scegliere tra la tesi per la quale il difetto dei mezzi

adeguati doveva ritenersi sussistente ove il coniuge istante non fosse in grado di mantenere un tenore di vita analogo a quello che aveva in costanza di matrimonio e l'altra impostazione, per cui l'inadeguatezza dei mezzi doveva essere valutata con riferimento alla mera sufficienza economica, hanno optato per la prima opinione, pur se con dei distinguo[43].

In particolare, la sentenza delle Sezioni Unite civili n. 11490 del 29 novembre 1990 ha chiarito che: "*L'assegno periodico di divorzio, nella disciplina introdotta dall'art. 10 della legge 6 marzo 1987 n. 74, modificativo dell'art. 5 della legge 1 dicembre 1970 n. 898, ha carattere esclusivamente assistenziale (di modo che deve essere negato se richiesto solo sulla base di premesse diverse, quale il contributo personale ed economico dato da un coniuge al patrimonio dell'altro), atteso che la sua concessione trova presupposto nell'inadeguatezza dei mezzi del coniuge istante, da intendersi come insufficienza dei medesimi, comprensivi di redditi, cespiti patrimoniali ed altre utilità di cui possa disporre, a conservargli un tenore di vita analogo a quello avuto in costanza di matrimonio, senza cioè che sia necessario uno stato di bisogno, e rilevando invece l'apprezzabile deterioramento, in dipendenza del divorzio, delle precedenti condizioni economiche, le quali devono essere tendenzialmente ripristinate, per ristabilire un certo equilibrio. Ove sussista tale presupposto, la liquidazione in concreto dell'assegno deve essere effettuata in base alla valutazione ponderata e bilaterale dei criteri enunciati dalla legge (condizioni dei coniugi, ragioni della decisione, contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, reddito di entrambi, durata del matrimonio), con riguardo al momento della pronuncia di divorzio. A quest'ultimo fine, peraltro, il giudice del merito, purché ne dia adeguata giustificazione, non è tenuto ad utilizzare tutti i suddetti criteri, anche in relazione alla deduzione e richieste delle parti, salva restando la valutazione della loro influenza sulla misura dell'assegno stesso (che potrà anche essere escluso sulla base della incidenza negativa di uno o più di essi)*".

Ricapitolando, quindi, la giurisprudenza, a partire dalla decisione delle Sezioni Unite civili n. 11490 del 29 novembre 1990, e sino a quella della I Sezione civile della Corte di Cassazione n.

[43] Quadri E., *Assegno di divorzio: la mediazione delle sezioni unite*, in Foro it., 1991, 68 ss.; Carbone V., *Urteildämmerung: una decisione crepuscolare (sull'assegno di divorzio)*, in Foro it., 1991, 74 ss.

11504 del 10 maggio 2017, ha così ricostruito, con molteplici pronunce, alcune delle quali hanno perfezionato il *dictum* delle Sezioni Unite del 1990, la vicenda[44]:

a- l'assegno divorzile, nella disciplina introdotta dall'articolo 10 della legge n. 74 del 6 marzo 1987, modificativo dell'articolo 5 della legge n. 898 del 1° dicembre 1970, ha carattere esclusivamente assistenziale, con la conseguenza che deve essere negato se richiesto sulla base di ragioni diverse, quali il contributo personale ed economico dato da un coniuge al patrimonio dell'altro o le ragioni della decisione, poiché la sua concessione si fonda sull'inadeguatezza dei mezzi del coniuge istante, da intendersi come insufficienza dei medesimi, comprensivi di redditi, cespiti patrimoniali ed altre utilità di cui possa disporre, a conservargli un tenore di vita analogo a quello avuto in costanza di matrimonio;

b- non è necessario, per beneficiare di detto assegno, trovarsi in uno stato di bisogno, rilevando solo l'apprezzabile deterioramento, in dipendenza del divorzio, delle precedenti condizioni economiche, le quali devono essere tendenzialmente ripristinate;

c- ove sussista tale ultimo presupposto, da considerare anche con riferimento ai mezzi che possono essere acquisiti attraverso una attività lavorativa, confacente alla qualificazione della persona ed alla sua posizione sociale e di fatto ed ottenibile alla luce delle sue condizioni personali (età e condizioni di salute) e della situazione ambientale (le concrete possibilità offerte dal mercato del lavoro), la liquidazione in concreto dell'assegno deve essere effettuata in base alla valutazione ponderata dei criteri enunciati dalla legge, vale a dire le condizioni dei coniugi, le ragioni della decisione, il contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ognuno o di quello comune, il reddito di entrambi e la durata del matrimonio, con riguardo al momento della pronuncia di divorzio;

[44] Fra le molte decisioni conformi a questo orientamento, può leggersi la sentenza della I Sezione civile n. 4319 del 29 aprile 1999.

d- il giudice del merito, purché ne dia adeguata giustificazione, non è tenuto ad utilizzare, nel compiere la quantificazione, tutti i suddetti criteri, e potrà anche escludere l'assegno *de quo* a causa dell'incidenza negativa di uno o più di essi;

e- l'accertamento del diritto all'assegno divorzile si articola in due fasi, nella prima delle quali il giudice verifica l'esistenza del diritto in astratto, in relazione all'inadeguatezza dei mezzi del coniuge richiedente, raffrontati ad un tenore di vita analogo a quello avuto in costanza di matrimonio e che sarebbe presumibilmente proseguito in caso di continuazione dello stesso o quale poteva legittimamente e ragionevolmente configurarsi sulla base di aspettative maturate nel corso del rapporto, mentre nella seconda procede alla determinazione dell'ammontare dell'assegno, alla luce dei parametri summenzionati.

La giurisprudenza ha, poi, precisato che la semplice inadeguatezza dei mezzi non è sufficiente, secondo la vigente normativa, a dare diritto all'assegno divorzile, occorrendo, altresì, l'incapacità del richiedente di procurarseli per ragioni oggettive e gravando la relativa prova a carico dello stesso. A tal fine, l'indagine del giudice di merito circa la capacità lavorativa dell'ex coniuge istante va condotta con criteri di particolare rigore e pregnanza, non rilevando un'attività espletata in via occasionale ed episodica, considerato l'attuale contesto sociale, caratterizzato da una situazione di non piena occupazione[45].

Infatti, l'accertamento dell'impossibilità di procurarsi mezzi adeguati per l'ex coniuge richiedente l'assegno va eseguito con riferimento all'obiettivo, perseguito dal legislatore, che le condizioni economiche non risultino deteriorate per il solo effetto del divorzio, dovendosi tenere conto non dell'ipotetica od astratta capacità lavorativa, ma di tutti gli elementi soggettivi ed oggettivi del caso di specie in relazione ad ogni fattore individuale, ambientale, territoriale, economico-sociale[46].

Aspetti rilevanti, per compiere la verifica, sono stati reputati l'età dell'ex coniuge richiedente o le sue condizioni di salute.

[45] Cass., Sez. 1, n. 6468 del 2 luglio 1998.
[46] Cass., Sez. 1, n. 13169 del 16 luglio 2004.

Questa complessiva ricostruzione, che ha trovato la sua consacrazione, come detto, nella sentenza delle Sezioni Unite civili n. 11490 del 29 novembre 1990, è stata recepita con successo dalle corti di merito, le quali ne hanno precisato le conclusioni alla luce delle situazioni concrete che sono state portate all'attenzione dei giudici.

Si è formato, così, un diritto vivente estremamente stabile che ha ottenuto l'autorevole avallo della Corte costituzionale.

Quest'ultima, investita, con ordinanza del Tribunale di Firenze del 22 maggio 2013, in riferimento agli articoli 2, 3 e 29 Cost., della questione di legittimità costituzionale dell'articolo 5, sesto comma, della legge n. 898 del 1° dicembre 1970, come modificato dall'articolo 10 della legge n. 74 del 6 marzo 1987, "*nell'interpretazione di diritto vivente per cui…l'assegno divorzile deve necessariamente garantire al coniuge economicamente più debole il medesimo tenore di vita goduto in costanza di matrimonio*", ha dichiarato, con la sentenza n. 11 dell'11 febbraio 2015, non fondata tale questione. Essa ha escluso l'esistenza di un diritto vivente come quello denunciato dalla corte remittente e ha evidenziato, al contrario, che dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione si evinceva che "*il tenore di vita goduto in costanza di matrimonio non costituisce l'unico parametro di riferimento ai fini della statuizione sull'assegno divorzile*", rilevando quest'ultimo unicamente per determinare "*in astratto...il tetto massimo della misura dell'assegno*" in termini di tendenziale adeguatezza al fine del mantenimento del tenore di vita pregresso. In particolare, si doveva tenere conto, secondo la Corte costituzionale, della circostanza che, in concreto, detto "*parametro concorre, e va poi bilanciato, caso per caso, con tutti gli altri criteri indicati nello stesso denunciato art. 5*", quali la condizione e il reddito dei coniugi, il contributo personale ed economico dato da ciascuno alla formazione del patrimonio comune, la durata del matrimonio e le ragioni della decisione che "*agiscono come fattori di moderazione e diminuzione della somma considerata in astratto*" e possono giungere "*anche ad azzerarla*".

L'attuale orientamento della I Sezione civile della Corte di Cassazione: la sentenza n. 11504 del 10 maggio 2017

Riassunto come sopra lo stato del diritto vivente al momento della pubblicazione della pronuncia della I Sezione civile n. 11504 del 10 maggio 2017, occorre valutare le conseguenze di tale ultimo arresto.

Le massime estratte da questa sentenza affermano che "*Il diritto all'assegno di divorzio, di cui all'art. 5, comma 6, della l. n. 898 del 1970, come sostituito dall'art. 10 della l. n. 74 del 1987, è condizionato dal suo previo riconoscimento in base ad una verifica giudiziale che si articola necessariamente in due fasi, tra loro nettamente distinte e poste in ordine progressivo dalla norma (nel senso che alla seconda può accedersi solo all'esito della prima, ove conclusasi con il riconoscimento del diritto): una prima fase, concernente l'an debeatur, informata al principio dell'autoresponsabilità economica di ciascuno dei coniugi quali persone singole ed il cui oggetto è costituito esclusivamente dall'accertamento volto al riconoscimento, o meno, del diritto all'assegno divorzile fatto valere dall'ex coniuge richiedente; una seconda fase, riguardante il quantum debeatur, improntata al principio della solidarietà economica dell'ex coniuge obbligato alla prestazione dell'assegno nei confronti dell'altro quale persona economicamente più debole (artt. 2 e 23 Cost.), che investe soltanto la determinazione dell'importo dell'assegno stesso*".

In particolare, la decisione in questione ha precisato che "*Il giudice del divorzio, richiesto dell'assegno di cui all'art. 5, comma 6, della l. n. 898 del 1970, come sostituito dall'art. 10 della l. n. 74 del 1987, nel rispetto della distinzione del relativo giudizio in due fasi: a) deve verificare, nella fase dell'an debeatur, se la domanda dell'ex coniuge richiedente soddisfa le relative condizioni di legge (mancanza di mezzi adeguati o, comunque, impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive), non con riguardo ad un tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio, ma con esclusivo riferimento all'indipendenza o autosufficienza economica dello stesso, desunta dai principali indici - salvo altri, rilevanti nelle singole fattispecie - del possesso di redditi di qualsiasi specie e/o di cespiti patrimoniali mobiliari ed immobiliari (tenuto conto di tutti gli oneri lato sensu imposti e del costo della vita nel luogo di residenza dell'ex coniuge richiedente), della capacità e possibilità effettive di lavoro personale (in relazione alla salute, all'età, al sesso e al mercato del lavoro dipendente o autonomo), della stabile disponibilità di una casa di abitazione; ciò sulla base delle pertinenti allegazioni deduzioni e prove offerte dal richiedente medesimo, sul quale incombe il corrispondente onere probatorio, fermo il diritto all'eccezione ed alla prova contraria dell'altro ex coniuge; b) deve tener conto, nella fase del quantum debeatur, di tutti gli elementi indicati dalla norma (condizioni dei coniugi, ragioni della decisione, contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, reddito di entrambi) e valutare tutti i*

suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio al fine di determinare in concreto la misura dell'assegno divorzile, sulla base delle pertinenti allegazioni, deduzioni e prove offerte, secondo i normali canoni che disciplinano la distribuzione dell'onere della prova".

La decisione della I Sezione civile n. 11504 del 10 maggio 2017 è stata considerata, in dottrina, una sentenza che ha innovato profondamente, con una sorta di "*overruling sostanziale*", i criteri per la determinazione dell'assegno divorzile, ai sensi dell'articolo 5, comma 6, della legge n. 898 del 1° dicembre 1970, nel testo novellato dalla legge n. 74 del 6 marzo 1987.

Essa si pone in dichiarato contrasto con la sentenza delle Sezioni Unite civili n. 11490 del 29 novembre 1990 poiché afferma che la nozione di adeguatezza di mezzi, rilevante al fine di ottenere il riconoscimento di un assegno divorzile, va parametrata non più al tenore di vita tenuto dalla famiglia in costanza di matrimonio, ma esclusivamente all'autosufficienza economica del coniuge richiedente.

Pur partendo dal comune presupposto della natura solo assistenziale dell'assegno in esame, quindi, le conseguenze di tale natura sono intese, dalle due sentenze appena menzionate, in maniera profondamente diversa.

La pronuncia delle Sezioni Unite civili n. 11490 del 29 novembre 1990 ne ha fatto derivare l'esigenza di ristabilire l'equilibrio economico fra i coniugi che fosse stato apprezzabilmente alterato dal fallimento della loro unione.

La Corte di Cassazione ha considerato, nel 1990, che, al momento dell'approvazione della novella del 1987, non era passato il testo predisposto dalla Commissione Giustizia del Senato, nel quale l'adeguatezza dei mezzi era quella atta a consentire un "*dignitoso mantenimento*", cioè un livello non rapportabile a quello anteriore, conseguito in costanza di matrimonio, ma che doveva essere apprezzato secondo un criterio autonomo di sufficienza, da commisurare alle esigenze e condizioni particolari del coniuge richiedente, in modo da assicurare un tenore di vita normale per soddisfare quelle esigenze e tenere conto di quelle condizioni[47].

[47] Per una disamina delle vicende relative alla approvazione della riforma del 1987 può leggersi Quadri E., *La nuova legge sul divorzio, I, Profili patrimoniali*, Napoli, 1987, 31, e *La natura dell'assegno di divorzio dopo la riforma*, in *Foro it.*, 1989, I, 2513, in particolare la nota 14.

La riforma del 1987 non poteva, quindi, essere letta come se contenesse implicitamente il riferimento al "*dignitoso mantenimento*" (e, allo stesso modo, non poteva rilevare la relativa relazione accompagnatoria, che sul "*dignitoso mantenimento*" dell'originaria versione continuava a basarsi nonostante la modifica intervenuta al momento dell'approvazione definitiva), ma solo nel senso che aboliva il triplice presupposto dell'assegno divorzile.

Le Sezioni Unite del 1990, pertanto, rilevata l'unica ragione assistenziale dell'assegno[48], ne hanno definito la natura alla luce della consolidata interpretazione giurisprudenziale previgente[49] la quale, essendo ben nota al legislatore, avrebbe potuto essere abbandonata esclusivamente attraverso l'adozione esplicita di un criterio diverso, quale sarebbe stato quello del "*dignitoso mantenimento*", ovvero un altro sostitutivo, in palese contrasto con la summenzionata interpretazione. La mancata introduzione di un nuovo parametro del genere era, al contrario, prova della persistente vigenza dell'orientamento fino a quel momento seguito dal giudice della legittimità.

La funzione assistenziale è stata intesa in termini ampi, l'assegno essendo finalizzato a rimuovere, prescindendo da ogni stato di bisogno e dalla possibilità di condurre autonomamente una vita dignitosa, ogni deterioramento della posizione della parte economicamente più debole causato dal divorzio che fosse apprezzabilmente rilevante e si traducesse in uno squilibrio fra i coniugi, accertato anche utilizzando indici diversi dal reddito e dal patrimonio delle parti, quali l'età, le condizioni di salute e sociali, la durata del matrimonio e della convivenza.

Questa concezione ampia della funzione assistenziale, peraltro, era già diffusa nella giurisprudenza dei primi anni '70 ed era portata avanti proprio da chi riteneva che l'assegno divorzile svolgesse una funzione solo assistenziale e non anche compensativa e risarcitoria.

---

[48] L'abbandono della formulazione originaria del testo della riforma del 1987 è stato particolarmente evidenziato in dottrina da Quadri E., *La natura dell'assegno di divorzio dopo la riforma*, in *Foro it.*, 1989, I, c. 2521, e *L'assegno di divorzio tra conservazione del "tenore di vita" e "autoresponsabilità": gli ex coniugi "persone singole" di fronte al loro passato comune*, in Nuova giur. civ., 2017, 9, 1262. L'autore, peraltro sostanzialmente orientato a seguire ancora la tesi della natura composita dell'assegno divorzile, valorizza i criteri delle condizioni dei coniugi, delle ragioni della decisione, del contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune e del reddito di entrambi, da considerare alla luce della durata del matrimonio, non solo ai fini della quantificazione dell'assegno, ma pure della sua stessa attribuzione, ridimensionandone la caratterizzazione in senso assistenziale.

[49] Cass., SU, n. 1194 del 26 aprile 1974; Cass., Sez. 1, n. 4419 del 23 novembre 1976; Cass., Sez. l, n. 373 del 26 gennaio 1978; Cass., Sez. 1, n. 600 dell'8 febbraio 1978; Cass., Sez. 1, n. 6945 del 16 novembre 1979.

In particolare, i fautori di detta tesi, che fondava il riconoscimento dell'assegno in questione su un criterio unico, chiamato indennitario in senso lato, miravano a trovare un inquadramento sistematico dell'articolo 5 della legge sul divorzio, nel testo all'epoca vigente, e del regolamento patrimoniale della famiglia prossimo ad entrare in vigore, costituendo una disciplina unitaria in grado di ridurre pure la sfera di discrezionalità dei giudici che era, al contrario, resa più ampia da una visione composita dell'assegno[50].

La sentenza della I Sezione civile n. 11504 del 10 maggio 2017 ha, invece, considerato la funzione assistenziale in una ottica estremamente restrittiva.

Essa ha affermato di volere valorizzare il principio di autoresponsabilità con riferimento alla fase dell'*an debeatur* dell'assegno divorzile, effettuando un raffronto fra le condizioni economiche degli ex coniugi solo in quella del *quantum*, governata dal principio di solidarietà postmatrimoniale.

Perciò, il concetto di assistenza è stato inteso in senso molto limitato, come idoneo a giustificare esclusivamente un intervento finalizzato al raggiungimento dell'indipendenza economica, intesa quale mera autosufficienza, non potendo l'impegno richiesto all'ex coniuge spingersi oltre, dato che, dopo il divorzio, gli sposi ritornano persone singole.

A giustificazione del riferimento all'indipendenza economica è richiamata l'applicazione analogica dell'articolo 337 *septies* c.c., che stabilisce il diritto dei figli maggiorenni ad ottenere un assegno periodico non a caso proprio ove siano "*non indipendenti economicamente*".

Tale idea di assistenza sembra comparabile a quella di cui all'articolo 38 Cost.[51], disposizione che chiaramente ricollega il sostegno ivi previsto ad una situazione in tutto assimilabile ad uno stato di bisogno dovuto a circostanze che prescindono dalla volontà del destinatario (come ragioni di salute o la disoccupazione).

A sua volta, la menzione dell'autosufficienza economica porta alla mente il testo dell'articolo 36, comma 1, Cost., in base al quale "*Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione*

[50] Per riferimenti alla problematica si legga la decisione delle Sezioni Unite civili n. 1194 del 26 aprile 1974 che cita, come pronuncia espressione di questo orientamento, quella della I Sezione civile n. 263 del 1° febbraio 1974.

[51] Questa disposizione prescrive che: "*Ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale. I lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria. Gli inabili ed i minorati hanno diritto all'educazione e all'avviamento professionale. Ai compiti previsti in questo articolo provvedono organi ed istituti predisposti o integrati dallo Stato. L'assistenza privata è libera*".

proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa".

Pertanto, la decisione della I Sezione civile n. 11504 del 10 maggio 2017 si caratterizza, rispetto al consolidato diritto vivente, perché non parametra l'assegno divorzile al tenore di vita (potenziale) goduto in costanza di matrimonio, ma, nel valorizzare l'autoresponsabilità degli ex coniugi, ormai divenuti, dopo il divorzio, persone autonome, stabilisce che detto assegno vada riconosciuto, alla luce della sua funzione assistenziale, solo quando il richiedente non sia in grado, per ragioni obiettive, di garantire la propria indipendenza od autosufficienza economica.

Si segnala, peraltro, che la successiva sentenza della I Sezione civile n. 11538 dell'11 maggio 2017 ha utilizzato, in una fattispecie concernente sempre la domanda di un assegno divorzile, la diversa espressione "*esistenza libera e dignitosa*" che, di tutta evidenza, non coincide letteralmente con l'"*indipendenza o autosufficienza economica*" della decisione della stessa sezione n. 11504 del 10 maggio 2017.

È lecito domandarsi se si tratti o meno di concetti sostanzialmente equivalenti.

Per il momento, nel dubbio, è il caso di limitarsi ad osservare che il richiamo all'"*esistenza libera e dignitosa*" che, invero, ricorda l'art. 36 Cost. e la sentenza della I Sezione civile della Corte di Cassazione n. 1652 del 2 marzo 1990[52] (secondo cui "*la valutazione relativa all'adeguatezza dei mezzi economici del richiedente deve essere compiuta con riferimento non al tenore di vita da lui goduto durante il matrimonio, ma ad un modello di vita economicamente autonomo e dignitoso, quale, nei casi singoli, configurato dalla coscienza sociale*") potrebbe avere una valenza sua propria poiché potrebbe rendere possibile intendere in senso soggettivo e non rigidamente oggettivo l'indipendenza o autosufficienza economica e, così, permettere una "*personalizzazione*" del presupposto di riconoscimento dell'assegno divorzile ed una diversificazione delle situazioni dei richiedenti.

Le reazioni della dottrina alla sentenza della I Sezione civile n. 11504 del 10 maggio 2017

[52] Un riferimento può rinvenirsi in Quadri E., *L'assegno di divorzio tra conservazione del "tenore di vita" e "autoresponsabilità": gli ex coniugi "persone singole" di fronte al loro passato comune*, in Nuova giur. civ., 2017, 9, 1262.

Occorre valutare, a questo punto, le conseguenze della pronuncia della I Sezione civile n. 11504 del 10 maggio 2017 e se essa rappresenti realmente una novità rispetto all'assetto giurisprudenziale consolidato.

Sicuramente questa sentenza non si distingue dai suoi precedenti per l'affermazione dell'esistenza di due momenti rilevanti ai fini della decisione in ordine all'assegno divorzile, vale a dire quello dell'*an* e quello del *quantum debeatur*, peraltro espressione di passaggi logici propri di ogni giudizio civile avente ad oggetto l'accertamento di un diritto di credito.

Ciò che ha colpito parte della dottrina è, al riguardo, l'estrema rigidità della contrapposizione, che fonda due momenti fra loro, in teoria, strettamente connessi, su due principi che si pretende siano praticamente incompatibili, vale a dire l'autoresponsabilità e la solidarietà[53].

La prima, sarebbe l'effetto della definitiva dissoluzione del matrimonio, che non dovrebbe più avere riflessi sul futuro degli ex coniugi; la seconda, invece, sarebbe una eccezione, confinata a casi particolari nei quali, comunque, ragioni di equità inderogabili impongano di aiutare chi si trova in difficoltà.

Tale contrapposizione consegue alla forte valorizzazione del profilo del venire meno di ogni valenza del matrimonio, il che ha suscitato non poche perplessità in dottrina, essendosi rilevato che, in realtà, la stessa legge sul divorzio stabilisce nella fase postdivorzile l'ultrattività di rilevanti effetti patrimoniali del rapporto di coniugio (oltre al riconoscimento dell'assegno divorzile, è prevista l'attribuzione, a certe condizioni, di una percentuale dell'indennità di fine rapporto dell'altro coniuge e della pensione di reversibilità in caso di premorte, nonché l'imposizione di un assegno periodico a carico dell'eredità in presenza di uno stato di bisogno)[54].

Inoltre, dopo le sentenze della I Sezione civile n. 1652 del 2 marzo 1990 e n. 11504 del 10 maggio 2017 la dottrina si è posta con forza il problema della distinzione tra assegno divorzile, alimenti legali e contributo di mantenimento in tema di separazione[55].

---

[53] La dottrina già nel 1990 aveva rilevato la singolarità della motivazione della decisione della I Sezione civile n. 1652 del 2 marzo 1990 nella parte in cui ricollegava al principio di solidarietà postconiugale la natura eminentemente assistenziale dell'assegno di divorzio, ma su tale natura fondava pure la sua riduzione al livello degli alimenti legali: Bianca C.M., *Natura e presupposti dell'assegno di divorzio: le sezioni unite della cassazione hanno deciso*, in Riv. dir. civ., II, 1991, 537.

[54] Casaburi G., *Tenore di vita ed assegno divorzile (e di separazione): c'è qualcosa di nuovo oggi in Cassazione, anzi d'antico*, in Foro it., 2017, 1898.

[55] Bianca C.M., *Natura e presupposti dell'assegno di divorzio: le sezioni unite della cassazione hanno deciso*, in Riv. dir. civ., II, 1991, 539.

È stato considerato singolare, infatti, che il mantenimento della separazione sia connesso al tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, mentre l'assegno divorzile si dovrebbe fondare sull'indipendenza economica del coniuge. A prescindere dal fatto che, in questo modo, il coniuge più forte sarà spinto a chiedere subito il divorzio, rendendo la separazione una breve parentesi, si è sottolineato che una differenza di tale rilievo non può fondarsi sul solo dato formalistico della permanenza del rapporto matrimoniale nella separazione e della sua estinzione in seguito al divorzio[56].

Ancora più complessa diviene la ricostruzione del sistema con riguardo alla contrapposizione fra assegno divorzile ed alimenti.

È vero che la decisione della I Sezione civile n. 11504 del 10 maggio 2017 sembra dare per scontato che la contrapposizione sia superabile, ma, in realtà, essa non fornisce elementi univoci per distinguere i due concetti.

Infatti, sostenere che l'assegno divorzile deve consentire l'indipendenza o autosufficienza economica non significa spiegare in cosa si diversifichi rispetto agli alimenti[57], non essendo chiarita la differenza fra assenza di tale indipendenza od autosufficienza economica e stato di bisogno.

Autorevole dottrina già dopo il sorgere del contrasto che ha portato alle Sezioni Unite del 1990 aveva sostenuto che "*se si abbandona il riferimento al livello di vita matrimoniale risulta assai difficile spiegare come il diritto a quanto basta per un'esistenza libera e dignitosa si diversificherebbe rispetto agli alimenti legali, salvo a voler sostenere che questi non devono garantire all'alimentando un'esistenza dignitosa*"[58].

Ulteriore discussione riguarda la circostanza che il riferimento alla garanzia dell'indipendenza od autosufficienza economica sembra non lasciare spazio all'applicazione dei criteri indicati dal legislatore del divorzio per graduare l'entità dell'assegno divorzile, vale a dire le ragioni della decisione, il contributo dei coniugi alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio, il reddito di entrambi e la durata del rapporto.

---

[56] Bianca M., *Il nuovo orientamento in tema di assegno divorzile. Una storia incompiuta*, in Foro it., 2017, I, 2716.

[57] Bianca M., *Il nuovo orientamento in tema di assegno divorzile. Una storia incompiuta*, in Foro it., 2017, I, 2716.

[58] Bianca C.M., *Natura e presupposti dell'assegno di divorzio: le sezioni unite della cassazione hanno deciso*, in Riv. dir. civ., II, 1991, 539.

Questo esito, in realtà, consegue alla stessa adozione di una ricostruzione della funzione dell'assegno divorzile quale meramente assistenziale.

La maggioranza dei criteri summenzionati sono espressione di una natura compensativa e risarcitoria dell'assegno in esame (soprattutto il contributo alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio e le ragioni della decisione) e, pertanto, già con la decisione delle Sezioni Unite del 1990 era evidente che la loro collocazione nel sistema dell'articolo 5, comma 6, della legge sul divorzio diveniva problematica.

Peraltro, le Sezioni Unite del 1990 avevano superato la questione, adottando una concezione lata di funzione assistenziale che, nel parametrare il presupposto dell'assegno divorzile al tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, consentiva, in concreto, di fondare lo stesso su esigenze compensative e risarcitorie.

L'accoglimento di una nozione più ristretta di assistenza, invece, in seguito alla sentenza della I Sezione civile n. 11504 del 10 maggio 2017, ha prodotto il risultato di rendere irrilevanti, al fine della concessione dell'assegno, tali esigenze. Così facendo, però, diviene poco coerente ammetterne una qualche valenza in sede di determinazione dell'assegno stesso, con la conseguenza che la parte dell'articolo 5, comma 6, della legge sul divorzio contenente il riferimento al contributo del coniuge, alle ragioni della decisione ed alla durata del matrimonio risulta, di fatto, praticamente abrogata[59].

La decisione in esame non può essere considerata innovativa neppure per la presunta accentuazione del principio di autoresponsabilità che, come ricorda, correttamente, la sentenza della I Sezione civile n. 11504 del 10 maggio 2017, è alla base della normativa vigente in materia almeno nel mondo occidentale.

Infatti, detto principio è, nella sostanza, applicato con frequenza dalle corti di merito le quali, proprio accentuando l'aspetto del venire meno del matrimonio, tendono a non riconoscere troppo di frequente l'assegno divorzile al richiedente.

Quello che ha colpito della pronuncia della I Sezione civile n. 11504 del 10 maggio 2017 è stato, anzi, il fatto che, nel tentativo di dare una risposta nuova ad un problema molto sentito, sia stata riproposta, nella sostanza, la stessa soluzione elaborata dalla sentenza della I Sezione civile

[59] Gabrielli G., *L'assegno di divorzio in una recente sentenza della Cassazione*, in Riv. dir. civ., 1990, II, 543.

n. 1652 del 2 marzo 1990 e già non accolta dalla decisione delle Sezioni Unite civili n. 11490 del 29 novembre 1990, operando come se, negli ultimi trenta anni, non vi fosse stato un intenso dibattito giurisprudenziale e dottrinario in ordine alla questione dell'assegno divorzile e, soprattutto, non vi fossero stati rilevanti cambiamenti sociali affrontati dalla magistratura.

D'altronde, la ragione primaria per cui la pronuncia della Sezioni Unite civili n. 11490 del 29 novembre 1990, di fronte alla oggettiva difficoltà di interpretare l'articolo 5, comma 6, nella sua nuova versione, non aveva accolto la tesi suggerita dalla statuizione della I Sezione civile n. 1652 del 2 marzo 1990 può rinvenirsi nel fatto che, in materia di famiglia, le impostazioni troppo rigide ed improntate a valorizzare solo alcune specifiche esigenze non sono in grado di fornire adeguata risposta alle problematiche personali che sono sottoposte ai giudici.

La stessa normativa europea, cui la sentenza della I Sezione civile n. 11504 del 10 maggio 2017 fa riferimento per suffragare il proprio ragionamento, va letta con particolare attenzione.

Ciò in quanto, secondo autorevole dottrina, quest'ultima sentenza, benché giustifichi la conclusione raggiunta anche perché conforme ad una tendenza esistente in altre legislazioni, si sarebbe, invece, allontanata dai modelli più recenti seguiti all'estero. Infatti, nella sua motivazione risultano non pienamente scrutinate delle circostanze che, in molti paesi stranieri, impongono una solidarietà postconiugale, con il risultato di proporre un criterio di quantificazione tendenzialmente unitario, che apparentemente dovrebbe semplificare le procedure, ma che resta insensibile al caso concreto, diversamente da quanto avviene in altri paesi, come la Germania e la Francia[60].

L'autosufficienza è intesa, infatti, dalla pronuncia della I Sezione civile n. 11504 del 10 maggio 2017 principalmente come autoresponsabilità, vale a dire come obbligo di ogni coniuge di provvedere ai propri bisogni dopo il divorzio.

Proprio perché si tratta di una forma di responsabilità, però, detto principio conosce, fuori dal nostro paese, eccezioni o limitazioni in ragione dell'operare di altri principi, come quello di solidarietà.

[60] Patti S., *Assegno di divorzio: un passo verso l'Europa?*, in Foro it., 2017, 2713-2714.

L'obiettivo delle normative straniere a noi culturalmente più prossime è non solo di rendere gli ex coniugi persone autonome, ma pure di riequilibrare le loro posizioni economiche nel tempo più rapido possibile, in modo da evitare conflitti[61].

Così, in Germania, ove si mira a garantire la libertà di agire di ogni coniuge dopo il matrimonio, libertà che risulterebbe limitata da eventuali obblighi di mantenimento, si prende atto del fatto che, in molti casi, l'unione determina la dipendenza economica di uno dei coniugi, il quale deve rinunciare alla sua formazione professionale od all'attività lavorativa.

Le conseguenze di queste scelte, essendo comuni, sono prese in considerazione anche in epoca postconiugale.

Ad esempio, è riconosciuto il diritto dell'ex coniuge ad un assegno per il proprio mantenimento in caso di esistenza di figli minori comuni fino al compimento del terzo anno di età a prescindere dalla sua situazione patrimoniale ed in aggiunta a quanto già versato per il mantenimento della prole (articolo 1570 BGB). Questa disposizione garantisce la presenza e la cura del genitore nella prima fase di vita del figlio, tenendo conto di una esigenza ben meritevole di tutela.

Allo stesso tempo, l'articolo 1575 BGB prescrive che sia corrisposto al coniuge il necessario per completare la sua formazione professionale, qualora non sia iniziata o sia stata interrotta in previsione del matrimonio o durante lo stesso. È sempre contemplato l'obbligo di mantenimento se sussistono gravi motivi che precludono l'esercizio di una attività produttiva od uno stato di bisogno e la misura di detto mantenimento è determinata, ai sensi dell'articolo 1578 BGB, sulla base delle condizioni di vita matrimoniale, comprendendo tutte le necessità dell'esistenza.

La coerenza del sistema è garantita dal fatto che la pretesa di mantenimento del coniuge divorziato deve essere limitata temporalmente se una richiesta a tempo indeterminato sia iniqua anche in ragione delle esigenze del figlio comune.

La dottrina più attenta ne ha desunto che, in Germania, dal principio di autoresponsabilità discende che la mancanza di autosufficienza non rileva se non ricorrono i presupposti che giustificano la solidarietà postconiugale, soprattutto qualora non consegua alla ripartizione dei ruoli concordata durante il matrimonio, mentre il principio di solidarietà è idoneo, comunque, in

[61] Patti S., *Assegno di divorzio: un passo verso l'Europa?*, in Foro it., 2017, 2710.

molte ipotesi, a fondare un obbligo di prestazione che prescinde delle condizioni economiche dell'avente diritto.

In Francia, invece, è previsto il pagamento di una somma forfettaria stabilita dal giudice che può essere sostituita dall'attribuzione di beni in proprietà (articoli 270 e 274 Code civil), una rendita vitalizia potendo essere concessa solo in via eccezionale.

È significativo che l'indennità versata all'atto del divorzio debba essere corrisposta senza che rilevi la condizione di bisogno del richiedente ed al fine di compensare la disparità che la dissoluzione del matrimonio crea nelle condizioni di vita dei coniugi.

La soluzione francese, quindi, diversamente da quanto ritenuto dalla sentenza della I Sezione civile n. 11504 del 10 maggio 2017[62], non vuole predisporre una tutela per i casi nei quali non sussiste l'autosufficienza di un ex coniuge, ma favorire una soluzione equilibrata e definitiva delle questioni patrimoniali, non ponendosi nell'ottica dell'attribuzione o meno di un minimo che permetta di sopravvivere.

Il Codigo civil spagnolo fa pure riferimento all'esigenza di temperare lo squilibrio economico fra le parti, indicando una pluralità di criteri all'articolo 97[63].

A conclusioni non dissimili è giunto il sistema inglese, con il giudice che ha persino il potere di riallocare la proprietà dei beni ottenuta durante il matrimonio per evitare eccessivi squilibri[64].

In tale contesto, la previsione di meccanismi di riequilibrio della posizione dei coniugi al termine del matrimonio è elemento imprescindibile per garantire il valore della pari dignità del lavoro domestico ed extradomestico ed attuare il principio della parità di genere[65].

Le soluzioni adottate nel mondo anglosassone, comunque, sono difficilmente esportabili nel nostro ordinamento, in assenza di profonde riforme legislative, e paiono riferibili principalmente a soggetti con grandi patrimoni[66].

---

[62] Patti S., *Assegno di divorzio: un passo verso l'Europa?*, in Foro it., 2017, 2714.

[63] Bianca M., *Il nuovo orientamento in tema di assegno divorzile. Una storia incompiuta*, in Foro it., 2017, I, 2720.

[64] Per una disamina, Al Mureden E., *Conseguenza patrimoniali del divorzio e parità tra coniugi nelle "leading decisions" inglesi: verso una nuova valenza dell'istituto matrimoniale?*, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 2009, 211 ss.

[65] Al Mureden E., *L'assegno divorzile tra auto responsabilità e solidarietà post-coniugale*, in Famiglia e diritto, 2017, 7, 647.

[66] Bianca M., *Il nuovo orientamento in tema di assegno divorzile. Una storia incompiuta*, in Foro it., 2017, I, 2720.

Nei paesi scandinavi, poi, il tema della tutela del coniuge debole è affrontato con soluzioni di *welfare*.

Le situazioni problematiche individuate dalla dottrina che dovranno essere affrontate specificamente in futuro dalla giurisprudenza di legittimità ove si consolidasse l'orientamento della sentenza della I Sezione civile n. 11504 del 10 maggio 2017

La giurisprudenza di legittimità e di merito successiva al 1990, ben consapevole delle esigenze summenzionate, ha arricchito la soluzione fornita dalla pronuncia delle Sezioni Unite n. 11490 del 29 novembre 1990 alla luce delle molteplici situazioni presentatesi all'attenzione dei giudici.

Così, la dottrina è giunta ad individuare, in base alla casistica giurisprudenziale, varie ipotesi degne di una specifica considerazione.

Una prima questione molto sentita è quella delle famiglie "*asimmetriche*", nelle quali i ruoli sono divisi in modo che uno dei coniugi, quasi sempre la donna, provveda alla gestione della casa e dei figli, mentre l'altro coltiva le proprie capacità professionali.

È evidente che, al momento della crisi del matrimonio, diventa difficile prescindere da tutto il passato vissuto insieme dai coniugi ed affermare che pure gli effetti degli accordi raggiunti, durante la loro unione, in ordine alla suddetta ripartizione dei ruoli, cessino automaticamente con il divorzio[67].

Soprattutto è stata prospettata l'esigenza di apprestare, comunque, una adeguata tutela al coniuge che per molto tempo si sia dedicato alla famiglia[68].

Si è sostenuto, quindi, che un'interpretazione dell'articolo 5, comma 6, della legge sul divorzio rispettosa del canone di ragionevolezza dovrebbe consentire di tenere conto, nel decidere sull'*an* dell'assegno divorzile, della durata dell'impegno profuso nella vita familiare e, perciò, del numero di anni di matrimonio e delle incombenze di cura dei figli da esso scaturite[69].

[67] Casaburi G., *Tenore di vita ed assegno divorzile (e di separazione): c'è qualcosa di nuovo oggi in Cassazione, anzi d'antico*, in Foro it., 2017, 1899.

[68] Al Mureden E., *L'assegno divorzile tra auto responsabilità e solidarietà post-coniugale*, in Famiglia e diritto, 2017, 7, 645.

[69] Al Mureden E., *L'assegno divorzile tra auto responsabilità e solidarietà post-coniugale*, in Famiglia e diritto, 2017, 7, 649.

Sussiste, cioè, una esigenza di salvaguardia della buona fede nei rapporti reciproci e di garanzia dell'affidamento derivante che impone di considerare il contributo effettivamente dato alla vita familiare non solo con riguardo al *quantum*, ma pure all'*an* dell'assegno divorzile.

Tale garanzia è stata fornita, negli anni, da quella elaborazione giurisprudenziale che ha valorizzato la durata del rapporto matrimoniale, escludendo il diritto all'assegno ove l'unione risulti, per volontà e colpa del richiedente, solo formalmente istituita e non abbia dato luogo alla formazione di alcuna comunione materiale e spirituale fra i coniugi, sfociando, ad esempio, dopo breve tempo, in una domanda di divorzio[70].

La dottrina tende a rifiutare l'idea che possano essere messi sullo stesso piano, successivamente al divorzio, il coniuge che è stato sposato per pochi mesi e quello che è stato lasciato dopo molti anni, in violazione dei doveri derivanti dal matrimonio, pur essendosi preso cura dei figli e del consorte[71].

Peraltro, questo potrebbe essere il risultato conseguito ove prevalesse una interpretazione formalistica della decisione della I Sezione civile n. 11504 del 10 maggio 2017 che, a prima vista, non consente di differenziare la posizione degli ex coniugi, a prescindere dalle loro concrete esperienze di vita, se non entro limiti molto ristretti (ad esempio, il luogo di residenza).

Ovviamente a conclusioni diverse potrebbe giungersi se si ritenesse che la sentenza in commento non abbia individuato nell'autosufficienza un limite uguale per tutti, potendo variare per aree geografiche, specifiche situazioni familiari e condizioni sociali[72].

Sorgerebbe, però, allora, il problema di definire cosa debba intendersi per autosufficienza poiché la sentenza della I Sezione civile n. 11504 del 10 maggio 2017 non ha ben chiarito quale sia il contenuto del parametro dell'indipendenza economica.

Essa ha menzionato alcuni indici (non è precisato se da considerare in via alternativa) in presenza dei quali si potrebbe affermare o meno che il presupposto in questione sussista, quali il possesso di redditi di qualsiasi specie, la disponibilità di cespiti patrimoniali mobiliari ed immobiliari, il possesso di capacità e possibilità effettive di lavoro personale in relazione alla

[70] Cass., Sez. 1, n. 8233 del 16 giugno 2000.

[71] Casaburi G., *Tenore di vita ed assegno divorzile (e di separazione): c'è qualcosa di nuovo oggi in Cassazione, anzi d'antico*, in Foro it., 2017, 1897.

[72] Casaburi G., *Tenore di vita ed assegno divorzile (e di separazione): c'è qualcosa di nuovo oggi in Cassazione, anzi d'antico*, in Foro it., 2017, 1899.

salute, all'età, al sesso ed al mercato del lavoro dipendente ed autonomo e la stabile disponibilità di una casa di abitazione.

Tali indici sono assai generici ed il rischio che la discrezionalità delle corti di merito possa condurre a forti differenze di valutazione di situazioni similari è molto sentito.

Ad esempio, il Tribunale di Milano, con decisione del 22 maggio 2017, ha scelto quale riferimento principale l'ammontare degli introiti che, secondo le leggi dello Stato, consente, ove non superato, ad un individuo di accedere al patrocinio a spese dello Stato, pari a circa € 1.000,00 al mese.

Il Tribunale di Udine, invece, con sentenza del 1° giugno 2017, ha mantenuto il richiamo al tenore di vita.

Il Tribunale di Arezzo, con sentenza n. 826 del 5 luglio 2017, ha utilizzato il criterio del tenore di vita per stabilire il *quantum* dell'assegno, ma non in ordine all'*an* dello stesso[73].

Una soluzione potrebbe consistere nel fare ricorso al concetto di stato di bisogno e nel ritenere che, nella presente materia, venga in rilievo una situazione di necessità equiparabile a quella presa in considerazione in materia alimentare[74].

Il bisogno del coniuge non può, però, certo coincidere con la mancanza di ciò che è necessario alla sopravvivenza (ad esempio, il vitto e l'alloggio) poiché, come già accennato, esiste nel nostro ordinamento l'articolo 9-*bis* della legge n. 898 del 1° dicembre 1970, in base a cui all'ex coniuge divorziato, al quale sia stato riconosciuto il diritto alla corresponsione periodica dell'assegno di divorzio, può essere attribuito, altresì, dopo la morte dell'obbligato e qualora versi in stato di bisogno, un assegno a carico dell'eredità.

Pertanto, se il coniuge divorziato, che sia già titolare dell'assegno di divorzio, deve essere in stato di bisogno per potere ottenere il contributo a carico dell'eredità, ciò significa che questo presupposto non coincide con quello che determina l'insorgenza dell'assegno divorzile.

[73] Decisione che pone l'ulteriore questione se, alla luce del nuovo orientamento della I Sezione civile della Corte di Cassazione, il parametro del tenore di vita, che non può rilevare al fine della determinazione sulla spettanza dell'assegno, possa tornare in considerazione con riferimento alla sua quantificazione. Per l'opinione negativa: Al Mureden E., *L'assegno divorzile tra auto responsabilità e solidarietà post-coniugale*, in Famiglia e diritto, 2017, 7, 645, il quale afferma che la misura massima dell'assegno divorzile sarà quella necessaria a consentire all'ex coniuge di ottenere l'indipendenza economica.

[74] Valorizzando alcune considerazioni presenti in Lamorgese A., *L'assegno divorzile e il dogma della conservazione del tenore di vita matrimoniale*, in Questione Giustizia, 2016, articolo rinvenibile al seguente indirizzo: http://www.questionegiustizia.it/articolo/l-assegno-divorzile-e-il-dogma-della-conservazione-del-tenore-di-vita-matrimoniale_11-03-2016.php

Per questa ragione si potrebbe ipotizzare che lo stato di bisogno del coniuge abbia un carattere di specialità, dovendo essere rapportato alle sue esigenze personali in senso ampio e alla posizione sociale dello stesso occupata, come è previsto dall'articolo 438 c.c. in tema di alimenti a favore di chi versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento.

Ne deriva un problema non di facile soluzione perché è innegabile che la posizione sociale dell'ex coniuge è determinata anche dalla sua vita passata, con la conseguenza che la ricostruzione in questione valorizzerebbe, comunque, ove accolta, come parametro rilevante per accertare l'adeguatezza dei mezzi, il precedente matrimonio il quale, in genere, avrà avuto una incidenza sulla formazione di detta posizione sociale.

Ciò, anzi, sarà tanto più vero quanto più il matrimonio sarà stato lungo, considerato che con gli anni il coniuge più debole potrà essersi inserito in un contesto socio-economico ben diverso da quello frequentato in origine, che sarà ormai divenuto elemento fondante della sua posizione sociale, quale espressione immediata del tenore di vita della famiglia, ma che potrà essere frequentato dal medesimo coniuge, dopo il divorzio, solo possedendo risorse economiche ben superiori a quelle rimaste a sua disposizione successivamente al matrimonio.

Il riferimento al periodo in cui i coniugi sono stati uniti è, però, escluso dalla pronuncia della I Sezione civile n. 11504 del 10 maggio 2017.

Chi condivide le conclusioni di quest'ultima decisione ha, dunque, sostenuto, ma senza approfondire la questione, che la rilevanza da dare alla posizione sociale del singolo non comporta, in ogni caso, che lo stato di bisogno debba essere collegato al tenore di vita avuto in costanza di matrimonio[75].

Una seconda situazione che in dottrina è stata individuata come critica e, quindi, meritevole di una particolare considerazione è quella del coniuge più debole economicamente che assuma, dopo il divorzio, un ruolo prevalente nella cura di figli non autosufficienti.

Si è sottolineato che, in questo caso, la famiglia, anche se cessa nel senso tradizionale del termine, a causa della fine del rapporto matrimoniale, non scompare ove intesa quale relazione fra persone legate da un vincolo genitoriale.

[75] Lamorgese A., *L'assegno divorzile e il dogma della conservazione del tenore di vita matrimoniale*, in Questione Giustizia, 2016, articolo rinvenibile al seguente indirizzo: http://www.questionegiustizia.it/articolo/l-assegno-divorzile-e-il-dogma-della-conservazione-del-tenore-di-vita-matrimoniale_11-03-2016.php.

In pratica, la famiglia moderna, vista non come semplice unione formale, ma, in virtù di una lettura attuale, alla luce dell'articolo 2 Cost., degli articoli da 29 a 31 Cost., come centro di affetti e cure al quale fare riferimento, non si estingue, in presenza di figli non autonomi, con il divorzio, poiché ciascun genitore resta tale e, pertanto, deve continuare a relazionarsi con l'altro e con la prole.

Se ne ricava che la concessione dell'assegno divorzile deve avvenire ponendosi nell'ottica che porta a parametrare il mantenimento spettante in seguito alla separazione al tenore di vita goduto in costanza di matrimonio proprio perché, nella situazione in questione, i coniugi non diventano, solo con la crisi della loro unione, persone singole.

Queste conclusioni troverebbero un riscontro nell'esperienza straniera, soprattutto di *common law*, ove lo Stato rinuncia a decidere in ordine alla continuazione o meno del matrimonio, ma assume un ruolo di garante dell'interesse economico dei coniugi e dei loro figli.

La maggiore facilità di accesso al divorzio si è tradotta, così, in un rafforzamento della garanzia per ognuno degli sposi di tornare libero in condizioni di eguaglianza finanziaria[76].

Una simile impostazione sembra potere consentire di definire meglio i limiti del concetto di autosufficienza, intesa come autoresponsabilità, nel senso che la stessa potrebbe arrivare ad escludere i doveri nascenti dalla solidarietà postconiugale esclusivamente nelle ipotesi in cui, in ragione della breve durata del matrimonio, dell'assenza di figli economicamente non autosufficienti, della mancanza di un contributo alla famiglia ed al patrimonio del consorte e della giovane età del soggetto richiedente, un simile esito sia giustificato.

Pertanto, attenta dottrina è arrivata a proporre, in seguito alla sentenza della I Sezione civile n. 11504 del 10 maggio 2017, una lettura della funzione assistenziale dell'assegno divorzile secondo tre diverse prospettive idonee a riflettere le peculiarità delle istanze da considerare di volta in volta[77].

Già in precedenza, peraltro, alcuni autori avevano sostenuto che l'assegno divorzile non poteva mantenere una funzione meramente assistenziale[78].

[76] Al Mureden E., *L'assegno divorzile tra auto responsabilità e solidarietà post-coniugale*, in Famiglia e diritto, 2017, 7, 647.

[77] Al Mureden E., *L'assegno divorzile tra auto responsabilità e solidarietà post-coniugale*, in Famiglia e diritto, 2017, 7, 650.

[78] Quadri E., *Brevissima durata del matrimonio e assegno di divorzio*, in Corr. Giur., 2009, 474.

Così, si è detto che, in presenza di matrimoni di lunga durata, detto assegno avrebbe una funzione assistenziale-compensativa che servirebbe a riequilibrare le capacità di reddito dei coniugi, poiché assumerebbero rilievo il profilo del contributo fornito alla condizione della vita familiare ed i sacrifici sopportati, essendo questi la conseguenza di un accordo concluso dai coniugi in costanza di matrimonio, l'affidamento nel quale andrebbe garantito.

Qualora, invece, l'unione sia stata breve, ma vi siano dei figli in tenera età, lo scioglimento della coppia non coincide con quello della famiglia, che solo muta struttura, e, perciò, permane un legame tra i genitori collegato all'esigenza di organizzare la vita comune in relazione ai bisogni della prole. Sorgerebbe, dunque, la necessità di una equa divisione dei costi che la cura della famiglia genera pure dopo il divorzio, la quale si tradurrebbe in una funzione assistenziale-perequativa dell'assegno che valorizzerebbe i compiti del genitore prevalente nell'ambito dell'affidamento.

In tutte queste situazioni, il parametro di riferimento da utilizzare per quantificare l'assegno divorzile ben potrebbe essere quello del tenore di vita goduto in costanza di matrimonio.

Infine, il contributo da corrispondere avrebbe una funzione solo assistenziale e, dunque, non verrebbe in rilievo il tenore di vita, ove il matrimonio sia stato di breve durata e la coppia non abbia figli non autosufficienti.

Considerazioni finali

La pronuncia della I Sezione civile n. 11504 del 10 maggio 2017 ha l'indubbio pregio di avere affrontato la questione di come intendere il concetto di assistenza nel nostro ordinamento, vale a dire se possa immaginarsi un'assistenza collegata al matrimonio vissuto dalle parti o se questa debba essere vista come semplice aiuto per le persone bisognose, in un'ottica essenzialmente pubblicistica.

Inoltre, ha reso evidente che il tema dell'assegno divorzile si intreccia con le necessità di sopravvivenza degli individui, palesando come, in un paese in cui esiste uno Stato sociale, quale il nostro, dovrebbe essere la Pubblica Amministrazione, con il suo *welfare*, ad intervenire in via diretta per dare sostegno a chi, dopo il matrimonio, si trova in crisi.

La sentenza della I Sezione civile n. 11504 del 10 maggio 2017, nel concentrarsi sulla sola tematica della funzione dell'assegno divorzile, non ha preso posizione, però, in ordine a tutte le

tipologie problematiche che, in un modo o nell'altro, sono state affrontate, negli anni, dalla giurisprudenza.

Così, nessuno contesta che soggetti indipendenti economicamente non debbano ottenere un contributo a carico dell'altro coniuge, tanto che spesso la giurisprudenza di merito non riconosce l'assegno divorzile.

Sarebbe stato opportuno, peraltro, un intervento di più ampio respiro che, invece di limitarsi a superare, ad un livello formale, la ricostruzione dell'istituto operata dalla pronuncia delle Sezioni Unite civili n. 11490 del 29 novembre 1990, avesse fornito ai giudici di merito coordinate sufficienti ad affrontare quelli che sono, invece, gli attuali aspetti problematici concernenti l'assegno divorzile.

È atteso a breve un pronunciamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Si auspica che questo affronti le situazioni che sono oggi oggetto di discussione nei Tribunali italiani.

Sarebbe forse il caso che le Sezioni Unite operassero una precisa tipizzazione delle potenziali controversie che potrebbero sorgere presso le corti di merito, indicando i relativi criteri di soluzione.

In particolare, dovrebbe essere data una risposta chiara alla richiesta di tutela del coniuge che abbia investito un considerevole periodo di tempo nell'assolvimento dei compiti domestici e di cura dei figli al termine di un matrimonio di lunga durata e di quello che, nella qualità di collocatario di prole non autonoma, sia chiamato ad un significativo e prolungato impegno nel seguire questa anche dopo la fine dell'unione[79].

Inoltre, sarebbe preferibile distinguere con maggiore chiarezza i presupposti e, soprattutto, il contenuto dell'assegno divorzile da quelli dell'obbligazione alimentare, precisando la differenza fra indipendenza ed autosufficienza economica e stato di bisogno, con specifico riferimento all'incidenza ed alla valutazione, in entrambe le circostanze, della posizione sociale occupata dal richiedente.

L'occasione potrebbe consentire, altresì, di valutare l'opportunità di mantenere la distinzione, in ordine ai loro requisiti di concessione, fra assegno divorzile e contributo

[79] Al Mureden E., *L'assegno divorzile tra auto responsabilità e solidarietà post-coniugale*, in Famiglia e diritto, 2017, 7, 653-654.

riconosciuto dopo la separazione[80], essendo, ormai, la differenza fra separazione e divorzio poco sentita dalla coscienza sociale e destinata, nel caso di consolidamento del nuovo indirizzo della sentenza della I Sezione civile n. 11504 del 10 maggio 2017, ad essere ancora meno compresa, in quanto la nuova giurisprudenza non potrà che incentivare il ricorso al divorzio a fronte di separazioni sempre più brevi.

Altro profilo da non sottovalutare è quello che riguarda l'esigenza di applicare in maniera completa l'articolo 5, comma 6, della legge sul divorzio, considerato che l'effetto pratico della decisione della I Sezione civile n. 11504 del 10 maggio 2017 consiste nell'abrogare, di fatto, la prima parte di detto articolo, non spiegandosi la dottrina[81], ad esempio, come possa trovare applicazione la disposizione normativa che impone al giudice di tenere conto delle condizioni economiche di entrambi i coniugi, quantomeno al momento della quantificazione dell'assegno, se, nel giudizio sull'*an debeatur*, si deve avere riguardo esclusivamente alle condizioni del soggetto richiedente, con esclusione di ogni comparazione tra le situazioni reddituali e patrimoniali degli ex coniugi.

Infatti, con l'attribuire all'indipendenza economica dell'istante un carattere sempre preclusivo del diritto all'assegno divorzile, diviene quasi impossibile differenziare la tutela della parte debole tramite la valorizzazione dei criteri contemplati dal summenzionato articolo 5. Peraltro, proprio la non distinzione delle situazioni diverse che sempre possono sorgere nel settore della famiglia sembra porsi in contrasto con la volontà del legislatore che, indicando dei parametri eterogenei da considerare per determinare l'assegno in questione ha chiaramente optato per una tutela flessibile destinata ad adattarsi alle circostanze, anche in attuazione del principio di cui all'articolo 3 Cost.

Infine, sarebbe il caso di chiarire se il concetto di assistenza alla base dell'assegno divorzile debba essere ricondotto allo schema minimo degli articoli 36 e 38 Cost. o se vi sia spazio per una ricostruzione alternativa dello stesso, in grado di valorizzare adeguatamente i richiami alla funzione compensativa e risarcitoria presenti nell'articolo 5, comma 6, della legge sul divorzio, quando non di darne una lettura polifunzionale.

[80] Carbone V., *Urteildämmerung: una decisione crepuscolare (sull'assegno di divorzio)*, in Foro it., 1991, 81.

[81] Bianca C.M., *L'ultima sentenza della Cassazione in tema di assegno divorzile: Ciao Europa?*, in Giustiziacivile.com, 2017, 4.

Ciò andrebbe fatto pure in maniera da fornire una ricostruzione della normativa italiana coerente con quella dei principali Stati europei nei quali, nonostante una legislazione positiva differente, il riferimento all'autosufficienza economica dei coniugi, benché sia operato in termini di autoresponsabilità, consente, però, di tenere in debito conto il contributo fornito dagli sposi durante la loro unione, in attuazione degli accordi di indirizzo fra loro pattuiti, e l'apporto dei genitori alla cura ed educazione dei figli dopo la fine del matrimonio[82].

Così facendo la nostra giurisprudenza si porrebbe, altresì, al passo con i tempi che vedono al centro delle relazioni affettive non più la famiglia tradizionale, ma quello che è stato definito un "*arcipelago familiare*"[83], visto che l'ordinamento tratta oggi come familiari dei legami di coppia e di discendenza che prescindono dal rapporto di coniugio.

In questo modo, potrebbero evitarsi gli eccessi denunciati in dottrina, ma anche in giurisprudenza, con riferimento alla concessione ed alla quantificazione dell'assegno divorzile poiché si impedirebbero la costituzione di rendite inique ed ingiustificati arricchimenti di ex consorti non meritevoli e, al contempo, si potrebbero ottenere un riequilibrio patrimoniale ed una effettiva parità dei coniugi al momento della crisi dell'unione, obiettivi sentiti da molti come imprescindibili alla luce della attuale fuga dalla comunione legale dei beni[84].

[82] Bianca C.M., *L'ultima sentenza della Cassazione in tema di assegno divorzile: Ciao Europa?*, in Giustiziacivile.com, 2017, 5, che chiarisce come la decisione in commento, in realtà, si distacchi dall'orientamento di fondo delle legislazioni europee.

[83] Busnelli F.D., *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in Riv. dir. civ., 2002, I, 509 ss.

[84] Sesta M., *Presentazione* di Al Mureden, *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole. Funzione perequativa dell'assegno divorzile e famiglia destrutturata*, Milano, 2007, VIII.

MARIA ROSARIA SODANO

L'istituto del Trust e la legge denominata "Dopo di Noi"

SOMMARIO: 1. L'istituto del Trust secondo la Convenzione dell'Aja. 2. La natura giuridica del Trust. 3. La figura del disponente e del beneficiario. Rapporti con il *trustee*. 4. Il Trust "interno". 5. Il Trust come negozio di destinazione previsto dall'art. 2645 ter c.c. 6. La legge "Dopo di Noi" e le disposizioni di favore ivi previste per il Trust.

1. L'istituto del Trust secondo la Convenzione dell'Aja del 01/07/1985.

L'istituto del Trust di derivazione specificatamente anglosassone si sostanzia in un atto dispositivo con il quale si conferisce al trasferimento della proprietà una nuova funzione, specifica e peculiare, quella di essere destinata alla realizzazione di uno scopo, in vista del quale la gestione e utilizzo del bene sono vincolati.

Lo schema negoziale tipico del Trust contempla il trasferimento della proprietà di un bene da parte del disponente (detto *settlor*) ad altro soggetto (*trustee*) cui i beni vengono formalmente intestati, con il compito di amministrare e gestire il patrimonio trasferito, al fine di perseguire uno scopo, individuato previamente dal *settlor*. L'oggetto del Trust può riguardare, oltre che beni immobili o mobili, anche titoli di credito. Si tratta quindi di un complesso di rapporti giuridici facenti capo ad una persona che possono essere segregati in vista di una finalità specifica, di solito individuata a favore di un beneficiario o di un numero indeterminato di beneficiari.

Il negozio in esame si caratterizza per la presenza di tre soggetti, anche se talvolta il beneficiario può mancare. È discusso se il disponente possa o meno coincidere con il *trustee*, l'amministratore dei beni. Non sembra che da questo punto di vista ci siano preclusioni nelle fonti internazionali e nella prassi internazionale, anche se, come si vedrà nel prosieguo, la giurisprudenza di legittimità ha escluso tale possibilità. Infatti secondo l'art. 2 della Convenzione dell'Aja sono da considerarsi elementi fondamenti del Trust la presenza dei seguenti elementi: (i) la costituzione del Trust con atto tra vivi o *mortis causa*; (ii) la formale intestazione dei beni al *trustee*, (iii) la segregazione del patrimonio destinato rispetto alla titolarità dei beni che sono

amministrati dal *trustee* nell'interesse del beneficiario o con il vincolo di destinazione indicato nel programma esplicitato nell'atto[85].

Il Trust si configura, dunque, come una fattispecie negoziale complessa e unitaria all'interno della quale possono essere individuati due negozi distinti. Il primo è un negozio attributivo/traslativo mediante il quale il *settlor* (disponente) trasferisce i beni oggetto del trust al *trustee* oppure, pur trattenendo la titolarità dei beni, li vincola ad una destinazione specifica, quella di essere destinati ai bisogni e all'assistenza di un beneficiario per tutta la durata della sua vita o vincolati ad un programma ben definito che deve essere, anch'esso, ben esplicitato nell'atto. Il secondo negozio è invece a carattere istitutivo, avendo la funzione di istituire il *trustee* quale amministratore e gestore del patrimonio a lui trasferito. Il suo mandato dovrà espletarsi secondo le modalità e i limiti e nel perseguimento degli scopi indicati dal *settlor.*

2. La natura giuridica del Trust

Molto si è discusso della natura giuridica del Trust e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico.

Un primo problema tecnico attiene alla natura giuridica del conferimento dei beni che, come si è visto, vengono trasferiti dal *settlor* al *trustee* in base ad un programma specifico e con l'intento di vincolarli al soddisfacimento di un fine predeterminato. L'effetto traslativo del negozio conferirebbe la proprietà formale dei beni al *trustee*, mentre quella sostanziale, secondo le regole dell'*equity* sarebbe da riconoscere al beneficiario.

Ora, la compresenza di un duplice potere dispositivo sul singolo bene o rapporto giuridico rappresenta un serio problema per l'ordinamento italiano dal momento che esso, a differenza di quello anglosassone (nell'ambito del quale l'istituto del Trust è stato concepito), non consente una scissione della proprietà in capo a più soggetti in quanto, anche in caso di contitolarità del diritto, ciascuno ne gode in via esclusiva e in modo pieno. Ciò, sulla base dell'assunto che la proprietà

[85] Così testualmente l'art. 2 : Ai fini della presente Convenzione, per trust s'intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il disponente – con atto tra vivi o mortis causa – qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee nell'interesse di un beneficiario o per un fine determinato. Il trust è caratterizzato dai seguenti elementi: a) i beni in trust costituiscono una massa distinta e non sono parte del patrimonio del trustee; b) i beni in trust sono intestati al trustee o ad un'altra persona per conto del trustee; c) il trustee è investito del potere e onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre dei beni in conformità alle disposizioni del trust e secondo le norme imposte dalla legge al trustee. 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 del Trust

rappresenta un diritto libero, che non può essere limitato da vincoli perpetui che ne minano la sua libera circolazione, in una prospettiva di sua tutela generale e collettiva così come garantita dalla Costituzione.

Parte della dottrina appare perciò più propriamente schierata verso la tesi che vede nel conferimento dei beni al *trustee* un negozio unilaterale atipico di carattere traslativo in favore del *trustee*, individuato come l'unico titolare del potere dispositivo sui beni conferiti nel fondo Trust, escludendo da tale titolarità il beneficiario o i beneficiari[86].

È questa anche la posizione della prevalente giurisprudenza da sempre schierata per ritenere l'unico soggetto legittimato ad agire e a contraddire in giudizio per il Trust, il *trustee*[87], nella sua qualità di titolare dei rapporti giuridici, soggetto da ritenersi ben distinto dal beneficiario, con il quale non può neanche fisicamente coincidere[88].

Tale costruzione giuridica suggerisce un parallelismo con quanto avviene in tema di contratto a favore di terzo perché, anche in tal caso, la funzione in concreto svolta dall'attribuzione al terzo voluta dallo stipulante può essere la più varia. Poiché non è – tuttavia - infrequente lo spirito liberale del negozio, la dottrina ha individuato nell'atto del disponente una liberalità non donativa realizzata a favore del beneficiario non attraverso la stipula di un contratto di donazione ma mediante la creazione di un patrimonio di scopo Ciò vale non solo per l'ipotesi di negozio di

[86] F. Di Ciommo, Brevi note in tema di azione revocatoria, trust e negozio fiduciario, Foro it., 1999, I, c. 1470. M. Lupoi,

Trusts, p. 302 afferma che "esiste un preminente profilo proprietario, ma esso riguarda il trustee, non il beneficiario

[87] Cfr. Cass. Civ. Sez. 3 - , Sentenza n. 19376 del 03/08/2017 secondo cui: "L'interesse alla corretta amministrazione del patrimonio in trust non integra una posizione di diritto soggettivo attuale in favore dei beneficiari ai quali siano attribuite dall'atto istitutivo soltanto facoltà, non connotate da realità, assoggettate a valutazioni discrezionali del trustee; conseguentemente, deve escludersi che i beneficiari non titolari di diritti attuali sui beni siano legittimati passivi e litisconsorti necessari nell'azione revocatoria avente ad oggetto i beni in trust, spettando invece la legittimazione, oltre al debitore, al trustee, in quanto unico soggetto di riferimento nei rapporti con i terzi.

[88] Cfr. Cass. Civ. Sez. 1, Sentenza n. 25800 del 22/12/2015secondo cui Il "trust" non è un ente dotato di personalità giuridica ma un insieme di beni e rapporti destinati ad un fine determinato, nell'interesse di uno o più beneficiari, e formalmente intestati al "trustee", il quale, pertanto, disponendo in via esclusiva dei diritti conferiti nel patrimonio vincolato, è l'unico soggetto legittimato a farli valere nei rapporti con i terzi, anche in giudizio. (In applicazione dell'anzidetto principio, la S.C., confermando il decreto impugnato, ha ritenuto che, costituiti in "trust" i diritti di tutti gli obbligazionisti di una società, solo il "trustee" era legittimato ad insinuare i relativi crediti al passivo della garante poi fallita).

destinazione con trasferimento dei beni ad un terzo gestore, ma anche per quella del negozio di destinazione autodichiarato di cui si dirà nel prosieguo.[89]

Non minori problematiche riveste la questione della possibile attribuibilità al Trust di una personalità giuridica autonoma e distinta dal *trustee* in ragione della sua specifica rilevanza in tema di trattamento fiscale. Il problema dal punto di vista più propriamente dottrinario, attiene alla inderogabilità del dogma dell'unicità del patrimonio, inteso come complesso di rapporti giuridici facenti capo ad un soggetto. Infatti, l'ammissione del patrimonio separato, inteso nel senso indicato dalla Convenzione dell'Aja come "massa" distinta da quella del soggetto che ne ha la titolarità, pone l'ulteriore questione dell'atipicità del patrimonio separato nella misura in cui esso si configura come "proprietà destinata".[90]

La giurisprudenza sia di merito che di legittimità, nell'ammettere la possibilità di segregazione ha da sempre escluso la soggettività del Trust come ente giuridico autonomo e quindi come patrimonio destinato individuando nel *trustee* l'unico soggetto legittimato nei rapporti con i terzi oltre che obbligato agli adempimenti fiscali. Ha così considerato che, nel caso di rapporto di discendenza fra il *settlor* e il beneficiario l'arricchimento realizzatosi con l'istituzione del Trust in capo a quest'ultimo debba ritenersi alla stregua di una donazione indiretta[91].

Quanto alla forma, l'art. 3 della Convenzione dell'Aja ne impone la forma scritta, ferma l'esigenza - nel caso di Trust liberale - dell'adozione di una forma idonea a consentire la pubblicità del vincolo e, con essa, l'opponibilità ai terzi. Stante la sua caratteristica di liberalità non donativa, non appare necessaria la forma prescritta dagli artt. 782 c.c. e 48 L. Notarile in tema di donazione,

[89] cfr. M. LUPOI, «Gli atti di destinazione…»; S. BARTOLI, «Riflessioni…», D. MURITANO, «Il c.d. trust interno prima e dopo l'art. 2645-ter c.c.», in Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata, Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, Milano, 1/2007, p. 18 e ss.).

[90] Sull'argomento, che si è sviluppato con riguardo al problema del *numerus clausus* dei diritti reali, cfr. BAFFI E., «Gli "*anticommons*" e il problema della tipicità dei diritti reali», in *Riv. critica dir. priv.*, 2005, p. 455 e ss. Per un'ulteriore indagine in chiave giuseconomica del problema del *numerus clausus* dei diritti reali si cfr. HANSMANN H., KRAAKMAN R., «*Property, Contract, and Verification: the Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights*», in *Journal of Legal Studies*, 31 (2002), p. 373 e ss.

[91] Cass. Civ. Sez. 5, Sentenza n. 21614 del 26/10/2016: In tema d'imposta ipotecaria e catastale, l'istituzione di un "trust" cd. "autodichiarato", con conferimento di immobili e partecipazioni sociali per una durata predeterminata o fino alla morte del disponente, i cui beneficiari siano i discendenti di quest'ultimo, è riconducibile alla donazione indiretta ed è soggetto all'imposta in misura fissa, atteso che la "segregazione", quale effetto naturale del vincolo di destinazione, non comporta, però, alcun reale trasferimento o arricchimento, che si realizzeranno solo a favore dei beneficiari, successivamente tenuti al pagamento dell'imposta in misura proporzionale.

con particolare riguardo alla presenza dei testimoni, anche se, in via prudenziale la forma dell'atto pubblico appare commendevole avuto riguardo a quanto prescritto circa il negozio di destinazione ex art. 2645-ter c.c., per il quale è comunque testualmente imposta tale forma *ad substantiam*[92].

3. La figura del disponente e del beneficiario. Rapporti con il *trustee*

Il disponente è, assieme al *trustee*, la figura centrale del trust, trattandosi del soggetto che decide di conferire i suoi beni vincolandoli al programma.

Una volta specificata la natura traslativa dell'atto di trasferimento, non v'è dubbio che il disponente perda la titolarità del bene uscendo sostanzialmente di scena. In realtà la perdita del possesso del bene è soltanto eventuale poiché il disponente potrebbe mantenere – come spesso accade - diritti sul bene che, invece, in altri ordinamenti non sarebbero riconosciuti. È ciò che si verifica non infrequentemente allorché viene conferita nel fondo Trust la nuda proprietà del bene, venendo mantenuto l'usufrutto o il diritto di abitazione in capo al *settlor*.

Pur in presenza di tali eccezioni, è comunque certa l'impossibilità da parte del disponente di poter agire nei confronti del *trustee* in conseguenza delle violazioni commesse nel corso della gestione dei beni vincolati, posto che il *trustee,* a differenza di quanto accade nel negozio fiduciario, è il fiduciario del rapporto di affidamento e non del disponente. Degli obblighi assunti il *trustee* dovrà pertanto rispondere, oltre che nei confronti del beneficiario, anche nei confronti del "guardiano" del Trust nominato in sede di atto istitutivo dal disponente. Ciò non esclude, ovviamente, che nell'ambito del rapporto di affidamento il disponente possa dare delle indicazioni al *trustee* avvalendosi, se del caso, dell'opera del "guardiano", cioè di colui che viene preposto dal *settlor* al controllo dell'operato del *trustee*.

Inoltre, l'art. 2 della Convenzione dell'Aja stabilisce che il disponente possa riservarsi determinati poteri sul fondo costituito in Trust, sempre a condizione che il patrimonio conferito passi sotto il controllo del *trustee* e diventi formalmente di sua proprietà.

[92] Sembrerebbe ad substantiam: cfr. nel primo senso M. BIANCA - M. D'ERRICO - A. DE DONATO - C. PRIORE, L'atto notarile di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile, Milano, 2006, p. 35-36; G. PETRELLI, «La trascrizione degli atti di destinazione», in Riv. dir. civ., 2006, § 2; in obiter dictum, Trib. Reggio Emilia decr. 23 marzo 2007, reperibile in www.filodiritto.it; nel secondo senso S. BARTOLI, «Riflessioni…», cit., c. 1300; G. OBERTO, «Atti di destinazione (art. 2645-ter c.c.) e trust: analogie e differenze», Contr. e impr. Europa, 2007, § 13]. La tesi che ritiene necessaria la presenza dei testimoni (cfr. F. GAZZONI, Osservazioni, cit., p. 220.

Tale disposizione ha fatto ritenere possibile da parte della dottrina l'identità fisica del *trustee* con quella del disponente o del disponente con quella del beneficiario. Ma l'eventualità è stata recisamente esclusa, oltre che dalla giurisprudenza di merito in materia tributaria, dove è stata vista con sfavore perché valutata alla stregua di un'interposizione fittizia di persona[93], anche dalla stessa giurisprudenza di legittimità che, nell'analizzare con compiutezza le caratteristiche dell'istituto, ha individuato nel disponente, nel beneficiario e nel *trustee* tre differenti centri di imputazione di interessi, da ritenersi inconciliabili tra loro[94].

4. Il Trust "interno"

Pur aderendo alla Convenzione dell'Aja, il nostro Paese non ha, fino ad oggi, provveduto alla regolamentazione diretta dell'istituto secondo i termini e i modi indicati nell'art. 8 della Convenzione[95], ragione per cui si discute, ancor oggi, della possibilità di riconoscere nel nostro ordinamento il Trust denominato "interno" o autodichiarato che sia disciplinato da altra

[93] Cfr. Cass. civ. sentenza n. 88 del 26.5.2017 secondo cui: sotto il profilo fiscale, i trust istituiti e gestiti al fine di realizzare una mera interposizione nel possesso dei beni e dei relativi redditi, non sono considerati validamente operanti; è il caso, ad esempio, dei trust nei quali l'attività del trustee, sotto il profilo sostanziale, risulti soggetta alle istruzioni vincolanti riconducibili al disponente o ai beneficiari, che di fatto così mantengono l'effettiva disponibilità del patrimonio conferito nel trust. Elemento essenziale del trust, pertanto, è (i) la perdita del potere di gestire i beni in trust da parte del disponente e (ii) la contestuale assunzione del corrispondente potere/dovere del trustee di amministrare e disporre dei beni a lui effettivamente affidati. In tale ambito non è esclusa la possibilità che il disponente riservi a se stesso alcune facoltà, esse però non devono essere tali da precludere al trustee il potere di gestire i beni che costituiscono il patrimonio conferito in trust.".

[94] Cass. Sez. Civ.. L - , Sentenza n. 12718 del 19/05/2017 secondo cui: Il "trust", che non è un soggetto giuridico dotato di una propria personalità, postula, in capo al "trustee", una proprietà limitata nel suo esercizio in funzione della realizzazione del programma stabilito dal disponente nell'atto istitutivo a vantaggio del o dei beneficiari, sicché i tre centri di imputazione (disponente, "trustee" e beneficiario) non possono coincidere. In caso contrario, il "trust" è affetto da nullità rilevabile di ufficio, in nessun modo differendo la proprietà del "trustee" da quella piena, per violazione dell'art. 2 della Convenzione dell'Aja dell'1 luglio 1985, resa esecutiva in italia con l. n. 364 del 1989, entrata in vigore l'1 gennaio 1992. (In applicazione di tale principio, la S.C., avendo accertato la nullità di un "trust" nel quale i disponenti, soci di una s.r.l. posta in liquidazione e poi cancellata dal registro delle imprese, si erano autonominati "trustee" e primi beneficiari, ha affermato, in una controversia promossa da una lavoratrice per il conseguimento di indennità varie, la legittimazione passiva dei predetti soci, in quanto ritenuti responsabili ai sensi dell'art. 2495, comma 2, c.c.).

[95] Art. 8 La legge specificata agli articoli 6 e 7 regola la validità del trust, la sua interpretazione, i suoi effetti e l'amministrazione del trust. In particolare, la legge dovrà regolamentare: a) la nomina, le dimissioni e la revoca del trustee, la capacità particolare di esercitare le mansioni di trustee e la trasmissione delle funzioni di trustee; d) i diritti e gli obblighi dei trustees tra di loro; c) il diritto del trustee di delegare, in tutto o in parte, l'esecuzione dei suoi obblighi o l'esercizio dei suoi poteri; d) i poteri del trustee di amministrare o disporre dei beni del trust, di darli in garanzia e di acquisire nuovi beni; e) i poteri del trustee di effettuare investimenti;

f) le restrizioni relative alla durata de l trust ed ai poteri di accantonare gli introiti del trust; g) i rapporti tra il trustee ed i benefici ari, ivi compresa la responsabilità personale del trustee verso i beneficiari; h) la modifica o la cessazione del trust; i) la ripartizione dei beni del trust; j) l'obbligo del trustee di render conto della sua gestione.

legislazione, per il quale, in ragione della presenza di elementi di connessione con il territorio italiano, quali il luogo di amministrazione dei beni, la loro collocazione, la residenza abituale del fiduciario, venga richiesto il riconoscimento nello stato italiano.

Orbene, in base alla disciplina della L. 31/05/1995, n. 218, che stabilisce la prevalenza delle norme di diritto internazionale privato sulle norme di diritto interno, sia precedenti che successive, queste ultime possono essere applicate solo se consentono di realizzare lo scopo contenuto nelle norme di diritto uniforme e purché vi siano rapporti caratterizzati da elementi internazionalità, nel nostro caso garantiti dalla sottoscrizione della Convenzione dell'Aja da parte dello Stato italiano che l'ha accettata senza riserve. È questa la ragione per la quale la giurisprudenza di merito, dopo iniziali perplessità, ha pressoché unanimemente ritenuto l'ammissibilità nel nostro ordinamento del Trust interno o autodichiarato [96]

Una volta esclusa la possibilità da parte del giudice italiano di rifiutare la validità di un Trust interno sulla base dell'inesistenza di qualunque requisito di internazionalità oltre che della legge regolatrice, è possibile disconoscere il Trust interno nella sola ipotesi in cui la sua applicazione in Italia da parte dei soggetti che ne hanno chiesto il riconoscimento non sia avvenuta in buona fede e sia stato fatto al fine di perseguire interessi non meritevoli di tutela.

Il problema è pertanto inquadrabile nel rinvenimento nel nostro ordinamento di una norma che disciplini la "segregazione" della proprietà, intesa come possibilità di imporre dei limiti all'utilizzo del bene da parte del proprietario, in vista di uno scopo o a favore di un beneficiario.

[96] Cfr. Trib. Brindisi, 28 marzo 2011: «in linea generale, il trust deve senz'altro essere positivamente valutato dall'ordinamento giuridico. Ciò in quanto, sotto un primo profilo, esso risulta espressamente riconosciuto, stante la suddetta legge n. 364/89, che ha ratificato e reso esecutiva la Convenzione Aja del 1985. In secondo luogo, esso attua una segregazione di beni non dissimile a quella propria di analoghi istituti parimenti esistenti all'interno dell'ordinamento , e segnatamente - tra gli altri - il fondo patrimoniale (art. 167 c.c.), l'eredità beneficiata (art. 484 e ss. c.c.), la separatio bonorum (art. 512 c.c.), i fondi comuni di investimento mobiliare (D.lgs. n. 58/98), i patrimoni con vincolo di destinazione (art. 2645-ter c.c.), i patrimoni destinati ad uno specifico affare (art. 2447-bis e ss. c.c.). Infine, l'avere il legislatore fiscale espressamente riconosciuto il trust quale soggetto giuridico d'imposta (art. 73 D.P.R. n. 917/86), consente senz'altro di valutarlo positivamente all'interno dell'ordinamento. Né a tale conclusione osta il principio di responsabilità patrimoniale sancito dall'art. 2740 c.c., atteso che il comma 2 del medesimo articolo ammette deroghe legali al richiamato principio. E nel caso di specie, la deroga legale al principio generale di cui all'art. 2740 comma 1 c.c. è proprio quella riveniente dalla legge n. 364/89, di ratifica della Convenzione Aja, che prevede per l'appunto (art. 2 comma 2 lett. a), quale elemento caratterizzante il trust , il fatto che i beni conferiti in trust costituiscono una massa distinta e autonoma, che non fa parte del patrimonio del trustee. Ancora, non costituisce ostacolo alla generale ed astratta ammissibilità del trust il principio del numerus clausus dei diritti reali, posto che il trust non deroga a tale principio, in quanto esso non realizza affatto un nuovo diritto reale atipico e innominato, ma si muove nel pieno solco della proprietà quiritaria (art. 832 c.c.), con la sola peculiarità che esso riconosce quale dominus un soggetto (il trustee) diverso dall'originario disponente».

Naturale corollario della segregazione è, infatti, la questione inerente la non aggredibilità dei beni del Trust da parte dei creditori dell'intestatario dei beni del Trust, concetto espressamente indicato nella Convenzione dell'Aja all'art. 2 nella parte in cui ha specificato che tali beni "non fanno parte del patrimonio del Trust", locuzione di evidente carattere non tecnico ma tendente ad affermare il principio della loro non assoggettabilità alle pretese creditorie generali, esperibili nei confronti dei soggetti intestatari dei rapporti giuridici conferiti nel Trust.

Orbene, è proprio tale disposizione ad aver creato seri problemi al riconoscimento del Trust interno, dal momento che essa si pone in aperto contrasto con il principio fondamentale della garanzia patrimoniale generica, sancito all'art. 2740 c.c.. secondo il quale il debitore risponde delle proprie obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri. Le eccezioni al principio sono infatti ammesse nel nostro ordinamento nella sola ipotesi in cui siano espressamente previste dalla legge.

Più precisamente, è stato osservato come le limitazioni poste alla garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c., con particolare riguardo alla riserva di legge prevista dal secondo comma, debbano trovare una loro ragion d'essere nel soddisfacimento di interessi sociali superiori, tali da giustificare gli effetti reali della segregazione[97].

Non è quindi un caso se molti Trust interni siano stati oggetto di pretese revocatorie da parte dei creditori generali dell'intestatario dei beni conferiti nel Trust, essendo stato loro opposto – in sede di esecuzione - il vincolo di destinazione costituito sui beni del loro debitore attraverso l'atto dispositivo. L'unica tutela esperibile da parte dei creditori generali rimane, in casi siffatti, quella dell'azione revocatoria prevista dall'art. 2901 c.c., sempreché la stessa sia corredata degli elementi di prova propri di tale azione, vale a dire l'intento frodatorio posto in essere dal debitore al fine di

[97] Cfr. Il rapporto tra l'art. 2645-ter c.c. e l'art. 2740 c.c.: un'analisi economica della nuova disciplina di Giacomo Rojas Elgueta, in *Quaderni della Fondazione italiana del Notariato*: "La riserva di legge espressa nel secondo comma dell'art. 2740 c.c. porta, dunque, ad emersione un principio implicito nelle scelte di fondo del nostro ordinamento ove con riguardo all'efficacia reale, contrariamente a quanto si prevede per l'efficacia obbligatoria, non è stata prevista per l'autonomia privata la possibilità di creare figure atipiche. Mentre l'effetto obbligatorio è stato espressamente rimesso all'autonomia privata oltre che per la definizione del suo regolamento anche per la costituzione del tipo (da sottoporsi poi a quel giudizio sull'«idoneità dello strumento elaborato dai privati ad assurgere a modello giuridico di regolamentazione degli interessi» previsto all'art. 1322, secondo comma, c.c.); l'efficacia reale è stata sottratta alla disponibilità dei privati i quali non possono introdurre nell'ordinamento tipi (Rechtsformen) opponibili erga omnes diversi da quelli pensati dal legislatore. [nota 13] L'opzione del nostro ordinamento si palesa lungo quella comune traiettoria in cui si collocano i principi dell'art. 1372, secondo comma, c.c., dell'art. 1379 c.c., del numero chiuso dei diritti reali, del numero chiuso dei patrimoni separati (art. 2740, secondo comma, c.c.), della tipicità della fondazione e delle società, della tipicità della trascrizione".

sottrarre il suo patrimonio al soddisfacimento dei creditori e il pregiudizio del diritto stesso dei creditori, inteso come interesse ad evitare una diminuzione patrimoniale della garanzia patrimoniale, posta a presidio dei loro rapporti obbligatori.

A tal proposito deve essere menzionata la giurisprudenza sia di merito che della Corte di legittimità che, in tema di azione revocatoria ordinaria, ha più volte statuito: a) la natura gratuita dell'atto istitutivo del Trust ove risponda ad esigenze familiari [98]; b) la legittimazione ad agire o a contraddire in materia da parte del solo *trustee*[99] non potendosi ritenere che i beneficiari del Trust siano litisconsorti necessari e siano, comunque, portatori di un interesse ad agire in cause di siffatta natura.

5. Il Trust come negozio di destinazione ai sensi dell'art. 2645 ter c.c.

Con D.L. n. 273/2005 il legislatore italiano ha introdotto nel codice civile l'art. 2645 ter, rubricato "*trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni o ad altri enti o persone fisiche*", disposizione che è apparsa a molti – sia in dottrina che in giurisprudenza - idonea a legittimare l'introduzione dell'istituto del Trust nel nostro ordinamento ancorandolo alla realizzazione di una funzione economico-sociale meritevole di tutela[100].

Va subito detto che la norma in esame – a differenza di quanto ha fatto nel 2016 la legge "Dopo di Noi" – non menziona mai espressamente l'istituto del Trust, limitandosi a prevedere

[98] Cfr. Cass Civ. Sez. 3 - , Sentenza n. 19376 del 03/08/2017 secondo cui : L'istituzione di trust familiare (nella specie, per fare fronte alle esigenze di vita e di studio della prole) non integra, di per sé, adempimento di un dovere giuridico, non essendo obbligatoria per legge, ma configura - ai fini della revocatoria ordinaria - un atto a titolo gratuito, non provando contropartita in un'attribuzione in favore dei disponenti.

[99] Cass Civ. Sez z. 3 , Sentenza n. 19376 del 03/08/2017 L'interesse alla corretta amministrazione del patrimonio in trust non integra una posizione di diritto soggettivo attuale in favore dei beneficiari ai quali siano attribuite dall'atto istitutivo soltanto facoltà, non connotate da realità, assoggettate a valutazioni discrezionali del trustee; conseguentemente, deve escludersi che i beneficiari non titolari di diritti attuali sui beni siano legittimati passivi e litisconsorti necessari nell'azione revocatoria avente ad oggetto i beni in trust, spettando invece la legittimazione, oltre al debitore, al trustee, in quanto unico soggetto di riferimento nei rapporti con i terzi.

[100] In quest'ottica vanno lette le pronunce giurisprudenziali che si sono espresse in senso favorevole al fenomeno trust ma hanno nel caso concreto considerato "non ammissibile" bensì - più propriamente - illecito, nel senso di contrario a norme imperative italiane, il trust sottoposto alla loro valutazione. La questione è stata approfondita S. PATTI, «Trust, quota di riserva e causa concreta», in Fam. pers. succ., 2011, p. 526 e ss.

l'effetto segregativo per i negozi di destinazione stipulati per la protezione di interessi meritevoli di tutela, prevedendone la trascrivibilità ai fini della loro opponibilità a terzi[101].

La trascrizione quindi riveste un duplice ruolo fondamentale. Essa assolve ad una funzione dichiarativa per ciò che concerne l'opponibilità verso i terzi, i quali non potranno vantare alcun diritto nei confronti dei beni destinati, oltre ad una funzione costitutiva per ciò che concerne l'effetto segregativo, senza il quale la destinazione non potrebbe di fatto realizzarsi[102].

La segregazione dei beni destinati è tuttavia parziale e imperfetta in quanto, secondo quanto espressamente previsto, i beni conferiti possono costituire comunque oggetto di esecuzione ove i debiti siano contratti a tale scopo. Pertanto potranno soddisfarsi sul patrimonio destinato soltanto i creditori il cui credito sia stato contratto per il perseguimento della destinazione, rimanendo privi di tutela i creditori che vantino sul bene un diritto di credito che esuli dalle finalità proprie del patrimonio destinato.

Viene fatta salva l'ipotesi in cui l'atto di pignoramento sia stato iscritto anteriormente all'atto di destinazione, come previsto dall'art. 2915 c.c. La norma riprende quanto già previsto in

[101] Così testualmente la norma : «Gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo».

[102] Cfr. Giorgio Baralis, da Quaderni della Fondazione italiana del Notariato: " il vincolo serve a rendere opponibile erga omnes l'atto di destinazione che, non trascritto, ha natura obbligatoria produce effetti solo fra le parti . Così a proposito della cessione dei beni ai creditori si scrive esattamente che la trascrizione ha effetti dichiarativi, ma opera diversamente rispetto alla comune cessione riguardante diritti reali, perché « ... laddove, di regola, sono suscettibili di trascrizione atti già efficaci erga omnes per l'intrinseca natura dei diritti, che hanno carattere reale, nel caso di cessione dei beni ai creditori il vincolo con efficacia erga omnes non preesiste, ma nasce solo se e quando il contratto è trascritto. Analogo fenomeno può, del resto, ravvisarsi nella trascrizione del contratto di anticresi, da cui scaturiscono diritti sicuramente a carattere personale» [nota 138]. Ma tutto questo vale certamente per l'atto di destinazione puro e semplice o per l'atto di destinazione che comporti anche l'indisponibilità del bene: in questi casi certamente esiste una efficacia inter partes prima e una opponibilità erga omnes dopo la pubblicità immobiliare. Diverso, mi pare, è il caso in cui dalla trascrizione nasca la segregazione: in queste ipotesi a me sembra che sia difficile negare l'effetto costitutivo perché senza la pubblicità non c'è "prima" alcun effetto di separazione [nota 139]. Ora può suonare molto strano che si possa ascrivere alla pubblicità di cui all'art. 2645-ter c.c. questa doppia, possibile valenza, dichiarativa e costitutiva [nota 140], ma ciò è dovuto, a mio parere, all'avere voluto il legislatore della novella nell'avere voluto "concentrare" in una sola norma una complessa fattispecie sostanziale. Unica particolarità: in questo caso la qualifica degli atti in contrasto con la segregazione darà luogo evidentemente a problemi di opponibilità/inopponibilità e non certo a questioni di validità, perché, come si è scritto, il controllo notarile impinge sull'efficacia dell'atto per i particolari effetti collegati alla pubblicità.

materia di fondo patrimoniale, il quale consente la sua aggredibilità soltanto da parte dei creditori il cui credito sia stato contratto per soddisfare le esigenze per cui il fondo è stato costituto.

Stante la sua collocazione nell'ambito delle norme sulla trascrizione, si è posto, innanzitutto, il problema se l'art. 2645 ter c.c. abbia natura di norma sostanziale o sia semplicemente diretta a disciplinare la trascrivibilità dei negozi di destinazione[103].

La tesi preferibile appare quella che considera l'art. 2645 ter c.c. norma di diritto sostanziale, diretta a disciplinare il negozio di destinazione (e quindi, tra essi, anche il Trust, la cui principale caratteristica è stata individuata dalla stessa Convenzione dell'Aja nell'effetto segregativo). Ciò sarebbe desumibile dal dato testuale della norma che delinea i caratteri sostanziali dell'atto e la disciplina a esso sottesa (beni trasferibili, causa dell'atto, trascrizione, effetto segregativo e opponibilità nei confronti dei terzi e dei creditori). Il negozio destinato è, infatti, costituito, al pari del Trust, da un atto dispositivo da parte di un soggetto conferente, con il quale beni immobili o mobili iscritti vengono destinati a precipue finalità meritevoli di tutela nei confronti di determinate categorie di soggetti.

Va innanzitutto precisato che, sulle modalità di trascrizione del Trust – come facente parte dell'ampio *genus* dei negozi di destinazione – vi è molta incertezza sia in dottrina che in giurisprudenza, stante la tipicità delle formalità di trascrizione. Le problematiche inerenti tale questione attengono, da un lato, alla trascrivibilità dell'atto e, dall'altro, alle sue concrete modalità. In accordo con la migliore dottrina, chi scrive ritiene che il Trust possa (e debba) essere trascritto, al pari dei negozi di destinazione, a favore del solo *trustee*, con contestuale pubblicità del vincolo a carico di costui[104].

[103] Non appare infatti condivisibile la tesi secondo la quale l'art. 2915 c.c. non era comunque sufficiente a giustificare la trascrizione in quanto norma «secondaria» (così F. GAZZONI, op. cit.) dal momento che sarebbe stato necessaria la codificazione di una norma speciale istitutiva del trust o, più specificamente, sulla trascrivibilità del vincolo di destinazione e della segregazione patrimoniale. La classificazione come norma secondaria non ha sostanziale ragion d'essere trattandosi, poi, di norma codicistica.

[104] v. Gazzoni, Il trust, in Trattato della trascrizione, I, t.2, Torino, 2012 p. 467 ss. per il quale A., ivi, p. 493 ss., nemmeno l'art. 2645-ter c.c. è norma che legittima la trascrizione del trust con effetti di opponibilità; in senso difforme si però v. G. Gabrielli, La pubblicità immobiliare, in Trattato Sacco, Torino, 2012, p. 78 ss. secondo il quale A., per consolidata giurisprudenza, è ammissibile la trascrizione a favore del trustee e la contestuale pubblicità del vincolo a trust a carico del medesimo trustee; per Triola, Della tutela dei diritti, La trascrizione, in Trattato Bessone, Torino, 3 ed., 2012, p. 125-126 il problema della trascrivibilità del trust deve ora ritenersi risolto, in senso affermativo, dall'introduzione nel codice civile dell'art. 2645-ter il quale viene a dare attuazione, nel nostro ordinamento, agli artt. 11 e 12 della Convenzione dell'Aja sui trust.

Quanto al secondo aspetto, molti gerenti dei Registri Immobiliari propendono a favore dell'orientamento tradizionale in materia di esecuzione della formalità pubblicitarie immobiliari, in base al quale, salvo espressa disposizione legislativa, nella nota di trascrizione vanno indicati i soggetti a favore e contro i quali il negozio è stato perfezionato[105].

L'art. 2645 ter c.c., nell'ammettere la trascrivibilità di tutti gli atti aventi effetto segregativo, si è preoccupato di disciplinare le caratteristiche del vincolo di destinazione prevedendo la possibilità della stipula di tali atti a condizione che essi realizzino interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni o a soggetti o enti che perseguano tipologie di interessi di natura analoga. Tali interessi caratterizzano fortemente la funzione economico sociale del negozio di destinazione dandogli una valenza sociale tipica non suscettibile di interpretazione estensiva. Il vincolo è pertanto ammissibile nella misura in cui risponda ad esigenze sociali della collettività particolarmente rilevanti attinenti all'assistenza e al sostegno dei soggetti più deboli e degli enti o persone fisiche che possano esprimere bisogni sociali di gruppi e/o beneficiari determinati o determinabili, particolarmente meritevoli di tutela[106].

Il legislatore italiano ha, quindi, individuato nella finalità sociale la causa dei negozi di destinazione e quindi anche del Trust. Sì da configurare, a pena di nullità, una causa per cosi dire rafforzata in difetto della quale il negozio non ha ragione di essere. Ciò, oltre che apparire coerente con la funzione sociale attribuita alla proprietà e con i limiti che alla stessa posso essere imposti per finalità economiche o sociali ai sensi dell'art. 42 Cost., appare in linea con le stesse disposizioni della Convenzione dell'Aja che attribuiscono alla destinazione e al conseguente effetto segregativo le caratteristiche di maggiore rilievo dell'istituto del Trust. Il concetto di utilità sociale, intesa come limite interno ed esterno all'autonomia privata richiama, infatti, nell'immediato, la tutela dei diritti sociali e/o fondamentali, suscettibili di protezione e quindi

[105] La più recente pronuncia del Tribunale di Torino, in data 18 marzo 2014 (sulla quale v. Porcari, Si trascrive "a favore del trust" e "contro il disponente" l'atto di devoluzione di beni immobili in trust autodichiarato, in www.altalex.it, maggio 2014) concerne un decreto, anche esso reso a seguito di reclamo proposto ai sensi degli artt. 2674-bis c.c. e 113-ter disp. att. c.c. al fine di ottenere la cancellazione della riserva con cui l'Agenzia del Territorio aveva accettato la trascrizione eseguita a favore del trust e contro il disponente, con menzione nel quadro «D» dell'identità del soggetto che assume la funzione di trustee e quindi di proprietario «pro tempore» dei beni in trust. Per il Tribunale di Torino l'apporto/devoluzione di un immobile ad un trust può essere trascritto nei registri immobiliari a favore del trust in quanto tale, senza che ciò comporti l'attribuzione di alcuna soggettività al trust in quanto tale.

[106] V. in tal senso, DI MAJO, Istituzioni di diritto privato, a cura di Bessone, Torino, 1999, p. 629 nonché, pur con sottili "distinguo", GAZZONI, Manuale di diritto privato, Napoli, 2001, p. 798.

collocabili, secondo la Corte Costituzionale "su di un gradino ancora più alto rispetto al diritto comunitario, che pure, a sua volta, si pone su di un piano superiore rispetto alle norme aventi rango costituzionale".[107]

6. L'istituto del Trust e la legge "Dopo di Noi"

Le considerazioni sopra indicate hanno trovato, a giudizio di scrive, definitiva conferma nella legge N. 112/2016 denominata "Dopo di Noi" la quale, entrata in vigore nel giugno 2016, ha, per la prima volta nella nostra legislazione, inteso tutelare i diritti dei disabili gravi disegnando, in loro soccorso, un piano di aiuto e di supporto tale da garantire a questi soggetti, anche successivamente alla perdita dei genitori, un grado di inclusione sociale idoneo ad evitare il ricorso all'assistenza sanitaria spesso attuata attraverso l'istituzionalizzazione.

Le legge "Dopo di Noi" si inserisce nel contesto giuridico avviato nel 1992 con la legge 104 che, per la prima volta, ha introdotto il concetto di disabile grave, ovvero di soggetto che a causa di una minorazione, singola o plurima, abbia ridotto l'autonomia personale, correlata all'età, in modo da rendere necessario un intervento assistenziale permanente continuativo e globale.

Accanto alle misure più squisitamente assistenzialistiche (creazione di un fondo per il sostegno e l'assistenza dei disabili privi di sostegno familiare, finalizzato all'elaborazione di progetti abitativi e programmi residenziali) la legge ha introdotto importanti agevolazioni fiscali, come la detrazione Irpef al 19% delle spese sostenute per le polizze assicurative, a partire dall'anno d'imposta 2016, per una spesa massima di 750 euro.

Di particolare interesse per quanto attiene all'istituto del Trust è l'art. 6 della legge che, nel menzionare espressamente i Trust, i negozi di destinazione ex art. 2645 ter c.c. ed i fondi speciali, ha previsto per tali atti l'esenzione dal pagamento di imposta di successioni e donazioni, prevedendo anche la possibilità di detrarre nella misura massima del 20% del reddito imponibile e di 100 mila euro annui le erogazioni liberali, le donazioni e gli atti a titolo gratuito effettuati dai privati in favore del Trust.

Tali agevolazioni – rilevanti anche per il sostentamento del Trust - sono possibili in presenza dei seguenti requisiti: a) il Trust o il negozio di destinazione devono essere costituiti per atto

[107] Così pag. 15 L. Delli Priscoli in Associazioni Orizzonti del Diritto commerciale, Le liberalizzazioni fra diritto di iniziativa economica e diritti fondamentali.

pubblico; b) nell'atto istitutivo devono essere indicati i soggetti coinvolti, i ruoli, la funzionalità e i bisogni delle persone per le quali il trust è istituito, le attività assistenziali previste, col fine di garantire l'autonomia delle persone con disabilità grave; c) l'atto deve indicare gli obblighi del fiduciario e del gestore, chiamati a salvaguardare i diritti della persona con grave disabilità e le modalità di rendicontazione obbligatoria; d) i beneficiari del trust\fondo possono essere soltanto persone con grave disabilità; e) l'atto istitutivo deve stabilire l'identità del soggetto preposto al controllo delle obbligazioni previste, e stabilisce il termine di durata del trust; f) Il gestore o fiduciario può essere sia una persona di fiducia, vicina alla persona con grave disabilità beneficiaria del trust, oppure una Onlus, a patto che operi però prevalentemente nel settore della beneficenza (iv) la durata del Trust deve coincidere con la vita del beneficiario, ovvero del disabile grave[108].

[108] Art. 6 legge 112/2016Istituzione di trust, vincoli di destinazione e fondi speciali composti di beni sottoposti a vincolo di destinazione

1. I beni e i diritti conferiti in trust ovvero gravati da vincoli di destinazione di cui all'articolo 2645-ter del codice civile ovvero destinati a fondi speciali di cui al comma 3 dell'articolo 1, istituiti in favore delle persone con disabilità grave come definita dall'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, accertata con le modalità di cui all'articolo 4 della medesima legge, sono esenti dall'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.

2. Le esenzioni e le agevolazioni di cui al presente articolo sono ammesse a condizione che il trust ovvero i fondi speciali di cui al comma 3 dell'articolo 1 ovvero il vincolo di destinazione di cui all'articolo 2645-ter del codice civile perseguano come finalità esclusiva l'inclusione sociale, la cura e l'assistenza delle persone con disabilità grave, in favore delle quali sono istituiti. La suddetta finalità deve essere espressamente indicata nell'atto istitutivo del trust, nel regolamento dei fondi speciali o nell'atto istitutivo del vincolo di destinazione.

3. Le esenzioni e le agevolazioni di cui al presente articolo sono ammesse se sussistono, congiuntamente, anche le seguenti condizioni:

a) l'istituzione del trust ovvero il contratto di affidamento fiduciario che disciplina i fondi speciali di cui al comma 3 dell'articolo 1 ovvero la costituzione del vincolo di destinazione di cui all'articolo 2645-ter del codice civile siano fatti per atto pubblico;

b) l'atto istitutivo del trust ovvero il contratto di affidamento fiduciario che disciplina i fondi speciali di cui al comma 3 dell'articolo 1 ovvero l'atto di costituzione del vincolo di destinazione di cui all'articolo 2645-ter del codice civile identifichino in maniera chiara e univoca i soggetti coinvolti e i rispettivi ruoli; descrivano la funzionalità e i bisogni specifici delle persone con disabilità grave, in favore delle quali sono istituiti; indichino le attività assistenziali necessarie a garantire la cura e la soddisfazione dei bisogni delle persone con disabilità grave, comprese le attività finalizzate a ridurre il rischio della istituzionalizzazione delle medesime persone con disabilità grave;

c) l'atto istitutivo del trust ovvero il contratto di affidamento fiduciario che disciplina i fondi speciali di cui al comma 3 dell'articolo 1 ovvero l'atto di costituzione del vincolo di destinazione di cui all'articolo 2645-ter del codice civile individuino, rispettivamente, gli obblighi del trustee, del fiduciario e del gestore, con riguardo al progetto di vita e agli obiettivi di benessere che lo stesso deve promuovere in favore delle persone con disabilità grave, adottando ogni misura idonea a salvaguardarne i diritti; l'atto istitutivo ovvero il contratto di affidamento fiduciario ovvero l'atto di costituzione del vincolo di destinazione indichino inoltre gli obblighi e le modalità di rendicontazione a carico del trustee o del fiduciario o del gestore;

d) gli esclusivi beneficiari del trust ovvero del contratto di affidamento fiduciario che disciplina i fondi speciali di cui al comma 3 dell'articolo 1 ovvero del vincolo di destinazione di cui all'articolo 2645-ter del codice civile siano le persone con disabilità grave;

e) i beni, di qualsiasi natura, conferiti nel trust o nei fondi speciali di cui al comma 3 dell'articolo 1 ovvero i beni immobili o i beni mobili iscritti in pubblici registri gravati dal vincolo di destinazione di cui all'articolo 2645-ter del codice civile siano destinati esclusivamente alla realizzazione delle finalità assistenziali del trust ovvero dei fondi speciali o del vincolo di destinazione;

f) l'atto istitutivo del trust ovvero il contratto di affidamento fiduciario che disciplina i fondi speciali di cui al comma 3 dell'articolo 1 ovvero l'atto di costituzione del vincolo di destinazione di cui all'articolo 2645-ter del codice civile individuino il soggetto preposto al controllo delle obbligazioni imposte all'atto dell'istituzione del trust o della stipula dei fondi speciali ovvero della costituzione del vincolo di destinazione a carico del trustee o del fiduciario o del gestore. Tale soggetto deve essere individuabile per tutta la durata del trust o dei fondi speciali o del vincolo di destinazione;

g) l'atto istitutivo del trust ovvero il contratto di affidamento fiduciario che disciplina i fondi speciali di cui al comma 3 dell'articolo 1 ovvero l'atto di costituzione del vincolo di destinazione di cui all'articolo 2645-ter del codice civile stabiliscano il termine finale della durata del trust ovvero dei fondi speciali di cui al comma 3 dell'articolo 1 ovvero del vincolo di destinazione di cui all'articolo 2645-ter del codice civile nella data della morte della persona con disabilità grave;

h) l'atto istitutivo del trust ovvero il contratto di affidamento fiduciario che disciplina i fondi speciali di cui al comma 3 dell'articolo 1 ovvero l'atto di costituzione del vincolo di destinazione di cui all'articolo 2645-ter del codice civile stabiliscano la destinazione del patrimonio residuo.

4. In caso di premorienza del beneficiario rispetto ai soggetti che hanno istituito il trust ovvero stipulato i fondi speciali di cui al comma 3 dell'articolo 1 ovvero costituito il vincolo di destinazione di cui all'articolo 2645-ter del codice civile, i trasferimenti di beni e di diritti reali a favore dei suddetti soggetti godono delle medesime esenzioni dall'imposta sulle successioni e donazioni di cui al presente articolo e le imposte di registro, ipotecaria e catastale si applicano in misura fissa.

5. Al di fuori dell'ipotesi di cui al comma 4, in caso di morte del beneficiario del trust ovvero del contratto che disciplina i fondi speciali di cui al comma 3 dell'articolo 1 ovvero del vincolo di destinazione di cui all'articolo 2645-ter del codice civile istituito a favore di soggetti con disabilità grave, come definita dall'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, accertata con le modalità di cui all'articolo 4 della medesima legge, il trasferimento del patrimonio residuo, ai sensi della lettera h) del comma 3 del presente articolo, è soggetto all'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, in considerazione del rapporto di parentela o coniugio intercorrente tra disponente, fiduciante e destinatari del patrimonio residuo.

6. Ai trasferimenti di beni e di diritti in favore dei trust ovvero dei fondi speciali di cui al comma 3 dell'articolo 1 ovvero dei vincoli di destinazione di cui all'articolo 2645-ter del codice civile, istituiti in favore delle persone con disabilità grave come definita dall'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, accertata con le modalità di cui all'articolo 4 della medesima legge, le imposte di registro, ipotecaria e catastale si applicano in misura fissa.

7. Gli atti, i documenti, le istanze, i contratti, nonché le copie dichiarate conformi, gli estratti, le certificazioni, le dichiarazioni e le attestazioni posti in essere o richiesti dal trustee ovvero dal fiduciario del fondo speciale ovvero dal gestore del vincolo di destinazione sono esenti dall'imposta di bollo prevista dal decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 642.

8. In caso di conferimento di immobili e di diritti reali sugli stessi nei trust ovvero di loro destinazione ai fondi speciali di cui al comma 3 dell'articolo 1, i comuni possono stabilire, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, aliquote ridotte, franchigie o esenzioni ai fini dell'imposta municipale propria per i soggetti passivi di cui all'articolo 9, comma 1, del decreto legislativo 14 marzo 2011, n. 23.

9. Alle erogazioni liberali, alle donazioni e agli altri atti a titolo gratuito effettuati dai privati nei confronti di trust ovvero dei fondi speciali di cui al comma 3 dell'articolo 1 si applicano le agevolazioni di cui all'articolo 14, comma 1, del decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 maggio 2005, n. 80, e i limiti ivi indicati sono elevati, rispettivamente, al 20 per cento del reddito complessivo dichiarato e a 100.000 euro.

10. Le agevolazioni di cui ai commi 1, 4, 6 e 7 si applicano a decorrere dal 1° gennaio 2017; le agevolazioni di cui al comma 9 si applicano a decorrere dal periodo d'imposta 2016.

Ad avviso di chi scrive, le disposizioni sopra richiamate, oltre che costituire la specifica conferma dell'inquadramento dell'istituto del Trust nella più ampia categoria dei negozi di destinazione ex art. 2645 c.c., si richiamano ai requisiti del Trust indicati nell'art. 2 della Convenzione dell'Aja prevedendo: (i) l'obbligo della nomina del gestore (ovvero del *trustee*) individuato in una persona fisica o in una Onlus; (ii) la specifica programmazione dei bisogni del disabile grave in favore del quale il Trust viene istituto, (iii) l'istituzione di un guardiano (*protector*) del Trust tenuto alla verifica del rendiconto da parte del gestore. Con tale ultima disposizione, a differenza di quanto in precedenza accaduto per i negozi di destinazione di cui all'art. 2645 c.c., è stata per la prima volta introdotta nell'ordinamento italiano la figura del *protector*, l'unico soggetto preposto alle azioni di tutela del Trust, con particolare riguardo alla verifica del programma oppure a quella degli interessi del beneficiario[109].

Inoltre, la specifica equiparazione del Trust alla più generale categoria dei negozi di destinazione consente di attribuire all'atto istitutivo del fondo Trust l'effetto dell'opponibilità dei terzi nella misura in cui quest'ultimo risponda a specifiche esigenze di tutela della collettività ed assolva ad una funzione economico sociale non solo lecita ma da giudicarsi meritevole. Il richiamo esplicito agli interessi riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni o a enti caratterizzati dal perseguimento degli interessi menzionati all'art. 1322 c.c. ha infatti il significato di consentire all'autonomia privata, di derogare all'uso delle fattispecie tipiche a condizione che vengano perseguiti interessi che l'ordinamento ritiene degni di tutela, il cui controllo è, conseguentemente, affidato al giudice in via successiva, non potendo provvedervi la legge in via preventiva.[110]

---

11. Con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, da emanare, di concerto con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono definite le modalità di attuazione del presente articolo.

12. Alle minori entrate derivanti dai commi 1, 4, 6 e 7, valutate in 10 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2017, e dal comma 9, valutate in 6,258 milioni di euro per l'anno 2017 e in 3,650 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2018, si provvede ai sensi dell'articolo 9.

[109] La responsabilità che lega il guardiano al trust e al suo obiettivo non ne fanno un fiduciario del disponente ma bensì gli attribuisce la titolarità di poteri personali, fermo restando che egli potrebbe essere tenuto anche ad obbligazioni fiduciarie verso i beneficiari e quindi in quanto tale considerato un fiduciario. Con riferimento ad una recente ricostruzione della natura giuridica dei poteri del guardiano si veda A. Bove Jr., The Trust Protector – United States. A case of first impression, in Riv. *Trusts e attività fiduciarie*,2012.

[110] La distinzione qualitativa tra interesse meritevole di tutela e interesse lecito, con riguardo, nello specifico alla funzione economico-sociale del negozio è stata del resto da tempo evidenziata dalla dottrina (cfr. sul punto GAZZONI, "Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi" in Riv. Dir. Civ. 1978

Ne derivano, a giudizio di chi scrive, due conseguenze fondamentali: a) la norma di cui all'art. 2645 ter c.c. espressamente richiamata anche nella legge "Dopo di Noi", nel disciplinare le caratteristiche degli atti dispositivi segregativi, ricomprende fra di essi il Trust così come delineato dalla Convenzione dell'Aja; b) il Trust interno o autodichiarato può essere riconosciuto nell'ordinamento italiano soltanto in presenza delle condizioni indicate dall'art. 2645 ter c.c. ed è suscettibile di specifiche agevolazioni fiscali ove sia costituito in favore di persone affette da gravi disabilità. Il che costituisce la definitiva conferma del fatto che la realizzazione della funzione di utilità sociale nei negozi di destinazione (e con essi anche il Trust) costituisce una condizione imprescindibile per rendere tali atti conformi alle norme inderogabili inerenti il loro riconoscimento come lecito strumento pattizio[111].

Rimane pertanto confermata l'ammissibilità nel nostro ordinamento dell'istituto e la sua sussumibilità nel più ampio *genus* dei negozi di destinazione di cui all'art. 2645 ter c.c., caratterizzati nel nostro ordinamento da una causa sociale rafforzata, in assenza della quale l'atto dispositivo non può che essere dichiarato nullo non potendo assolvere alla funzione economico – sociale in previsione della quale è stato istituito.

I 62 e ss., dove si afferma quanto segue: "*Il giudizio condotto in sede di analisi circa la meritevolezza dell'interesse appare qualitativamente diverso rispetto a quello di liceità. Mentre quest'ultimo ha la funzione di salvaguardare l'ordinamento giuridico dalla presenza di accordi impegnativi i cui contenuti siano in contrasto con i propri canoni regolamentari, al fine di evitare una evidente contraddizione […] l'altro giudizio (quello di meritevolezza) ha diversa portata non incentrandosi nella difesa dei principi fondamentali dell'ordinamento, ma piuttosto nella valutazione dell'idoneità dello strumento elaborato dai privati ad assurgere a modello giuridico di regolamentazione degli interessi, vista l'assenza di una preventiva opera di tipizzazione legislativa, intesa come mera predisposizione di una certa serie (più o meno variabile) di schemi. Ciò si risolve […] nella conformità dell'atto (ancora) ad una serie di norme imperative in senso stretto, di carattere, per così dire, regolamentare, ma piuttosto nella conformità a tutte quelle norme inderogabili di carattere, per così dire, procedimentale e formale, che attengono al riconoscimento dello strumento pattizio come strumento giuridico.*

[111] Cfr. ancora Gazzoni Op. cit. nota 23.

La retribuzione del Segretario comunale e il cd. principio di onnicomprensività. Nota a Tribunale di Nola, 26 settembre 2017

Nella sentenza vengono affrontate le principali questioni in tema di retribuzione del Segretario comunale, alla luce del principio di c.d. onnicomprensività della retribuzione, con approfondimento anche delle tematiche- strettamente connesse- delle modalità dell'azione di ripetizione di indebito oggettivo da parte della PA.

In particolare, dopo aver descritto la struttura della retribuzione di posizione del Segretario comunale, alla stregua delle disposizioni del CCNL dei segretari comunali e provinciali 16 maggio del 2001, la decisione valuta la portata del cd. principio di onnicomprensività della retribuzione rispetto agli incarichi di Presidente del Nucleo di Valutazione

Operata una ricostruzione della disciplina normativa concernente la remunerazione per l'incarico di Presidente del Nucleo di valutazione cui al contratto collettivo integrativo di livello nazionale dei segretari comunali e provinciali, Accordo n. 2, del dicembre del 2003, che fornisce precise indicazioni sulla sua strutturazione e chiari limiti alla sua entità, il giudice passa in rassegna le principali pronunce della Corte dei Conti (sentenza n. 1775 del 1 10.2010, sentenza della Corte dei Conti I sez. giurisdizionale di appello n. 415 del 22.07.2015).

Dai principi espressi dalla giurisprudenza contabile si è così enucleato un ulteriore principio, di carattere generale, in base al quale laddove al segretario comunale sia corrisposta la maggiorazione della retribuzione nella misura massima, essa remunera tutte le attività indicate nella tabella A allegata al contratto collettivo integrativo che siano svolte dal segretario comunale (ivi compresa la partecipazione al nucleo di valutazione) e che non sia possibile una remunerazione aggiuntiva ed alternativa. Qualora, invece, la maggiorazione della retribuzione di posizione non raggiunga il tetto massimo le ulteriori attività svolte dal segretario comunale, ivi compresa la partecipazione al nucleo di valutazione, possono essere diversamente remunerate.

Accertata la natura indebita di talune erogazioni corrisposte al Segretario comunale, la pronuncia esamina il profilo delle loro ripetibilità da parte dell'amministrazione comunale, passando in rassegna i principi su cui si è attestata la giurisprudenza in materia:

- il recupero delle somme indebitamente erogate dalla P.A. costituisce un comportamento doveroso, in quanto discende direttamente dalla disposizione dell'art. 2033, c.c., e l'eventuale buona fede del soggetto percipiente non costituisce ostacolo alla ripetizione dell'emolumento erroneamente corrisposto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2004, n. 1535);

- il richiamo allo stato soggettivo di buona fede del percipiente non incide sul carattere doveroso del comportamento dell'amministrazione nell'effettuare il recupero di quanto indebitamente erogato (cfr., Cons. Stato, sez. IV, 8 giugno 2009, n. 3516);

- non vi è, come detto, l'obbligo per la P.A. di fornire una specifica motivazione in ordine alle ragioni del recupero poiché la motivazione è insita nell'accertamento della non spettanza degli emolumenti percepiti;

- non occorre effettuare alcuna comparazione tra gli interessi coinvolti, non vertendosi in ipotesi di interessi sacrificati, se non sotto il limitato aspetto delle esigenze di vita del debitore (cfr. T.A.R. Campania Salerno, sez. II, 04 ottobre 200 , n. 2881; Consiglio Stato, sez. V, 19 febbraio 2008, n. 564; 4 febbraio 2008 n. 290; sez. VI, 25 settembre 2007 n. 4929)

- la buona fede del percettore rileva ai soli fini delle modalità con cui il recupero deve essere effettuato, in modo cioè da non incidere in maniera eccessivamente onerosa sulle esigenze di vita del dipendente

Infine, il tribunale affronta la questione se il recupero delle somme indebitamente percepite debba avvenire su base lorda o al netto delle ritenute fiscali, alla luce del contrasto esistente tra l'interpretazione fornita dall'amministrazione finanziaria con la circolare ministeriale n. 326 del 23/12/1997 e le risoluzioni n. 110/E del 29/7/2005 e n. 71/E del 29/2/2008 e la giurisprudenza sia di legittimità (cfr. Cass. sent. n. 23093 del 30/10/2014; n. 1464 del 2/2/2012) che amministrativa (cfr. Consiglio di Stato sent. n. 198 del 21/1/2015; n. 5043 del 20/9/2012, (cfr. Cons. St., Sez. IV, 2.03.2009 n. 1164, T.A.R. Campania Napoli, Sez. I, 25.07.2011 n. 3987, Tar Piemonte – Torino, 2016 n. 955).

***

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

TRIBUNALE DI NOLA

SEZIONE LAVORO E PREVIDENZA

Il Tribunale di Nola, in funzione di giudice del lavoro, nella persona della dott.ssa Daniela Ammendola, all'udienza del 26.09.2017 ha pronunciato mediante lettura del dispositivo la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. R.G. 5976/2012

TRA

COMUNE DI …….. rappresentato e difeso, giusta procura a margine del ricorso e delibera di G.C. n. 12/2011 dall'avv.to C.D.G, presso il cui studio sito in S. alla via G. C elettivamente domiciliato

RICORRENTE

E

G. C., rappresentata e difesa dall'avv.to A.R.M. ed elettivamente domiciliato presso lo studio di quest'ultima in Avellino, alla Via S. Esposito n. 4 in virtù di procura a margine della memoria difensiva.

Resistente

Oggetto: azione di ripetizione di indebito

Conclusioni: come in atti

RAGIONI IN FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

Con ricorso ritualmente notificato, il Comune di….. , premetteva che la convenuta G.C. aveva svolto le mansioni di Segretario Comunale dal 1.10.2000 al 2.09.2009 e a decorrere dal 19.10.2000 anche quelle di Direttore Generale dell'ente comunale; che a seguito di riconteggi effettuati dall'ente era emerso che la G. aveva in tali anni percepito compensi non dovuti per le causali indicate in ricorso per un importo complessivo pari ad euro 62.010,33; che inoltre, era emerso che la G. aveva diritto a ricevere dal Comune la somma di euro 9.579,66 a titolo di arretrati in virtù dell'applicazione dei CCNL dei segretari comunali e provinciali siglati il 14.12.2010 ed il 1.3.2011.

Tutto ciò premesso, chiedeva al Tribunale di Nola sezione Lavoro di accertare la sussistenza delle relative posizioni debitorie e creditorie e disposta la compensazione tra i crediti, condannare G.C. alla restituzione in favore del Comune della complessiva somma lorda di euro 52.430,67, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria, vinte le spese di lite.

Ritualmente instauratosi il contraddittorio, si costituiva in giudizio G.C. eccependo, preliminarmente, l'inammissibilità della domanda, per il mancato previo annullamento degli atti amministrativi presupposti, sulla cui base era avvenuta l'erogazione dei compensi reputata indebita, nonché per la mancata richiesta nel presente giudizio della loro disapplicazione. Nel merito, evidenziava la legittimità oltre che la correttezza in termini contabili degli emolumenti percepiti, insistendo per il rigetto della domanda. In via riconvenzionale, avanzava domanda di condanna del Comune di C. al pagamento della complessiva somma di euro 10.836,75 a titolo di arretrati dovuti per effetto dell'applicazione dei CCNL siglati il 14.12.2010 ed il 1.3.2011.

Escussi due testi, disposta Ctu contabile, all'udienza del 26.09.2017 , dopo una breve discussione orale dei procuratori delle parti, il GL decideva la causa, dando lettura in udienza del dispositivo, le cui motivazioni di seguito si illustrano.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Oggetto del presente giudizio è, innanzitutto, l'accertamento della legittimità e fondatezza della domanda di ripetizione- avanzata dal Comune di C. di somme indebitamente percepite dalla parte convenuta, G.C. a titolo di compensi per lo svolgimento di mansioni di Segretario Comunale dal 1.10.2000 al 2.09.2009 e a decorrere dal 19.10.2000 e fino al 29.5.2009 anche quelle di Direttore Generale.

In ordine alla domanda principale formulata da parte attrice, appare infondata l'eccezione preliminare sollevata dalla convenuta di inammissibilità dell'azione di ripetizione di indebito, per non essere stata preceduta da una previa statuizione di annullamento degli atti amministrativi, in forza dei quali furono erogate le somme oggetto di causa.

Al riguardo, si osserva che "in capo alla amministrazione che abbia effettuato un pagamento indebitamente dovuto ad un proprio dipendente, si riconosce una posizione soggettiva che deve essere qualificata come diritto soggettivo alla restituzione, alla quale si contrappone, avendo gli atti che si riferiscono ad un credito derivante da un rapporto di impiego natura paritetica e non autoritativa, una correlativa obbligazione del dipendente. Qualora l'amministrazione intendesse

recuperare le somme indebitamente corrisposte non dovrebbe annullare l'atto di corresponsione delle stesse in quanto l'indebito si configura come tale per l'obiettivo contrasto con una norma, e non perché siano stati posti in essere degli illegittimi atti di pagamento, con la conseguenza che, essendo l'interesse pubblico alla eliminazione retroattiva degli effetti patrimoniali dell'indebito, "in re ipsa", l'amministrazione non è obbligata a motivare l'interesse pubblico che la induce ad effettuare il recupero patrimoniale: l'esercizio di un diritto soggettivo, infatti, non necessita di una tale indicazione.(cfr. TAR Campania 1998 n. 681 , Tar Campania 2012 n.4415).

Nella fattispecie in esame, il C.C. in data 18.10.2010 ha comunicato alla G. l'avvio del procedimento ammnistrativo per il recupero della somma complessiva di euro 62.010,33 a titolo di indebiti compensi percepiti, corredando l'atto dell'analitico prospetto delle somme e delle causali su cui si fonda la richiesta di ripetizione.

Passando all'esame del merito, si reputa opportuno analizzare distintamente i singoli addebiti mossi alla G.

In particolare, il Comune di C. ha dedotto che con decreto sindacale n. 12 del 19.10.2000 sono state conferite alla G.le funzioni di Direttore Generale, con effetto dal 2.10.2000, la cui indennità è stata fissata in lire 1.800.000 mensili. L'Ente ha contestato la debenza delle indennità percepite a tale titolo dalla dott.ssa G. dal 2.10.2000 al 19.10.2000, non avendo ella- nel predetto arco temporale- svolto in concreto le funzioni di Direttore Generale.

Orbene, è pacifico che la convenuta con decreto sindacale n. 10 del 27.09.2000 ha ricevuto l'incarico di segretario comunale e che con decreto sindacale del 19.10.2000 gli sono state attribuite anche le funzioni di Direttore Generale.

A fronte della contestazione della parte ricorrente circa il mancato svolgimento delle funzioni di Direttore Generale da parte della convenuta nel periodo dal 2.10.2000 al 19.10.2000 si è reso necessario l'espletamento di prova testimoniale.

Entrambi i testi escussi (A.L. e M. A.), della cui attendibilità non si ha motivo di dubitare, non essendo emersi nella loro deposizione elementi di contraddizione, né intrinseca né estrinseca, ed avendo i testi mostrato di avere una diretta conoscenza dei fatti di causa per aver ricoperto in quel periodo rispettivamente le funzioni di Sindaco e di dipendente comunale, hanno concordemente dichiarato che la G. ha, in concreto, iniziato a svolgere le funzioni di Direttore Generale del Comune di……. sin dal 2.10.2000.

Pertanto, accertato l'espletamento - di fatto- di mansioni di Direttore Generale da parte della G. nel periodo dal 2.10.2000 al 19.10.2000 non può reputarsi indebita la corresponsione di compensi per lo svolgimento di dette mansioni con decorrenza dal 2.10.2000.

L'ente comunale ha poi dedotto la natura indebita dei compensi percepiti dalla convenuta nel periodo dal 2000 al 2006 quale Presidente del Nucleo di Valutazione, trattandosi di funzioni svolte ratione offici e, in ogni caso, perché l'erogazione sarebbe in contrasto con il principio di onnicomprensività della retribuzione.

La doglianza del Comune appare fondata, anche alla luce delle recenti pronunce della Corte dei Conti in materia, sia pure sotto il diverso profilo della sussistenza di un danno erariale .

Invero**,** la disciplina normativa concernente la remunerazione per l'incarico di Presidente del Nucleo di valutazione va rinvenuta, innanzitutto, nel contratto collettivo integrativo di livello nazionale dei segretari comunali e provinciali, Accordo n. 2, del dicembre del 2003, che fornisce precise indicazioni sulla sua strutturazione e chiari limiti alla sua entità.

In particolare, il comma 1 dell'art. 41 del CCNL dei segretari comunali e provinciali del 16 maggio 2001 prevede *"[…] l'attribuzione del compenso denominato retribuzione di posizione, collegata alla rilevanza delle funzioni attribuite ed alle connesse responsabilità in relazione alla tipologia dell'ente di cui il segretario è titolare. […]"*. Tale compenso, precisa il comma 6 dello stesso articolo, *"[…] assorbe ogni altra forma di compenso connessa alle prestazioni di lavoro, ivi compreso quello per lavoro straordinario […]"*;

Il comma 4, invece, attribuisce agli enti la facoltà di corrispondere, nell'ambito delle risorse disponibili e nel rispetto della capacità di spesa, una maggiorazione del suddetto compenso

Condizioni, criteri e parametri per l'erogazione della suddetta maggiorazione sono stati definiti con l'accordo di contrattazione decentrata del 22 dicembre 2003.

Il citato Contratto Collettivo integrativo dall'art. 1 prevede che "ai sensi dell'articolo 41, comma 4, del CCNL, gli enti, nell'ambito delle risorse disponibili e nel rispetto della capacità di spesa, possono corrispondere una maggiorazione della retribuzione di posizione in godimento secondo le condizioni cui all'allegato A, i criteri ed i parametri seguenti:

A) CONDIZIONI: possono essere di carattere oggettivo ovvero di carattere soggettivo. A/1) Condizioni oggettive: Si riferiscono all'Ente locale ove si presta servizio e sono articolate in tre categorie: complessità organizzativa (ad es. complessità, in funzione del numero delle Aree o

Settori presenti nell'Ente, della funzione di sovraintendenza e coordinamento di dirigenti o responsabili di servizio, laddove non siano state conferite, all'interno o all'esterno, le funzioni di direzione generale), complessità funzionale (ad es. presenza di particolari uffici o di particolari forme di gestione dei servizi) e disagio ambientale (ad es. sedi di alta montagna, estrema carenza di organico, situazioni anche transitorie di calamità naturale o difficoltà socio-economiche).

Le funzioni individuate nella tabella di cui all'allegato A che coincidono con le attività ed i compiti tipici del Direttore Generale non possono essere computate ai fini della maggiorazione della retribuzione di posizione qualora il Segretario sia stato nominato Direttore Generale.

A/2) Condizioni soggettive. Sono individuate tre categorie: affidamento al Segretario di attività gestionali (ad es. responsabilità servizio finanziario, rilascio concessioni edilizie, ecc.), incarichi speciali (ades. presidenza Nucleo di valutazione, ove non diversamente remunerata), progetti speciali(ad es. coordinamento patti territoriali, ecc.). Relativamente agli incarichi per attività di carattere gestionale occorre che gli stessi siano conferiti in via temporanea e dopo aver accertato l'inesistenza delle necessarie professionalità all'interno dell'Ente.

B) CRITERI: vanno intesi come le "politiche" di contrattazione per la delineazione delle condizioni e dei parametri.

C) PARAMETRI: sono gli strumenti per la determinazione monetaria della maggiorazione della retribuzione di posizione.

L'eventuale maggiorazione della retribuzione di posizione deve riferirsi al solo Ente che la eroga. Nel caso in cui il Segretario sia collocato in posizione di disponibilità non si da luogo all'erogazione della predetta maggiorazione.

L'importo della maggiorazione deve tenere conto della rilevanza dell'ente e delle funzioni aggiuntive affidate al Segretario. La stessa, riscontrata la presenza delle condizioni sopra dette, non può essere inferiore al 10% e superiore al 50% della retribuzione di posizione in godimento.

Ai fini dell'erogazione della predetta maggiorazione le funzioni devono essere effettivamente svolte su incarico formalmente conferito dall'Amministrazione.

ART. 2 MAGGIORAZIONE DELLA RETRIBUZIONE DI POSIZIONE NEI COMUNI INFERIORI A 3.000 ABITANTI.

Fermo restando le condizioni e le modalità per l'erogazione di cui all'art. 1, in ogni comune con popolazione inferiore ai 3.000 abitanti (classe IV) la maggiorazione della retribuzione di

posizione in godimento viene determinata nella percentuale massima del 5%. Nel caso di cui alla lett. p) dell'allegato A la maggiorazione può essere aumentata da un minimo del 10% e fino ad un massimo del 30%. In sede di rinnovo del CCNL le parti valuteranno la possibilità di disciplinare nel contesto della stabile organizzazione dell'Ente le eventuali responsabilità di cui alla lett. p) dell'allegato A.

Nell'allegato sono poi indicati analiticamente le ATTIVITA' GESTIONALI – INCARICHI SPECIALI – PROGETTI SPECIALI che consentono la maggiorazione ovvero:

A Assistenza giuridico-amministrativa mediante consulenza fornita ai responsabili dei Servizi

B Grado di collaborazione nei confronti degli organi dell'ente

C Complessità e rilevanza dell'attività rogatoria

D Partecipazione alle sedute di organi diversi dalla Giunta e dal Consiglio(quali ad es. Commissioni Consiliari Conferenza Capigruppo)

E Attribuzione di funzioni aggiuntive attribuite dallo Statuto o dai Regolamenti

F Funzioni aggiuntive conferite dal capo dell'amministrazione

G Responsabilità della cura dell'attuazione dei provvedimenti

H Responsabilità dell'istruttoria delle deliberazioni

I Responsabilità della cura degli atti esecutivi delle deliberazioni

J Componente di Commissioni di gara e di concorso reso "ratione officii"

K Rilascio di atti e certificativi, attestativi e di comunicazione

L Altre competenze annoverabili nell'ambito delle funzioni di assistenza e collaborazione con il capo dell'amministrazione

M Partecipazione alla delegazione trattante di parte pubblica

N Appartenenza al Nucleo di Valutazione o servizio di controllo interno con funzione di raccordo tra l'ente e l'organo di valutazione

O Attività di docenza o di direttore nei corsi di formazione promossi dalla Regione e/o dall'Ente

P Incarichi di Responsabile di Servizio, Settore o Area

Si ricava, dunque, dalla disciplina testè menzionata che gli enti possono corrispondere al segretario comunale una maggiorazione della retribuzione di posizione in godimento, in presenza

di condizioni (che possono essere di carattere oggettivo o soggettivo) puntualmente indicate e tra esse (cfr. allegato A) l'affidamento della "presidenza del nucleo di valutazione, ove non diversamente remunerata".

Orbene, secondo la Corte dei Conti (cfr. sentenza 1775 del 1 10.2010) "*Dal tenore letterale della disposizione non appare dubitabile che l'incarico di presidente del nucleo di valutazione possa essere posto a base di una maggiorazione della retribuzione di posizione (fino a un massimo del 50%), ovvero, di una diversa remunerazione ma, in via alternativa e non certo a supporto di entrambi i benefici. Ne consegue che solo in assenza di maggiorazione della retribuzione di posizione il convenuto avrebbe potuto percepire potuto legittimamente percepire un compenso per l'incarico in questione.*

Nel senso indicato, peraltro, anche il parere espresso con nota prot. 62216 del 15.07.2008 dall'agenzia autonoma per la gestione dell'albo dei segretari comunali che ha ribadito come l'accordo contrattuale nazionale integrativo n. 2 del 9.12.2003 preveda, nel caso di maggiorazione della retribuzione di posizione, che il segretario debba espletare in regime di onnicomprensività tutta una serie di attività, indicate nell'allegato "A" dell'accordo, tra le quali proprio quella di componente del nucleo di valutazione…

…Per altro verso, il citato Accordo consente l'incremento retributivo in questione a condizione che il segretario espleti in regime di onnicomprensività tutte le attività indicate nell'allegato "A" per le quali, conseguentemente, non è consentita una ulteriore ed autonoma remunerazione. L'inciso "ove non diversamente remunerata" riferito all'incarico di presidenza del nucleo di valutazione è da intendere, invero, solo con valenza negativa e cioè nel senso di escludere che siffatto incarico rappresenti condizione legittimante la maggiorazione della retribuzione di posizione laddove per esso sia già corrisposto un compenso. In altri termini, la corresponsione della maggiorazione della retribuzione di posizione non consente l'ulteriore ed autonoma remunerazione per singole attività previste dall'Allegato "A" del Contratto Collettivo integrativo".

Nello stesso senso, più recentemente si è espressa la Corte dei Conti I sez. giurisdizionale di appello n. 415 del 22.07.2015 " *Al di là della natura della funzione in sé di Presidente del Nucleo di valutazione, va ricordato che lo svolgimento di tale mansione era previsto nel contratto collettivo integrativo di livelo nazionale dei segretari comunali e provinciali (accordo del 22*

dicembre 2003) tra le condizioni che avrebbero potuto determinare l'incremento (dal 10% al 50%) della retribuzione di posizione del Segretario Comunale. La circostanza tuttavia che la Forte, nel periodo di riferimento, già percepiva la retribuzione di posizione nel suo massimo avrebbe dovuto comportare che, in disparte ogni altra considerazione, l'attività di Presidente del Nucleo di valutazione non comportasse il percepimento da parte dell'interessata di alcun altro emolumento. Pertanto, non appare conferente quanto sostenuto dall'appellante in ordine al fatto che il compenso le sarebbe comunque spettato perché rienrante non già nelle funzioni di Segretario comunale ma di Direttore generale, carica contestualmente ricoperta dalla medesima".

Da un'attenta lettura dei due casi sottoposti all'attenzione della Corte dei Conti si evince che ai soggetti convenuti in giudizio era stata sempre erogata la maggiorazione della retribuzione di posizione nella misura massima prevista dal citato accordo integrativo.

In virtù di tale dato, ritiene questo Giudicante, che dai principi espressi dalla giurisprudenza contabile possa essere enucleato un ulteriore principio, ovvero che laddove al segretario comunale sia corrisposta la maggiorazione della retribuzione nella misura massima, essa remunera tutte le attività indicate nella tabella A allegata al contratto collettivo integrativo che siano svolte dal segretario comunale (ivi compresa la partecipazione al nucleo di valutazione) e che non sia possibile una remunerazione aggiuntiva ed alternativa.

Qualora, invece, la maggiorazione della retribuzione di posizione non raggiunga il tetto massimo le ulteriori attività svolte dal segretario comunale, ivi compresa la partecipazione al nucleo di valutazione, possono essere diversamente remunerate.

Nella fattispecie in esame, la dott.ssa G. a decorrere dal 2001 nella sua qualità di segretario comunale, ha sempre percepito una maggiorazione del 30% della retribuzione di posizione, da considerarsi misura massima, tenuto conto delle dimensioni del Comune di… (cfr. anche delibere comunali in atti).

Ne discende che gli ulteriori e distinti compensi percepiti per l'incarico da ella svolto di Presidente del Nucleo di valutazione dal 2001 al 2006 devono ritenersi non dovuti e, dunque, indebitamente percepiti.

Siffatta conclusione non è incisa dalle argomentazioni difensive della parte convenuta, atteso che non ha alcuna rilevanza (oltre a non esservi prova) che l'espletamento delle funzioni di

Presidente del Nucleo di valutazione non rientrava nelle competenze ordinarie del Segretario Comunale ma era stato conferito alla G. in virtù delle sue competenze ammnistrative (cfr. sul punto Corte dei Conti n. 451/2015).

Il Comune di… ha poi dedotto che con decreto sindacale n. 16 del 9.12.2003 alla G. è stato adeguato il compenso per l'incarico di Direttore generale con decorrenza dall'1.06.2003; che, analogamente, con decreto sindacale n. 6 del 10.05.2005 alla G. è stato adeguato il compenso per l'incarico di Direttore Generale a decorrere dal 1.1.2015; che, infine con decreto sindacale n. 3 del 19.02.2007 è stato adeguato il compenso per l'incarico di Direttore generale, da euro 2000,00 ad euro 2750,00 con decorrenza dall'1.06.2006, e poi ad euro 3.000,00 con decorrenza dal 1.1.2007. L 'Ente ha contestando la legittimità della efficacia retroattiva di tali decreti; retroattività, comunque, concessa per errore.

Tali doglianze appaiono infondate stante la loro genericità.

Invero, è consentito che gli effetti di un atto amministrativo possano essere retrodatati con l'adozione stessa dell'atto ad una certa data, se ciò è giustificato dalla sussistenza a tale data dei presupposti fattuali che normativamente consentono una modifica della retribuzione (cfr. Corte dei conti n. 12.4.2011 n. 714)

Nella fattispecie in esame, il Comune di… si è limitato a contestare sic et sempliciter la retroattività degli atti amministrativi indicati, senza, tuttavia, contestare ed allegare che alla data in cui è stata ancorata la decorrenza del beneficio economico, non si erano già realizzati i presupposti fattuali che giustificavano l'erogazione del beneficio stesso. L'ente si limita a dedurre genericamente e, peraltro solo con riferimento all'ultimo decreto sindacale n. 3 del 2007, che l'amministrazione sarebbe incorsa in errore, senza tuttavia indicare in cosa si sarebbe sostanziato tale errore né precisandone la natura.

Il Comune di ... ha poi dedotto che con determina n. 37 dell'1.6.2004 alla G. è stato corrisposto erroneamente il compenso di euro 900,00 quale componente della Commissione esaminatrice per la selezione interna per progressione riservata per titoli ed esami per la copertura di n. 1 posto di funzionario. Lamenta il Comune ricorrente che tale compenso non era dovuto in quanto rientrante tra le funzioni tipiche del Segretario Comunale e come tale già remunerato con la maggiorazione della retribuzione di posizione corrisposta al segretario comunale.

La censura appare fondata, dovendosi applicare i principi innanzi espressi con riferimento alla natura indebita del compenso erogato alla G. per le funzioni di presidente del Nucleo di Valutazione. Infatti, anche la partecipazione alle commissioni di concorso rientra tra le funzioni di cui allegato A) del contratto collettivo integrativo del dicembre del 2003.

Alla G. è stata, poi, riconosciuta l'indennità di risultato ex art. 42 del CCNL dei segretari comunali e provinciali.

Si rammenta che, a norma dell'art. 42 del CCNL di categoria 1998/2001 " Ai segretari comunali e provinciali è attribuito un compenso annuale, denominato retribuzione di risultato, correlato al conseguimento degli obiettivi assegnati e tenendo conto del complesso degli incarichi aggiuntivi conferiti, ad eccezione dell'incarico di funzione di Direttore Generale. Gli Enti del comparto destinano a tale compenso, con risorse aggiuntive a proprio carico, un importo non superiore al 10 % del monte salari riferito a ciascun segretario nell'anno di riferimento e nell'ambito delle risorse disponibili e nel rispetto della propria capacità di spesa".

Essa è stata computata anno per anno, nella fattispecie in esame, nella misura del 10% del monte salari dell'anno di competenza.

Il Comune ha lamentato che il monte salari posto a base del calcolo dell'indennità di risultato è stato determinato in maniera errata, sempre per eccesso, chiedendo, pertanto, la restituzione delle somme eccedenti attribuite a titolo di retribuzione di risultato.

Orbene, tale censura - così come esplicata in ricorso- appare generica in quanto si rimanda al documento allegato 2 (non allegato al ricorso) per l'indicazione dei motivi di erroneità del calcolo del monte salari.

Ferma tale assorbente considerazione, in ogni caso, si osserva che dall'esame di tale allegato si evince che lo scostamento tra le somme corrisposte a titolo di retribuzione di risultato e quelle reputate dovute è determinato dalla non inclusione nel monte salari di alcune somme a titolo di arretrati della paga base e della retribuzione di posizione corrisposti alla G., in forza dei decreti sindacali del 2003, 2005 e 2007 reputati dalla parte ricorrente non dovuti, ma riconosciuti nel presente giudizio come spettanti alla G..

Pertanto, la domanda di restituzione delle somme eccedenti attribuite a titolo di retribuzione di risultato va rigettata.

Infine, il Comune ricorrente ha dedotto che con decreto sindacale n. 4 del 20.4.2004 è stata attribuita al segretario comunale la maggiorazione della retribuzione di posizione nella misura massima del 30% di quella in godimento con decorrenza dal 17.5.2001, lamentando la mancanza in tale decreto della scheda B) necessaria ai fini della determinazione della misura della maggiorazione, nonché la retroattività di tale decreto.

In ordine alla mancanza della scheda B) appare evidente come si tratti di una condotta non certo imputabile alla parte resistente.

Quanto alla non debenza degli arretrati a titolo di maggiorazione della retribuzione di posizione si ribadisce che, da un lato, è consentito che gli effetti di un atto amministrativo possano essere retrodatati con l'adozione stessa dell'atto ad una certa data, se ciò è giustificato dalla sussistenza a tale data dei presupposti fattuali che normativamente consentono una modifica della retribuzione, e dall'altro lato, che nel caso in esame, nel ricorso si contesta genericamente tale retroattività senza allegare le motivazioni giuridiche che escluderebbero tale maggiorazione con quella decorrenza.

In ogni caso, si osserva che i parametri per la maggiorazione della retribuzione di posizione del segretario Comunale sono stati fissati con il CCDI del dicembre del 2003, ma il diritto alla maggiorazione era già stato riconosciuto nel CCNI del 16.5.2001 dall'art. 41 comma 5.

In conclusione, alla stregua di tutte le considerazioni fin qui esposte, deve ritenersi indebita la percezione da parte della G.C. delle somme corrisposte dal 2001 al 2006 per l'espletamento delle funzioni di Presidente del Nucleo di Valutazione, nonché di quelle corrisposte per l'incarico di componente della commissione esaminatrice per la progressione interna per la copertura di un posto di funzionario svolto nell'anno 2004.

Accertata la natura indebita di tali erogazioni, quanto alla loro ripetibilità da parte dell'amministrazione comunale va rammentato che la giurisprudenza si è assestata sui seguenti principi:

- il recupero delle somme indebitamente erogate dalla P.A. costituisce un comportamento doveroso, in quanto discende direttamente dalla disposizione dell'art. 2033, c.c., e l'eventuale buona fede del soggetto percipiente non costituisce ostacolo alla ripetizione dell'emolumento erroneamente corrisposto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2004, n. 1535);

- il richiamo allo stato soggettivo di buona fede del percipiente non incide sul carattere doveroso del comportamento dell'amministrazione nell'effettuare il recupero di quanto indebitamente erogato (cfr., Cons. Stato, sez. IV, 8 giugno 2009, n. 3516);

- non vi è, come detto, l'obbligo per la P.A. di fornire una specifica motivazione in ordine alle ragioni del recupero poiché la motivazione è insita nell'accertamento della non spettanza degli emolumenti percepiti;

- non occorre effettuare alcuna comparazione tra gli interessi coinvolti, non vertendosi in ipotesi di interessi sacrificati, se non sotto il limitato aspetto delle esigenze di vita del debitore (cfr. T.A.R. Campania Salerno, sez. II, 04 ottobre 2008 , n. 2881; Consiglio Stato, sez. V, 19 febbraio 2008, n. 564; 4 febbraio 2008 n. 290; sez. VI, 25 settembre 2007 n. 4929).

In capo all'Amministrazione che abbia effettuato un pagamento indebitamente dovuto ad un proprio dipendente si riconosce, perciò, una posizione soggettiva che deve essere qualificata come diritto soggettivo alla restituzione, alla quale si contrappone, avendo gli atti che si riferiscono ad un credito derivante da un rapporto di impiego natura paritetica e non autoritativa, una correlativa obbligazione del dipendente; qualora l'Amministrazione intenda recuperare le somme indebitamente corrisposte, non deve annullare l'atto di corresponsione delle stesse in quanto l'indebito si configura come tale per l'obiettivo contrasto con una norma, con la conseguenza che non vi è obbligo di motivare circa l'interesse pubblico che induce ad effettuare il recupero patrimoniale (T.A.R. Napoli Campania sez. V, 01 febbraio 2011, n. 604) e che "*Il recupero delle somme indebitamente corrisposte ai dipendenti pubblici ha natura di atto dovuto ex art. 2033 c.c., con la conseguenza che la buona fede del percettore rileva ai soli fini delle modalità con cui il recupero deve essere effettuato, in modo cioè da non incidere in maniera eccessivamente onerosa sulle esigenze di vita del dipendente. Pertanto, lo stato psicologico del debitore, in ipotesi in buona fede, di per sé non preclude l'attività di recupero dell'indebito, ma impone l'obbligo di una più approfondita valutazione degli interessi implicati, in particolare sotto il profilo del grado di lesione di quello del dipendente*" (sempre T.A.R. Napoli Campania, sez. V, 01 febbraio 2011, n. 604; cfr. anche Cassazione 29926 del 22.12.2008 est. Mammone , Cassazione 8338 del 08.04.2010).

In sostanza, è pacifico in giurisprudenza che il principio della non ripetibilità delle maggiori somme corrisposte dall'Amministrazione deve trovare riscontro in specifiche disposizioni

normative, in quanto la tutela dell'affidamento all'"*accipiens*" sussiste solo ove ciò sia previsto dalla legge; ad esempio, in materia di trattamento pensionistico, al di fuori delle ipotesi di cui agli art. 205 e 206 t.u. n. 1092 del 1973, conseguenti a provvedimenti di revoca o modifica di pensioni definitive, norme che hanno carattere eccezionale e derogatorio e non sono suscettibili d'interpretazione analogica ("*non sussiste la possibilità per il giudice di attribuire rilievo alla buona fede del percettore per somme erroneamente corrisposte dall'amministrazione su trattamenti provvisori*" cfr. Corte dei Conti, Reg. Veneto, sez. giurisd., 30 gennaio 2009, n. 104 e Consiglio di Stato, sez. IV, 3.12.2010 n.8503; con riferimento alla sicura buona fede del dipendente che ha percepito gli emolumenti non dovuti, va rilevato che per la giurisprudenza "*la norma di cui all'art. 52, l. 9 marzo 1989 n. 88, che limita il recupero delle somme indebitamente corrisposte all'ipotesi del dolo del percipiente, è dettata in materia di previdenza sociale e, come norma eccezionale, non può applicarsi in materia di pubblico impiego, in cui l'amministrazione è tenuta alla ripetizione dell'indebito, salvo il rilievo, ai soli fini delle modalità di recupero, della buona fede del soggetto interessato*" T.A.R. Catania Sicilia, sez. II, 16 giugno 2010, n. 2303).

Sottolinea, dunque, il giudicante come la tutela dell'affidamento e della buona fede dell'*accipiens* rileva, come emerge anche dalla lettura delle massime sopra riportate, solo sotto il profilo degli accessori (sul punto si veda a Consiglio Stato, sez. VI, 24 novembre 2010 n. 8215) e sotto quello della rateizzazione; l'eventuale affidamento ingenerato nel percipiente circa la regolarità dei pagamenti di somme successivamente ritenute indebitamente corrisposta "*comporta l'onere, a carico dell'Amministrazione, di operare il recupero con modalità che non devono essere eccessivamente onerose per il dipendente, al quale deve essere consentito di restituire con opportuna rateizzazione quanto indebitamente corrisposto, in modo da non pregiudicare soverchiamente le esigenze di vita del debitore*" (sul punto si veda T.A.R. Napoli Campania sez. VII, 15 dicembre 2010, n. 27382 ed a Consiglio Stato, sez. VI, 24 novembre 2010, n. 8215).

Ciò chiarito, va rigetta l'eccezione di prescrizione quinquennale ex art. 2948 c.c. tempestivamente sollevata dalla parte resistente, atteso che nel caso di ripetizione di somme indebitamente percepite si applica il diverso e più lungo termine decennale di prescrizione . Nel caso in esame, esso non è decorso, considerato che la prima richiesta di restituzione delle somme è stata avanzata con comunicazione del 18.10.2010 pervenuta alla resistente il 22.10.2010.

In ordine al *quantum debeatur*, le somme indebitamente percepite dalla G. dal 2001 al 2006 per l'espletamento delle funzioni di Presidente del Nucleo di Valutazione, nonché quelle corrisposte per l'incarico di componente della commissione esaminatrice per la progressione interna per la copertura di un posto di funzionario svolto nell'anno 2004, sono state determinate dal nominato Ctu, dott. R. C., sulla base della documentazione in atti.

Il Ctu ha proceduto ad un duplice conteggio, calcolando l'ammontare delle suddette somme sia al netto che al lordo delle ritenute fiscali. Entrambi i conteggi appaiono corretti ed immuni da vizi e non sono stati oggetto di alcuna contestazione delle parti.

Residua, dunque, la questione se il recupero delle somme indebitamente percepite debba avvenire su base lorda o al netto delle ritenute fiscali.

Questo Giudicante è ben consapevole del contrasto esistente tra l'interpretazione fornita dall'amministrazione finanziaria con la circolare ministeriale n. 326 del 23/12/1997 e le risoluzioni n. 110/E del 29/7/2005 e n. 71/E del 29/2/2008 e la giurisprudenza sia di legittimità (cfr. Cass. sent. n. 23093 del 30/10/2014; n. 1464 del 2/2/2012) che amministrativa (cfr. Consiglio di Stato sent. n. 198 del 21/1/2015; n. 5043 del 20/9/2012, (cfr. Cons. St., Sez. IV, 2.03.2009 n. 1164, T.A.R. Campania Napoli, Sez. I, 25.07.2011 n. 3987, Tar Piemonte - Torino2016 n. 955) in ordine alla suddetta questione .

Orbene, quanto alle ritenute fiscali, il meccanismo di queste inerisce ad un momento successivo a quello dell'accertamento e della liquidazione delle spettanze retributive e si pone in relazione al distinto rapporto d'imposta, sul quale il giudice chiamato all'accertamento ed alla liquidazione predetti non ha il potere d'interferire. Ne consegue che, in sede di accertamento contabile delle differenze retributive spettanti ad un lavoratore, dalle somme lorde spettanti allo stesso devono essere detratte le somme corrisposte dal datore nel loro concreto ed effettivo importo, a nulla rilevando che il datore non abbia operato le ritenute fiscali prescritte (cfr. Cass. 7.7.2008 n. 18584). Quanto al diritto al rimborso di somme indebitamente percepite dal lavoratore, la sentenza della Cassazione da ultimo richiamata non affronta specificamente la questione della modalità del rimborso dell'indebito. Al riguardo deve osservarsi che il diritto al rimborso dell'imposta che si assume indebita, riscossa in tutto o in parte mediante ritenuta alla fonte, spetta in prima istanza al sostituito, il quale, ai fini della ripetizione della stessa, deve fornire la prova di aver subito detta ritenuta, senza dovere, altresì, dimostrare che l'imposta è stata effettivamente

incassata dall'erario, ma anche il datore di lavoro, come sostituto d'imposta, ha facoltà di richiedere il rimborso dell'indebito, ed in questo caso dal calcolo di quanto il prestatore di lavoro dovrà restituirgli per importi retribuitivi indebitamente percepiti dovrà essere esclusa la ritenuta d'imposta già versata all'amministrazione finanziaria (cfr. Cass. 11.1.2006 n. 239).

Tale orientamento si fonda sulla considerazione che, nel rapporto tra datore di lavoro e lavoratore, il primo versa al secondo la retribuzione al netto delle ritenute fiscali (nonchè previdenziali e assistenziali). Ciò si verifica anche quando, come nella specie, siano erogate al lavoratore, per errore, somme maggiori di quelle dovute: anche in tal caso il datore opera, sulle somme erroneamente erogate in eccesso, le ritenute fiscali, a loro volta erronee per eccesso.

La ripetizione dell'indebito nei confronti del lavoratore non può non avere ad oggetto, pertanto, che le somme da quest'ultimo "percepite", ossia quanto e solo quanto effettivamente sia entrato nella sfera patrimoniale del predetto.

Il datore di lavoro non può, invece, pretendere di ripetere somme al lordo delle ritenute fiscali (e previdenziali e assistenziali), allorchè le stesse non siano mai entrate nella sfera patrimoniale del dipendente (in tali termini, cfr. anche Consiglio di Stato, sez. 6, 2.3.2009 n. 1164, con riguardo al rapporto tra amministrazione e dipendente).

Quanto, poi, alle ritenute e versamenti fiscali erroneamente disposti dall'amministrazione quale sostituto di imposta, l'amministrazione può provvedere alla richiesta di rimborso direttamente nei confronti del fisco, allorchè ne sussistano le condizioni (in termini, Cons. Stato, Comm. Spec, 5 febbraio 2001).

Pertanto, in adesione a tale orientamento, G.C. va condannata alla restituzione in favore del Comune di ... della somma netta di euro 12.391,81 oltre interessi legali dalla data della domanda (22.10.2010) fino al soddisfo, a titolo di compensi percepiti dal 2001 al 2006 per l’espletamento delle funzioni di Presidente del Nucleo di Valutazione, nonché per l’incarico di componente della commissione esaminatrice per la progressione interna per la copertura di un posto di funzionario svolto nell’anno 2004.

Resta, infine, da esaminare la domanda di pagamento degli arretrati maturati per lo svolgimento di funzioni di segretario comunale, in virtù dell’applicazione dei CCNL dei segretari comunali e provinciali siglati in data 14.12.2010 e 1.3.2011.

Non essendovi alcuna contestazione tra le parti in ordine all'an debeatur, si è dato incarico al ctu di effettuarne il conteggio. Anche in tal caso tali conteggi appaiono corretti ed immuni da vizi.

In ordine alle contestazioni avanzate dal CT della parte ricorrente a tali conteggi, si evidenzia, infatti, che correttamente il ctu ha proceduto al calcolo delle differenze retributive dovute alla resistente dal Comune a causa dell'adeguamento dello stipendio tabellare e tredicesima per il tardivo rinnovo dei CCNL (anni 2006- 2009) avvenuto il 14.12.2010 e 1.3.2011, con riferimento al solo periodo dal 2006 al 2009, non essendo tenuto al ricalcolo di tutte le somme percepite dalla G. negli anni dal 2000 al 2009 .

Diversamente da quanto ritenuto dal Ctu e dal Ctp di parte ricorrente esula dal presente giudizio l' indebita percezione da parte del segretario comunale nel mese di luglio del 2009 anche di un compenso per la partecipazione alla commissione ufficio disciplinare di euro 1600,00, non essendone mai stata fatta menzione in ricorso e dunque, non essendo mai entrata a far parte del thema decidendum. Conseguentemente, di tale erogazione non si è tenuto conto in sede di decisione.

In conclusione, spetta alla G. a titolo di arretrati la somma lorda di euro 10.086,03, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria dalla data di maturazione dei singoli crediti e fino al soddisfo. Il Comune di ... va condannato al pagamento in favore della parte convenuta di tale somma e degli accessori.

Le spese di lite, stante la reciproca soccombenza, sono integralmente compensate tra le parti. Le spese di Ctu come liquidate in separato decreto, sono poste a carico di entrambe le parti in via solidale.

PQM

Il Tribunale di Nola, in funzione di giudice del lavoro, in persona della dott.ssa Daniela Ammendola, definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza e deduzione disattesa, così provvede:

A) Accerta e dichiara il diritto del Comune di ... a ripetere dalla parte convenuta la somma complessiva netta di euro 12.391,81 oltre interessi legali dalla data della domanda (22.10.2010) fino al soddisfo.

B) Condanna G.C. al pagamento in favore della parte ricorrente della somma ed accessori di cui al capo che precede;

C) accerta e dichiara il diritto della parte convenuta al pagamento della somma lorda di euro 10.086,03 a titolo di differenze retribuite oltre interessi legali e rivalutazione monetaria dalla data di maturazione dei singoli crediti e fino al soddisfo;

D) Condanna il Comune di ... al pagamento in favore della parte convenuta della somma e degli accessori di cui al capo che precede;

E) Compensa integralmente tra le parti le spese di lite. Pone le spese di Ctu come liquidate in separato decreto a carico di entrambe le parti in via solidale.

F) Fissa in giorni 60 il termine per il deposito della sentenza

Nola , 26.09.2017

IL GL

Dott.ssa Daniela Ammendola

CARLO INTROVIGNE

Il sostituto procuratore e le tentazioni del nuovo art. 407 comma 3 bis c.p.p.

"Et ne nos inducas in tentationem, sed libera nos a malo... Così termina, nella traduzione italiana, la preghiera che Gesù ci ha insegnato – con un invito al Padre Nostro che è nei cieli a far sì che non cadiamo in tentazione, stando alla larga dal male.

E così si trova a dire il tipico sostituto procuratore della nostra amata Repubblica, di fronte alla novella che ha introdotto il comma 3 *bis* nel disposto dell'art. 407 c.p.p.[112].

Il titolo del pezzo, lungi dal voler essere blasfemo, desidera accendere una luce critica sulla diabolica "tentazione" cui d'ora innanzi sarà pericolosamente esposto ogni Pubblico Ministero: quella di richiedere l'archiviazione a fronte di notizie di reato pur fondate, all'unico fine di evitare guai che, indipendentemente da quanto impegni egli possa profondere, pendono sul suo capo sin dall'attimo in cui firma l'avviso di conclusione delle indagini preliminari.

Breve introduzione a beneficio di chi comprensibilmente non è avvezzo alle dinamiche della procedura penale ed in particolare delle indagini preliminari.

[112] Art. 407 c.p.p.

1. Salvo quanto previsto dall'articolo 393 comma 4, la durata delle indagini preliminari non può comunque superare diciotto mesi.

2. La durata massima è tuttavia di due anni se le indagini preliminari riguardano:

a) i delitti appresso indicati:…*omissis*.;

b) 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;

c) indagini che richiedono il compimento di atti all'estero;

d) procedimenti in cui è indispensabile mantenere il collegamento tra più uffici del pubblico ministero a norma dell'articolo 371.

3. Salvo quanto previsto dall'articolo 415bis, qualora il pubblico ministero non abbia esercitato l'azione penale o richiesto l'archiviazione nel termine stabilito dalla legge o prorogato dal giudice, gli atti di indagine compiuti dopo la scadenza del termine non possono essere utilizzati[191, 419 3].

3 bis. 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'art. 415-bis. Nel caso di cui al comma 2, lett. b), del presente articolo, su richiesta presentata dal pubblico ministero 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 quindici 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 pubblico ministero ne dà immediata comunicazione al procuratore generale presso la corte di appello

Ricevuta la notizia di reato, il Pubblico Ministero la iscrive "immediatamente" nel registro delle indagini preliminari (art. 335 c.p.p.) e da quel momento inizia, avvalendosi della Polizia Giudiziaria, ad approfondirla in vista delle determinazioni circa l'esercizio dell'azione penale – obbligatorie in forza dell'art. 112 Costituzione.

In estrema sintesi, il P.M. dopo aver indagato – ed averlo fatto nei termini di cui all'art. 407 c.p.p. a pena di inutilizzabilità degli atti raccolti fuori tempo massimo – ha due semplici alternative: richiedere al G.I.P. l'archiviazione del procedimento oppure "esercitare l'azione penale", cioè sottoporre una o più imputazioni al vaglio di un Giudice.

Se esercita l'azione penale, salva l'adozione di riti alternativi su cui non mi dilungo non essendo questa la sede per un trattatello di procedura, il P.M. è tenuto previamente ad inviare all'indagato l'avviso di conclusione delle indagini preliminari (art. 415 *bis* c.p.p.); dalla ricezione di questo atto, che contiene numerosi avvertimenti in funzione di garanzia, l'indagato ed il difensore nel termine di venti giorni potranno prendere visioni di quanto contenuto nel fascicolo del Pubblico Ministero, presentare memorie, produrre documenti, richiedere di essere sottoposti ad interrogatorio – incombente questo cui il magistrato inquirente deve obbligatoriamente procedere entro trenta giorni dalla richiesta.

Per essere assai poco tecnici, se in questo lasso di tempo indagato e difensore non riescono a convincere il P.M. a richiedere l'archiviazione, il magistrato inquirente "esercita l'azione penale" nei modi sopra descritti, cioè richiedendo al Giudice per l'udienza Preliminare (G.U.P.) l'emissione di un decreto che dispone il giudizio oppure – per le fattispecie di minor gravità, elencate dall'art. 550 c.p.p. – procedendo con citazione diretta a giudizio.

Fin qui tutto bene ma la Riforma Orlando – legge n. 103 del 23 giugno 2017, entrata in vigore dal 3 agosto u.s. – ha introdotto nel corpo dell'art. 407 c.p.p. un nuovo comma 3 *bis* che recita "*In ogni caso il Pubblico Ministero è tenuto ad 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'art. 415 bis… Ove non assuma le proprie determinazioni nel termine stabilito dal presente comma il Pubblico Ministero ne dà tempestiva comunicazione al Procuratore Generale presso la Corte d'appello".*

Ora è chiaro che la novella funge da severo monito al Pubblico Ministero a non far passare inutilmente i "*tre mesi dalla scadenza.. dei termini di cui all'art. 415 bis*" senza assumere le sue determinazioni in merito all'esercizio dell'azione penale, pena una sorta di obbligo di auto denuncia della propria inadempienza al Procuratore Generale.

La novella in teoria è stata introdotta nell'ottica di maggior tutela del principio costituzionale della ragionevole durata del processo, comunemente inteso come ragionevole durata del *procedimento* – termine quest'ultimo che rimanendo nell'ambito della procedura penale copre tutto l'arco temporale che va dall'iscrizione della notizia di reato al passaggio in giudicato della sentenza.

Si dirà giusto, giustissimo, *bene bravi bis*. Del resto sono ampiamente note e diffuse tra i cittadini le lagnanze a proposito della lunga durata dei procedimenti giudiziari, con tutto quanto ne consegue in termini di infauste ricadute per l'economia nazionale e la sicurezza pubblica.

Il legislatore ha buon gioco nel presentarsi al pubblico degli elettori con una norma che all'apparenza incentiva i vertici dirigenziali della magistratura inquirente a stare "con il fiato sul collo" dei Sostituti Procuratori affinché, una volta concluse le indagini – con l'emissione dell'avviso *ex* art. 415 *bis* – non si dimentichino del fascicolo. La ragionevole durata del processo (si legga *procedimento*) va in sofferenza se una volta concluse le indagini tutto si arena in qualche armadio polveroso di Segreteria, senza essere portato all'attenzione di un Giudice perché questi renda giustizia, decidendo se applicare la pena ed eventualmente se disporre un risarcimento della persona offesa, se costituita parte civile.

La novella pare rispondere ad un'esigenza reale ed essere meritevole di plauso, ma come dice il preverbio non tutto è oro quello che luccica. C'è un particolare di non poco momento che ci sfugge! L'interpretazione che si è data del nuovo comma 3 *bis* ed in particolare della locuzione "*scadenza dei termini.. di cui all'art. 415 bis"* – in attesa di un qui invocato intervento chiarificatore della Procura Generale presso la Corte di Cassazione – è stata nel senso di ritenere che il termine decorra non già dalla data della notifica all'indagato dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, ma dalla firma dello stesso atto ad opera del Pubblico Ministero.

Non si vuole tediare nessuno con i tecnicismi, ma la conseguenza è dirompente.

Si noti che nessun Sostituto Procuratore della Repubblica ha desiderio ardente di auto-denunciare al superiore del suo superiore gerarchico – cioè al Procuratore Generale presso la Corte

d'Appello – quella che di fatto sembra una sua mancanza, per poi dovergli illustrare in un procedimento disciplinare dagli esiti incerti perché e per come di una sua mancanza non si tratti.

Ma se i "*tre mesi dalla scadenza del termine.. di cui all'art. 415 bis"* partono dalla firma del provvedimento anziché dalla notifica al destinatario – un vero e proprio assurdo giuridico a parere di chi scrive, trattandosi pacificamente di atto recettizio – il P.M. e la sua Segreteria già oberata di incombenze si trasformano in supervisori postali, per altro con limitatissimi poteri di intervento a fronte di carenze e lungaggini altrui.

Mi spiego meglio: la notifica all'indagato dell'avviso *ex* art. 415 *bis* avviene solitamente a mezzo UNEP – Ufficiali Giudiziari – per il circondario di competenza, e tramite Polizia Giudiziaria – spesso la Stazione CC competente per territorio – negli altri casi. Se le locali Poste e/o la Stazione dei Carabinieri non eseguono celermente il compito affidatogli, per i più disparati ed eventualmente anche validi motivi, P.M. e Segreteria non hanno grandi alternative a sollecitare, sollecitare e sollecitare ancora, con dispendio di energie e significativa produzione di carta spesso inutile.

Non parliamo poi del caso in cui l'indagato risulti irreperibile all'indirizzo di residenza o magari all'estero, con necessità di procedere nelle complesse forme di cui agli artt. 159-160 c.p.p., che prevedono in estrema sintesi (non si vuole tediare nessuno ma è d'obbligo dar conto della complessità del meccanismo):

l'emissione da parte del Pubblico Ministero di un decreto con cui si dispongono le ricerche, con verifica presso l'ultimo luogo di residenza, l'ultimo domicilio se noto ed il D.A.P. – Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria;

la ricezione da parte di un verbale di vane ricerche redatto dalla P.G. – chi scrive è un P.M. di poca esperienza ma non ha mai avuto la fortuna di vedere ricerche andate a buon fine, salvo il caso che il ricercato si trovi in carcere ma non è certo l'accertamento al D.A.P., che ha un sistema informatizzato, a portare via molto tempo;

l'emissione di un decreto di irreperibilità, con il quale si assegna all'indagato un difensore d'ufficio se ne è privo e si dispone che a questi siano effettuate le notifiche;

la notifica al difensore, per l'indagato irreperibile, dell'avviso *ex* art. 415 *bis*.

Finalmente, dopo venti giorni da questo ultimo adempimento, si potrà esercitare l'azione penale nei modi sopra descritti ed il P.M. potrà dire di aver raggiunto il traguardo della corsa a ostacoli.

Sorvolando per pura compiacenza sul fatto che molto spesso nel contesto di un procedimento penale gli indagati sono più di uno ed a volte sono anche piuttosto numerosi, con necessità di notificare l'avviso *ex* art. 415 *bis* a tutti singolarmente e facendo per ciascuno decorrere i termini di legge, si accettano scommesse sulla possibilità di svolgere tutti i passaggi della descritta procedura in novanta giorni dalla firma apposta sull'avviso di conclusione delle indagini.

Si possono a questo punto tirare le fila del breve discorso. Il Pubblico Ministero a fronte del nuovo comma 3 *bis* dell'art. 407 si va a cacciare in un potenziale guaio ogni qual volta firma un avviso di conclusione delle indagini preliminari; ciò che è peggio, si tratta di un impaccio dal quale non può sapere se sarà in grado di cavarsi sulla base delle sue sole forze ed a prescindere dalla dedizione e dall'impegno che profonderà.

Ecco qui apparire la potenziale tentazione: al di fuori dei rari casi in cui insieme alla notizia di reato pervenga l'elezione di domicilio dell'indagato presso il difensore – cui le notifiche si fanno via PEC – per il P.M. che non sia del tutto ripugnato dai fatti esposti nella notizia di reato sarà di gran lunga preferibile una "lungimirante" richiesta di archiviazione del procedimento, a tutto vantaggio del suo riposar tranquillo ma a grande detrimento della sicurezza dei cittadini e della legalità sostanziale.

In chiusura, poiché non v'è sana critica che non proponga soluzioni, si auspica un celere intervento chiarificatore della Procura Generale presso la Corte di Cassazione o ancor meglio del legislatore, che precisi in senso ragionevole – e con sano equilibrio fra garantismo e pragmatismo – l'interpretazione da dare al dettato del nuovo art. 407 co 3 *bis* c.p.p.. Sarà importante che ciò avvenga in via anticipata rispetto all'elaborazione dei "protocolli" – fra Procura Generale e Procure del Distretto per la trasmissione degli elenchi di cui all'art. 407 co 3 *bis* – cui fa riferimento la parte conclusiva dell'art. 21 della Circolare del C.S.M. del 16 novembre 2017

(Elaborazione di una risoluzione unitaria in materia di organizzazione degli uffici del Pubblico Ministero).

Il presente contributo non è e non vuole apparire come l'ennesima lagnanza del magistrato fannullone di fronte alle iniziative del legislatore volte a garantire la ragionevole durata del processo (procedimento). È evidente che nessun P.M. di onesti intendimenti auspica che la sua indagine, una volta conclusa, marcisca in un armadio in attesa di una notifica-Godot che non arriva mai.

Tuttavia, la soluzione al problema non può essere individuata *sic et simpliciter* nell'interpretazione data al nuovo comma 3 *bis* dell'art. 407 c.p.p., per almeno due buoni motivi: non solo si introduce una forma di responsabilità oggettiva in capo al P.M. per fatto (notifica) altrui, ma soprattutto si spinge il sistema verso l'illegalità sostanziale nel momento in cui il magistrato inquirente è indotto alla malefica tentazione già descritta, cioè *cercare un buon motivo* per l'archiviazione.

Molto modestamente, si tratteggiano alcune soluzioni che appaiono ragionevoli per contemperare le esigenze di celerità con quelle di buon andamento del sistema giustizia:

in primo luogo l'introduzione, necessaria da subito, di un termine differenziato per il caso di irreperibilità dell'indagato e necessaria attivazione della sopra descritta procedura *ex* artt. 159-160 c.p.p.;

eventualmente, l'introduzione di un ulteriore differenziazione di termini per le notifiche da eseguirsi rispettivamente all'interno ed all'esterno del circondario di competenza;

la fissazione di un termine anche molto breve, es. 5-10 giorni, per la trasmissione ad opera della Segreteria del P.M. dell'avviso *ex* art. 415 *bis* firmato dal magistrato a chi dovrà occuparsi della notifica (questo sì adempimento che può essere tenuto sotto controllo dall'organo inquirente, che come si vede non è pregiudizievolmente contrario a nuovi adempimenti di cui farsi carico, purché si tratti di lavoro esigibile);

infine, un termine ordinatorio entro il quale l'ufficiale giudiziario o la P.G. delegata, ricevuto dalla Segreteria del P.M. l'avviso da notificare, debbano procedere all'incombenza o altrimenti comunicare di non aver reperito il destinatario – sul punto potrebbe introdursi un

meccanismo simile a quello dell'art. 328 c.p., per cui il pubblico dipendente deve compiere l'atto richiesto per ragioni di giustizia entro un termine prestabilito, oppure esporre per iscritto le ragioni del ritardo;

Queste in sintesi, ed in prima lettura, le modifiche che si auspicano introdotte dal legislatore o – con normazione secondaria – dalla Procura Generale per mezzo di circolare interpretativa.

Nell'attesa, l'unica via per il buon Pubblico Ministero è quella di recitare un Padre Nostro ogni qual volta si approccia ad un nuovo fascicolo… *et ne nos inducas in tentationem*!

CARLO MARIA PELLICANO

La sentenza De Tommaso e gli interventi correttivi della Corte di cassazione

C'è un fantasma che agita il mondo delle misure di prevenzione che si chiama sentenza De Tomaso?

E c'è un silenzio del legislatore che nella recentissima novella in materia di misure prevenzione (L. n. 161/17) che ha equiparato gli associati a delinquere in materia di reati contro la P.A. ai partecipi dell'associazione mafiosa non si è in alcun modo preoccupato dell'oggettivo vulnus che la sentenza EDU Grande Camera, del 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia, ha inferto alle misure di prevenzione con particolare riferimento ai casi di pericolosità generica.

Ed infatti il legislatore italiano ha modificato molte norme nel corpus del Testo unico di prevenzione ma non ha ritenuto di fornire alcuna risposta concreta con un intervento legislativo ad hoc alla falla che si è oggettivamente aperta nel sistema in esito alla citata pronuncia della Corte Edu, falla sulla quale è intervenuta la giurisprudenza interna con sentenze "riparatrici" ma sulla quale pende una questione di legittimità costituzionale.

In questa delicata materia è poi intervenuta La Corte di Cassazione nella sua più autorevole composizione, le Sezioni Unite, che con una recentissima sentenza (27/4/2017 n. 40076/Paternò) ha di fatto operato una vera e propria "abolitio criminis" sul solco della De Tommaso ma senza sfiorare il vero punto della questione e cioè: esiste ancora una pericolosità generica?

A questa domanda cercheremo di rispondere.

A nessuno sfugge che la pronuncia della Grande Camera che ha "in nuce" il rischio di vulnerare o comunque compromettere il sistema di prevenzione quanto meno con riguardo a tutti i casi di pericolosità generica.

A tutti è parimenti evidente come la pronuncia in questione abbia innescato una sorta di "empasse" ai massimi livelli giurisdizionali creando un intreccio raffinato e per certi versi "perverso" tra le Sezioni Unite della Cassazione e la Corte Costituzionale presso la quale pende

una questione di legittimità costituzionale che è proprio diretta emanazione della pronuncia Della Grande Camera.

La stessa giurisprudenza di merito ha manifestato opinioni difformi.

Il Tribunale di Palermo (decreto 28.3.2017) e il Tribunale di Milano (decreto 7.3.2017), sezione misure di prevenzione hanno ritenuto la questione di legittimità costituzionale innescata dalla sentenza EDU non fondata basandosi sul molteplici valutazioni tra le quali le più rilevanti sarebbero la circostanza che si tratterebbe di una sentenza "isolata" e comunque assunta con l'articolato "dissenso" di alcuni alcuni giudici sovranazionali e, come tale, inidonea a far parte di un diritto consolidato.

La Corte d'Appello di Napoli e il Tribunale di Udine hanno invece ritenuto la questione assolutamente fondata e hanno rimesso rimettendo gli atti al giudice costituzionale (cfr. ordinanze Tribunale Udine 4.4.2017 e Corte d'Appello Napoli 14.3.2017).

In particolare proprio sulla base di una valutazione ad ampio spettro della sentenza De Tommaso (che è stata ritenuta pacificamente operativa nel diritto interno) sono state sollevate questioni di legittimità costituzionale degli artt. 1, 3 e 5 legge 1423/1956 nonchè degli artt. 1, 4 co. 1 lett. c), 6 e 8 D.L.vo 159/2011 per contrasto con l'art. 177 co. 1 Cost. in relazione alla violazione dell'art. 2 Protocollo 4 addizionale della Convenzione per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali.

Vanno ora brevemente esaminati gli argomenti di "conflitto" e di crisi innescati dalla sentenza De Tommaso:

Secondo la Corte EDU una legge può ritenersi prevedibile solo se è formulata in maniera sufficientemente precisa e comunque tale da permettere al cittadino di regolare la sua condotta e di consentirgli di prevedere ragionevolmente le conseguenze che possono derivare da un determinato atto o condotta;

con riferimento alla legge 1423/1956, la stessa Corte EDU ha stabilito che le misure di prevenzione hanno certamente una base legale nel diritto interno e che la legge stessa è accessibile ma non prevede in maniera adeguatamente chiara e dettagliata quali siano le condotte da considerare socialmente pericolosi;

la Corte EDU ha precisato che la legge in questione non ha definito con chiarezza l'estensione dell'amplissimo potere discrezionale attribuito ai giudici interni e che non è formulata in modo tale da garantire una protezione contro le ingerenze arbitrarie e da permettere ai cittadini di parametrare le loro condotte e comunque le loro azioni;

la corte EDU ha ritenuto che non è prevista con un sufficiente grado di certezza l'applicazione delle misure di prevenzione non solo dall'abrogata legge 1423/1956 ma neppure dal DPR 159/2011 che ha lasciato invariata la categoria dei destinatari delle misure di prevenzione.

La pendenza del giudizio avanti alla Corte Costituzionale ha certamente aperto un fronte assai delicato ed è più che concreto il rischio di una pronuncia che potrebbe avere effetti significativi su un sistema, quale quello delle misure di prevenzione, che la EDU stessa peraltro aveva ritenuto immune da censure in numerose altre pronunce e, peraltro, anche nel corpus della stessa De Tomaso.

Dobbiamo comunque partire da un punto di vista ineludibile e cioè che la Corte Edu ha dichiarato la contrarietà alla Convenzione europea delle prescrizioni di "vivere onestamente" e "di rispettare le leggi" per la loro obbiettiva ed estrema genericità e la discrezionalità che lascia ai Tribunali e che, come si è già anticipato, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha recepito il contenuto motivazionale della sentenza De Tommaso (si cfr Cass., Sez. Un. Pen., sent. 27 aprile 2017 depositata il 5 settembre 2017 n. 40076, Ric. Paternò già citata).

La Suprema Corte ha esaminato in chiave critica il sistema delle misure di prevenzione proprio alla luce dei principi espressi dalla Corte EDU con la sentenza De Tommaso\Italia, avuto riguardo alla la norma incriminatrice di cui all'art. 75 d.lgs. n. 159 del 2011 (che punisce la condotta di chi violi gli obblighi e le prescrizioni imposti con la misura di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza ai sensi dell'art. 8 del d.lgs. cit) e ha affermato che il precetto non comprende la violazione dell'obbligo di rispettare le leggi e di vivere onestamente, precetti che erano esattamente quelli oggetto delle valutazioni "negative" della Corte EDU.

Si può quindi affermare che la decisione delle Sezioni Unite Paternò è figlia legittima della sentenza della Corte EDU che ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 2 del Protocollo n. 4 CEDU per il palese e riscontrato deficit di precisione e, soprattutto, di prevedibilità delle condotte idonee a essere prese in considerazione per la valutazione della pericolosità sociale di un soggetto con riferimento agli obblighi di rispettare le leggi e di vivere onestamente.

Va certamente evidenziato che quanto ritenuto dalla Corte EDU non infrange del tutto lo «statuto» delle misure di prevenzione in quanto è fatta salva, caso per caso, la possibilità di verificare in concreto il rispetto del principio di tassatività e quindi di superare il "vulnus" segnalato.

In ogni caso non si può non evidenziare che, all'interno del sistema delle misure di prevenzione, erano già presenti dei segnali di "allarme" che, a parere di chi scrive, avrebbero dovuto indurre il legislatore ad intervenire proprio sul profilo specifico della pericolosità generica che era a rischio di illegittimità costituzionale per i difetti di prevedibilità e di tassatività e per eccesso di discrezionalità, come già evidenziato.

Eppure nonostante ciò quello stesso legislatore che stava intervenendo assai di recente proprio in questa specifica materia con la L. n. 161 del 17.10.2017 è rimasto inerte.

Non così inerte è stata invece la giurisprudenza che, con un' "iperattività" molto benefica, ha costruito un sistema di pronunce che, ad avviso di scrive, è forse idoneo a curare la ferita EDU evitando una pronuncia di illegittimità costituzionale che avrebbe significativi nel settore della pericolosità generica con possibili ripercussioni anche in quelli patrimoniali connessi a tale pericolosità.

Si può ritenere in prima battuta che, in conformità a quanto già affermato in precedenti provvedimenti giurisprudenziali, la strada di adire la Corte Costituzionale non deve ritenersi obbligata essendo certamente possibile procedere anche alla luce di quanto affermato dalla stessa Corte costituzionale (si cfr sent. N. 49/2015), a un'interpretazione del diritto interno convenzionalmente e dunque costituzionalmente conforme al dettato dell'art. 2 Protocollo 4 addizionale della Convenzione.

È quindi sostenibile che una corretta interpretazione delle norme vigenti può elidere le critiche di genericità e indeterminatezza ed evitare una pronuncia di incostituzionalità.

Questa è infatti la strada correttamente intrapresa non solo da buona parte della giurisprudenza di merito con riferimento agli effetti della De Tomaso sui profili di pericolosità generica (si cfr Corte d'Appello di Torino n. 10/17 Marinkovic e n. 25/17 Sussetto) ma anche dalla stessa Corte di Cassazione (si cfr Sez I n. 31209/15 Scagliarini, antecedente la stessa De Tommaso e soprattutto la fondamentale sentenza della Cassazione sez I n. 51469/17 Bosco nonché

la n. 53003/17 della Cassazione Sez VI - d'Alessandro depositata il 22.11.2017 che si pone sullo stesso solco della pronuncia Bosco.

Va detto che la stessa sentenza De Tommaso contro Italia, dopo aver affermato che una norma è "prevedibile" allorché offre una certa garanzia contro le ingerenze arbitrarie del potere pubblico, ha ulteriormente precisato che una legge che attribuisce al giudice un potere discrezionale deve fissarne la portata anche nel caso in cui le norme e le procedure da osservare non necessariamente appaiano in modo specifico nella legislazione stessa.

Quanto affermato implica come testualmente affermato dalla già citata sentenza della Corte d'Appello di Torino n. 25/17 Sussetto che: *"le condizioni che costituiscono il presupposto per l'applicazione delle misure di prevenzione ben possono essere fissate anche in via interpretativa dal supremo organo di nomofilachia nazionale: conclusione che del resto si trova esplicitata nella stessa decisione De Tommaso contro Italia, nella parte in cui passa in rassegna l'insegnamento della Corte di Cassazione in materia prevenzionale (par. C parte III "Le droit et la pratique internes pertinents"). Tuttavia, detta rassegna, costituita da due pronunce, si ferma all'anno 2014; non viene quindi tenuto in considerazione l'arresto della S.C., I sezione penale, n. 31209 del 24.3.2015, Scagliarini, in cui, con specifico riferimento al tema della pericolosità "generica", la Corte ha dettato un vero e proprio "statuto" del soggetto destinatario di misure di prevenzione in quanto socialmente pericoloso ex art. 1 co. 1 lett. b) D.L.vo 159/2011, (ossia che "vive abitualmente, anche in parte, dei proventi di attività delittuose")".*

In particolare l'appena citata sentenza Scagliarini precisa che, se giurisdizione in materia penale significa applicazione della legge mediante l'accertamento dei presupposti di fatto per la sua applicazione attraverso un procedimento che abbia le necessarie garanzie, tra l'altro di serietà probatoria, è dato inoppugnabile come anche nel procedimento di prevenzione la prognosi di pericolosità debba essere basata e oggetto di valutazione ponendo attenzione ai presupposti fattuali previsti dalla legge e oggetto dell'accertamento giudiziale.

Secondo la S.C. quindi l'eventuale valutazione di un soggetto nella categoria di cui all'art. 1 co. 1 lett. b) D. L.vo 159/2011 (pericolosità generica) deve essere operata sulla base di idonei e inoppugnabili elementi di fatto e di alcuni concreti e ineludibili presupposti :

la realizzazione di attività delittuose che non possano definirsi episodiche;

che le stesse caratterizzino un non risibile bensì significativo intervallo temporale della vita del proposto;

che la commissione di attività delittuose abbiano comportato la produzione in capo all'autore di redditi illeciti;

la destinazione, quantomeno parziale, di tali proventi al soddisfacimento dei bisogni di sostentamento della persona e del suo eventuale nucleo familiare.

Lo stile di vita del proposto deve deporre nel senso di un'assorbente propensione al crimine i cui proventi siano idonei a dar sostentamento significativo al proposto stesso e ai suoi eventuali familiari.

L'attività illecita quindi deve caratterizzarsi in termini di delitto ricorrente e produttivo di reddito e può essere desunta sia da un correlato procedimento penale sia ricostruita in via autonoma nella specifica sede di prevenzione.

Recentemente la S.C. si è ulteriormente pronunciata in subiecta materia (si cfr Cass n. 36258 del 14.06.2017 - Celini) applicando i principi fatti propri dalla citata sentenza Scagliarini, affermando che: *"trattandosi, infatti, di applicare in via giurisdizionale misure tese a delimitare la fruibilità di diritti della persona costituzionalmente garantiti, o ad incidere pesantemente e in via definitiva sul diritto di proprietà, [...] il che impone di ritenere applicabile il generale principio di tassatività e determinatezza della descrizione normativa dei comportamenti presi in considerazione come "fonte giustificatrice" di dette limitazioni. Da ciò deriva la considerazione della ineliminabile componente "ricostruttiva" del giudizio di prevenzione, tesa a rappresentare l'apprezzamento di "fatti" idonei (o meno) a garantire l'iscrizione del soggetto proposto in una delle categorie tipizzate di cui sopra. Il soggetto coinvolto in un procedimento di prevenzione, in altre parole, non viene ritenuto "colpevole" o "non colpevole" in ordine alla realizzazione di un fatto specifico, ma viene ritenuto "pericoloso" o "non pericoloso" in rapporto al suo precedente agire (per come ricostruito attraverso le diverse fonti di conoscenza) elevato ad 'indice rivelatore' della possibilità di compiere future condotte perturbatrici dell'ordine sociale costituzionale o dell'ordine economico e ciò in rapporto all'esistenza delle citate disposizioni di legge che 'qualificano' le diverse categorie di pericolosità...".*

Si può quindi affermare che le condotte di reato poste in essere sono alla base della valutazione di pericolosità sociale in quanto rientrano senza alcun dubbio nella selezione normativa delle tipologie astratte di pericolosità generica.

È pacifico comunque che il giudice della prevenzione ha la facoltà di valutare le predette condotte (già giudicate o sub iudice) in via autonoma e con le finalità ben diverse e specifiche del giudizio di prevenzione che, come a tutti è noto, è del tutto svincolato dall'irrogazione di una sanzione penale e quindi di una pena detentiva vera e propria.

Sarà quindi il giudice della prevenzione a selezionare e valutare i fatti posti a base del giudizio di pericolosità sociale utilizzando a tale scopo le pronunce penali che hanno affermato in via definitiva la responsabilità penale per la commissione di delitti o le pronunce che evidenzino comunque la sussistenza di un rilevante e grave quadro indiziario a carico del proposto.

Utilizzando tale approdo interpretativo la giurisprudenza nazionale ha superato i profili di criticità evidenziati dalla Corte EDU affermando che le previsioni di cui alla legge 159/2011 - avuto riguardo ai destinatari delle misure di prevenzione sul presupposto della ricorrenza di una forma di pericolosità generica ex art. 1 co. 1 lett. b) D.L.vo 159/2011 non possono – in presenza dei presupposti come sopra indicati- ritenersi "ex se" vaghe, generiche e indeterminate.

Vanno invece ritenute precise e specifiche e comunque non vulnerate da profili di vaghezza o genericità in quanto è assoggettabile a misura di prevenzione esclusivamente chi abbia perpetrato con condotte non episodiche e per un significativo lasso di tempo attività delittuose o comunque criminali potenzialmente produttive di redditi illeciti anche in parte destinati al suo sostentamento o del proprio nucleo familiare.

Per quanto appena affermato è evidente che non può essere attribuito alcun rilievo ai meri sospetti, alle congetture, ai labili indizi, alle vaghe tendenze delinquenziali o comunque a qualsiasi tipo di condotte genericamente illecite ma comunque non connotate nei modi come sopra specificati.

Si può agevolmente notare che il potere discrezionale del giudice nell'individuazione dei destinatari di tali misure è chiaramente vincolato da precisi parametri e ogni sua valutazione deve farsi carico di esaminare con la dovuta cautela tutti i dati probatori e fattuali appena indicati.

Secondo questa giurisprudenza, facendo buon uso di tali strumenti ermeneutici, sono superabili i rilievi critici sollevati dalla Corte EDU con la conseguenza logica che qualunque

persona può aver modo di regolare ex ante la propria condotta astenendosi dal commettere abitualmente delitti produttivi di reddito e –soprattutto- evitare di sostentarsi coi relativi proventi illeciti.

Esemplare nell'ottica appena evidenziata di curare le "ferite" inferte al sistema e operando sul solco già tracciato dalle pronunce appena citate si è inserita la recentissima sentenza della Cassazione Sez. I, 10 novembre 2017, n. 51469, Bosco, che ha elaborato con grande chiarezza e riflettuto con pari lucidità sulle categorie normative di cui all'art. 1 l. a) e b) D.lgs. 159/2011.

Questa pronuncia è stata in grado di creare una vera e propria tipizzazione delle fattispecie di pericolosità generica, sovrapponendo al vulnus EDU un'articolata e del tutto condivisibile tassonomia.

Pare opportuno riportare integralmente il contenuto della sentenza : *Nel prosieguo sarà analizzata la categoria di cui all'art. 1, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 159\2011, caratterizzata dall'abituale dedizione a traffici delittuosi. Il termine «traffici delittuosi» utilizzato dal legislatore per designare la categoria di persone a essi abitualmente dedite e, perciò, passibili di misure di prevenzione, non va interpretato in senso affaristico e mercantile, poiché esso designa, in adesione al significato comune delle parole impiegate e coerentemente alla finalità di prevenzione perseguita dalla disposizione in esame nei confronti delle persone pericolose, qualsiasi attività delittuosa che comporti illeciti arricchimenti anche senza il ricorso a mezzi negoziali o fraudolenti (Sez. 1, Sentenza n. 19995 del 30/01/2013, Masotina, Rv. 256160) In questo senso, quindi, rientrano nella categoria in discorso, non solo tutte quelle condotte delittuose caratterizzate da una tipica attività «trafficante» (esemplificativamente: artt. 600-bis, 600-ter, 600-quinquies, 601, 602, cod. pen.; artt. 3 e segg., I. n. 75 del 1958; artt.73 e 74, d.P.R. n. 309 del 1990), ma anche tutte quelle che sono caratterizzate dalla finalità patrimoniale o di profitto e che si caratterizzano per la spoliazione (artt. 314, 317, 624, 643, 646, 628, 629 cod. pen.), l'approfittamento e in genere per l'alterazione di un meccanismo negoziale o dei rapporti economici, sociali o civili (esemplificativamente: artt. 316-bis, 318, 640, 640-bis, 644, cod. peri.). Nel prosieguo sarà analizzata la categoria di cui all'art. 1, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 159\2011, caratterizzata dal vivere abitualmente, anche in parte, dei proventi di attività delittuose. Tale inquadramento, da operarsi sulla base di idonei elementi di fatto (ivi compreso il riferimento alla condotta e al tenore di vita) presuppone come realizzate con esito positivo, quanto alla parte*

constatativa del giudizio, le seguenti verifiche: la realizzazione di attività delittuose (trattasi di termine inequivoco) non episodica ma almeno caratterizzante un significativo intervallo temporale della vita del proposto; la realizzazione di attività delittuose che oltre ad avere la caratteristica che precede siano produttive di reddito illecito (il provento); la destinazione, almeno parziale, di tali proventi al soddisfacimento dei bisogni di sostentamento della persona e del suo eventuale nucleo familiare. L'attività delittuosa deve pertanto caratterizzarsi in termini di delitto ricorrente e produttivo di reddito, non essendo sufficiente la realizzazione sporadica di un qualsiasi illecito a carattere patrimoniale. Si consideri, ancora, che il nesso derivativo tra delitto e reddito deve essere individuato sulla base delle risultanze di un procedimento penale o deve essere ricostruito in via autonoma in sede di prevenzione. In tale ultimo caso, se è vero che l'autonomia del procedimento di

prevenzione - rispetto a quello penale - consente in termini generali la valutazione del fatto comunque accertato, quale eventuale sintomo di pericolosità, è pur vero che tale affermazione esige da un lato l'effettività dell'autonoma valutazione (si veda sul tema Sez. 1 n. 7585 del 22/01/2014, Bonavota, Rv 259672), ma soprattutto va rapportata alla tipologia di pericolosità. Deve essere considerato, in merito al principio della autonoma valutazione (di fatti accertati o comunque desumibili da decisioni di assoluzione emesse in sede penale) che esso è stato affermato, quasi in via esclusiva, nel settore della contiguità mafiosa e in riferimento a una categoria di pericolosità (il soggetto indiziato di appartenenza all'organismo mafioso, a norma dell'art. 4, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 159 del 2011) che implica, per la natura del delitto di cui all'art. 416 bis, la possibilità di diversi apprezzamenti delle medesime circostanze di fatto (le frequentazioni stabili con il soggetto mafioso, per esempio, potrebbero costituire un indice rivelatore di contiguità rilevante in sede di prevenzione, pur se ritenute insufficienti a fondare una affermazione di penale responsabilità). Nel settore della pericolosità semplice di cui all'art. 1 D.Lgs. n. 159 del 2011, in particolare per quanto riguarda l'ipotesi della lettera b), molto minore, per non dire assente, è la possibilità di porre in essere una simile operazione. La norma di riferimento impone di constatare la ricorrente commissione di un delitto (attività delittuose) produttivo di reddito. Se la realizzazione del delitto è esclusa in sede penale manca uno dei presupposti su cui lo stesso legislatore articola la costruzione della fattispecie. L'unica ipotesi di possibile valutazione autonoma dei fatti accertati in sede penale che non abbiano dato luogo a

sentenza di condanna, al fine dell'inquadramento del soggetto proposto nella categoria di cui all'art. 1 D.Lgs. n. 159 del 2011, riguarda le ipotesi di proscioglimento per intervenuta prescrizione (limite esterno alla punibilità del fatto) laddove il fatto risulti delineato con sufficiente chiarezza nella decisione di proscioglimento o sia comunque ricavabile in via autonoma dagli atti (Sez. 1, Sentenza n. 31209 del 24/03/2015, Scagliarini, Rv. 264320).

I capisaldi interpretativi di questa pronuncia sono i seguenti:

-l'interpretazione evolutiva del termine "traffici delittuosi" che viene inteso come attività delittuosa da cui si consegua a qualunque titolo –e non necessariamente facendo ricorso a mezzi negoziali, fraudolenti o comunque "mercantili" –un illecito arricchimento;

-l'indicazione di specifiche categorie di delitti tra i quali :

1) quelli che hanno natura seriale e attengono comunque a un "traffico" vero e proprio come i reati in materia di prostituzione, pornografia minorile e il suo sfruttamento latu sensu ovvero lo sfruttamento della prostituzione tout court, le associazioni e comunque lo spaccio di stupefacenti.

È evidente come siffatte delittuose sono potenzialmente idonee a garantire ingenti e illeciti arricchimenti sia per la natura delle prestazioni illecite, sia per l'indubbia connotazione di abitualità che connota tutte le fattispecie predette che sono davvero indicative di uno stile di vita e di produzione reddituale criminogena;

2) quelli che si caratterizzano per la loro finalità patrimoniale, di profitto, di spoliazione e quindi quelli che hanno "ictu oculi" natura predatoria. Tra le fattispecie di reato si segnalano le fattispecie delittuose contro la P.A. (peculato, concussione), i furti, le rapine, le circonvenzioni d'incapace, le appropriazioni indebite, le ricettazioni. La corte omette l'indicazione del reato di riciclaggio (art. 648 bis cp) che peraltro deve ritenersi far parte del ventaglio di fattispecie predatorie appena indicate. L'elenco delle fattispecie operate dalla S.C. deve ritenersi infatti non esaustiva ma indicativo di particolare tipologie di condotte che si ritengono consone ai profili di pericolosità già indicati.

3) quelli che si caratterizzano come significativi di un approfittamento o comunque indicativi di alterazione di qualsiasi meccanismo negoziale o comunque socio-economico o civile quali la truffa, la truffa aggravata, la malversazione e l'usura.

Tutte le fattispecie indicate dalla S.C denotano in capo agli autori un coefficiente altissimo di pericolosità sociale (generica) connessa a elevate potenzialità di illecito arricchimento.

Condotte siffatte non possono non essere attratte nell'orbita delle misure di prevenzione.

Ma la Corte non si accontenta di indicare in via esemplificativa il "ventaglio" dei delitti "social-preventivi" ma ha modo di precisare anche quali connotati dovrà assumere la pericolosità generica per poter rilevare ai fini dell'applicazione delle misure di prevenzione e non finire nel mare dell'indeterminatezza stigmatizzata dalla De Tommaso.

Per la Cassazione si è pericolosi ex art. 1 comma 1 lettera b DL 151/2011 se :

-si pongono in essere attività delittuose nell'ambito del ventaglio di fattispecie appena indicate in modo non episodico ma cronologicamente apprezzabile.

Una sorta di "iter esistenziale" non avente chiaramente le caratteristiche di cui all'art. 4 lett a) legge citata ma che comunque connoti in modo significativo lo stile di vita del soggetto che quindi si deve caratterizzare quale individuo che abbia consapevolemente scelto il crimine come pratica comune di vita per periodi adeguati o comunque significativi;

-Tali attività delittuose devono consentire una produzione di reddito illecito idoneo anche parzialmente a sostentare il proposto ed eventualmente anche il suo nucleo familiare ove esistente.

Occorre quindi una continuità nell'illecito e nel reddito prodotto con espulsione dal novero delle valutazioni rilevanti ai fini della pericolosità generica di tutto ciò che assuma le caratteristiche di sporadicità e occasionalità.

La S.C. precisa anche una sorta di nesso di causa tra delitto commesso e reddito illecitamente ricavato affermando che deve tali profili devono desumersi da dati inequivoci quali:

-le risultanze di un procedimento penale (e quindi certamente, a parere di chi scrive, sentenze di condanna, richieste di rinvio a giudizio e relativi decreti, decreti penali, ordinanze di misura cautelare, decreti di sequestro, esiti di intercettazioni telefoniche).

-la ricostruzione operata in via autonoma nel procedimento di prevenzione.

In tale ultimo caso peraltro la sentenza opera una rigorosa distinzione tra i profili di pericolosità qualificata (con particolare riferimento agli indiziati di mafia) e quelli di pericolosità generica che certamente mal si conciliano con una eventuale esclusione di responsabilità da delitto nel procedimento penale di riferimento.

È indubbio che una valutazione di pericolosità specifica (a maggior ragione nel caso di fatti associativi ex art. 416 bis) consente al giudice un ambito di valutazione dell'iter esistenziale del

soggetto ben più ampio rispetto a quello di un soggetto avente un profilo di pericolosità solo generica.

In questo caso il giudice, infatti, ben potrà attingere da un materiale probatorio più "liquido" e meno "rigido"..

Potrà ad esempio fare riferimento a frequentazioni pregresse, a rapporti personali o imprenditoriali o politici poco chiari partendo dal presupposto -solo apparentemente ovvio- che qualunque affiliato ben difficilmente entra a far parte della consorteria mafiosa senza essere passato da esperienze di vita strettamente connesse al mondo criminale cui ambisce, esperienze spesso protratte in un tempo ben antecedente alla sua concreta affiliazione nel quale si dovuto guadagnato la fiducia "criminale" di coloro che lo affilieranno in epoca successiva.

Ed infatti come anche una certa tipologia di sentenze di assoluzione assumono profili di rilevanza ai sensi dell'art. 4 lett a D.L. 151/2011 proprio in ragione del fatto che in motivazione possono emergere fatti e circostanze che, sia pur inidonei a raggiungere una gravità indiziaria tale da rendere possibile una condanna penale, connotino come "dedita" al crimine l'esistenza di un soggetto ben inserito comunque in un mondo dal quale trae vantaggi esistenziali ed economici.

Queste stesse sentenze assolutorie invece ben difficilmente potranno rilevare ex art. 1 lett b occorrendo a tali fini delle pronunce di condanna "srticto sensu" che denotino inoltre una ricorrente e comunque significativa commissione da parte del proposto di delitti che siano produttivi di reddito.

Unica eccezione le sentenze di prescrizione ove comunque attestino fatti che abbiano caratteristiche di oggettiva pericolosità sociale ed eventuali provvedimenti di archiviazione o proscioglimento relativi a profili associativi ex art. 416 cp o ex art. 98 cp nel caso di proscioglimenti di minori per immaturità che siano comunque inseriti in contesti criminali di un certo peso (si pensi a fatti associativi posti in essere da soggetti di etnie nomadi).

In conclusione non si può che condividere il contenuto della sentenza Bosco che potrà essere -oltre che un argine ai rischi di incostituzionalità- anche un preciso punto di riferimento per una corretta valutazione delle prognosi di pericolosità generica e un fondamentale strumento tassonomico.

La giurisprudenza ha correttamente "suturato" la ferita aperta dalle De Tommaso, una giurisprudenza che ormai sta assumendo il difficile compito di arginare un sistema sul quale, al di là dei continui interventi legislativi nelle più svariate materie, sventola da tempo "bandiera bianca" e che si basa su interventi correttivi , appunto giurisprudenziali, buone prassi e nel quale impera una forse eccessiva discrezionalità (si pensi alle condotte riparatorie, all'istituto del 131 bis cp ecc ecc).

Il caso trattato è esemplare al riguardo: la Cassazione che opera un'abolitio criminis e che indica i criteri cui far riferimento per definire la pericolosità generica e un legislatore che spesso non interviene malgrado la pronuncia EDU segnalasse l'accensione di una spia rossa nel cuore del sistema social-preventivo.

E si parla di un legislatore che stava contestualmente e sincronicamente innovando proprio la specifica materia delle misure di prevenzione ma che lascia indenne proprio l'art. 1 del DL 159/2011.

Ma c'è di più.

Il legislatore infatti ritiene di non interviene neppure su un'altra norma che rischia i medesimi strali che hanno colpito la pericolosità generica.

Ed infatti l'art. 8 V co. D.lgs. 159/2011 prevede che il Tribunale possa imporre tutte le prescrizioni che ravvisi necessarie, "avuto riguardo alle esigenze di difesa sociale".

Se è generica la formula di "vivere onestamente e di rispettare le leggi" è parimenti generica una formulazione assai vaga che consente a un cittadino di subire l'imposizione di prescrizioni funzionali a non meglio precisate esigenze di difesa sociale.

Quali sono e come sono tipizzabili queste esigenze ?

A parere di chi scrive questa norma pare oltremodo generica, un buco nero nel quale può entrare qualsiasi cosa con il rischio concreto che possa essere colpita dalla corte EDU sul solco tracciato dalla sentenza De Tommaso.

Si sta assistendo a una pericolosa "disconnessione" tra produzione giurisprudenziale e legislazione "antimafia", la prima attenta a modellare gli attuali strumenti normativi rispetto alla liquidità e ampiezza dei fenomeni criminali, la seconda poco attenta a cogliere i moniti giurisprudenziali interni ed internazionali.

Un esempio può servire a spiegare l'assunto.

Il Tribunale di Brescia, con decreto 29 luglio 2016 (inedito) ha applicato a una proposta attinente profili di pericolosità "qualificata" per la sua riconducibilità al terrorismo islamico, oltre alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale, anche le prescrizioni di non adoperare Internet e di non frequentare le moschee in quanto queste due modalità erano gli strumenti di propaganda terroristica utilizzati, in applicazione dell'articolo 8 co. V.

Il Tribunale ha dunque impiegato legittimamente lo strumento giuridico a sua disposizione "calibrandolo" rispetto alle peculiarità del caso di specie.

Eppure sovrapponendo a un caso assai grave e emblematico come quello appena citato la sentenza De Tommaso -la cui ottica è quella di determinare l'illegittimità di formule legislative tanto generiche da consentire l'applicazione di prescrizioni dal contenuto più indeterminato- si rischia davvero di rendere non operative le prescrizioni imposte proprio perché il legislatore non ha ritenuto di dettagliare in modo più compito e comprensibile quelle nebulose esigenze di "natura sociale" di cui all'art. 8 D.L. 151/11.

Compito essenziale del legislatore è quello di fornire all'Autorità giudiziaria adeguati strumenti social preventivi che sfuggano da qualunque accusa di vaghezza prevedendo ad esempio forme tipizzate di prescrizioni che possano essere applicate alle diverse forme di pericolosità.

È indubbio che la sentenza De Tommaso ha posto nel diritto interno delicati profili di costituzionalità all'intero dell'intera categoria della pericolosità generica che è l'architrave della materia.

Non va sottaciuto al riguardo che la pericolosità generica è frequentemente correlata a misure patrimoniali applicate nei confronti di autori di gravissimi fatti predatori commessi in danni soprattutto di anziani.

Si parla di ricettatori seriali, truffatori o comunque soggetti che fanno del crimine la principale forma di sostentamento e arricchimento senza dichiarare o dichiarando redditi risibili o sproporzionati al fisco, spesso condannati o sottoposti a misure cautelari anche per art. 416 cp.

Il rischio di veder caducate queste misure non appare accettabile.

Anche in casi come questi la potenziale illegittimità è conseguenza dall'eccessiva vaghezza della formulazione legislativa, vaghezza che è stata "riempita" di contenuti solo dalla lucida giurisprudenza della Cassazione e in particolare dalla recentissima sentenza Bosco di cui si è

diffusamente detto e dalla successiva sentenza D'Alessandro che si muove nell'ambito dello stesso solco.

Il legislatore si è più preoccupato di assimilare il fenomeno corruttivo a quello mafioso con la recente novella n. 161/2017 ma non ha posto rimedio ad una situazione che rischia di avere ricadute pesantissime ove la Corte Costituzionale ritenesse fondata la questione sottoposta al suo vaglio soprattutto avuto riguardo alle misure patrimoniali irrogate a soggetti portatori di pericolosità generica correlata ai gravi fatti predatori appena indicati.

Per prevenire ed evitare questo potenziale "default" sarebbe stata sufficiente la tipizzazione della categoria dei pericolosi "generici" avvalendosi dei preziosi contributo tassonomici provenienti proprio dalla giurisprudenza di legittimità poc'anzi richiamata e in particolare proprio dalla sentenza Bosco.

C'è un ultimo profilo che va certamente evidenziato e che la stessa sentenza Bosco individua chiaramente nei suoi profili di criticità avuto riguardo ai soggetti portatori di pericolosità generica.

Ed infatti - oltre alla tipizzazione delle fattispecie di pericolosità semplice come già evidenziato – non può non ritenersi opportuna se non doverosa l'individuazione per via legislativa delle fonti di prova utilizzabili nell'ambito delle misure di prevenzione senza lasciare alla giurisprudenza quest'arduo compito interpretativo che rende difficile e poco praticabile una doverosa uniformità di fonti o atti utilizzabili.

Una tipizzazione di tal sorta consentirebbe davvero a chiunque di avere adeguata contezza non solo in ordine alla tipologia di condotte astrattamente ricollegabili all'applicazione di misure di prevenzione personali e patrimoniali ma anche quali siano le fonti di natura probatoria utilizzabili a suo carico in un ipotetico procedimento preventivo.

Se è inaccettabile la disarticolazione delle misure di prevenzione per un rischio di genericità e indeterminatezza o comunque per l'assenza di una sufficiente tipizzazione è allo stesso modo non accettabile che questa -che incide pesantemente sui patrimoni e che può comportare l'apprensione di cespiti, denaro e immobili- sia una sorta di "selvaggio West" nel quale si può attingere a qualsiasi atto.

Non sembri una provocazione ma appaia invece una concreta esigenza l'emanazione da parte di un futuribile legislatore di un nuovo art. 1 Dlgs. 159/2011 che potrebbe così recitare:

Le misure di prevenzione personali si applicano a coloro che siano indiziati della commissione di reiterati delitti contro il patrimonio, contro la pubblica amministrazione, in materia di violazione della normativa sugli stupefacenti, in materia di sfruttamento della prostituzione ed in ogni altro caso di sfruttamento della persona per motivi sessuali, in materia di violazioni societarie e fiscali, in materia di contraffazione dei marchi o comunque commessi con motivi di lucro, sempre che le commissione di tali delitti sia funzionale ad un accrescimento patrimoniale altrimenti non giustificabile.

A tal fine si tiene conto delle sentenze anche non definitive, siano esse di condanna ovvero di assoluzione, dei decreti di archiviazione, dei decreti di sequestro e di confisca, delle ordinanze di misure cautelari, dell'attività di intercettazione telefonica e telematica posta in essere in sede penale, anche laddove proveniente da altri procedimenti, dei decreti di prevenzione anche se non definitivi, nonché degli altri atti di polizia giudiziaria e delle autorità della Pubblica Amministrazione.

Ferma restando l'inutilizzabilità delle prove assunte in violazione di legge art. 191 cpp, in sede di prevenzione non si applica l'art. 192 cpp II, III e IV co.

ALESSANDRO CENTONZE

L'associazione di tipo mafioso come reato di macroevento e l'accertamento della responsabilita' nei procedimenti "con vicenda complessa"[113]

SOMMARIO: 1. L'associazione di tipo mafioso come reato di *macroevento* e il problema del rapporto tra reati associativi e reati-fine nel contesto dei procedimenti "con vicenda complessa". – 2. Il ricorso "fisiologico" allo strumento processuale dell'art. 17 cod. proc. pen. e l'accertamento penale della responsabilità nei procedimenti "con vicenda complessa". – 3. L'accertamento della responsabilità penale nei reati di *macroevento* associativo nel contesto dei procedimenti "con vicenda complessa" e i rischi di semplificazione probatoria. – 4. La rivisitazione del problema dell'accertamento della responsabilità penale nei reati di *macroevento* associativo alla luce del principio dell'*oltre ogni ragionevole dubbio* e il rifiuto di ogni responsabilità di posizione.

1. L'associazione di tipo mafioso come reato di macroevento e il problema del rapporto tra reati associativi e reati-fine nel contesto dei procedimenti "con vicenda complessa".

Il tema dell'accertamento della responsabilità nei reati di *macroevento* associativo, nel contesto dei procedimenti "con vicenda complessa", costituisce una delle questioni di maggiore interesse nel dibattito sull'azione di contrasto alla criminalità organizzata, in ragione del fatto che su questo argomento si sono registrati interventi giurisprudenziali particolarmente significativi, con specifico riferimento alla rilevanza delle condotte contiguità mafiosa, fin dagli anni Novanta[114].

Per l'inquadramento di tale tema non si deve puntare tanto all'individuazione dei criteri di imputazione della responsabilità penale per i reati associativi, quanto piuttosto a enucleare gli

[113] Il contributo riproduce, con alcune modifiche e integrazioni, la relazione svolta al corso organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura dal 23 al 25 maggio 2018 a Scandicci, Villa Castelpulci, intitolato "Indagini e giudizio nei reati di criminalità organizzata" (Corso intitolato a Paolo Borsellino).

[114] Il tema dell'accertamento della responsabilità penale nei reati di *macroevento* associativo, nel contesto dei procedimenti "con vicenda complessa", si è imposto nel dibattito sull'azione di contrasto alla criminalità organizzata fin dai primi anni Novanta; per una ricostruzione di tali profili ermeneutici si rinvia a *Fenomenologia del maxiprocesso: venti anni di esperienze*, a cura di R. Alfonso, A. Centonze e G. Tinebra, Giuffrè, Milano, 2011.

indicatori da cui desumere la contiguità – associativa o concorsuale – dell'agente al programma della consorteria mafiosa oggetto di valutazione.

Per affrontare tale questione occorre privilegiare la ricerca della prova dei nessi di collegamento della responsabilità relativi alla posizione assunta dal singolo agente rispetto all'organizzazione mafiosa tipizzata secondo il modello normativo dell'art. 416-*bis* cod. pen.

Questa indagine, inevitabilmente, si riverbera sulla scelta dello strumento processuale utilizzato per dimostrare la sussistenza delle connessioni consortili oggetto di verifica, rispetto alla quale è sempre incombente il pericolo di un'unificazione dei filoni d'indagine relativi alla sfera di operatività della consorteria esaminata ex art. 17 cod. proc. pen., funzionale a semplificare il procedimento di ricerca delle prove indispensabili per raggiungere la certezza della responsabilità dell'imputato, affiliato o contiguo che sia.

Il pericolo di semplificazioni probatorie impone di preferire una ricostruzione della verità giudiziaria il più possibile vicina alla verità storica, anche a scapito delle esigenze di economia processuale, che privilegiano lo strumento della riunione già nella fase delle indagini preliminari, pur nel rispetto della previsione dell'art. 12 cod. proc. pen., mostrandosi sensibili a obiettivi non sempre o non esclusivamente giurisdizionali.

Questo impegno probatorio, del resto, è richiesto dall'art. 111 Cost., che impone un giudizio penale incentrato sulla prova del fatto-reato e non su schemi di teoria generale della responsabilità penale astratti e precostituiti. Ne consegue che, per affermare la responsabilità del singolo agente, affiliato o concorrente, occorre verificarne la contiguità a un programma criminoso che contenga un'indispensabile predeterminazione, che deve essere verificata attraverso un accertamento processuale rigoroso dei tratti essenziali dei comportamenti consortili[115].

Tali premesse metodologiche, al contempo, comportano che l'analisi delle relazioni esistenti tra fattispecie associative e reati-fine si sviluppi attraverso un'indagine volta ad accertare la

[115] Su questi temi, tra i tanti interventi, si vedano S. ALEO, *Sistema penale e criminalità organizzata*, Giuffrè, Milano, 2009; A. CENTONZE, *Contiguità e contiguità criminali*, Giuffrè, Milano, 2013; G. LEO, *Concorso esterno in associazione nei reati associativi* (voce), in *Il libro dell'anno del diritto 2017, Treccani*, diretto da Garofoli e Treu, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2017; V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 2014; C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Giappichelli, Torino, 2003.

responsabilità dell'agente per i singoli reati-fine, nel più ampio contesto del *macroevento* associativo, di cui tali condotte criminose costituiscono l'obiettivo strategico[116].

Ne discende la necessità di ricondurre il problema della relazione teleologica tra fattispecie associative e reati-fine a una piattaforma ermeneutica ancorata alla ricerca della prova delle connessioni consortili, in termini di recupero della dimensione probatoria individuale, senza per questo pregiudicare l'efficacia della risposta alle istanze di difesa sociale, oggettivamente imprescindibili.

Il ricorso ai procedimenti "con vicenda complessa", pertanto, pur imposto da esigenze di accertamento della responsabilità nelle ipotesi di *macroeventi*[117] associativi, non può costituire un rimedio alle difficoltà di individuare una soglia probatoria elusiva dei principi costituzionali del giusto processo, essendo evidente che tali istanze non possono rappresentare un ostacolo all'esigenza di dare vita a un'attività istruttoria rigorosa, che prescinda dal numero degli imputati e degli episodi delittuosi giudicati.

L'accertamento della responsabilità nei reati di *macroevento* associativo, dunque, non può essere preclusa dalle difficoltà di acquisire la prova del *modus operandi* del sodalizio, dal momento che è sulla base della verifica della struttura di tale organismo e delle sue dinamiche operative che si devono ricostruire le condotte di contiguità mafiosa, sia sul piano ideativo sia su quello meramente esecutivo.

Invero, questo sforzo di adeguamento dei modelli di analisi della responsabilità penale nei delitti associativi è la conseguenza della presa di coscienza delle insufficienze del modello causale classico[118] ad affrontare il tema della responsabilità nei reati di *macroevento*, che pone delicati problemi di tutela degli interessi della collettività.

---

[116] Su questi temi, si veda Cass., Sez. un., n. 22327 del 30 ottobre 2002, Carnevale, Rv. 224181 dove, per la prima volta, si segnala la necessità di una verifica processuale del grado di affidamento esistente tra i componenti del gruppo criminale, i singoli affiliati e i concorrenti eventuali, evidenziando che tale verifica giurisdizionale, in concreto, rappresenta il momento fondamentale ai fini della differenziazione tra le figure delittuose associative e concorsuali; su questa pronuncia, per una valutazione della dottrina dell'epoca, si veda G. DENORA, *Sulla qualità di concorrente "esterno" nel reato di associazione di tipo mafioso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, pp. 479 ss.

[117] Sull'inquadramento dei reati di *macroevento*, si vedano A. GARGANI, *Il rischio nella dinamica dei reati contro l'incolumità pubblica e nei reati di pericolo astratto*, in *Cass. pen.*, 2017, 11, pp. 3879 ss.; L. MASERA, *La sentenza della Cassazione sul caso Eternit: analisi critica e spunti di riflessione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 3, pp. 1565 ss.; S. SEMINARA, *Il sequestro di persona a scopo di estorsione tra paradigma normativo, cornice di pena e lieve entità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012, 7-8, pp. 2393 ss.

[118] Il modello causale classico, com'è noto, trae origine dalle teorie condizionalistiche di derivazione naturalistica, che, per la prima volta, sono state elaborate dal criminalista tedesco Maximilian von Buri in alcuni scritti

A ben vedere, la consapevolezza delle difficoltà collegate all'applicazione del modello causale classico per le ipotesi di *macroeventi* delittuosi costituisce la ragione dell'elaborazione di correttivi di tali parametri, a partire dall'elaborazione della teoria della sussunzione sotto leggi scientifiche[119] di ogni evento che si presume condizionante per la lesione del bene giuridico protetto dalla norma penale; posizione ermeneutica, questa, la cui rielaborazione, negli ultimi anni, ha portato all'affermazione di fondamentali pronunce della Corte di cassazione, intervenute in tema di disastro ambientale[120].

D'altra parte, è evidente che tali tentativi di aggiornamento del modello di accertamento della responsabilità penale costituiscono un passo in avanti decisivo nella costruzione di un diritto penale moderno, modellato attorno a quelle istanze di "flessibilizzazione" repressiva alle quali i più autorevoli esponenti del mondo scientifico nostrano si ispirano[121].

Le difficoltà evidenziate, a loro volta, si riverberano sul piano processuale, dove l'esistenza di un nesso di collegamento tra il contributo fornito alla sfera di operatività di un'organizzazione mafiosa tipizzata secondo il modello normativo dell'art. 416-*bis* cod. pen. e la dimensione programmatica di tale sodalizio deve trovare la sua concretizzazione nella verità giudiziale consacrata all'esito del processo penale.

Né potrebbe essere diversamente, atteso che il responsabile di un reato-fine riconducibile alla sfera di operatività di una consorteria mafiosa deve essere colpito dalla sanzione penale in ragione del fatto che tale evento è da lui voluto.

---

pubblicati tra il 1863 e il 1885, i più importanti dei quali sono VON BURI, *Zur Lehre von der Tödtung*, in *Goltdammer's Archiv (Archiv für preußisches Strafrecht)*, Bd. 9, 1863, p. 797 ss.; VON BURI, *Über Kausalität und deren Verantwortung*, J.M. Gebhardt's Verlag, 1883; VON BURI, *Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen*, Verlag von Ferdinand Ente, 1885.

[119] Ci si riferisce alle teorie condizionalistiche orientate secondo il modello della sussunzione sotto leggi scientifiche, formulate, a partire dalla seconda metà degli anni Settanta, da F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Giuffrè, 1975; ID., *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 1217 ss.; ID., *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 767 ss.

[120] Si considerino, nella direzione richiamata nel testo, le pronunce intervenute nei procedimenti penali noti mediaticamente come "Processo Porto Tolle 2", "Processo Eternit" e "Processo di Porto Marghera", per i quali si rinvia a Cass., Sez. I, n. 2209 del 10 gennaio 2018, Conti, Rv. 272366; Cass., Sez. I, n. 7941 del 19 novembre 2014, Schmidheiny, Rv. 262788; Cass., Sez. IV, n. 4675 del 17 maggio 2006, Bartalini, Rv. 235662.

[121] Su questi temi si vedano F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici*, Giuffrè, 2004; F. STELLA, *Giustizia e modernità*, Giuffrè, Milano, 2001; si vedano anche F. CENTONZE, *Nota alla sentenza del Tribunale di Venezia sul petrolchimico di Porto Marghera, sezione I, 29 maggio 2002*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 267 ss.; ID., *La sentenza del Tribunale di Venezia sul petrolchimico di Porto Marghera*, in *Riv. giur. amb.*, 2003, p. 119 ss.

Al contempo, è evidente che lo scopo di sanzionare il soggetto attivo del reato deve essere raggiunto attraverso il superamento di ogni ragionevole dubbio sul fatto che il suo comportamento criminoso abbia effettivamente causato l'evento delittuoso, pur nell'ampio contesto del *macroevento* associativo in cui il singolo reato-fine si inserisce.

2. Il ricorso "fisiologico" allo strumento processuale dell'art. 17 cod. proc. pen. e l'accertamento della responsabilità penale nei procedimenti "con vicenda complessa".

Quanto si è affermato nelle pagine precedenti, a proposito delle difficoltà di accertare la responsabilità penale nelle ipotesi di *macroeventi* associativi, rende evidente che tali difficoltà non possono mai comportare l'elusione dei principi che regolano nel nostro ordinamento la responsabilità penale, su cui si deve fondare la valutazione processuale delle relazioni esistenti tra reati associativi e reati-fine.

Ne discende che il problema delle difficoltà probatorie collegate alla sfera di operatività dei reati di *macroevento* associativo non può essere affrontato spostandone la valutazione su un piano esclusivamente giudiziario, ricorrendo alla riunione processuale disciplinata dall'art. 17 cod. proc. pen. e rendendo l'accertamento della responsabilità penale un percorso meramente giurisdizionale, rispetto al quale la dimensione sostanziale dei reati finisce per svuotarsi di significato.

Non è questo, infatti, il filo conduttore che si deve seguire per risolvere il problema dell'aggiornamento dei modelli di accertamento della responsabilità penale nei reati di *macroevento* associativo del nostro ordinamento, che deve rimanere nell'alveo del sistema penale per costituire un momento di rivisitazione interno a tale ambito.

Il problema, allora, è costituito dalla necessità di accelerare la ricerca di modelli di analisi aggiornati dei reati di *macroevento* associativo e, soprattutto, idonei a rappresentare fenomeni criminali particolarmente complessi, che non sono più sussumibili nell'ambito degli schemi tradizionali, con cui la teoria generale del reato cerca di inquadrare tutte le condotte delittuose da più di un secolo, comprendendo al suo interno tanto quelle semplici quanto quelle complesse, tanto quelle individuali quanto quelle plurime, tanto quelle collettive quanto quelle associative[122].

[122] Sulle difficoltà di accertare processualmente l'esistenza di un rapporto di causalità tra condotta ed evento, secondo i canoni propri del diritto penale classico, nelle ipotesi di delitti di particolare complessità esecutiva, si rinvia al datato ma, a mio giudizio, insuperato intervento di T. MASSA, *Le Sezioni unite davanti a «nuvole ed orologi»: osservazioni sparse sul principio di causalità*, in *Cass. pen.*, 2002, 12, pp. 3661 ss.; su questi temi, si veda anche R.

A maggior ragione, la risoluzione di tale problema si pone come improcrastinabile per il nostro sistema penale, dove non è prefigurabile in astratto la possibilità di sanzionare condotte delittuose a prescindere dall'analisi concreta del programma consortile e dell'attività illecita realizzata nell'interesse dell'associazione mafiosa, nemmeno ricorrendo alla finzione giuridica di ritenere sempre connessi, ai sensi dell'art. 12 cod. proc. pen., i reati-fine realizzati nell'interesse della consorteria.

Non è, tra l'altro, possibile anticipare, ulteriormente, la soglia di punibilità di condotte criminose, nelle quali la struttura del reato è considerata atipica[123] rispetto ai principi generali del sistema penale, caratterizzandosi per un'anticipazione della soglia minima della risposta giudiziaria e dell'attribuzione della responsabilità penale rispetto alle fattispecie associative o plurisoggettive. Ne consegue che le consorterie tipizzate dall'art. 416-*bis* cod. pen. devono essere sempre considerate, in concreto, per quella che risulta la struttura organizzativa su cui si fonda l'intesa dei vari componenti del sodalizio e per quella che, sulla base di una rigorosa verifica giurisdizionale, risulta l'attività delittuosa realizzata dagli affiliati in attuazione degli obiettivi consortili.

Tuttavia, è proprio l'esigenza di un'analisi concreta della struttura aggregativa di una consorteria mafiosa a mettere in crisi i modelli di analisi della responsabilità penale incentrati sui reati monosoggettivi o plurisoggettivi, che finiscono per "decontestualizzare" la condotta illecita dall'ambiente circostante all'agente e dalle relazioni funzionali interne alla struttura del sodalizio considerato, individuando, allo scopo di realizzare queste condizioni astratte, un normotipo giudiziario che nella realtà è inesistente e sfalsando, in questo modo, il punto di osservazione necessario per la valutazione dell'illiceità dei comportamenti criminosi riconducibili all'organizzazione criminale.

Questo percorso di verifica della responsabilità, in realtà, è fuorviante, perché punta a soddisfare l'esigenza di dimostrare, in modo artificioso, che la condotta di un agente, in un contesto associativo illecito, può essere ritenuta causalmente efficiente solo se, in sua assenza, il

---

BLAIOTTA, *Con una storica sentenza le Sezioni unite abbandonano l'irrealistico modello nomologico deduttivo di spiegazione causale di eventi singoli*, in *Cass. pen.*, 2003, 4, pp. 1176 ss.

[123] Per l'inquadramento delle posizioni critiche richiamate nel testo si rinvia agli studi condotti nel corso degli anni Novanta da L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, Laterza, Roma-Bari, 1990; S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, ESI, Napoli, 1995.

macroevento delittuoso non si sarebbe mai verificato, prescindendo, in questo modo, da qualsiasi valutazione sui modelli operativi utilizzati dall'organizzazione mafiosa che si considera e sugli obiettivi illeciti che cementano l'intesa tra tutti i suoi affiliati.

La dimensione organizzativa di una consorteria mafiosa operante secondo il modello dell'art. 416-*bis* cod. pen., invero, influisce in modo rilevante sulla valutazione delle condotte illecite dei soggetti – affiliati o concorrenti – che vi contribuiscono e la alimentano, per le quali risulta indispensabile un'adeguata verifica processuale del progetto criminoso su cui si fonda l'esistenza della consorteria e del grado di affidamento soggettivo, senza scorciatoie probatorie di sorta.

Ne deriva che, per valutare l'effettivo grado di coinvolgimento penalmente rilevante di ciascun soggetto contiguo a una consorteria mafiosa, ci si deve mettere nelle condizioni di verificare, all'interno del processo penale, quale sia il suo apporto, alla luce degli obiettivi programmatici dell'organizzazione e del contesto associativo di riferimento, nel rispetto delle regole di argomentazione e, soprattutto, nel rispetto delle regole di giudizio previste dall'art. 192 cod. proc. pen., che devono guidare il giudice nella disamina del materiale probatorio sottoposto alla sua cognizione[124].

Né potrebbe essere diversamente, atteso che l'agente può essere considerato il responsabile di uno o più fatti delittuosi riconducibili al progetto associativo nella sola misura in cui la sua condotta può essere ritenuta funzionale alla concretizzazione del progetto medesimo, con la conseguenza ulteriore che il suo contributo alla realizzazione di tali attività illecite può anche essere di modesta entità e risultare, comunque, rilevante se inserito in un contesto consortile, la cui sede naturale di valutazione – proprio per l'ampiezza del contesto considerato – è quella dei procedimenti "con vicenda complessa".

Da tutto questo ne discende che nella dimensione organizzata il singolo contributo è funzionale alla realizzazione del progetto complessivo di condizionamento criminale del sodalizio,

[124] Su questi temi, si rinvia a F.M. IACOVIELLO, *Il concorso eventuale in associazione mafiosa*, in *Criminalia*, 2008, 4, pp. 263 ss.; in questo scritto si evidenzia che la difficoltà probatoria di esaminare i comportamenti funzionalmente collegati alla sfera di operatività di un'organizzazione mafiosa operante secondo i parametri affermati dall'art. 416-*bis* cod. pen. non deve legittimare l'attenuazione del rigore nell'accertamento di tali rapporti, determinando il ricorso a inammissibili presunzioni probatorie; si veda anche F.M. IACOVIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa: il fatto non è più previsto dalla legge come reato*, in *Cass. pen.*, 2001, 6, pp. 2083 ss.

anche se, in concreto, di tale programma l'agente può avere una limitata consapevolezza, dal momento che il gruppo è munito di un apparato e di una struttura soggettiva ramificata distinta dalle attività esecutive relative ai singoli reati-fine. Questo approccio rafforza il convincimento dell'insostituibilità del procedimento "con vicenda complessa" come luogo di verifica degli elementi probatori sui quali si fonda il giudizio sulla responsabilità penale per i reati commessi nell'interesse del sodalizio mafioso, che deve essere formulato, evitando ogni forma di presunzione, sulla base delle prove raccolte davanti a *quel* giudice e in *quel* processo penale.

Il sodalizio mafioso, del resto, si avvale di condotte che si pongono in relazione di collegamento funzionale con il programma associativo, di modo che ciascun comportamento è comprensibile solo in funzione degli obiettivi illeciti perseguiti dall'organizzazione e appare giustificabile soltanto in relazione al perseguimento degli stessi obiettivi. Pertanto, per valutare la responsabilità penale del soggetto contiguo – affiliato o concorrente che sia – devono essere presi in considerazione tutti gli elementi probatori relativi alla sua posizione di individuo collegato all'organizzazione mafiosa dal perseguimento di obiettivi consortili, che trovano nel procedimento "con vicenda complessa" la sede fisiologica di valutazione giurisdizionale.

Queste conclusioni derivano dalla consapevolezza che le figure associative svolgono nel nostro sistema penale una funzione di supplenza, nella misura in cui tendono a surrogare le difficoltà di prova dei singoli delitti commessi da un gruppo criminale e puntano a un'anticipazione della tutela penale, giustificata da esigenze di ordine pubblico[125].

Tuttavia, la funzione di supplenza delle fattispecie associative non deve mai impedire di ricercare la prova dell'illiceità delle condotte dei singoli comportamenti delittuosi all'interno del processo penale, evitando i rischi di pericolose quanto inammissibili presunzioni probatorie, giustificate dall'esistenza di una struttura associativa pregiudizievole per l'ordine pubblico e dall'automatica riferibilità di tutte le condotte illecite al programma consortile.

3. L'accertamento della responsabilità penale nei reati di macroevento associativo nel contesto dei procedimenti "con vicenda complessa" e i rischi di semplificazione probatoria.

[125] Sull'anticipazione della soglia di punibilità propria dell'art. 416-*bis* cod. pen., si vedano S. ALEO, *Sistema penale e criminalità organizzata*, cit., pp. 24-25; S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., pp. 26-27.

Alla luce di quanto si è affermato, ci sembra evidente che il nucleo dell'accertamento della responsabilità per i reati di *macroevento* associativo è costituito dalla verifica processuale dei meccanismi operativi che si traducono in regole consortili stabili o quantomeno stabilizzate in un dato momento storico. Tale verifica ben difficilmente può prescindere dalle dimensioni plurisoggettive del procedimento penale oggetto di valutazione, anche se alle esigenze processuali sottese a questi giudizi, non devono corrispondere tentazioni di semplificazione probatoria, per soddisfare le quali non si può fare ricorso surrettiziamente a strumenti come quello della riunione dei processi prevista dall'art. 17 cod. proc. pen.

L'individuazione di regole consortili stabili riguarda il tema del funzionamento dell'associazione mafiosa sotto il profilo della possibilità di qualificare tali organizzazioni come "reti criminali", attribuendo connotazioni di stabilità alle regole interne al sodalizio. Tale esigenza è la conseguenza della consapevolezza che i sodalizi mafiosi nostrani, in questi decenni, sono riusciti a interferire in modo sistematico con il tessuto socio-economico, realizzando forme di condizionamento prima impensabili e caratterizzandosi come "reti criminali"[126].

Il riferimento al concetto di "rete criminale" appare appropriato, in conseguenza del fatto che l'intervento delle organizzazioni mafiose presenti sul territorio nostrano ha assunto, nel corso degli anni, i caratteri di una presenza costante e organizzata, connotandosi per un sistema di rapporti stabili e per un'unicità di scopo, rappresentata dall'utilizzazione di metodologie criminali in funzione dell'affermazione di un potere monopolistico nel tessuto socio-economico.

Tali considerazioni impongono una rivalutazione complessiva dei reati di *macroevento* associativo, sul presupposto che gli stessi, per le caratteristiche di complessità che li connotano, non appaiono agevolmente riconducibili ai modelli di attribuzione della responsabilità penale propri del modello causale classico. È evidente, infatti, che continuare a rappresentare fenomeni criminali complessi e in costante evoluzione con strumenti rigidi non può che portare a una

[126] In questo senso, si muove F.M. IACOVIELLO, *Il concorso eventuale in associazione mafiosa*, cit., p. 278, quando osserva che nelle organizzazioni mafiose «c'è meno territorio e più mercato, meno ritualismi e più contributi. Sono imprese in cui non contano gli organigrammi ma le funzioni. La definizione di mafia è troppo attenta alla dimensione simbolica e troppo poco alla dimensione della probabilità processuale».

valutazione di inadeguatezza complessiva dei modelli di analisi delle strategie di infiltrazione mafiosa nel tessuto socio-economico[127].

Invero, nelle "reti criminali", caratterizzate da un'intrinseca complessità, si realizza una coerenza interna, che costituisce il risultato della convergenza delle molteplici dinamiche che le caratterizzano, che, a sua volta, si fonda sulla coesistenza di una pluralità di fattori delinquenziali spesso non riconducibili a unità. Ne consegue che i reati di *macroevento* associativo tendono a fondarsi su una "rete criminale", strutturata e complessa, di relazioni funzionali tra le varie componenti che la caratterizzano, alimentandola[128].

Le organizzazioni mafiose, del resto, si sono sempre caratterizzate per il loro rapporto pervasivo con il tessuto socio-economico sul quale attecchiscono e dal quale si alimentano costantemente. Quest'ultima caratterizzazione appare ancora più evidente se si considerano le modalità di infiltrazione mafiosa nel mondo produttivo, che possono essere comprese solo se si affronta – in concreto e nel processo penale – il problema dell'individuazione dei criteri di riferibilità di un comportamento criminoso a una struttura associativa.

Si tratta di tematiche complesse, in considerazione del fatto che tutte le analisi più attente tendenzialmente si sono limitate a trattare questi profili solo in relazione a fenomeni di collusione politico-mafiosa[129]. In questo modo, i risvolti di carattere penalistico che tale materia comporta sono stati trascurati a danno di approcci spesso meta-giuridici, che hanno omesso di considerare la rete di rapporti consolidati che sostiene le organizzazioni mafiose, il cui disvelamento trova nel procedimento "con vicenda complessa" la sua sede "fisiologica" di verifica processuale.

Occorre, dunque, ribadire che non è possibile definire i problemi della responsabilità penale nei reati di *macroevento* associativo se non si è nelle condizioni processuali di potere affermare quali sono le modalità concrete attraverso cui *quel* determinato fenomeno criminale si è realizzato in *quel* determinato contesto consortile, dando vita a *quel* determinato *macroevento* associativo.

---

[127] Su questi temi, si vedano D. MASCIANDARO, *Mercati e illegalità*, Egea, Milano, 1999; D. MASCIANDARO-A. PANSA, *La farina del diavolo. Criminalità, impresa e banche in Italia*, Egea, Milano, 2000.

[128] Sul punto, si rinvia ancora a F.M. IACOVIELLO, *Il concorso eventuale in associazione mafiosa*, cit., p. 263, nel passaggio in cui si osserva che afferma che la comprensione del fenomeno mafioso «ha bisogno di un giudice poco positivista. Un giudice, cioè, poco legato alle forme nitide della tipicità (dove c'è una forma c'è un limite) e più propenso a cogliere la *sostanza delle cose*: che altro non è che la sostanza magmatica di giudizi morali e percezioni sociali di un fenomeno […]».

[129] Si veda, per tutti, G. FIANDACA, *Scambio elettorale politico-mafioso: un reato dal destino legislativo e giurisprudenziale avverso?*, in *Foro it.*, 2018, 8, pp. 522 ss.

Tutto questo comporta il capovolgimento del punto di vista tradizionale con cui si sono affrontati i problemi della causalità, pretendendo di ricondurre all'interno di modelli astratti realtà criminali complesse quali quelle dei fenomeni associativi. Diventa, perciò, indispensabile recepire una soluzione ermeneutica fondata sulla disamina dei fatti caratterizzanti lo specifico *macroevento* associativo, sul presupposto che non vi può essere alcun processo di individuazione della responsabilità penale senza una verifica giurisdizionale dei comportamenti criminosi, attraverso cui si estrinseca la realtà consortile oggetto di vaglio[130].

Questo percorso ci porta ad affermare che soltanto attraverso un'adeguata valutazione delle fonti di prova acquisite in giudizio è possibile verificare la correttezza del percorso motivazionale seguito. Si tratta, allora, di spostare il piano dell'indagine dalle tematiche della causalità in senso stretto alle tematiche della valutazione delle fonti di prova nel processo penale, in considerazione del fatto che è inevitabile che l'affermazione del nesso causale in ordine a un *macroevento* associativo può fondarsi solo sugli elementi probatori raccolti, che devono essere valutati unitariamente[131].

Da tutto questo ne discende che il giudice deve inquadrare le dinamiche criminali sottese al fenomeno associativo nella loro variegata complessità, utilizzando gli strumenti processuali di cui dispone. Si deve, pertanto, utilizzare la conoscenza acquisita in termini empiricamente verificabili e processualmente sindacabili, rispetto ai quali il procedimento "con vicenda complessa" non solo non costituisce un ostacolo all'accertamento della responsabilità penale, ma, al contrario, rappresenta una sorta di "fisiologia" dei processi relativi a reati di *macroevento* associativo, che è la conseguenza della complessità di tali fenomenologie delinquenziali.

Queste conclusioni ci impongono di ribadire che l'esigenza di elaborare parametri di giudizio utili a decifrare le regole della "rete criminale" mafiosa è certamente agevolata nei procedimenti "con vicenda complessa", attese le dimensioni plurisoggettive di tali giudizi, fermi restando i rischi di semplificazione probatoria connessi a tale peculiare tipologia processuale.

---

[130] Sul punto, è utile richiamare il passaggio della nota sentenza Cass., Sez. un., n. 33748 del 12 luglio 2005, Mannino, Rv. 231670, in cui si osserva che l'accertamento della responsabilità per le condotte di contiguità mafiosa comporta che «rilevino tutti gli indicatori fattuali dai quali, sulla base di attendibili regole di esperienza attinenti propriamente al fenomeno della criminalità di stampo mafioso, possa logicamente inferirsi il nucleo essenziale della condotta partecipativa […]»; su questa pronuncia, per una valutazione della dottrina dell'epoca, si veda P. MOROSINI, *La difficile tipizzazione giurisprudenziale del "concorso esterno" in associazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 5, pp. 585 ss.

[131] Si veda ancora Cass., Sez. un., n. 33748 del 12 luglio 2005, Mannino, cit.

4. La rivisitazione del problema dell'accertamento della responsabilità penale nei reati di macroevento associativo alla luce del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio e il rifiuto di ogni responsabilità di posizione.

Nell'avviarci alla conclusione di questo intervento, deve osservarsi che la questione dell'accertamento della responsabilità penale per i reati di *macroevento* associativo deve essere rivisitata alla luce del principio dell'*oltre ogni ragionevole dubbio*, che costituisce un argine al pericolo che lo strumento della riunione processuale, previsto dall'art. 17 cod. proc. pen., determini un aggiramento delle regole di giudizio imposte dall'art. 111 Cost.

Occorre, in proposito, richiamare l'orientamento giurisprudenziale che ha segnato il definitivo superamento di ogni modello presuntivo di spiegazione degli eventi delittuosi associativi, ribadendo la necessità di un accertamento della responsabilità penale fondato sulle emergenze del caso concreto. Si tratta di un'opzione ermeneutica che punta ad affermare la necessità di un accertamento della responsabilità associativa che si fondi sulle evidenze probatorie della vicenda processuale, ripudiando ogni criterio presuntivo di valutazione della condotta partecipativa o concorsuale[132].

Tutto ciò comporta che il giudice accerti la responsabilità penale del soggetto contiguo, affiliato o concorrente, fondandola su una piattaforma probatoria certa, tale da non lasciare residuare alcun ragionevole dubbio sull'esistenza di una relazione tra la condotta e il *macroevento* associativo.

In questa cornice, non si può che richiamare l'insostituibilità dell'argomentazione giuridica come strumento di verifica processuale, attraverso cui si sviluppa il consenso dell'autorità giudiziaria, evitando ogni pericolosa tendenza a rendere emotivo, ed eccessivamente sensibile alle spinte emergenziali, il percorso decisionale. L'adesione a questa impostazione, però, impone uno sforzo maggiore per il giudice, che non può esimersi dal ricercare "dentro" il processo la prova dell'esistenza di una relazione tra il sodalizio mafioso e i reati-fine commessi nel suo interesse,

[132] E' sempre opportuno richiamare il principio di diritto affermato dalle Sezioni unite in Cass., Sez. un., n. 33748 del 12 luglio 2005, Mannino, cit., tuttora insuperato, in cui si afferma: «In tema di associazione di tipo mafioso, la condotta di partecipazione è riferibile a colui che si trovi in rapporto di stabile e organica compenetrazione con il tessuto organizzativo del sodalizio, tale da implicare, più che uno "status" di appartenenza, un ruolo dinamico e funzionale, in esplicazione del quale l'interessato "prende parte" al fenomeno associativo, rimanendo a disposizione dell'ente per il perseguimento dei comuni fini criminosi».

rifiutando ogni "scorciatoia probatoria" rappresentata da riunioni processuali disposte ex art. 17 cod. proc. pen.

Questa, del resto, è una conseguenza inevitabile del principio del *libero convincimento del giudice* affermato dall'art. 192 cod. proc. pen., al quale anche nei procedimenti "con vicenda complessa" ci si deve conformare, che viene individuato nel nostro sistema nell'obbligo di motivazione della sentenza, imponendo una giustificazione razionale al percorso logico e giuridico posto a fondamento della decisione. Questo principio, del resto, trova la sua giustificazione nell'esigenza di limitare il pericolo di decisioni irrazionali, imponendo al giudice di valutare le prove nel loro complesso e di verificare le emergenze processuali in relazione alle fattispecie oggetto di accertamento, allo scopo di evitare il rischio di pronunce frammentarie o contraddittorie[133].

Il principio del *libero convincimento del giudice*, dunque, attribuisce al giudice, in via esclusiva, il potere di valutare le fonti di prova sottoposte al suo vaglio, ancorandolo all'indicazione nella motivazione della sentenza dei risultati probatori acquisiti e dei criteri utilizzati per valutarne la pertinenza processuale, che dovranno essere esplicitati rigorosamente. Sarà, dunque, attraverso la motivazione della sentenza che si potrà controllare la correttezza del percorso decisionale seguito dal giudice, il cui operato, nelle sedi di impugnazione, potrà essere censurato in relazione alle modalità di estrinsecazione argomentativa della sua libertà di giudizio[134].

Ed è proprio per questa ragione che occorre collegare il principio del *libero convincimento del giudice* con il principio dell'*oltre ogni ragionevole dubbio*, costituendo tali principi – a maggior ragione nei procedimenti "con vicenda complessa" caratterizzati da una dimensione plurisoggettiva – la piattaforma sistematica indispensabile per comprendere il significato più intimo dell'orientamento giurisprudenziale che stiamo valutando e che impone al giudice una

[133] Su questi temi, si veda l'insuperato studio di M. MAIWALD, *Causalità e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1999.

[134] Su questi profili ermeneutici, si rinvia a Cass., Sez. un., n. 30328 del 10 luglio 2002, Franzese, Rv. 222138; su questa pronuncia, per una valutazione della dottrina dell'epoca, si veda A. DI MARTINO, *Il nesso causale attivato da condotte omissive tra probabilità, certezza e accertamento* in *Dir. pen. proc.*, 2003, 1, pp. 50 ss.

verifica empirica della prova, che ponga a suo fondamento il rifiuto di ogni responsabilità di posizione[135].

Si deve, pertanto, ribadire che la regola di giudizio fondata sul principio dell'*oltre ogni ragionevole dubbio* comporta il rifiuto dell'assunto secondo il quale i processi si possono risolvere con il solo metodo dell'intuizione personale del giudice, che non si potrà spingere fino a sostituirsi alle acquisizioni consolidate. Tali conclusioni esercitano un'influenza diretta sull'istituto della riunione prevista dall'art. 17 cod. proc. pen., alla quale, nella prospettiva processuale che si è delineata, non può più essere attribuita la funzione di collante probatorio, strumentale a fare entrare surrettiziamente nel processo penale forme inaccettabili di responsabilità di posizione[136].

Questa consapevolezza è, da tempo, acquisita dalla Corte di cassazione, che, nell'affrontare il tema centrale della responsabilità dei vertici di un'organizzazione mafiosa, ha osservato che il ruolo apicale, pur assumendo rilievo ai fini della configurabilità del delitto di cui all'art. 416-*bis* cod. pen., non integra di per sé la prova della colpevolezza dei vertici del sodalizio, in riferimento ai reati-fine commessi da taluno dei partecipi, anche se in attuazione di un disegno criminoso riferibile, in via programmatica, alla consorteria. Se così non fosse, il ruolo di partecipe, anche in posizione gerarchicamente rilevante, finirebbe per rendere quel soggetto automaticamente responsabile per ogni delitto compiuto da altri appartenenti al sodalizio in deroga al principio che dei reati-fine rispondono soltanto coloro che hanno dato un effettivo contributo, morale o

[135] Sul significato del principio dell'*oltre ogni ragionevole dubbio*, nella prospettiva interpretativa recepita dalla Corte di cassazione, a partire dalla sentenza "Franzese" (Cass., Sez. un., n. 30328 del 10 luglio 2002, Franzese, cit.), si rinvia a F. D'ALESSANDRO, *Spiegazione causale mediante leggi scientifiche, a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Criminalia*, 2013, pp. 331 ss.; ID., *La certezza del nesso causale: la lezione "antica" di Carrara e la lezione "moderna" della Corte di cassazione sull'"oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 743 ss.; si vedano anche M. ROMANO-F. D'ALESSANDRO, *Nesso causale ed esposizione ad amianto. Dall'incertezza scientifica a quella giudiziaria: per un auspicabile chiarimento delle Sezioni unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 3, pp. 1129 ss.

[136] Su questi profili ermeneutici, si rinvia a Cass., Sez. un., n. 45276 del 30 ottobre 2003, Andreotti, Rv. 226101, nella quale si afferma il seguente principio di diritto: «In tema di concorso di persone nel reato, la circostanza che il contributo causale del concorrente morale possa manifestarsi attraverso forme differenziate e atipiche della condotta criminosa (istigazione o determinazione all'esecuzione del delitto, agevolazione alla sua preparazione o consumazione, rafforzamento del proposito criminoso di altro concorrente, mera adesione o autorizzazione o approvazione per rimuovere ogni ostacolo alla realizzazione di esso) non esime il giudice di merito dall'obbligo di motivare sulla prova dell'esistenza di una reale partecipazione nella fase ideativa o preparatoria del reato e di precisare sotto quale forma essa si sia manifestata, in rapporto di causalità efficiente con le attività poste in essere dagli altri concorrenti, non potendosi confondere l'atipicità della condotta criminosa concorsuale, pur prevista dall'art. 110 cod. pen., con l'indifferenza probatoria circa le forme concrete del suo manifestarsi nella realtà».

materiale, all'attuazione della condotta delittuosa, essendo esclusa dall'ordinamento qualsiasi forma di responsabilità di posizione.

In altri termini, non si può stabilire un collegamento processuale tra la condotta dell'agente, il reato di *macroevento* associativo e il singolo reato-fine senza alterare le regole di giudizio che governano nel nostro sistema l'accertamento della responsabilità penale, a meno di non volere stravolgere i principi fondamentali del processo penale, tra i quali si colloca in posizione centrale il principio dell'*oltre ogni ragionevole dubbio*, che impone il rifiuto di ogni responsabilità di posizione. Esemplare, sotto questo profilo, ci appaiono le parole della Corte di cassazione, secondo cui, nell'ambito dell'associazione di tipo mafioso, la «semplice appartenenza all'organismo collegiale centrale (denominato "Commissione" o "Cupola"), composto da un ristretto numero di associati e investito del potere di deliberare in ordine alla commissione di singoli fatti criminosi da considerare di speciale importanza per la vita dell'organizzazione (particolarmente, i cd. omicidi eccellenti), non ha più valenza indiziaria univoca, dimostrativa del contributo di ciascuno dei suoi componenti alla decisione del reato-fine»[137].

Occorre, pertanto, ribadire conclusivamente che il principio dell'*oltre ogni ragionevole dubbio* ha una valenza incontrovertibile sul piano dell'accertamento della responsabilità penale e su quello della ricerca di fonti di prova idonee a fondare un giudizio di colpevolezza privo di ogni cedimento verso inammissibili presunzioni e intuizionismi giudiziari, che non possono trovare spazio nemmeno nei procedimenti "con vicenda complessa".

[137] Si veda Cass., Sez. V, n. 28897 del 27 aprile 2001, Riina, Rv. 219435; si vedano, in senso sostanzialmente conforme, anche Sez. 1, n. 19778 del 26 febbraio 2015, C., Rv. 263568; Sez. 1, n. 42990 del 18 settembre 2008, Montalto, Rv. 241820; Sez. 2, n. 3822 del 18/11/2005, Aglieri, Rv. 233327.

CESARE PARODI

Il nuovo delitto di "diffusione di intercettazioni fraudolente"

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2 La categoria "intercettazioni" e l'oggetto della fattispecie. – 3. Elemento soggettivo del reato e cause di esclusione della punibilità. - 4. La procedibilità.

1. Premessa

Tra i pochi articoli entrati in vigore con l'approvazione del d.lgs. 216/2017 troviamo quello che contiene l'introduzione di una nuova fattispecie penale, la cui struttura generale era stata delineata con notevole precisione in sede di delega; una disposizione evidentemente valutata come urgente e destinata a intervenire su una serie di fenomeni di costume che negli ultimi anni hanno impegnato, forse impropriamente e a volte senza effettive ragioni, le cronache giudiziarie (e non solo quelle).

Recita l'art. 617- septies. Diffusione di riprese e registrazioni fraudolente "Chiunque, al fine di recare danno all'altrui reputazione o immagine, diffonde con qualsiasi mezzo riprese audio o video, compiute fraudolentemente, di incontri privati o registrazioni, pur esse fraudolente, di conversazioni, anche telefoniche o telematiche, svolte in sua presenza o con la sua partecipazione, è punito con la reclusione fino a quattro anni.

La punibilità è esclusa se la diffusione delle riprese o delle registrazioni deriva in via diretta ed immediata dalla loro utilizzazione in un procedimento amministrativo o giudiziario o per l'esercizio del diritto di difesa o del diritto di cronaca.

Il delitto è punibile a querela della persona offesa."

Si deve in primo luogo sottolineare la scelta di qualificare il nuovo reato come delitto, punito con la reclusione sino a quattro anni. Una pena elevata, anche se non tale da determinare la necessità dell'udienza preliminare in caso di esercizio dell'azione penale.

Un reato che non può costituire presupposto – vista la pena – della misura della custodia in carcere ma che, in quanto delitto, non ammetterà la definizione a mezzo di oblazione ex art. 162-bis c.p.p. È ammessa, al contrario, la messa alla prova. È verosimile che si sia voluto evitare una

soluzione semplice e tombale dei procedimenti aventi ad oggetto il nuovo reato, per differenziare il nuovo profilo di tutela rispetto a quanto normalmente accade – in tema di potenziale attacco alla sfera di riservatezza – a fronte di condotte sanzionate dalla contravvenzione di cui art. 684 c.p. (Pubblicazione arbitraria di atti di un procedimento penale), per il quale è ammessa l'oblazione.

Non sono mancate le critiche sulla previsione della nuova fattispecie, che è indicata come foriera di una possibile significativa limitazione della possibilità di documentare condotte genericamente qualificabili di spiccato interesse (di varia potenziale natura). In realtà, come vedremo, l'effettiva portata dalla norma potrebbe rilevarsi di singolare modestia.

La condotta non è indicata quale semplice comunicazione, quanto come diffusione. Un termine, non a caso, mutuato da una fattispecie che è stata già applicata per sanzionare condotte analoghe a quelle descritte nella delega, ossia quella di cui all'art. 167, d.lgs. 196/2003.

Per altro, il trattamento dei dati personali, che non siano sensibili né abbiano carattere giudiziario, effettuato da un soggetto privato per fini esclusivamente personali sarebbe soggetto alle disposizioni del citato decreto solo se i dati siano destinati ad una comunicazione sistematica o alla diffusione e sarebbe, in tal caso, subordinato al consenso dell'interessato, salvo che il trattamento riguardi dati provenienti da pubblici registri od elenchi conoscibili da chiunque (Cass. Sez. III, n. 5728, 17.11.2004, CED 230834; affermando tale principio la S.C. ha ritenuto che l'aver comunicato ad alcuni provider le generalità, l'indirizzo, ivi compreso quello di posta elettronica, il numero di telefono e il codice fiscale di una persona senza il suo consenso, al fine di aprire un sito internet e tre nuovi indirizzi di posta elettronica a nome di tale persona, non integra il reato di cui all'art. 167, comma 1, d.lgs. n. 196/2003).

2. La categoria "intercettazioni" e l'oggetto della fattispecie.

Nonostante la delega di cui alla l. 103/2017 avesse quale oggetto la disciplina delle intercettazioni, si può ragionevolmente ritenere che le condotte descritte nella fattispecie non possono essere qualificate – in senso tecnico – come intercettazioni.

La possibilità di intercettare (lecitamente) e quindi di essere intercettati finisce per riflettersi, per differenti aspetti, sulla concreta fruizione di diritti riconosciuti della Carta costituzionale. Prioritaria, in tal senso, la valutazione sul diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e con ogni altro mezzo di diffusione (art. 21, comma 1, Cost.), atteso che la

comunicazione e lo scambio dei pensieri e parole costituiscono ovviamente la prima e irrinunciabile forma di rapporto interpersonale.

Anche per tali ragioni emerge la necessità di delineare con particolare rigore quelle attività investigative che, nell'ambito del genus ricerca della prova certamente devono essere ricondotte alla species intercettazione, prevista e disciplinata dagli art. 266 ss. c.p.p.; una species della quale non è prevista nel codice una definizione espressa che, per altro, può e deve essere dedotta dal contesto normativo nel quale il concetto risulta inserito.

Al proposito, nei seguenti termini si possono enucleare le caratteristiche peculiari dell'intercettazione:

• deve trattarsi di una comunicazione riservata, avvenuta sia per via telefonica (o altre telecomunicazioni) che tra soggetti presenti;

• deve trattarsi di una captazione clandestina di comunicazioni o conversazioni;

• deve essere effettuata da un soggetto estraneo – id est terzo – rispetto agli autori delle comunicazioni o conversazione;

• la formalizzazione dell'apprensione del contenuto di comunicazioni o conversazioni deve avvenire come conseguenza dell'atto di intercettazione.

La ratio della disciplina è, inoltre, del tutto svincolata dall'esigenza che l'attività si svolga tramite l'utilizzo di specifiche tecnologie, dovendosi ritenere del tutto sufficiente un qualsiasi apparato in grado di "fissare" l'evento comunicazione, onde consentirne una prova storica diretta, come tale del tutto indipendente dalla capacità di ricostruzione e/o narrazione di soggetti terzi.

Il requisito della clandestinità deve essere verificato in relazione alle categorie generali di situazioni in rapporto con il requisito della riservatezza: la captazione delle comunicazioni o conversazioni deve avvenire approfittando dello strumento utilizzato dai soggetti intercettati, ossia di un mezzo di comunicazione ontologicamente tale da assicurare la riservatezza della trasmissione.

In questo senso, certamente chi utilizza un sistema di telefonia fissa o mobile agisce con la legittima aspettativa di poter comunicare senza che soggetti terzi possano prendere cognizione di quanto riferito o appreso; questa valutazione non viene certamente meno per il solo fatto che sia nota la possibilità d'interferenze occasionali accidentali; interferenze che, per quanto in astratto

possibili, non incidono verosimilmente sulla volontà di comunicare in un ambito riservato da parte di un soggetto.

L'uso del telefono è, quindi, espressivo di una volontà inequivoca di escludere i terzi, così che qualsiasi forma di intenzionale presa di cognizione di tali forme di comunicazione – per non essere ricondotta alla fattispecie prevista dall'art. 617, comma 1, c.p. (Cognizione, interruzione o impedimento illecito di comunicazioni o conversazioni telegrafiche o telefoniche) ed eventualmente alle ulteriori ipotesi previste dalla sez. V, capo III del secondo libro del codice penale – dovrà essere autorizzata con le forme previste dagli artt. 266 ss. c.p.p.

La clandestinità e la riservatezza possono essere prese reciprocamente in considerazione anche in rapporto a comunicazioni orali tra soggetti presenti, anche se in tal caso occorre verificare alcune variabili, quali la natura del luogo ovvero le stesse modalità di comunicazione utilizzate dai soggetti passivi della captazione.

Per altro, non è solo e necessariamente lo svolgimento in un luogo pubblico di una conversazione a renderla possibile oggetto di intercettazione: una conversazione può infatti essere non riservata – ossia svolgersi pubblicamente – e nondimeno essere clandestinamente captata, ogni qual volta la presa di conoscenza derivi dall'utilizzo di strumenti particolari da parte di soggetti che non si erano venuti a trovare nella condizione di poter ascoltare con l'implicito consenso degli autori della stessa.

L'intercettazione deve essere effettuata da un soggetto estraneo rispetto agli autori delle comunicazioni o conversazione. Nei casi sopra menzionati, proprio l'intrinseca ricerca di riservatezza porta con facilità a escludere i soggetti "terzi" rispetto alle comunicazioni tra quelli che possono legittimamente disporre del contenuto delle stesse.

L'oggetto della delega impone di valutare in termini generali se e in quali termini un soggetto al quale la comunicazione sia destinata – ovvero a uno degli autori di una conversazione – possa legittimamente "documentare" con strumenti tecnici all'insaputa del proprio interlocutore – e verosimilmente contro la volontà di questi – l'esatto contenuto del colloquio.

La giurisprudenza maggioritaria della S.C. ha riconosciuto non solo l'assoluta legittimità di tali comportamenti ma soprattutto la natura di documenti degli esiti di tali registrazioni; l'art. 234, comma 1, c.p.p. prevede che «È consentita l'acquisizione di scritti o di altri documenti che rappresentano fatti, persone o cose mediante la fotografia, la cinematografia, la fonografia o

qualsiasi altro mezzo»; si tratta di un articolo inserito nel titolo riguardante i mezzi di prova, laddove le disposizioni in tema di intercettazioni (artt. 266 ss. c.c.p.), sono ricomprese nel titolo III, con oggetto i mezzi di ricerca della prova.

Ragioni di ordine logico- sistematico derivanti da questo particolare impongono quindi di individuare la differenza ontologica tra i due istituti; documenti, sequestri, ispezioni, perquisizioni sono diretti a far entrare nel procedimento prove che esistono al di fuori del medesimo e, si può ritenere, a prescindere da questo; la realtà esterna al dato formale viene recuperata con le forme di legge se e nella misura in cui assume una valenza probatoria. Al contrario l'intercettazione forma un materiale probatorio che non preesiste al procedimento e che si sostanzia – nelle sue materialità – solo a seguito di una serie tassativa di atti giurisdizionali.

Il legislatore ha dato attuazione alla delega sanzionando la condotta di chiunque «diffonde con qualsiasi mezzo riprese audio o video, compiute fraudolentemente, di incontri privati o registrazioni, pur esse fraudolente, di conversazioni, anche telefoniche o telematiche, svolte in sua presenza o con la sua partecipazione».

Rispetto alla delega, possiamo notare due differenze; da un lato, sono state menzionate espressamente anche le conversazioni telematiche; inoltre, all'indicazione «svolte in sua presenza» è stato aggiunto «o con la sua partecipazione».

Il primo aspetto non modifica sostanzialmente la portata della norma. Nel secondo caso, è invece evidente l'intenzione del legislatore di estendere la portata della disposizione, verosimilmente includendo tra i potenziali autori del reato soggetti che, utilizzando strumenti tecnologici, siano presenti, anche se non direttamente coinvolti in conversazioni.

Il senso e la finalità della norma sono chiari; meno, forse, le implicazioni pratiche. Frequenti e rilevanti sono i casi in cui privati cittadini – che assumono di essere persone offesa di reati, o che comunque intendono portare all'attenzione dell'autorità giudiziaria fatti penalmente rilevanti – procedono a registrare conversazioni intercorse con gli autori dei presunti illeciti.

A volte, la registrazione avviene a fronte di iniziative degli interlocutori, come nel caso di soggetti vittime di telefonate anonime ovvero di richieste estorsive che decidono di predisporre strumenti idonei a documentare tali contatti nel momento in cui gli stessi si ripetono; in altri casi tali conversazioni vengono "stimolate" dalle persone offese, che agiscono nella convinzione di dare fondatezza ad accuse gravi ovvero a richieste apparentemente infondate, corredando quindi le

denunce con le bobine così formate. Tali attività devono ritenersi a tutt'oggi, se predisposte e realizzate da privati, in linea di massima assolutamente lecite, ammissibili e pienamente utilizzabili in chiave probatoria.

Le comunicazioni orali tra soggetti presenti, ove le stesse siano registrate su tracce magnetiche o altro supporto – anche se effettuate all'insaputa dell'interlocutore – devono ritenersi attività logicamente non riconducibili alla categoria intercettazione; come già evidenziato, la registrazione costituisce in effetti documento fonografico ex art. 234 c.p.p., la cui trascrizione potrà essere disposta – ove ritenute lecita – dal giudice nelle forme peritali certamente utilizzabili a prescindere da provvedimenti autorizzativi dell'autorità giudiziaria o dalla formalizzazione in verbali; in particolare l'art. 242, comma 2, c.p.p. dispone che «quando è acquisito un nastro magnetofonico, il giudice ne dispone, se necessario, la trascrizione».

Sul tema, le S.U. hanno chiarito che le intercettazioni regolate dagli artt. 266 e ss. c.p.p. consistono nella captazione occulta e contestuale di una comunicazione o conversazione tra due o più soggetti che agiscano con l'intenzione di escludere altri e con modalità oggettivamente idonee allo scopo, attuata da soggetto estraneo alla stessa mediante strumenti tecnici di percezione tali da vanificare le cautele ordinariamente poste a protezione del suo carattere riservato. Conseguentemente, la registrazione fonografica di un colloquio, svoltosi tra presenti o mediante strumenti di trasmissione, ad opera di un soggetto che ne sia partecipe, o comunque sia ammesso ad assistervi, non deve essere ricondotta, quantunque eseguita clandestinamente, alla nozione di intercettazione, costituendo forma di memorizzazione fonica di un fatto storico, della quale l'autore può disporre legittimamente, anche a fini di prova nel processo secondo la disposizione dell'art. 234 c.p.p., salvi gli eventuali divieti di divulgazione del contenuto della comunicazione che si fondino sul suo specifico oggetto o sulla qualità rivestita dalla persona che vi partecipa (Cass. S.U, n. 36747, 28.5.2003, CED 225465; conf. Cass. Sez. II, n. 3851, 21.10.2016, CED 269089).

Ancora la S.C., ribadendo tale principio, ha specificato che lo stesso non viene meno per la circostanza che l'autore della registrazione abbia previamente denunciato fatti di cui sia vittima, né può ritenersi che per ciò solo le successive registrazioni realizzate dal denunciante con il proprio cellulare fossero state concordate con la polizia giudiziaria (Cass. Sez. I, n. 6339, 22.1.2013, CED 254814; conf. Cass. sez. II, n. 50986, 6/10/2016, CED 268730; in motivazione, la Corte ha

precisato che la registrazione della conversazione tra presenti non è riconducibile alla nozione di intercettazione anche se operata dal soggetto partecipe su suggerimento o incarico della polizia giudiziaria).

In tempi recenti non sono mancate decisioni di senso contrario; la S.C. ha così affermato che la registrazione di conversazioni effettuata da un privato su impulso della polizia giudiziaria non costituisce una forma di documentazione dei contenuti del dialogo ma una vera e propria attività investigativa che comprime il diritto alla segretezza con finalità di accertamento processuale, che richiede un provvedimento dell'autorità giudiziaria ovvero un decreto motivato in forma scritta del P.M. (Cass. Sez. II, n. 19158, 20.3.2015, CED 263526; fattispecie nella quale la Corte ha ritenuto non sufficiente ai fini dell'utilizzabilità delle registrazioni la mera autorizzazione orale del P.M.). In termini ancora più stringenti, si è ritenuto che la registrazione di conversazioni effettuata da un privato, mediante apparecchio collegato con postazioni ricetrasmittenti attraverso le quali la P.G. procede all'ascolto delle stesse e alla contestuale memorizzazione, non costituirebbe una mera forma di documentazione dei contenuti del dialogo né una semplice attività investigativa, bensì un'operazione di intercettazione di conversazioni ad opera di terzi, come tale soggetta alla disciplina autorizzativa dettata dagli artt. 266 ss. c.p.p., con la conseguente inutilizzabilità probatoria di tale registrazione, ove preceduta dalla sola autorizzazione del P.M. (Cass. Sez. III, n. 39378, 23.3.2016, CED 267806).

Resta il fatto che il diritto alla riservatezza e segretezza delle comunicazioni telefoniche, costituzionalmente garantito dall'art. 15 Cost., non impedisce alla persona destinataria della comunicazione stessa di rivelarne il contenuto in occasione di deposizione testimoniale, il cui unico limite deve essere rinvenuto nel carattere di segretezza (professionale, di ufficio o di Stato) della comunicazione stessa.

Nel momento in cui una comunicazione orale è effettuata, la stessa perde immediatamente ogni connotazione di segretezza, stante l’implicita rinuncia dell’autore al diritto alla riservatezza sulla stessa; al proposito è sufficiente ricordare che la stessa può legittimamente divenire oggetto di esame testimoniale e che un teste di particolare capacità mnemoniche può riportare nel dettaglio (addirittura utilizzando le stesse espressione) l’intero contenuto della conversazione intercorsa, giungendo quindi in sostanza al medesimo risultato.

3. Elemento soggettivo del reato e cause di esclusione della punibilità

Sul piano della condotta, qualsiasi captazione/registrazione fraudolenta rientra nell'ambito della nuova fattispecie. Il termine fraudolenta – non infrequentemente utilizzato dal legislatore – presuppone un'attivazione oggettivamente occulta e, sostanzialmente, "maliziosa" in danno di altro soggetto. Pertanto, non tutto ciò che l'interlocutore non sa che è posto in essere, ma ciò che l'autore della condotta non vuole che l'interlocutore percepisca. In questo senso, una registrazione all'insaputa delle parti, ma occasionale, verosimilmente non dovrebbe integrare la condotta punita (es. attivazione inconsapevole di un microfono).

Indubbiamente differente è il caso in cui tali attività avvengano dopo un contatto con la polizia giudiziaria, su suggerimento ovvero previo accordo con quest'ultima, o addirittura direttamente da parte di operatori di polizia giudiziaria, nei casi e nei limiti in cui ciò può ritenersi consentito. Situazioni per le quali, evidentemente, la finalità di giustizia impone una valutazione specifica sulla base delle numerose indicazioni fornite dalla S.C. (nei termini e con i dubbi ermeneutici sopra richiamati).

Tornando alle situazioni potenzialmente oggetto della disciplina prevista dalla delega, fondamentale tuttavia è l'indicazione sull'elemento soggettivo della fattispecie «al solo fine di recare danno alla reputazione o all'immagine altrui». Un dolo quindi, che era indicato come specifico.

La finalità di danno avrebbe dovuto essere pertanto esclusiva e non "concorrente" con altre finalità lecite o scriminate. Al contrario, con il d.lgs.216/2017, il termine solo è stato espunto, così che il fine di recare danno può concorrere con altre – lecite e differenti – finalità; in questo senso, la norma utilizza la formula «al fine di recare danno all'altrui reputazione o immagine».

Per altro, la relazione alla legge precisa che «La punibilità risulta essere comunque esclusa nel caso in cui della registrazione effettuata senza consenso si possa fare uso legittimo in ambito processuale, quale esercizio del diritto di difesa ovvero nell'ambito del diritto di cronaca, che la legge delega fa espressamente salvi. Ciò significa che determinate comunicazioni possono avere diffusione se sussistono i presupposti del legittimo esercizio del diritto di cronaca, inteso come diritto alla pubblica conoscenza per effetto della rilevanza del fatto e dei soggetti coinvolti, sempre nei limiti del principio della continenza».

Il legislatore, in questo senso in assoluta sintonia con la delega, ha mantenuto una generale connotazione "negativa" delle condotte descritte, stabilendo che le stesse integrerebbero un reato, prevedendo tuttavia alcune condizioni di non punibilità. Il fatto tipico sussisterebbe, ma l'autore della condotta dovrà essere considerato non punibile laddove le registrazioni o le riprese siano utilizzate:

• nell'ambito di un procedimento amministrativo o giudiziario;

• per l'esercizio del diritto di difesa o del diritto di cronaca.

Il richiamo espresso al diritto di difesa o di cronaca è certamente utile ai fini della chiarezza, anche se in ogni modo, anche senza lo stesso, le condotte descritte sarebbero state comunque scriminate ai sensi dell'art. 51 c.p. (Esercizio di un diritto o adempimento del dovere).

Anche in questo caso è interessante richiamare la disciplina del d.lgs. 196/2003 in tema di tutela della riservatezza. Com'è noto, il principio generale in tema di consenso è espresso dall'art. 23 del predetto decreto, in base al quale «Il trattamento di dati personali da parte di privati o di enti pubblici economici è ammesso solo con il consenso espresso dell'interessato». Nondimeno, sarà necessario tenere con delle esclusioni indicate dall'art. 24 (Casi nei quali può essere effettuato il trattamento senza consenso), che riguardano casi nei quali il consenso non è richiesto quando il trattamento.

Una rapida disamina della disciplina del menzionato art. 24 consente di ritenere che in tutti i casi di registrazioni o riprese siano anche solo in parte funzionali alle esigenze dell'autore delle stesse «nell'ambito di un procedimento amministrativo o giudiziario» o comunque «per l'esercizio del diritto di difesa» la punibilità dovrà essere esclusa. Sono pertanto infondati i timori relativi a una compressione di forme di autotutela dei privati (dirette o tramite soggetti qualificati) tali da sostanziarsi nella formazione di prove documentali genericamente finalizzate alla tutela di diritti e interesse, e non necessariamente solo in sede giudiziaria.

In questo senso si è vanamente auspicata, in sede di attuazione della delega, l'indicazione dei limiti e della portata del diritto di difesa. Al riguardo, sarebbe stato utile la precisazione di quanto "anticipata" cronologicamente possa ritenersi l'operatività della scriminante rispetto alla – ipotizzata o effettiva – lesione di un diritto.

Allo stesso modo, sarebbe stato utile avere indicazioni per comprendere se e in che termini la scriminante possa valere anche per le persone offese – oltre che per gli indagati/imputati – e in

che termini possa essere delegata (e con quali forme) a soggetti diversi dagli stessi titolari dei diritti.

Il "terreno di scontro" è nondimeno destinato a essere quello della valutazione delle registrazioni o riprese utilizzate nell'ambito del diritto di cronaca.

Non possono esservi dubbi che forme e limiti dell'attività degli organi d'informazione siano stati uno dei motivi per giungere a un ripensamento del sistema. Da un lato – come abbiamo visto sopra – prevedendo un intervento sui meccanismi di selezione e controllo degli esiti delle captazioni, dall'altro ponendo dei "paletti" alla formazione di documenti sonori o visivi indubbiamente extraprocessuali la cui potenzialità lesiva non può certamente ritenersi aprioristicamente inferiore.

Basti pensare ai numerosi fuori onda carpiti prima o durante la registrazione di trasmissioni televisive, nelle quali il soggetto registrato si è espresso con – quantomeno – una franchezza maggiore di quanto poi dimostrato durante le riprese o, addirittura, si è lasciato andare o commenti ingenerosi nei confronti di altre persone. La diffusione di tali dichiarazioni in molti casi ha suscitato vivaci polemiche.

In realtà, l'intera materia non era – e non è –, prima dell'attuazione della delega, priva di una disciplina. Anche in questo caso occorra formulare riferimento al d.lgs. 196/2003 e ai provvedimenti integrativi di quest'ultimo. Stabilisce l'art. 12 del decreto (Codici di deontologia e di buona condotta) che il «Garante promuove nell'ambito delle categorie interessate, nell'osservanza del principio di rappresentatività e tenendo conto dei criteri direttivi delle raccomandazioni del Consiglio d'Europa sul trattamento di dati personali, la sottoscrizione di codici di deontologia e di buona condotta per determinati settori, ne verifica la conformità alle leggi e ai regolamenti anche attraverso l'esame di osservazioni di soggetti interessati e contribuisce a garantirne la diffusione e il rispetto».

Tali codici sono pubblicati nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana a cura del Garante e il rispetto delle disposizioni contenute nei medesimi «costituisce condizione essenziale per la liceità e correttezza del trattamento dei dati personali effettuato da soggetti privati e pubblici». Non a caso, l'art. 12 include espressamente tra i codici anche quello di deontologia per i trattamenti di dati per finalità giornalistiche promosso dal Garante nei modi di cui al comma 1 e all'articolo 139 del decreto.

Il codice vigente risale al 29 luglio 1998 (Codice deontologico relativo al trattamento dei dati personali nell'esercizio dell'attività giornalistica) e, per espressa finalità, ha quella di «contemperare i diritti fondamentali della persona con il diritto dei cittadini all'informazione e con la libertà di stampa».

Le potenzialità "espansive" delle nuove disposizioni, nondimeno, dovranno essere valutate in raffronto (anche, ma soprattutto) con le indicazioni dell'art. 6 del citato codice deontologico, diretto a precisare il concetto di essenzialità dell'informazione. Quest'ultimo stabilisce che "La divulgazione di notizie di rilevante interesse pubblico o sociale non contrasta con il rispetto della sfera privata quando l'informazione, anche dettagliata, sia indispensabile in ragione dell'originalità del fatto o della relativa descrizione dei modi particolari in cui è avvenuto, nonché della qualificazione dei protagonisti. La sfera privata delle persone note o che esercitano funzioni pubbliche deve essere rispettata se le notizie o i dati non hanno alcun rilievo sul loro ruolo o sulla loro vita pubblica. Commenti e opinioni del giornalista appartengono alla libertà di informazione nonché alla libertà di parola e di pensiero costituzionalmente garantita a tutti"

Leggendo in termini coordinati la nuova fattispecie con le indicazioni dell'art. 6 del codice deontologico, si deve desumere che, pur essendo ogni registrazione o ripresa fraudolente in grado di integrare il reato, la causa di non punibilità del diritto di cronaca non opererebbe solo laddove non dovesse risultare neppure in termini concorrenti la finalità di informare su un fatto di rilievo il pubblico. E ciò anche quando tale diffusione delle informazioni possa rivelarsi nociva per il soggetto passivo della stessa.

Non solo: trattandosi di una circostanza di esclusione della pena, la scriminante del diritto di cronaca dovrebbe ritenersi applicabile anche ai sensi dell'art. 59, comma 4, c.p. (Circostanze non conosciute o erroneamente supposte) in forza del quale «Se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui. Tuttavia, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo».

In concreto, se il "diffusore" della registrazione/ripresa effettua la diffusione stessa ritenendo – erroneamente – di avere esercitato un diritto di cronaca non sarà punibile, in quanto la qualificazione del nuovo reato come delitto non consente di ravvisare – non essendo specificamente indicata – una responsabilità a titolo di colpa.

Deve per altro ritenersi impregiudicata la possibilità, in quest'ultimo caso, di richiedere il risarcimento del danno, in base all'art. 15, d.lgs. 196/2003 (Danni cagionati per effetto del trattamento); norma per la quale «Chiunque cagiona danno ad altri per effetto del trattamento di dati personali è tenuto al risarcimento ai sensi dell'articolo 2050 del codice civile».

4. La procedibilità

Infine, rispetto alle indicazioni della delega, in sede di attuazione è stata prevista la procedibilità a querela per il reato de quo. Precisa la relazione alla legge che «Il reato è procedibile a querela dell'offeso in maniera coerente con l'impianto della stessa legge di delega che impone di dare attuazione al principio generale della procedibilità a querela per i reati contro la persona puniti con la sola pena edittale pecuniaria o con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni».

Rispetto all'originario impianto della riforma, il testo approvato con la l. 103/2017 esprime una logica significativamente differente. Il principio di fondo è chiaro: una precisa volontà di deflazione e decongestione del sistema penale, da favorire nei casi in cui l'offesa all'interesse protetto dalla fattispecie criminosa, di per sé non gravissimo, sia ritenuto non meritevole di un procedimento se non su impulso di parte.

FABRIZIO TORELLI

La colpa grave nella responsabilità penale del medico-chirurgo: rivisitazione critica e recuperi ermeneutici alla luce delle Sezioni Unite Mariotti

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'evoluzione giurisprudenziale anteriore alla legge Balduzzi: valorizzazione ed applicazione dell'art. 2236 c.c. – 3. La legge Balduzzi: ermeneusi ed eredità. – 4. La legge Gelli-Bianco e l'introduzione dell'art. 590-*sexies* c.p.: aporie e problematiche. – 5. Il contrasto giurisprudenziale sull'art. 590-*sexies* c.p.: la sentenza Tarabori e la sentenza Cavazza. – 6. L'intervento delle Sezioni Unite: la sentenza Mariotti, uno sguardo d'insieme. – 6.1. *Segue*: ruolo e natura delle linee guida alla luce dell'art. 5, l. 24/2017. – 6.2. *Segue*: la metodologia ermeneutica adottata dalle Sezioni Unite. La prospettata questione di legittimità costituzionale ed il suo superamento. – 7. L'interpretazione adottata dalle Sezioni Unite: la soluzione del quesito e l'enunciazione dei principi di diritto. – 7.1. *Segue*: premessa sulla natura giuridica dell'art. 590-*sexies* c.p. – 7.2. *Segue*: l'ambito di operatività della causa di non punibilità: il recupero ermeneutico del parametro della gravità della colpa. – 8. *Ratio decidendi* e gravità della colpa: l'art. 2236 c.c. e la tradizione giurisprudenziale e dottrinale antecedente alla novella. – 8.1. *Segue*: l'intenzione del legislatore storico: i lavori parlamentari. – 9. Questioni di diritto intertemporale. – 10. Conclusioni: una lettura critica.

Abstract: Il presente articolo si prefigge l'obiettivo di ripercorrere lo sviluppo normativo e giurisprudenziale in tema di responsabilità penale colposa del professionista sanitario a partire dalle posizioni più risalenti fino a giungere all'emanazione della legge Balduzzi e della successiva, ed attualmente vigente, legge Gelli-Bianco. Punto fondamentale dell'analisi è rappresentato dal commento e dalla lettura critica della recente sentenza n. 8770/2018 delle Sezioni Unite della Corte di cassazione (c.d. Mariotti), la quale, recuperando in via ermeneutica il criterio della gravità della colpa, è pervenuta a razionalizzare il testo del nuovo art. 590-*sexies* c.p., tentandone un'interpretazione costituzionalmente conforme.

Abstract in English: The present work aims to analyse the normative and jurisprudential development of criminal negligence of health professional starting by old positions until emanation of legge Balduzzi and the following, and nowadays in force, legge Gelli-Bianco. Fundamental focus of the analysis is the comment and critical lecture of the recent sentence n. 8770/2018 of the Sezioni Unite of Corte di cassazione (the so call "Mariotti sentence"), which, hermeneutically recovering gravity of negligence as parameter of liability, rationalized the new art. 590-*sexies* c.p. text, trying to obtain a constitutionally conform interpretation.

1. Introduzione

Come noto, le Sezioni Unite della Corte Suprema di Cassazione, con sentenza n. 8770 del 21 dicembre 2017 (dep. 22 febbraio 2018), Pres. Canzio, Rel. Vessichelli, Imp. Mariotti ed altro, sono intervenute a risolvere il contrasto sorto in seno alla IV Sezione penale della Corte in relazione alla corretta interpretazione da dare alla recente legge 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. Gelli-Bianco), intervenuta a novellare il codice penale inserendovi l'art. 590-*sexies* (*Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario*).

Nel presente articolo si cercherà, dopo aver rapidamente ripercorso le tappe fondamentali dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale in ordine alla responsabilità penale per colpa del medico-chirurgo, di dare conto della soluzione ermeneutica adottata dalle Sezioni Unite, soffermando in particolare l'attenzione sul parametro della gravità della colpa, scomparso dal testo normativo ma recuperato dai giudici della nomofilachia in via interpretativa.

2. L'evoluzione giurisprudenziale anteriore alla legge Balduzzi: valorizzazione ed applicazione dell'art. 2236 c.c.

L'analisi della giurisprudenza penale sulla responsabilità medica per colpa *prima* dell'entrata in vigore della legge Balduzzi – e dunque di una specifica regolamentazione del settore *de quo* – permette di constatare un'evoluzione proceduta per fasi successive.

Come noto, infatti, la giurisprudenza più risalente (anni '60 e '70), era incline ad un atteggiamento di estrema mitezza nei confronti della condotta del sanitario, il quale, in fin dei conti, svolge un'attività di fondamentale importanza sociale. Si limitava, pertanto, la responsabilità medica solamente a casi di colpa grave intesa in senso assai limitato. Si trova

affermato, infatti, che essa consisterebbe «nell'errore inescusabile, che trova origine o nella mancata applicazione delle cognizioni generali e fondamentali attinenti alla professione o nel difetto di quel minimo di abilità e perizia tecnica nell'uso dei mezzi manuali o strumentali adoperati nell'atto operatorio e che il medico deve essere sicuro di poter adoperare correttamente o, infine, nella mancanza di prudenza o di diligenza, che non devono mai difettare in chi esercita la professione sanitaria. Pertanto, dovendo la colpa del medico essere valutata dal giudice con larghezza di vedute e comprensione, sia perché la scienza medica non determina in ordine allo stesso male un unico criterio tassativo di cure, sia perché nell'arte medica l'errore di apprezzamento è sempre possibile, l'esclusione della colpa professionale trova un limite nella condotta del professionista, incompatibile col minimo di cultura e di esperienza che deve legittimamente pretendersi da chi sia abilitato all'esercizio della professione medica»[138].

Tuttavia, com'è altrettanto noto, l'art. 43, c. 3, c.p. non effettua alcuna distinzione – quanto all'*an respondeatur* – fra i diversi gradi di colpa, ammettendo dunque la punibilità anche per colpa lievissima. Il grado di essa, infatti, è considerato solamente in relazione al *quantum respondeatur* (artt. 61, n. 3 e 133, c.p.). Ebbene, la giurisprudenza in discorso – per evitare di risultare eccessivamente generica ed indulgenziale – si è servita di un parametro normativo estraneo all'ordinamento penale, ossia quello contenuto nella disposizione dell'art. 2236 c.c. (*Responsabilità del prestatore d'opera*), che prevede: «*Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave*». Si è ritenuto, infatti, che esso potesse essere applicato anche al settore penale per una serie di motivi. Anzitutto, infatti, si segnalava come, anche in diritto civile, esso fosse circoscritto solamente alla risoluzione di problemi *tecnici* di speciale difficoltà, ossia al solo parametro della *perizia*, intervenendo per gli altri due (diligenza e prudenza) la disposizione ordinaria dell'art. 1176 c.c., e dunque potendosi pervenire ad addebito di responsabilità anche solamente per colpa lieve. In secondo luogo, si sosteneva che – operando tale estensione nell'applicazione dell'art. 2236 c.c. – non si facesse altro, in definitiva, che uniformare la

[138] V. Cass., 21 ottobre 1970, in *RIDPP*, 1973, pp. 259 ss., con nota – fondamentale in materia – di A. CRESPI, *La colpa grave nell'esercizio dell'attività medico-chirurgica*. Per la giurisprudenza più recente, v. Cass., 24 giugno 1983, in *Cass. pen.*, 1985, pp. 1833 ss.; Cass., Sez. II, 2 agosto 1994, Rv. 199757. Per un riassunto della giurisprudenza relativa alla materia, v. R. BLAIOTTA, *La responsabilità medica: nuove prospettive per la colpa*, in M. DONINI-R. ORLANDI (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bononia University Press, Bologna, 2013 pp. 322 ss.

repressione penale a quella civile, essendo irragionevole che l'ordinamento punisca penalmente (e dunque servendosi di quello che dovrebbe essere uno strumento sussidiario e di *ultima ratio*) condotte che invece il diritto civile (la cui punizione, come si sa, ha caratteristiche risarcitorio-retributive del tutto peculiari) ritiene lecite.

Tale indirizzo giurisprudenziale, divenuto vero e proprio diritto vivente, è stato altresì alla base di una pronuncia della Corte costituzionale, la sentenza 22 novembre 1973, n. 166[139], relativa alla questione di legittimità degli artt. 589 e 42 c.p. (ma meglio, come sottolineato dalla Corte stessa, 43) in relazione all'art. 2236 c.c. per contrasto con l'art. 3 Cost. Il rimettente, infatti, osservava che la limitazione di responsabilità del medico ai soli casi di colpa grave era potenzialmente lesiva dell'art. 3 Cost., venendo a creare una situazione di disparità ingiustificata fra diversi soggetti ugualmente sottoposti al precetto penale, e venendo, nei fatti, a delimitare una sorta di privilegio nei confronti della categoria medica. A parità di condizioni, infatti, solamente il medico avrebbe potuto invocare l'applicazione dell'art. 2236 c.c., non altri. Il caso all'origine della questione, infatti, vedeva coinvolti un medico chirurgo ed un diplomato in odontotecnica e protesi dentaria. Evidentemente, a parità di grado della colpa, solamente il primo avrebbe potuto beneficiare del diritto vivente in questione. La Corte, tuttavia, ha ritenuto non fondata la questione argomentando che «la particolare disciplina in tema di responsabilità penale, desumibile dagli artt. 589 e 42 (e, meglio, 43) del codice penale, in relazione all'art. 2236 del codice civile, per l'esercente una professione intellettuale quando la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, è il riflesso di una normativa dettata […] di fronte a due opposte esigenze, quella di non mortificare la iniziativa del professionista col timore di ingiuste rappresaglie da parte del cliente in caso di insuccesso e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista stesso». Di conseguenza, «il differente trattamento giuridico riservato al professionista la cui prestazione d'opera implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, e ad ogni altro agente che non si trovi nella stessa situazione, non può dirsi collegato puramente e semplicemente a condizioni (del soggetto)

[139] Per il testo integrale, v. *Cortecostituzionale.it*. La sentenza è altresì pubblicata in *Foro it.*, 1974, I, pp. 19 ss. ed in *Giu. cost.*, 1973, pp. 1795 ss. Al riguardo, si considerino altresì R. BLAIOTTA, *La colpa*, in G. LATTANZI-E. LUPO (a cura di) *Commentario al Codice Penale* (in particolare art. 43), Giuffrè, Milano, 2000, p. 536; P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale* (vol. III) – *I Delitti colposi* (tomo 2), in G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Trattato di diritto penale – Parte speciale*, Cedam, Padova, 2009, p. 324.

personali o sociali. La deroga alla regola generale della responsabilità penale per colpa ha in sé una sua adeguata ragione di essere e poi risulta ben contenuta, in quanto è operante, ed in modo restrittivo, in tema di perizia e questa presenta contenuto e limiti circoscritti». In definitiva, quindi, la Corte costituzionale non ha ritenuto di dover censurare il diritto vivente in quanto non determinante una disparità di trattamento eccessivamente estesa (era infatti limitata alla sola imperizia) né considerabile come irragionevole.

Lo sviluppo giurisprudenziale successivo[140], tuttavia, risultava frammentato in due diverse impostazioni. Da un lato, infatti, vi era un orientamento che continuava a fare applicazione dell'art. 2236 c.c., non intendendolo, tuttavia, in quanto tale ma bensì quale semplice regola di esperienza o parametro di giudizio, fondante la responsabilità del medico-chirurgo per colpa generica[141].

Peraltro, tale orientamento aggiungeva dei requisiti a quelli previsti da detto articolo, allo scopo di chiarificarlo e di applicarlo a situazioni ancora più circoscritte. In particolare, infatti, si riteneva che il medico potesse andare esente da responsabilità per colpa nel caso in cui, congiuntamente: avesse comunque rispettato le comuni regole di diligenza e di prudenza, avesse dovuto affrontare problemi tecnici di particolare difficoltà, fosse incorso in imperizia non grave e, requisito questo di totale creazione giurisprudenziale, vi fosse stata la necessità di agire immediatamente, stante la situazione di emergenza[142].

---

[140] Per il quale, tolte le più puntuali indicazioni che seguono, si rinvia a F. GIUNTA-D. MICHELETTI-P. PICCIALLI-P. PIRAS, *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità*, Edizioni Scientifiche Italiane, Pisa, 2009; D. MICHELETTI, *La colpa del medico. Prima lettura di un'indagine sul campo*, in *Criminalia*, 2008, pp. 171 ss.; R. RIZ, *Colpa penale per imperizia del medico: nuovi orientamenti,* in *Ind. pen.*, 1985, pp. 267 ss.; F. SIRACUSANO, *Ancora sulla responsabilità colposa del medico: analisi della giurisprudenza sulle forme e gradi della colpa*, in *Cass. pen.*, 1997, pp. 1639 ss.; A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 118 ss.

[141] V., *ex multis*, Cass., Sez. II, 23 agosto 1994, n. 11695, Rv. 199757; Cass., Sez. IV, 21 giugno 2007, n. 39592, Rv. 237875; Cass., Sez. IV, 22 novembre 2011, n. 4391, Rv. 251941; Cass., Sez. IV, 5 aprile 2011, n. 16328, Rv. 251960; Cass., Sez. IV, 27 gennaio 1984, n. 6650, Rv. 165329; Cass., Sez. IV, 2 ottobre 1990, n. 14446, Rv. 185685; Cass., Sez. IV, 24 giugno 1983, n. 8917, Rv. 160868; Cass., Sez. IV, 13 giugno 1983, n. 7670, Rv. 160314; Cass., Sez. IV, 30 novembre 1982, n. 1494, Rv. 157496; Cass., Sez. IV, 19 febbraio 1981, n. 5860, Rv. 149347; Cass., Sez. IV, 4 dicembre 2012, n. 10615, Rv. 256337; Cass., Sez. IV, 16 febbraio 1987, n. 4515, Rv. 175642; Cass., Sez. IV, 11 marzo 1983, n. 5448, Rv. 159415; Cass., Sez. IV, 5 novembre 1984, n. 12249, Rv. 171396; Cass., Sez. IV, 26 aprile 1983, n. 9653, Rv. 161232; Cass., Sez. IV, 20 ottobre 1980, n. 4023, Rv. 148613.

[142] V., Cass., Sez. IV, 29 settembre 1997, n. 1693, Rv. 210351, in cui si afferma che quando il medico «debba risolvere problemi diagnostici e terapeutici in presenza di quadro patologico complesso e passibile di diversificati esiti, nonché della necessità di agire con urgenza, l'eventuale errore, conducente a morte o lesione personale del paziente, può essere valutato sulla base del parametro individuato dall'art. 2236 c.c.; al contrario, quando non si presenti una situazione emergenziale, ovvero quando il caso non implichi problemi di particolare difficoltà, così come

Dall'altro lato, tuttavia, troviamo un orientamento del tutto contrario all'applicabilità dell'art. 2236 c.c. (sotto qualsiasi veste) nell'ordinamento penale, anche con riferimento alla sola imperizia[143]. Gli argomenti addotti a sostegno di tale impostazione riguardavano in particolare il fatto che l'art. 2236 c.c. afferisca solamente al diritto civile e che dunque verrebbe applicato in ambito penale per analogia; che, fondandosi il rimprovero della colpa penale sulla prevedibilità ed evitabilità dell'evento, non sarebbero mai dati casi di speciale difficoltà tecnica ai sensi dell'art. 2236 c.c.; e che si finirebbe per creare realmente – al di là di quanto affermato dalla Corte costituzionale – un privilegio proprio della sola categoria medica.

Dalla parte opposta, invece, chi militava per l'estensione rispondeva a questi argomenti adducendo che – se è vero che i due rami dell'ordinamento sono fra loro diversi – non è meno vero che non dovrebbero essere fra di loro in contraddizione, «nel senso che non può essere considerata antigiuridica in sede penale una condotta che una norma dell'ordinamento civile dichiara espressamente lecita»[144].

Ad ogni modo, quanto al rispetto delle linee guida, la giurisprudenza di legittimità è sempre stata chiara nell'escluderne un'efficacia scusante *ipso facto*, rappresentando esse solamente orientamenti di massima, e non vere e proprie fonti formali e codificate di regole cautelari rigide, capaci di ridurre l'aerea del rischio entro i margini di quello consentito.

---

quando venga in considerazione negligenza o imprudenza, i canoni valutativi della condotta colposa non possono essere che quelli ordinariamente adottati nel campo della responsabilità penale per la causazione di danni alla vita o all'integrità fisica delle persone con la particolarità che il medico deve sempre attenersi alla regola della massima diligenza e prudenza».

[143] V., Cass., Sez. IV, 28 ottobre 2008, n. 46412, Rv. 242251; Cass., Sez. IV, 21 aprile 2006, n. 21473, Rv. 234414; Cass., Sez. IV, 16 giugno 2005, n. 28617, Rv. 232447; Cass., Sez. IV, 22 febbraio 1991, n. 4028, Rv. 187774; Cass., Sez. IV, 5 febbraio 1991, n. 9553, Rv. 188199; Cass., Sez. IV, 24 giugno 1987, n. 8360, Rv. 176416; Cass., Sez. IV, 9 giugno 1981, n. 9367, Rv. 150650; Cass., Sez. IV, 18 dicembre 1989, n. 10289, Rv. 184881; Cass., Sez. IV, 2 giugno 1987, n. 11733, Rv. 177085; Cass., Sez. IV, 24 gennaio 1984, n. 2734, Rv. 163321. Si consideri poi Cass., 23 novembre 2010, n. 8254, in *Cass. pen.*, 2012, fasc. 2, pp. 547 ss., con nota di T. CAMPANA, *Colpa professionale nell'attività medico-chirurgica*, nella quale si afferma che non può dirsi esclusa la responsabilità del medico in riguardo all'evento lesivo occorso al paziente per il solo fatto che abbia rispettato le linee guida, avendo il dovere di curare utilizzando i presidi diagnostici e terapeutici di cui al tempo la scienza medica disponeva. Per più ampi riferimenti, v. R. BLAIOTTA, *La colpa*, cit., pp. 538-539, nonché D. CASTRONUOVO, *La cola penale*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 548. Per la giurisprudenza di merito nel senso del testo, v. P. VENEZIANI, *I delitti*, cit., p. 328. In dottrina, *ex plurimis*, N. MAZZACUVA, *Problemi attuali in materia di responsabilità penale del sanitario,* in *Riv. it. med. leg.*, 1984, pp. 399 ss.; V. NAPOLEONI, *Nuovi orientamenti del supremo Collegio in tema di responsabilità colposa nell'esercizio dell'arte sanitaria,* in *Cass. pen.*, 1980, pp. 1561 ss.

[144] V. P. NUVOLONE, *Colpa civile e colpa penale,* in P. NUVOLONE, *Trent'anni di diritto e procedura penale*, Cedam, Padova, 1969, I, p. 702.

La giurisprudenza civile sull'art. 2236 c.c., dal canto suo, è sempre stata costante nel ritenere che il medico andasse esente da responsabilità solamente in caso di problemi tecnici di particolare complessità – caratterizzati, in senso rigoristico, in ogni caso da straordinarietà ed eccezionalità, dal trascendere cioè le conoscenze mediche ordinarie, nonché dal dover essere provati dal convenuto – e solamente laddove, nel risolvere tali problemi, incorresse in *imperizia* grave, rispondendo ordinariamente in caso di negligenza ed imprudenza[145].

3. La legge Balduzzi: ermeneusi ed eredità.

Come noto, il legislatore, mediante l'art. 3, c. 1, d.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito con legge 8 novembre 2012, n. 189 (nota come legge Balduzzi), ha inteso intervenire nel delicato settore della responsabilità penale per colpa in ambito sanitario, dettando una disciplina parzialmente speciale rispetto a quella prevista dall'art. 43, c. 3, c.p., con lo scopo di favorire la categoria medica e di sottrarla ad un'eccessiva minaccia di repressione penale, in ragione della particolare delicatezza e complessità dell'attività sanitaria, nonché in chiave deflattiva del fenomeno della c.d. "medicina difensiva". Allo stesso tempo, l'intervento del legislatore è parso assai utile anche in ragione del contrasto, di cui si è detto, relativo all'applicabilità, nel settore penale, della disposizione di cui all'art. 2236 c.c.

Il testo dell'art. 3 della legge Balduzzi – abrogato dalla legge Gelli-Bianco – era il seguente:

«L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo».

Come si nota, il legislatore interveniva limitando la responsabilità degli esercenti la professione sanitaria ai soli casi di colpa *grave* (o, con una litote, di colpa non lieve), laddove si fossero attenuti alle linee guida ed alle buone pratiche.

[145] V., Cass. civ., Sez. III, 19 aprile 2006, n. 9085, Rv. 589634; Cass. civ., Sez. Un., 6 maggio 1971, n. 1282, Rv. 351466; Cass. civ., Sez. II, 17 marzo 1981, n. 1544, Rv. 412206; Cass. civ., Sez. III, 28 maggio 2004, n. 10297, Rv. 573252; Cass. civ., Sez. III, 11 marzo 2002, n. 3492, Rv. 552973; Cass. civ., Sez. III, 18 ottobre 1994, n. 8470, Rv. 488123; Cass. civ., Sez. I, 18 aprile 1978, n. 1845, Rv. 391234; Cass. civ., Sez. III, 3 marzo 1995, n. 2466, Rv. 490903; Cass. civ., Sez. III, 1° febbraio 1991, n. 977, Rv. 470735.

Diversi sono stati gli elementi controversi di detta disposizione. Per quanto qui di specifico interesse, in particolare, veniva introdotta una rilevantissima novità, ossia l'utilizzo della dosimetria della colpa già con riferimento all'*an respondeatur* e non soltanto al *quantum* di pena. Come noto, infatti, giusto l'art. 43, c. 3, c.p., il nostro ordinamento penale prevede che la colpa sia sempre punibile, senza alcuna distinzione per il grado di essa, il quale viene in rilievo, *ex* art. 133, n. 3, c.p., solamente in relazione alla determinazione dell'entità della pena. Di conseguenza, la scelta della Balduzzi è stata nel senso di creare, rispetto alla regola generale, un'eccezione, applicabile solamente ai professionisti di ambito sanitario, e vincolata a due elementi: il sostanziale rispetto delle linee guida (parametro sfuggevole, atteso che di esse si diceva solamente che dovevano essere «*accreditate dalla comunità scientifica*» e nulla di più) e la gravità della colpa (senza tuttavia che venissero date indicazioni normative circa i criteri per ritenere integrato detto parametro).

È stata la giurisprudenza di legittimità a chiarire l'ambito di applicabilità in concreto di detta disposizione, risolvendo diverse questioni e trovandosi in contrasto su altre.

Deve essere in particolare menzionata la più importante sentenza al riguardo, ossia la sentenza *Cantore* (Cass., Sez. IV, n. 16237 del 29 gennaio 2013, Rv. 255105)[146], che coglieva pienamente i due elementi di novità anzidetti, in un apprezzabile sforzo interpretativo volto a fissare, costruttivamente, i limiti di applicazione della disposizione *de qua*. In essa, infatti, si trovava anzitutto valorizzato il ruolo delle linee guida (purché scientificamente accreditate ed attendibili), le quali, tuttavia, non costituendo vero e proprio parametro di colpa specifica, «vanno in concreto applicate senza automatismi, ma rapportandole alle peculiari specificità di ciascun

[146] V. Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, in *Dirittopenalecontemporaneo.it*, con nota di F. VIGANÒ, *Linee guida, sapere scientifico e responsabilità del medico in una importante sentenza della Cassazione*; nonché in *Cass. pen.*, 2014, fasc. 5, pp. 1670 ss., con nota di S. GROSSO, *I limiti della colpa medica per effetto della legge n. 189 del 2012*; sempre in *Cass. pen.*, 2013, fasc. 9, pp. 2999 ss., con nota di C. CUPELLI, *I limiti della colpa medica per effetto dell'art. 3 della legge n. 189 del 2012*; nonché in *Dir. pen. proc.*, 2013, fasc. 6, pp. 696 ss.; nonché in *Giust. pen.*, 2013, fasc. 12, II, pp. 703 ss., con nota di C. VALBONESI, *La Cassazione apre alle linee guida quali criterio di accertamento della colpa medica*; v. altresì G. L. GATTA, *Colpa medica e art. 3, co. 1 d.l. n. 158/2012: affermata dalla Cassazione l'abolitio criminis (parziale) per i reati commessi con colpa lieve*, in *Dirittopenalecontemporaneo.it*; A. ROIATI, *Il ruolo del sapere scientifico e l'individuazione della colpa lieve nel cono d'ombra della prescrizione*, in *DPC, Rivista trimestrale*, 4, 2013, pp. 99 ss.; G. M. CALETTI-M. L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge "Gelli- Bianco" nella prospettiva del diritto penale,* in *Dirittopenalecontemporaneo.it* (9 marzo 2017), pp. 3 e 9-10. In generale sulla giurisprudenza in materia, v. F. BASILE, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 c.c. e legge Balduzzi (aspettando la riforma della riforma)*, in *Dirittopenalecontemporaneo.it*; P. PIRAS, Culpa levis sine imperitia non excusat*: il principio si ritrae e giunge la prima assoluzione di legittimità per la legge Balduzzi*, in *Dirittopenalecontemporaneo.it*.

caso clinico». Di conseguenza, il ruolo «non meccanicistico» di esse portava ad affermare che «potrà ben accadere che il professionista si orienti correttamente in ambito diagnostico o terapeutico, si affidi cioè alle strategie suggeritegli dal sapere scientifico consolidato, inquadri correttamente il caso nelle sue linee generali e tuttavia, nel concreto farsi del trattamento, commetta qualche errore pertinente proprio all'adattamento delle direttive di massima alle evenienze ed alle peculiarità che gli si prospettano nello specifico caso clinico. In tale caso, la condotta sarà soggettivamente rimproverabile, in ambito penale, solo quando l'errore non sia lieve». Parimenti, «potrà pure accadere che, sebbene in relazione alla patologia trattata le linee guida indichino una determinata strategia, le già evocate peculiarità dello specifico caso suggeriscano addirittura il discostarsi radicalmente dallo standard, cioè di disattendere la linea d'azione ordinaria. Una tale eventualità può essere agevolmente ipotizzata, ad esempio, in un caso in cui la presenza di patologie concomitanti imponga di tenere in conto anche i rischi connessi alle altre affezioni e di intraprendere, quindi, decisioni anche radicalmente eccentriche rispetto alla prassi ordinaria». Di conseguenza, quindi, la legge Balduzzi escludeva la responsabilità del professionista sanitario in caso di colpa lieve dovuta a quelli che in dottrina sono stati chiamati *adempimenti imperfetti* ovvero *adempimenti inopportuni* delle linee guida. Sempreché, ovviamente, si trattasse per l'appunto di colpa lieve. Parrebbe, infatti, che in caso di totale disapplicazione di esse – stante il tenore letterale della disposizione – non potesse invero configurarsi una colpa diversa da quella grave, anche se, occorre precisare, laddove esse debbano essere del tutto disattese in quanto inadeguate al caso specifico, si ricadrebbe nel caso dell'adempimento inopportuno, nel caso in cui il sanitario non se ne astenesse del tutto, con conseguente limitazione di responsabilità solo alla colpa grave. In altri termini: laddove le linee guida risultassero inadeguate rispetto al caso specifico ed il sanitario non se ne discostasse, incorrerebbe in responsabilità solamente ove esistessero macroscopiche evidenze dell'inadeguatezza. Solo in tal caso, infatti, la colpa sarebbe grave.

La sentenza *de qua*, poi, affrontava anche il secondo elemento di novità della legge Balduzzi (appunto, quello della colpa grave), circa il quale – chiarito che «l'esperienza giuridica insegna che, quando una categoria giuridica si scompone in distinte configurazioni, l'interprete si trova solitamente ad affrontare complesse questioni che riguardano il tratteggio dell'area di ciascuna figura e la collocazione nell'uno o nell'altro contenitore concettuale di comportamenti che si

trovano in una sfumata zona grigia sita ai margini del metaforico segno di confine» – essa si accodava alla più accorta dottrina nell'individuazione dei criteri da cui inferire la gravità della colpa, con la consapevolezza della grandissima importanza rivestita dalla relativa valutazione nel nuovo quadro normativo.

Infine, essa perveniva altresì alla razionalizzazione dogmatica della nuova disciplina, chiarendo che il legislatore, per il tramite di essa, aveva inteso pervenire ad una *abolitio criminis* parziale degli artt. 589 e 590 c.p., avendo ristretto l'area del penalmente rilevante individuata da questi ultimi ed avendo ritagliato implicitamente due sottofattispecie, una conservante natura penale e l'altra divenuta penalmente irrilevante. In altri termini, in ambito sanitario, nel rispetto degli individuati criteri, la colpa lieve cessava di essere penalmente rilevante.

Soffermandoci dunque sulla questione della *gravità* della colpa, occorre chiarire quanto segue. La colpa penale è invero, ormai pacificamente, considerata graduabile, per precisa scelta legislativa[147]. A differenza del codice Zanardelli, infatti, il quale nulla diceva al riguardo, il codice vigente offre molteplici conferme di detta graduabilità. Anzitutto, espressa menzione del grado della colpa è compiuta dall'art. 133, c. 1, n. 3, c.p. quale criterio per dosare la pena nei reati colposi; inoltre, in questo senso devono considerarsi anche gli artt. 43, c. 3 e 61, n. 3, c.p. sulla colpa con previsione, considerata vera e propria forma aggravata della colpa più che autonoma figura a sé stante. Infine, nella legislazione speciale si rinvengono alcuni casi in cui la punibilità per colpa è espressamente limitata solamente alle ipotesi di colpa "grave" (ad es. l'art. 217 l. fall. in tema di reato di bancarotta semplice). Altra acquisizione ormai pacifica è quella per cui, pur essendo graduabile al pari della colpa civile, non ci si possa, in relazione alla colpa penale, servire degli strumenti civilistici (primo fra tutti, l'art. 2236 c.c.) per stabilirne il grado, attesa la strutturale differenza fra le due specie di colpa, che impone la ricerca di criteri peculiari dell'indagine penalistica.

[147] Sull'argomento, v. F. MANTOVANI, voce *Colpa*, in *Digesto delle materie penalistiche*, II ed., Utet Giuridica, Torino, 1988, pp. 312-313; G. MARINI, voce *Colpa (II: diritto penale)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, VI ed., Roma, 1988, p. 12; M. GALLO, voce *Colpa penale (diritto vigente)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII ed., Giuffrè, Milano, 1964, p. 643; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale – Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2016, p. 603; R. BLAIOTTA, *La colpa*, cit., pp. 527 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Art. 1-85 (in particolare artt. 42-43), Giuffrè, Milano, 2004, I, pp. 438 ss.; D. PULITANÒ, *La colpa*, in A. CRESPI-G. FORTI-G. ZUCCALÀ (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Cedam, Padova, 2008, pp. 218 ss.; T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, pp. 819 ss.; G. LOSAPPIO, *Dosimetria della colpa civile e penale*, in *Ind. pen.*, 1992, pp. 701 ss.

Nel ricercare tali criteri penalistici, bisogna in primo luogo evidenziare come sia possibile che un'indicazione al riguardo venga direttamente data dal legislatore, anche se, come detto, non è stato il caso della legge Balduzzi. Diversamente, la dottrina ha elaborato una serie di criteri, di carattere ora oggettivo, ora soggettivo, da seguire per riuscire a graduare la colpa in maniera quanto più accurata possibile. Anzitutto, la *coscienza*, variamente intesa, che può accompagnare la colpa, rappresenta un ottimo indicatore della sua gravità. In caso di colpa cosciente (ossia in cui la coscienza si rivolga alla situazione di pericolo) ovvero di colpa con rappresentazione (che alla cosciente aggiunge la consapevolezza anche di elementi ulteriori del fatto) si darà applicazione proprio all'art. 133, c. 1, n. 3, ritenendo – a seconda del *quantum* e della specificità della coscienza – più o meno grave la condotta colposa. Nel caso in cui poi si possa addirittura parlare di vera e propria colpa con previsione dell'evento, si applicherà direttamente la circostanza aggravante di cui all'art. 61, n. 3, nuovamente parametrata sul *quantum* e sulla specificità della previsione dell'evento.

In secondo luogo, nella colpa incosciente valido criterio è anche quello del *quantum* di prevedibilità e di evitabilità, che può aggravare la colpa, o anche, nel caso in cui il comportamento alternativo lecito non sia in grado di evitare in concreto la realizzazione dell'evento, escluderla del tutto.

Ancora, altro criterio – questa volta soggettivo – è dato dal *quantum* di esigibilità della condotta doverosa da parte del soggetto agente: quanto più essa è esigibile, e tanto più grave sarà la colpa, così come, viceversa, mancando la possibilità di richiedere concretamente all'agente una condotta diversa da quella tenuta, dovrebbe considerarsi esclusa la colpevolezza e quindi, conseguentemente, anche la colpa.

Ancora, rilevante è anche la *motivazione* alla base della condotta (tipico è l'esempio della guida spericolata ed imprudente con conseguenze lesive, la quale, a seconda del motivo per cui sia stata posta in essere, risulterà più o meno grave: così, certamente meno grave verrà considerata se realizzata da un autista di ambulanza in una situazione di emergenza, rispetto ad altri casi), nonché, e correlativamente, l'atteggiamento mostrato dall'agente verso altrui situazioni di interesse od altrui beni giuridici.

Ancora, a livello di condotta, rileverà altresì la presenza di circostanze anormali concomitanti, nel momento in cui non siano tali da escludere la *suitas* e dunque da funzionare in

chiave scriminante, ma semplicemente rendano più difficoltoso il rispetto della cautela doverosa e quindi possano porsi quali circostanze attenuanti (coperte dall'art. 62-*bis* c.p., oppure direttamente dall'art. 133, c. 1, n. 3, c.p.).

Sicuramente fondamentale, nel graduare la colpa, è poi il criterio del *quantum* di divergenza tra la condotta doverosa e quella effettivamente tenuta: tanto più rilevante sarà lo scarto e tanto più grave sarà la colpa (ad es., va da sé che, nella circolazione stradale, causare eventi lesivi a seguito di un incidente provocato per eccesso di velocità sarà tanto più grave quanto più si sia superato il limite, non potendosi certo considerare sullo stesso piano la condotta di chi lo superi di appena 10 km/h e quella di chi, invece, lo superi di oltre 100 km/h). Medesimo ragionamento va fatto, peraltro, anche con riferimento all'ipotesi di colpa impropria dell'eccesso colposo dai limiti di una scriminante (art. 55 c.p.), rispetto alla gravità della divergenza dalle condizioni che la legge stabilisce per ritenere legittimamente esercitata la scriminante medesima.

Resta ancora da sottolineare come, molto spesso, il giudice si trovi ad avere a che fare con diversi criteri contemporaneamente, dovendo procedere ad una loro valutazione mediante il ragionamento di equivalenza, prevalenza o soccombenza tipico del concorso di circostanze.

Infine, va menzionata anche la questione della valutazione delle colpe concorrenti, divenendo l'analisi comparativa ancora più complessa quando si presenti il concorso di colpa di più agenti o della stessa vittima, da graduarsi necessariamente sulla base di criteri di approssimazione.

Tutto ciò premesso e considerato, appare di fondamentale importanza analizzare il diritto vivente formatosi sulla legge Balduzzi, e derivato, in grandissima parte, dalla sentenza Cantore. La giurisprudenza di legittimità si è mostrata sostanzialmente recettiva rispetto all'illustre precedente, condividendone quasi tutti i principi di diritto, e specificandone in alcuni casi la portata.

Si trova affermato, infatti, che il semplice rispetto delle linee guida non vale ad escludere *ipso facto* la responsabilità, dovendo comunque accertarsi se la specificità del quadro clinico del paziente imponesse un percorso terapeutico diverso rispetto a quello indicato da dette linee guida (Cass., Sez. IV, 22 aprile 2015, n. 24455, Rv. 263732), e se, comunque, il comportamento terapeutico appropriato avrebbe avuto una qualificata probabilità di evitare l'evento (Cass., Sez. IV, 5 novembre 2013, n. 18430, Rv. 261294). In caso contrario, infatti, risulta connotata da colpa

non lieve la condotta del medico il quale si attiene a linee guida accreditate anche quando la specificità del quadro clinico del paziente imponga un percorso terapeutico diverso rispetto a quello indicato dalle menzionate linee guida, con conseguente necessità di disattendere queste ultime, in quanto inadeguate (Cass., Sez. IV, 8 luglio 2014, n. 2168, Rv. 261764).

Viene, inoltre, ribadita l'avvenuta parziale abrogazione degli artt. 589 e 590 c.p., con conseguente applicabilità del regime previsto dall'art. 2, c. 2, c.p. (Cass., Sez. IV, 11 maggio 2016, n. 23283, Rv. 266904).

Ancora, si trovano sovente applicati i criteri suddetti di individuazione della gravità della colpa, con particolare considerazione per il *quantum* di divergenza fra la condotta tenuta e la condotta doverosa omessa, configurandosi la colpa grave a norma dell'art. 3 della legge 8 novembre 2012, n. 189, quando si è in presenza di una deviazione ragguardevole rispetto all'agire appropriato, come definito dalle linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, tenuto conto della necessità di adeguamento alle peculiarità della malattia ed alle specifiche condizioni del paziente (Cass., Sez. IV, 15 aprile 2014, n. 22281, Rv. 262273). In particolare, si afferma che in tema di responsabilità per attività medico-chirurgica, al fine di distinguere la colpa lieve dalla colpa grave, possono essere utilizzati i seguenti parametri valutativi della condotta tenuta dall'agente: a) la misura della divergenza tra la condotta effettivamente tenuta e quella che era da attendersi, b) la misura del rimprovero personale sulla base delle specifiche condizioni dell'agente; c) la motivazione della condotta; d) la consapevolezza o meno di tenere una condotta pericolosa (Cass., Sez. IV, 8 maggio 2015, n. 22405, Rv. 263736). Sempre sul punto, poi, la Suprema Corte (Cass., Sez. IV, 11 maggio 2016, n. 23283, Rv. 266904) ha affermato che può ragionevolmente ravvisarsi una 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». Diversamente, «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 ed abbia determinato, anzi, la negativa evoluzione della patologia».

Tale sostanziale uniformità di orientamenti viene drasticamente meno in riferimento ad un punto importante, ossia quello relativo all'ambito di operatività della disciplina *de qua* in relazione alle tre *species* di colpa generica (negligenza, imprudenza, imperizia). Il punto controverso è infatti se la parziale *abolitio criminis* – letteralmente riferita alla colpa lieve – debba comprendere tutte e tre le specie, ovvero la sola *imperizia*.

Un primo orientamento accoglie la soluzione restrittiva, dal momento che le linee guida conterrebbero solamente regole di perizia (Cass., Sez. IV, 8 luglio 2014, n. 7346, Rv. 262243; Cass., Sez. IV, 20 marzo 2015, n. 16944, Rv. 263389; Cass., Sez. IV, 27 aprile 2015, n. 26996, Rv. 263826; Cass., Sez. V, del 3 febbraio 2016, n. 18895, non massimata), e non già di diligenza o prudenza, di talché la legge Balduzzi opererebbe soltanto per le condotte professionali conformi alle linee guida contenenti regole di perizia, ma non si estenderebbe agli errori diagnostici connotati da negligenza o imprudenza (Cass., Sez. IV, 24 gennaio 2013, n. 11493, Rv. 254756; Cass., Sez. III, 4 dicembre 2013, n. 5460, Rv. 258846; nello stesso senso va anche la Cantore).

Un secondo orientamento, all'inverso, abbraccia la soluzione opposta, affermando che la limitazione della responsabilità del medico in caso di colpa lieve opera, in caso di condotta professionale conforme alle linee guida ed alle buone pratiche, anche nella ipotesi di errori connotati da profili di colpa generica diversi dall'imperizia, essendo tale interpretazione conforme al tenore letterale della norma, che non fa alcun richiamo al canone della perizia e risponde alle istanze di tassatività dello statuto della colpa generica delineato dall'art. 43, c. 3, c.p. (Cass., Sez. IV, 11 maggio 2016, n. 23283, Rv. 266903). Pertanto, la limitazione della responsabilità in caso di colpa lieve, pur trovando terreno d'elezione nell'ambito dell'imperizia, può tuttavia venire in rilievo anche quando il parametro valutativo della condotta dell'agente sia quello della diligenza o della prudenza (Cass., Sez. IV, 1° luglio 2015, n. 45527, Rv. 264897; Cass., Sez. IV, 9 ottobre 2014, n. 47289, Rv. 260739; Cass., Sez. IV, 19 gennaio 2015, n. 9923, non massimata).

L'art. 3 della legge Balduzzi è stato altresì oggetto, nella sua breve vita, del sollevamento, da parte del Tribunale di Milano, di una questione di legittimità costituzionale, ritenuta tuttavia inammissibile dal Giudice delle leggi. La pronunzia in questione è l'ordinanza 2-6 dicembre 2013, n. 295[148]. La questione sottoposta alla Corte era per la verità assai nutrita ed articolata. In

[148] V., per il testo completo, *Cortecostituzionale.it*; al riguardo, v. G. L. GATTA, *Colpa medica e linee guida: manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 del decreto Balduzzi sollevata dal*

particolare, infatti, si lamentava l'eccessiva genericità della causa di esclusione della punibilità e del parametro, di inedita utilizzazione quanto all'*an respondeatur*, della colpa lieve. In tale vaghezza si ravvisava pertanto contrasto con i principi di ragionevolezza e di tassatività previsti dagli artt. 3 e 25, c. 2, Cost., nonché con la funzione rieducativa della pena (art. 27 Cost.). In secondo luogo, si ravvisava altresì contrasto con l'art. 33 Cost. nella parte in cui tutela la libertà della scienza, la quale sarebbe invece stata compressa dalla disposizione censurata, la quale – pur avendo voluto porsi come strumento di contrasto al fenomeno della c.d. "medicina difensiva" – avrebbe in realtà finito con l'accordare un regime di maggior favore al medico passivamente ed acriticamente accettante le linee guida. In ultimo, e soprattutto, il giudice *a quo* lamentava la lampante violazione del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), dovuta, da un lato, alla potenziale vastissima applicazione della disposizione censurata, suscettibile, infatti, di attrarre nella propria sfera applicativa *tutti* gli esercenti la professione sanitaria e dunque anche quelli non chiamati ad adottare scelte diagnostiche o terapeutiche o le cui scelte non attengono alla salute umana (come esempio si menzionavano i veterinari, i farmacisti, i biologi e gli psicologi), nonché di riferirsi a *tutti* i reati colposi eventualmente realizzabili dal sanitario; dall'altro, alla vera e propria creazione di un privilegio per la classe sanitaria rispetto alle altre professioni, collocate in situazione di minor favore.

La Corte, di fronte a tali argomentazioni, rispondeva con ordinanza di manifesta infondatezza a causa del difetto di motivazione in punto di rilevanza della questione, ma comunque precisava «che, al riguardo, occorre anche considerare come, nelle prime pronunce emesse in argomento, la giurisprudenza di legittimità abbia ritenuto – in accordo con la dottrina maggioritaria – che la limitazione di responsabilità prevista dalla norma censurata venga in rilievo solo in rapporto all'addebito di imperizia, giacché le linee guida in materia sanitaria contengono esclusivamente regole di perizia: non, dunque, quando all'esercente la professione sanitaria sia ascrivibile, sul piano della colpa, un comportamento negligente o imprudente».

Si noti, quindi, che la Corte costituzionale – sebbene in una decisione di mero rito – sembrava volere avallare l'orientamento restrittivo circa l'ambito di operatività della disposizione

Tribunale di Milano, in *Dirittopenalecontemporaneo.it*; G. M. CALETTI-M. L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura*, cit., p. 7.

de qua, confermando il proprio medesimo e risalente orientamento in tema di applicabilità dell'art. 2236 c.c. nel settore penale (Corte cost., n. 166 del 22 novembre 1973). Va tuttavia altresì considerato che le pronunce succitate di segno opposto sono tutte posteriori rispetto a tale arresto.

Infine, è bene segnalare che i dubbi di costituzionalità pendenti sulla legge Balduzzi sono stati superati, in conferma della decisione del Giudice delle leggi, anche dalla stessa Cassazione, che ha infatti affermato – peraltro in parziale recupero di precedenti orientamenti – che essa non si pone in contrasto con l'art. 3 della Costituzione, non potendosi ravvisare profili di irragionevolezza di tale norma rispetto alla diversa disciplina applicabile agli altri operatori del rischio (e per gli stessi sanitari che non applichino il sapere consolidato in linee guida) per i quali, l'esclusione della responsabilità penale per colpa grave, pur potendo operare solo in virtù del principio civilistico di cui all'art. 2236 cod. civ. – applicabile come regola di giudizio cui attenersi nel valutare l'addebito di imperizia, qualora il caso concreto imponga la soluzione di problemi di speciale difficoltà – prescinde, tuttavia, dalla conformità della condotta alle linee guida ed alle buone pratiche di riferimento (Cass., Sez. IV, 19 novembre 2015, n. 12478, Rv. 267814).

In dottrina[149] si evidenziano prese di posizione critiche sia rispetto alla lettera della disposizione, sia rispetto ad alcune delle pronunce giurisprudenziali segnalate.

[149] V., *ex multis* e senza pretesa di esaustività, F. BASILE, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 c.c. e legge Balduzzi (aspettando la riforma della riforma)*, in *Dirittopenalecontemporaneo.it*; R. BLAIOTTA, *La colpa*, cit.; R. BLAIOTTA, *Legalità, determinatezza, colpa*, in *Criminalia*, 2012, pp. 375 ss.; R. BLAIOTTA, *La responsabilità medica*, cit., pp. 313 ss.; G. M. CALETTI, *Non solo imperizia: la Cassazione amplia l'orizzonte applicativo della Legge Balduzzi*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, fasc. 9, pp. 1147 ss.; D. CASTRONUOVO, *La colpa*, cit., pp. 548 ss.; G. CIVELLO, *Responsabilità medica e rispetto delle "linee guida", tra colpa grave e colpa lieve (La nuova disposizione del "decreto sanità")*, in *Arch. Pen.*, 2013, fasc. 1, pp. 85 ss.; C. CUPELLI, *I limiti della colpa medica per effetto dell'art. 3 della legge n. 189 del 2012,* in *Cass. pen.*, 2013, fasc. 9, pp. 2999 ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 603; G. FORTI, *Il "quadro in movimento" della colpa penale del medico, tra riforma auspicate e riforme attuate*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, fasc. 6, pp. 738 ss.; M. GALLO, voce *Colpa*, cit., p. 643; G. L. GATTA, *Colpa medica e art. 3, co. 1 d.l. n. 158/2012: affermata dalla Cassazione l'abolitio criminis (parziale) per i reati commessi con colpa lieve*, in *Dirittopenalecontemporaneo.it*; G. L. GATTA, *Colpa medica e linee guida: manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 del decreto Balduzzi sollevata dal Tribunale di Milano*, in *Dirittopenalecontemporaneo.it*; S. GROSSO, *I limiti della colpa medica per effetto della legge n. 189 del 2012*, in *Cass. pen.*, 2014, fasc. 5, pp. 1670 ss.; S. LOGROSCINO-V. DRAGO, *Sulla responsabilità penale del medico*, in *Riv. pen.*, 2013, fasc. 9, pp. 857 ss.; G. LOSAPPIO, *Dosimetria*, cit., pp. 701 ss.; A. MANNA, *Causalità e colpa in ambito medico fra diritto scritto e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, fasc. 3, pp. 1176 ss.; A. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale – Tra legalità e tutela della salute*, Pisa University Press, Pisa, 2014, pp. 161 ss.; F. MANTOVANI, voce *Colpa*, cit., pp. 312-313; F. MANTOVANI, *Colpa medica e sue mutazioni*, in *Giust. pen.*, 2013, fasc. 1, pp. 2 ss.; G. MARINI, voce *Colpa*, cit., p. 12; A. MARTUSCELLI, *Il c.d. decreto Balduzzi e la "colpa" del medico*, in *Riv. pen.*, 2014, fasc. 4, pp. 343 ss.; T. PADOVANI, *Il grado*, cit., pp. 819 ss.; M. PELISSERO, *La colpa medica nella giurisprudenza penale*, in *Contratto e impresa*, 2015, fasc. 3, pp. 540 ss.; C. PEZZIMENTI, *La responsabilità penale del medico tra linee guida e colpa "non lieve": un'analisi critica*, in *Riv.*

In via preliminare, è pressoché unanime la sottolineatura dell'eccessiva vaghezza e genericità dell'art. 3 in discorso, soprattutto per quanto riguarda i concetti di "linee guida" e di "colpa grave", entrambi lasciati normativamente irrisolti. Si segnala, infatti, il pericolo che ciò comporta quanto alle importanti conseguenze derivanti dalla ritenuta integrazione della colpa grave, che segna l'ingresso nell'aerea del penalmente rilevante, pur mancando completamente qualsivoglia indicazione di legge circa i criteri per riconoscerla. Parimenti, è avvertita una forte contraddizione dovuta alla difficoltà di ritenere sussistente un qualsivoglia profilo di colpa, pur nel rispetto di linee guida accreditate (locuzione che, nella sua genericità, si ritiene debba riferirsi, acuendo ulteriormente i problemi, alla migliore scienza ed esperienza del momento, più che ad effettivi parametri formali).

Per quanto specificamente attiene al parametro della gravità della colpa, la più attenta dottrina apprezza la ricostruzione effettuata dalla giurisprudenza Cantore dei criteri di ricognizione del grado della colpa. Si sostiene, infatti, che riferire il grado della colpa non soltanto ad elementi obiettivi (quali, tipicamente, la divergenza fra condotta tenuta e condotta doverosa) ma anche soggettivi (in particolare, come visto, l'esigibilità della condotta doverosa da parte del soggetto concreto) sia l'unico e più efficace mezzo per rinforzare la c.d. colpevolezza della colpa (o misura soggettiva di essa), vale a dire la natura più spiccatamente soggettiva e colpevole di un elemento – quale è quello colposo – la cui storia è segnata irrimediabilmente da sempre più accentuati fenomeni di oggettivizzazione, favoriti dalla natura normativa della colpa e dal difficile percorso di affrancamento che essa ha dovuto compiere rispetto a varie teorie psicologistiche. Invero, la costruzione di un settore – quale quello della responsabilità medica – caratterizzato dalla punibilità

it. dir. proc. pen., 2015, fasc. 1, pp. 311 ss.; P. PIRAS, Culpa levis sine imperitia non excusat*: il principio si ritrae e giunge la prima assoluzione di legittimità per la legge Balduzzi*, in *Dirittopenalecontemporaneo.it*.; L. RISICATO, *Linee guida e imperizia "lieve" del medico dopo la l. 189/2012: i primi orientamenti della Cassazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, fasc. 6, pp. 696 ss.; L. RISICATO, *La Cassazione identifica un'ipotesi di colpa "non lieve" del medico: è vera imperizia*, in *Dir. proc. pen.*, 2014, fasc. 4, pp. 422 ss.; A. ROIATI, *Il ruolo del sapere scientifico e l'individuazione della colpa lieve nel cono d'ombra della prescrizione*, in *DPC, Rivista trimestrale*, 4, 2013, pp. 99 ss.; S. TORRACA, *Nuovi confini della responsabilità penale del medico dopo il c.d. decreto Balduzzi*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, fasc. 3, pp. 817 ss.; C. VALBONESI, *La Cassazione apre alle linee guida quali criterio di accertamento della colpa medica*, in *Giust. pen.*, 2013, fasc. 12, II, pp. 703 ss.; C. VALBONESI, *Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell'illecito colposo*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2013, fasc. 1, pp. 250 ss.; F. VIGANÒ, *Linee guida, sapere scientifico e responsabilità del medico in una importante sentenza della Cassazione*, in *Dirittopenalecontemporaneo.it.*

della sola colpa grave, ha fatto sperare nella possibilità che la correlazione fra gravità della colpa e sua maggiore ritrovata colpevolezza potesse trovare un utile banco di prova, da cui poi espandersi a tutto l'ordinamento. Non possono infatti essere qui taciute alcune importanti definizioni di colpa grave elaborate in occasione di studi o di possibili riforme. In particolare, si consideri quello elaborato da G. Forti, M. Catino, F. D'Alessandro, C. Mazzucato, G. Varraso e relativo proprio al settore medico, nel quale si prevedeva l'introduzione, nel codice penale, dell'art. 590-*ter* (*Morte o lesioni come conseguenza di condotta colposa in ambito sanitario*), il cui testo si riporta affinché possa confrontarsi con l'attuale art. 590-*sexies*: «*1. L'esercente una professione sanitaria che, in presenza di esigenze terapeutiche, avendo eseguito od omesso un trattamento, cagioni la morte o una lesione personale del paziente è punibile ai sensi degli articoli 589 e 590 solo in caso di colpa grave. 2. Ai sensi del presente articolo la colpa è grave quando l'azione o l'omissione dell'esercente una professione sanitaria, grandemente inosservante di regole dell'arte, ha creato un rischio irragionevole per la salute del paziente, concretizzatosi nell'evento*». Come si vede, una definizione di colpa grave assai raffinata, capace di vincolarla – più che a buone pratiche o a linee guida – alla maggiore o minore osservanza delle *leges artis*, in unione con la considerazione del rischio e dell'evento, due cardini, come noto, dell'intera teorica della colpa. Ancora, degno di nota è, sul punto, il progetto Pisapia di riforma del codice penale, che prevedeva, all'art. 13, lett. e), una vera e propria definizione generale di colpa grave, nei termini seguenti: «*la colpa sia grave quando, tenendo conto della concreta situazione anche psicologica dell'agente, sia particolarmente rilevante l'inosservanza delle regole ovvero la pericolosità della condotta, sempre che tali circostanze oggettive siano manifestamente riconoscibili*». Come si vede, una maggiore gravità della colpa implica un maggior livello di colpevolezza, basato sia su elementi oggettivi (la rilevanza dell'inosservanza delle regole), sia su elementi soggettivi (la concreta situazione psicologica dell'agente).

Pur venendo lodata per questa apertura verso la misura soggettiva della colpa, tuttavia, la giurisprudenza di legittimità non va esente da critiche in relazione alla citata limitazione dell'operatività della legge Balduzzi alla sola imperizia. Tale orientamento – sintetizzato dal brocardo *culpa levis sine imperitia non excusat* – è ritenuto derivare dall'evoluzione giurisprudenziale precedente (la quale, in relazione all'art. 2236 c.c., riteneva che il parametro di giudizio in esso presente fosse applicabile alla sola imperizia, con avallo della Corte

costituzionale), dalle lacune testuali dell'art. 3, non essendo chiaro non solo cosa siano le linee guida ma nemmeno quale ne sia il contenuto, nonché dal timore di creare – accogliendo un'interpretazione estensiva – veri e propri vuoti di tutela, ossia zone di impunità, laddove si ritenesse esente da responsabilità anche per negligenza ed imprudenza il sanitario che si sia adeguato a direttive cliniche dettate da mere necessità economiche. Ad ogni modo, l'orientamento in discorso viene criticato per diverse ragioni. In primo luogo perché il dato letterale della disposizione non autorizza tale indebita limitazione, parlando solamente di colpa *tout court*. In secondo luogo perché non è affatto vero che le linee guida contengano solo e necessariamente regole di perizia, potendo al contrario contenere anche norme di attenzione e cura verso attività considerate pericolose, non essendo dalla legge specificato nulla quanto al loro contenuto. In terzo luogo perché – come insegna autorevole e risalente dottrina – è assai difficile distinguere in concreto fra le tre *species* di colpa generica; operazione, peraltro, mai rivestita, nel nostro di ordinamento, di conseguenze così importanti come l'individuazione dell'*an respondeatur* di tanto gravi delitti. Infine, perché un'interpretazione tanto restrittiva limiterebbe la disposizione entro ridottissimi margini di applicazione, e restringerebbe eccessivamente il concetto – come detto già fumoso – di imperizia, che infatti altro non sarebbe che vera e propria negligenza od imprudenza qualificata, come tale non nettamente distinguibile dalle altre due *species*.

Sotto ulteriore profilo, poi, si ritiene che la stringata ordinanza della Corte costituzionale non abbia assolutamente dissolto i profili di incostituzionalità della disposizione, in particolare con riferimento alla duplice discriminazione che essa porrebbe in essere. Da una parte, infatti, si mostrerebbe discriminatoria già internamente, ossia con riferimento alla stessa attività medica, a causa della coniugazione fra linee guida e colpa grave. Ci si interroga, infatti, sul senso di limitare la responsabilità solamente di quei sanitari che abbiano seguito le linee guida e non anche di coloro che, invece, abbiano fatto applicazione del migliore sapere scientifico (magari di recente elaborazione), non ancora consolidato in linee guida; nonché sulla irragionevolezza di esentare da responsabilità anche casi in cui la colpa, per quanto lieve, intervenga rispetto a situazioni non particolarmente difficili. Dall'altra, poi, inaggirabile sarebbe la evidente discriminazione esterna rispetto a professionisti non sanitari che pure si trovano a fronteggiare situazioni complesse caratterizzate da grande rischio e da elevata utilità sociale.

Infine, la dottrina si esprime in senso fortemente critico nei confronti dell'impostazione dogmatica elaborata dalla sentenza Cantore e poi abbracciata da tutta la giurisprudenza successiva, secondo la quale la gravità della colpa verrebbe, in definitiva, ad essere criterio di esclusione della tipicità del reato, demarcando l'ambito del penalmente rilevante e permettendo di parlare di parziale *abolitio criminis* della colpa lieve. Si ritiene, infatti, che questa impostazione presti il fianco a due ordini di critiche. Da una parte, l'aver sostanzialmente vanificato il pur importante passo avanti compiuto nell'attualizzazione della colpevolezza della colpa, vincolando la gravità di essa alla mera tipicità; dall'altra, dal punto di vista processuale, l'aver imposto *de facto* di elevare contestazione – con relativa prova – anche con riferimento al grado della colpa, non potendosi parlare di fatto tipico senza la contestazione della gravità di essa. Ciò chiarito, si propone una ricostruzione diversa. Escluso che la limitazione di responsabilità *de qua* integri una causa di esclusione della tipicità nonché una causa di esclusione dell'antigiuridicità (rimanendo *ex professo* risarcibile il danno *ex* art. 2043 c.c.), non resta che considerarla o come una causa di esclusione della colpevolezza (ricostruzione dogmaticamente più precisa ma dalle conseguenze più delicate) ovvero come mera causa di esclusione della punibilità *strictu sensu*, eccezionale e dunque insuscettibile di essere applicata estensivamente.

4. La legge Gelli-Bianco e l'introduzione dell'art. 590-*sexies* c.p.: aporie e problematiche.

Come noto, la c.d. legge Gelli-Bianco (legge 8 marzo 2017, n. 24 – *Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*), in vigore dal 1° aprile 2017, ha proceduto all'abrogazione della previgente disciplina contenuta nell'art. 3, c. 1, d.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito con legge 8 novembre 2012, n. 189 (c.d. legge Balduzzi) ed a novellare il codice penale, aggiungendovi l'art. 590-*sexies* (*Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario*).

La legge Gelli-Bianco contiene soprattutto due articoli assai rilevanti, l'art. 5 e l'art. 6. L'art. 5 (*Buone pratiche clinico-assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee guida*) fornisce, finalmente, una definizione specifica di cosa debba intendersi per linee guida nell'attività medica,

stabilendone ben precisi criteri formalistici (comma 1)[150], nonché le modalità di pubblicazione (comma 3)[151].

L'art. 6 (*Responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria*), invece, prevede al comma 1 la menzionata novella al codice, disponendo l'inserimento dell'art 590-*sexies* (*Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario*): «*1. 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. 2. 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, contiene l'esplicita abrogazione dell'art. 3, c. 1, d.l. 158/2012.

Come si vede, si tratta di un testo[152], in parte oscuro, particolarmente diverso dal precedente Balduzzi. In particolare, infatti, deve essere notato come scompaia del tutto il riferimento alla

[150] Il quale, infatti, prevede: «*Gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi del comma 3 ed elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, e da aggiornare con cadenza biennale. In mancanza delle suddette raccomandazioni, gli esercenti le professioni sanitarie si attengono alle buone pratiche clinico-assistenziali*».

[151] «*Le linee guida e gli aggiornamenti delle stesse elaborati dai soggetti di cui al comma 1 sono integrati nel Sistema nazionale per le linee guida (SNLG), il quale è disciplinato nei compiti e nelle funzioni con decreto del Ministro della salute, da emanare* (omissis) *entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge. L'Istituto superiore di sanità pubblica nel proprio sito internet le linee guida e gli aggiornamenti delle stesse indicati dal SNLG, previa verifica della conformità della metodologia adottata a standard definiti e resi pubblici dallo stesso Istituto, nonché della rilevanza delle evidenze scientifiche dichiarate a supporto delle raccomandazioni*».

[152] Per un primo commento alla legge, v. P. PIRAS, *Imperitia sine culpa non datur. A proposito del nuovo art. 590 sexies c.p.*, in *Dirittopenalecontemporaneo.it*; P. PIRAS, *La riforma della colpa medica nell'approvanda legge Gelli-Bianco*, in *Dirittopenalecontemporaneo.it*; C. CUPELLI, *La colpa lieve del medico tra imperizia, imprudenza e negligenza: il passo avanti della Cassazione (e i rischi della riforma alle porte)*, in *Dirittopenalecontemporaneo.it*; C. CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *Dirittopenalecontemporaneo.it*; G. M. CALETTI-M. L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura*, cit.; P. F. POLI, *Il d.d.l. Gelli-Bianco: verso un'ennesima occasione persa di adeguamento della responsabilità penale del medico ai principi costituzionali?*, in *Dirittopenalecontemporaneo.it*; F. CENTONZE-M. CAPUTO, *La risposta penale alla* malpractice*: il dedalo di interpretazioni disegnato dalla riforma Gelli-Bianco*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, p. 1361 ss.; O. DI GIOVINE, *Colpa penale, "legge Balduzzi" e "disegno di legge Gelli-Bianco": il matrimonio impossibile tra diritto penale e gestione del rischio clinico*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 386 ss.; G. PAVICH, *La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria: cosa cambia con la legge Gelli-Bianco*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2961 ss.; G. ALPA, *"Ars interpretandi" e responsabilità sanitaria nella nuova legge "Bianco-Gelli"*, in *Contratto e impresa*, 2017, p. 728 ss.;

colpa grave (o non lieve), rimettendo all'apparenza la causa di esclusione della punibilità al mero rispetto delle linee guida, sempre che tuttavia esse risultino adeguate al caso specifico. In questo modo, come è stato evidenziato, si rompe il binomio introdotto dal decreto Balduzzi fra colpa grave e rispetto delle linee guida, a norma del quale, nel rispetto delle linee guida, non avrebbe potuto esservi punibilità che per colpa grave. Inoltre, la Gelli-Bianco compie un passo ulteriore rispetto al precedente Balduzzi, prevedendo espressamente la limitazione alla sola imperizia, nonché ai soli delitti di cui agli artt. 589-590 c.p., con ciò nei fatti cristallizzando alcuni orientamenti giurisprudenziali formatisi sul d.l. 158/2012.

Ciò premesso, ad un primo sguardo, l'art. 590-*sexies* prevede l'operare di *tre* presupposti affinché il sanitario possa andare esente dal rimprovero per colpa: in primo luogo che l'evento si sia verificato a causa di imperizia (dunque non per negligenza od imprudenza), in secondo luogo che siano state rispettate le linee guida individuate ai sensi di legge (o, in mancanza, le buone pratiche), ed in terzo luogo, che tali linee guida risultino adeguate alla specificità del caso concreto. Come si coglie intuitivamente, qualcosa non funziona, nel momento in cui si ammetta che – pur nel rispetto di adeguate linee guida – possa ravvisarsi imperizia nella condotta del sanitario. In altre parole, gli ultimi due presupposti confliggono con il primo, a meno di non salvarli interpretativamente (e le Sezioni Unite hanno abbracciato, come si vedrà, tale soluzione) contando sulla generale elasticità delle linee guida, le quali, bisognose di applicazione e concreta integrazione, potrebbero ben essere erroneamente applicate od interpretate rispetto alla letteratura di riferimento proprio per imperizia.

L. BETTIOL, *Riforma Gelli-Bianco: il ruolo delle linee guida nel giudizio di responsabilità penale in campo sanitario*, in *Foro it.*, 2017, c. 236; G. M. CALETTI-M. L. MATTHEUDAKIS, *La Cassazione e il grado della colpa penale del sanitario dopo la riforma "Gelli-Bianco"*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1369 ss.; M. CAPUTO, *La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria dopo la L. n. 24 del 2017 ... "quo vadit"? Primi dubbi, prime risposte, secondi dubbi*, in *Danno e responsabilità*, 2017, p. 293 ss.; F. CEMBRANI, *Su alcuni snodi critici della Legge "Gelli-Bianco"*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2017, p. 873 ss.; C. CUPELLI, *La responsabilità penale degli operatori sanitari e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1765 ss.; F. D'ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma "Gelli-Bianco"*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 573 ss.; A. PALMA, *Molto rumore per nulla: la legge Gelli-Bianco di riforma della responsabilità penale del medico*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2017, p. 523 ss.; L. RISICATO, *Colpa dello psichiatra e legge Gelli-Bianco: la prima stroncatura della Cassazione*, in *Giur. it.*, 2017, p. 2201; D. RONCALI, *Le linee-guida e le buone pratiche: riflessioni medico-legali a margine della legge Gelli-Bianco*, in *Danno e responsabilità*, 2017, p. 28

Un'ulteriore problematica generale da segnalare è quella soggettiva, legata alla corretta individuazione dei professionisti cui andrà applicato il nuovo regime. Dal punto di vista letterale, l'art. 590-*sexies* parla di «*esercizio della professione sanitaria*», non diversamente da quanto faceva l'art. 3 d.l. 158/2012 menzionando «*l'esercente la professione sanitaria*», ma aggiunge il riferimento ai soli artt. 589-590 c.p., risolvendo parte dei problemi e lasciandone un'altra parte ancora aperta. La maggiore questione, sotto questo profilo, è infatti la seguente: fermo l'art. 348 c.p., rientrano nella sfera di applicazione oggi della legge Gelli-Bianco, ieri del decreto Balduzzi, anche quei soggetti che svolgano semplicemente *di fatto* l'attività medica, senza averne i titoli? Si potrebbe ritenere che la risposta debba essere positiva, dato che, a volte, non il titolo – comunque indispensabile – ma le singole capacità permettono ad alcuni soggetti di esercitare correttamente l'attività *de qua*. Tuttavia, si può obiettare – indubbiamente a ragione, ed infatti è questa la soluzione migliore – che il regime di favore previsto dalle disposizioni in esame si basa sull'intento di non deprimere eccessivamente l'esercizio dell'attività medica, e dunque di incentivarne la fondamentale funzione sociale, e che nessuno di questi scopi ha minimamente a che fare con soggetti che, ponendosi al di fuori dell'ordinamento, esercitino abusivamente la professione, violando soprattutto – e questo pare davvero il rilievo risolutivo – la più macroscopica regola cautelare qui prospettabile, ossia quella che imponga di astenersi *tout court* dall'attività in mancanza dei titoli necessari[153]. Quanto, invece, alla questione circa le specifiche figure professionali (diverse dal medico) che sarebbero ricomprese nell'art. 590-*sexies*, il riferimento puntuale agli artt. 589-590 c.p. – ossia a delitti contro la vita e l'incolumità delle persone[154] – permette oggi di ritenere escluso il veterinario. Per contro, invece, si deve continuare a ritenere, come era anche sotto il previgente regime, che gli infermieri e le ostetriche possano beneficiare del trattamento più favorevole, così come, in generale, tutti coloro che svolgano l'attività tipica degli operatori sanitari, ossia l'attività diagnostica e terapeutica, volta alla cura della salute degli esseri umani.

A questo punto, emergono chiaramente i problemi interpretativi sollevati dalla nuova disposizione, e che sono stati oggetto dell'intervento delle Sezioni Unite. Solo una certezza è

[153] V. G. M. CALETTI-M. L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura*, cit., p. 7.

[154] Anche se un profilo di possibile incostituzionalità della nuova disposizione si rinviene proprio nella limitazione solamente a questi due delitti, lasciando ad esempio fuori quello di interruzione colposa di gravidanza.

infatti ritraibile dal testo, e cioè che nel caso, assai intuitivo, in cui vi sia radicale inosservanza delle linee guida, nonché in quello di adempimenti inopportuni di esse, non potrà esservi esclusione di punibilità, e la responsabilità andrà affermata anche per colpa lieve (a differenza del decreto Balduzzi, infatti, il non applicare adeguate linee guida al caso concreto non rileverà solamente in ipotesi di colpa grave, ma sempre, essendo scomparsa la limitazione).

Nel caso in cui, invece, il sanitario commetta qualche errore nel conformarsi a linee guida adeguate al caso specifico nonché adeguatamente individuate, sorgerà un dubbio interpretativo: si potrà, in questo caso, ritenere che le linee guida siano state ugualmente rispettate (con conseguente applicabilità dell'art. 590-*sexies*) ovvero, al contrario, si riterrà che, non essendolo state correttamente, non lo saranno state affatto? In entrambi i casi le conseguenze sembrano invero drastiche: ritenere che linee guida parzialmente rispettate permettano comunque l'operare della disposizione in discorso significa di fatto ampliarne notevolmente la portata; viceversa, ritenere che invece si debbano sempre considerare come non rispettate, impone un'interpretazione eccessivamente restrittiva, soprattutto alla luce della succitata contraddizione: quale spazio residuerebbe per ritenere sussistente l'imperizia se l'unico caso in cui si considerasse operante l'art. 590-*sexies* fosse quello del completo e corretto adempimento delle linee guida?

5. Il contrasto giurisprudenziale sull'art. 590-*sexies* c.p.: la sentenza Tarabori e la sentenza Cavazza

Era inevitabile che un chiarimento interpretativo venisse dalla Suprema Corte di Cassazione, la quale, nonostante il poco tempo, è effettivamente intervenuta sul punto, con due pronunce della IV Sezione penale fra loro drasticamente in contrasto[155]. Si è imposto così un intervento delle Sezioni Unite, sollecitate in questo senso d'ufficio dal Presidente della IV Sezione, e convocate dal Primo Presidente all'udienza pubblica del 21 dicembre 2017. Occorre preliminarmente operare una ricostruzione del contrasto in parola.

[155] Sul contrasto, v. C. CUPELLI, *Lo statuto penale*, cit.; F. CENTONZE-M. CAPUTO, *La risposta penale*, cit., p. 1361; O. DI GIOVINE, *Colpa penale, "legge Balduzzi"*, cit., p. 386; C. CUPELLI, *Cronaca di un contrasto annunciato: la legge Gelli-Bianco alle Sezioni Unite*, in *Dirittopenalecontemporaneo.it*.

Con la prima sentenza in discorso, c.d. Tarabori[156], la Corte – dopo aver espresso un generale e preliminare giudizio di favore nei confronti del nuovo "sistema" codificato di linee guida previsto dall'art. 5 della legge Gelli-Bianco e poi richiamato dall'art. 590-*sexies* c.p., ed averne tuttavia sottolineato la natura di parametro non esclusivo di valutazione della condotta del sanitario e non idoneo a fondare addebito per colpa specifica – esprime con nettezza i dubbi da più parti avanzati sull'irrazionalità del testo. Si dice infatti testualmente che «la lettura della nuova norma suscita alti dubbi interpretativi, a prima vista irresolubili», dal momento che «si legge che non è punibile l'agente che rispetta le linee guida accreditate […], nel caso in cui esse risultino adeguate alle specificità del caso concreto. L'enunciato, come è stato da più parti sottolineato, attinge la sfera dell'ovvietà: non si comprende come potrebbe essere chiamato a rispondere di un evento lesivo l'autore che, avendo rispettato le raccomandazioni espresse da linee guida qualificate e pertinenti ed avendole in concreto attualizzate in un modo che "risulti adeguato" in rapporto alle contingenze del caso concreto, è evidentemente immune da colpa».

La nuova disciplina poi, secondo il Collegio, «risulta di disarticolante contraddittorietà» nel momento in cui venga posta in connessione con la prima parte del testo normativo, che appunto impone la non punibilità nel caso in cui l'evento si verifichi, pur alle condizioni appena dette. Tale disarticolante contraddittorietà è tale, per il giudice di legittimità, da porre in luce «incongruenze interne tanto radicali da mettere in forse la stessa razionale praticabilità della riforma in ambito applicativo».

Per evitare tale completa vanificazione, dunque, si impone un'interpretazione di carattere correttivo, che la Corte individua nel senso di limitare l'operatività del neonato articolo come se il legislatore avesse voluto «escludere la punibilità anche nei confronti del sanitario che, pur avendo cagionato un evento lesivo a causa di comportamento rimproverabile per imperizia, in qualche

[156] Cass., Sez. IV, 20 aprile 2017, n. 28187, Rv. 270213-14, P.C. Tarabori in proc. De Luca, in *Foro it.*, 2017, c. 493, con nota di L. Bettiol; in *Dirittopenalecontemporaneo.it*, con nota di C. CUPELLI, *La legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione: linee guida sì, ma con giudizio*; *ivi*, con nota di P. PIRAS, *Il discreto invito della giurisprudenza a fare noi la riforma della colpa medica*; *ivi*, con nota di M. FORMICA, *La responsabilità penale del medico: la sedazione ermeneutica di una riforma dal lessico infelice*; *ivi*, con nota di C. CUPELLI, *La legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione: linee guida sì, ma con giudizio*; in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1369 ss., con nota di G.M. CALETTI-M.L. MATTHEUDAKIS, *La Cassazione e il grado della colpa penale del sanitario dopo la riforma "Gelli-Bianco"*; in *Guida Al Diritto Il Sole 24ore Settimanale*, 2017, p. 72 ss., con nota di G. AMATO, *Psichiatra condannato per condotta "leggera" con paziente psicotico*; in *Riv. it. med. leg.*, 2017, p. 713 ss., con nota di M. CAPUTO, *"Promossa con riserva". La legge Gelli-Bianco passa l'esame della Cassazione e viene "rimandata a settembre" per i decreti attuativi*.

momento della relazione terapeutica abbia comunque fatto applicazione di direttive qualificate; pure quando esse siano estranee al momento topico in cui l'imperizia lesiva si sia realizzata». Per esemplificare si fa l'esempio di un chirurgo che nell'atto di asportazione di una neoplasia addominale nel rispetto delle linee guida, tuttavia, nel momento esecutivo, per un errore tanto enorme quanto drammatico, invece di recidere il peduncolo della neoformazione, tagli un'arteria con effetto letale. Di conseguenza, il nuovo paradigma di esclusione della responsabilità *non* si potrà applicare alle «*condotte che, sebbene poste in essere nell'ambito di relazione terapeutica governata da linee guida pertinenti ed appropriate, non risultino per nulla disciplinate in quel contesto regolativo*».

La soluzione opposta, ossia quella strettamente letterale per la quale in ogni caso di imperita esecuzione di linee guida adeguate al caso di specie il sanitario dovrebbe andare esente da responsabilità, non potrebbe, secondo la Corte, venire accolta, per diversi motivi. In particolare, infatti, essa si porrebbe in plateale contrasto con gli artt. 32 e 3 Cost., quest'ultimo in relazione non soltanto alla disciplina vigente per altre professioni parimenti rischiose, ma anche in riferimento ai parametri della negligenza e dell'imprudenza. Posto, infatti, che non eccentrica appare la scelta di fondo del legislatore di ammorbidire la tanto temuta spada di Damocle della repressione penale gravante sulla categoria medica (a scopi deflattivi anche della c.d. medicina difensiva) con riferimento esclusivo all'imperizia (anche se una chiara demarcazione fra le tre *species* di colpa generica è inedita nell'ordinamento e probabilmente assai difficoltosa in generale), ci si può tuttavia interrogare sulla razionalità di tale discriminazione nel momento in cui venga intesa come assoluta. In altri termini: la *ratio* sottesa alla valorizzazione della sola imperizia regge anche nel confronto fra una condotta gravemente imperita (es. quella riportata *supra*) ed una lievemente imprudente (come, ad es., l'allontanarsi dall'ospedale appena cinque minuti prima del dovuto, confidando nel perfetto stato di ripresa di un paziente in postoperatoria che poi in realtà vada incontro ad una complicanza gestibile se il medico fosse stato presente proprio in quel frangente di tempo)? Davvero la prima è meritevole di essere *sempre* scusata, a differenza della seconda?

Ancora, la Corte sottolinea come una scelta interpretativa del genere potrebbe avere pesanti ricadute anche sull'altro versante di responsabilità, ossia quello civilistico. Giusto il disposto dell'art. 7, l. 24/2017, infatti, «*il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene*

conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'art. 5 della presente legge e dell'art. 590-sexies del codice penale». Di conseguenza, la nuova disciplina non solo escluderebbe la responsabilità penale, ma potrebbe anche far conseguentemente diminuire la quantificazione del danno in sede civile.

Infine, con riferimento al profilo intertemporale, la Corte, in questa prima sentenza, ritiene che la legge Balduzzi sia più favorevole, e dunque ultrattivamente vigente *ex* art. 2, c. 4, c.p., in quanto ancorata al parametro della gravità della colpa, che invece adesso perde di rilevanza, operandosi una riviviscenza dell'abrogata responsabilità per colpa lieve. Se prima, infatti, il sanitario poteva vedere esclusa la propria responsabilità per colpa lieve (intendendosi come tale ogni caso di colpa, e non solamente l'imperizia), ora invece ciò potrebbe accadere solamente per l'imperizia, e senza che nulla sia specificato quanto al grado. In un *obiter dictum*, tuttavia, la Corte richiama la rilevanza ermeneutica del parametro di giudizio di cui all'art. 2236 c.c., il quale, se applicato quanto meno a livello interpretativo (essendone stata esclusa da tempo l'applicazione diretta in ambito penale), potrebbe ammorbidire la scomparsa totale del riferimento al grado della colpa.

A poca distanza dal precedente Tarabori, la Suprema Corte è tornata sull'interpretazione della legge Gelli-Bianco, in modo del tutto contrastante, anche se ad opera della medesima Sezione, con la sentenza Cavazza[157], la quale, invero, non contiene alcun riferimento al primo arresto.

Il ricorso riguardava – a differenza del primo, legato alla delicata responsabilità dello psichiatra – un caso che ben si prestava a chiamare nuovamente in causa i nodi problematici dell'art. 590-*sexies* c.p., poiché relativo ad un vero e proprio errore esecutivo nel corso di un intervento di ptosi (*lifting*), dovuto ad imperizia, e dal quale era derivata la perdita di sensibilità del paziente in ristretta zona frontale destra, ancora persistente dopo cinque anni. I giudici di merito avevano ritenuto non applicabile la legge Balduzzi, trattandosi di colpa grave.

[157] Cass., Sez. IV, 19 ottobre 2017, n. 50078, Rv. 270985, Cavazza, in *Cass. pen.*, 2018, p. 161 ss., con nota di C. CUPELLI, *Quale (non) punibilità per l'imperizia medica? La legge Gelli-Bianco nell'interpretazione delle Sezioni unite.*; in *Dirittopenalecontemporaneo.it*, con nota di P. PIRAS, *La non punibilità dell'imperizia medica* in executivis; in *Guida Al Diritto Il Sole 24ore Settimanale*, 2018, p. 74 ss., con nota di G. AMATO, *Sussiste la colpa quando è ravvisato un errore inescusabile*; in *Arch. pen.*, 2018, fasc. 1, con nota di F.P. BISCEGLIA, *Il discutibile secondo lifting giurisprudenziale su di un tessuto normativo difettoso*.

Ebbene, la Corte di cassazione questa volta dà un'interpretazione del tutto divergente rispetto a quella della sentenza Tarabori, ritenendo che la legge Gelli-Bianco debba essere intesa nel senso più letterale possibile, accogliendo pertanto proprio quella ricostruzione radicalmente criticata in precedenza, ossia quella per cui la causa di non punibilità dovrebbe essere applicata in tutti i casi di imperizia che si presentino pur nel rispetto di linee guida adeguate, e dunque ad ogni ipotesi di errore esecutivo, senza considerazione alcuna per il grado dell'imperizia. La Corte giunge a tale conclusione valorizzando la lettera e la finalità della legge: «sotto il primo profilo, il legislatore, innovando rispetto alla legge Balduzzi, non attribuisce più alcun rilievo al grado della colpa, così che, nella prospettiva del *novum* normativo, alla colpa grave non potrebbe più attribuirsi un differente rilievo rispetto alla colpa lieve, essendo entrambe ricomprese nell'ambito di operatività della causa di non punibilità; sotto l'altro concorrente profilo, giova ribadire che con il *novum* normativo si è esplicitamente inteso favorire la posizione del medico, riducendo gli spazi per la sua possibile responsabilità penale, ferma restando la responsabilità civile».

Di conseguenza – pur facendo salva la possibile ed eccezionale ultrattività della legge Balduzzi in casi specifici in cui essa possa concretamente essere più favorevole – la Suprema Corte riteneva che la nuova disciplina fosse più favorevole, perché tesa ad escludere la punibilità del medico in *tutti* i casi in cui egli abbia rispettato le adeguate linee guida, ma sia ciononostante incorso comunque in imperizia, come tipicamente può accadere in caso di errore esecutivo; e senza, in tal caso, che rilevi affatto il grado dell'imperizia. La Corte, poi, si diceva consapevole del possibile attrito che tale nuova disciplina potrebbe creare con l'art. 3 Cost., ma non lo approfondiva, non essendo rilevante per il caso di specie.

In ultimo, la sentenza Cavazza prendeva decisamente posizione sulla natura dogmatica dell'art. 590-*sexies* c.p., ritenendolo una palese causa di non punibilità, come tale posta dal legislatore per escludere la mera punibilità in alcuni casi di colpa medica in ossequio a ragioni di opportunità, e dunque non riguardando assolutamente il profilo della colpevolezza. In questo modo, il reato verrebbe comunque ad esistenza, con tutte le conseguenze relative alle statuizioni civili. La sentenza Tarabori, invece, aveva ritenuto che la nuova disciplina incidesse sulla «parametrazione della colpa» e che dunque si ponesse – riteniamo – come scusante, capace di far venire meno la sussistenza stessa del reato, pur lasciando il fatto illecito.

Come si vede, le due sentenze si ponevano in un radicale contrasto – relativo allo spinoso problema dell'errore esecutivo verificatosi nonostante la corretta ricognizione ed il rispetto sostanziale di linee guida "codificate" ai sensi dell'art. 5, l. 24/2017 che risultino altresì adeguate al caso di specie –, così riassumibile.

Un primo "orientamento" (per quanto improprio risulti l'utilizzo di tale termine in riferimento ad una sola sentenza), riteneva che l'art. 590-*sexies* c.p. debba considerarsi una scusante e non una causa di esclusione della mera punibilità e che non debba trovare applicazione, con riferimento al problema controverso, nel caso di condotte che non risultino per nulla disciplinate in quel contesto regolativo, pur collocandosi in un generale rispetto di fondo delle linee guida predette, con ciò limitandone fortemente l'applicabilità, ma salvaguardandone il più possibile la legittimità costituzionale[158].

Un secondo "orientamento", invece, riteneva di doversi strettamente attenere alla lettera ed alla *ratio* del *novum* normativo, il quale viene dunque considerato causa di non punibilità prevista dal legislatore per ragioni di opportunità; e conseguentemente il suo margine di applicabilità veniva esteso fino a raggiungere la lettera della legge, la quale prevede che in tutti i casi in cui l'imperizia sia configurabile nonostante il rispetto delle predette linee guida, il sanitario debba andare esente da responsabilità, senza che ulteriori valutazioni debbano essere compiute. Secondo tale lettura, quindi, l'applicabilità risulterebbe estesa al massimo, tuttavia a scapito, quanto meno *prima facie*, della compatibilità costituzionale.

In parole ancora più semplici: è come se le due sentenze avessero deciso di porre la linea di demarcazione fra l'applicabilità e la non applicabilità dell'art. 590-*sexies* c.p. in due punti molto distanti fra loro, assodato che, dal punto di vista strettamente letterale, non vi sarebbe spazio per alcuna sua applicazione. Una volta capito che – per salvare la novella dall'irrazionalità letterale che la affligge – era necessario interpretarla come riferentesi ad ipotesi in cui, pur essendo presenti i requisiti dell'imperizia, del rispetto e della adeguatezza delle linee guida, essi non siano tuttavia presenti "per l'intero", ma solamente parzialmente, la questione diventava ove fissare "la soglia" di tale parzialità. La sentenza Tarabori rispondeva ponendola molto in là, mentre la sentenza Cavazza non la spostava, fermandosi a questo primo, ineludibile, espediente ermeneutico, e

[158] Come i primi commentatori non hanno mancato di osservare: v. C. CUPELLI, *Cronaca di un contrasto annunciato*, cit.

ritenendo pertanto che in tutti questi casi essa sia applicabile. Di conseguenza, le due interpretazioni differivano con riferimento proprio al requisito dell'adeguatezza delle linee guida al caso di specie: la sentenza Tarabori, infatti, attribuiva tale requisito sia alla *scelta* delle raccomandazioni previste dalle linee guida, sia all'*attuazione* delle stesse, mentre la sentenza Cavazza limitava tale requisito alla sola scelta, ammettendo ampio esonero da responsabilità nella fase esecutiva.

Circa il regime intertemporale, poi, non v'è chi non veda che accedendo alla prima interpretazione si tendeva a ritenere più favorevole la legge Balduzzi (in quanto applicabile a tutti i casi di colpa lieve), mentre condividendo la seconda si riteneva che la legge Gelli-Bianco risulti sicuramente più favorevole, quanto meno in relazione all'imperizia, escludendo la punibilità senza riferimento al grado della colpa, e quindi anche in caso di imperizia grave.

6. L'intervento delle Sezioni Unite: la sentenza Mariotti, uno sguardo d'insieme.

Il contrasto che indubbiamente si era venuto a creare all'interno della IV Sezione ha indotto il Presidente della stessa a richiedere d'ufficio l'assegnazione della delicata questione alle Sezioni Unite, convocate dal Primo Presidente all'udienza pubblica del 21 dicembre 2017. L'esito del giudizio è stata la sentenza delle Sezioni Unite del 21 dicembre 2017, n. 8770 (dep. 22 febbraio 2018), Pres. Canzio, Rel. Vessichelli, Imp. Mariotti ed altro, Rv. 272174-76[159].

La questione sottoposta al Supremo Collegio era la seguente: «Quale sia, in tema di responsabilità colposa dell'esercente la professione sanitaria per morte o lesioni, l'ambito applicativo della previsione di "non punibilità" prevista dall'art. 590-*sexies* cod.pen., introdotta dalla legge 8 marzo 2017, n. 24».

La sentenza, dopo aver ripercorso le innovazioni principali introdotte dalla legge Gelli-Bianco ed aver tracciato un rapido *excursus* sulla disciplina previgente (in particolare sulla legge Balduzzi), perviene alla soluzione del quesito tramite un'interpretazione costituzionalmente conforme che deriva dall'utilizzo di precisi canoni ermeneutici, i quali permettono alla Corte di recuperare nel *corpus* normativo dell'art. 590-s*exies* il riferimento alla gravità della colpa per

[159] Sulla quale, per un primo commento, v. C. CUPELLI, *L'art. 590*-sexies *c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione 'costituzionalmente conforme' dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in *Dirittopenalecontemporaneo.it*; G. AMATO, *Conclusione giusta in linea con la norma e contro le negligenze*, in *Guida dir. Sole 24 Ore*, 2018, 12, pp. 13 ss.

imperizia, parametro non più presente a livello letterale. Oltre a ciò, la sentenza contiene anche alcune conferme in ordine al corretto modo di intendere il ruolo e la natura delle linee guida, anche sotto la nuova disciplina, nonché alcuni spunti di riflessione, in chiusura, circa la delicata questione intertemporale.

Ad uno sguardo di insieme, l'arresto, invero alquanto conciso anche se tendenzialmente completo, sembra essere pervenuto nel merito all'unica soluzione praticabile senza adire la Corte costituzionale, anche se, come si sottolineerà nel prosieguo, tale obiettivo è stato raggiunto forse a scapito della piena correttezza metodologica, andando assai oltre il testo della legge.

Occorre adesso passare all'analisi puntuale del contenuto della sentenza, per poi riservare alle conclusioni una lettura critica della stessa.

6.1. *Segue*: ruolo e natura delle linee guida alla luce dell'art. 5, l. 24/2017.

La questione che le Sezioni Unite affrontano per iniziare è quella della prima, e probabilmente più rilevante novità della nuova disciplina, vale a dire l'introduzione di un modello strutturato e formalizzato di linee guida. Come si è accennato, l'art. 5 della legge 24/2017 ha finalmente introdotto il riferimento a linee guida, pubblicate ai sensi del comma 3 del medesimo articolo[160], ed elaborate da «*enti e istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute*», alle cui raccomandazioni gli esercenti la professione sanitaria debbono attenersi, sempre tuttavia «*salve le specificità del caso concreto*». Rispetto a tale sistema, le c.d. buone pratiche clinico-assistenziali[161] – ieri parametro

[160] La sentenza in commento dà conto, peraltro, a p. 9, di come tanto l'istituzione dell'Osservatorio di cui all'art. 3 della legge Gelli-Bianco quanto la formazione dell'elenco previsti dall'art. 5 siano ufficialmente avvenuti mediante la pubblicazione di due decreti del Ministero della Salute, in data, rispettivamente, 2 agosto e 29 settembre 2017 (G.U., Serie Generale, n. 186 del 10 agosto 2017 e n. 248 del 23 ottobre 2017).

[161] Secondo una prima tesi, da respingere dato il tenore testuale dell'art. 590-*sexies*, esse sarebbero assimilabili alle linee guida. In accordo con una seconda tesi, invece, esse sarebbero qualcosa di diverso, ora da identificarsi con i protocolli clinici, ora con «indicazioni trattamentali di comprovata efficacia anche se non regolamentate» (v. G. M. CALETTI-M. L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura*, cit., p. 24). Questa seconda qualificazione – ossia quella di esse quali modelli comportamentali consolidati ed accreditati dalla comunità scientifica anche se non positivizzati in specifiche linee guida – sembra essere quella maggioritaria in dottrina (v. in particolare V. A. FIORI-D. MARCHETTI, *L'art. 3 della Legge "Balduzzi" n. 189/2012 ed i vecchi e nuovi problemi della medicina legale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 568 ss.). In effetti, si tratta in prevalenza di prassi scientifiche anche documentate (in coerenza con le conoscenze scientifiche), mancanti tuttavia degli stringenti requisiti per poter essere considerate linee guida. Di esse, dagli artt. 5 e 6 della legge 24/2017 ricaviamo solamente che devono essere – anche se non lo si dice espressamente,

principale di riferimento in materia – vengono oggi a trovarsi in posizione subordinata, dovendo essere rispettare solamente in via residuale, ossia «*in mancanza delle suddette raccomandazioni*».

Le Sezioni Unite colgono pienamente la rilevanza dell'innovazione, ponendosi nel solco già tracciato dal precedente De Luca-Tarabori e dalla dottrina più accorta. Il nuovo sistema, infatti, si mostra oggi ben più efficiente di quello passato, venendo a porsi come guida di altissimo livello – in quanto risultante dalla convergenza delle più accreditate fonti del sapere scientifico, vagliate e garantite da apposito controllo di tipo pubblicistico – per il sanitario, sicuramente disorientato, in precedenza, dal proliferare delle linee guida, e dal loro sovrapporsi, con conseguente difficoltà di rinvenire le più attendibili o le più adeguate per il singolo caso[162].

Soprattutto, tuttavia, la Corte sottolinea come il più rilevante vantaggio offerto da un sistema formalizzato di linee guida sia da individuare, usando le parole della sentenza, nella maggiore determinatezza che esso è in grado di offrire alle fattispecie colpose, «fattispecie che, nella prospettiva di vedere non posto in discussione il principio di tassatività del precetto, integrato da quello di prevedibilità del rimprovero e di prevenibilità della condotta colposa, hanno necessità di essere etero-integrate da fonti di rango secondario concernenti la disciplina delle cautele, delle prescrizioni, degli aspetti tecnici che in vario modo fondano il rimprovero soggettivo». Si allude qui, evidentemente, al mai sopito problema della natura c.d. "aperta" delle fattispecie colpose[163], le quali, proprio in quanto essenzialmente normative, non possono che trovare al di fuori di loro stesse il contenuto del precetto che ne fonda l'osservanza. La conseguenza più evidente di tale loro

come invece avviene per le linee guida – adeguate al caso specifico e, soprattutto, che è necessario attenervisi in subordine rispetto alle linee guida, con le quali, dunque, si trovano in rapporto di sussidiarietà. In più, l'art. 3 della medesima legge istituisce presso l'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali (AGENAS), l'Osservatorio nazionale delle buone pratiche sulla sicurezza nella sanità, con intento delimitativo e di controllo. Sembra evidente che, nel periodo intermedio fra l'entrata in vigore della legge e l'effettiva attuazione dell'art. 5, le linee guida attualmente seguite nella prassi medica dovranno continuare ad essere rispettate e varranno – ai fini del nuovo regime – quali mere buone pratiche, richiamate pur sempre, anche se in via subordinata, dall'art. 590-*sexies*.

[162] La centralità delle linee guida nella nuova normativa, peraltro, si spiega soprattutto tramite la costatazione che esse possono servire per gestire al meglio il rischio clinico, contenendo la spesa pubblica. Si tratta della tematica del contrasto al rischio clinico (nell'ottica della c.d. *Clinical Risk Management* – CRM), per rispondere alla quale le linee guida rappresentano sicuramente lo strumento più appropriato dal punto di vista logistico ed economico, permettendo di raggiungere la maggior efficacia al minor costo possibile. Ecco quindi che, evidentemente, una delle ragioni alla base della legge Gelli-Bianco è sicuramente da rinvenire nel contrasto al fenomeno della c.d. medicina difensiva.

Non può tuttavia essere taciuto il rischio, connesso al nuovo sistema di accreditamento, che diverse linee guida relative alle medesime operazioni ed elaborate da diversi soggetti previsti dall'art. 5 vengano a sovrapporsi ed a confliggere, e non sembra che la nuova legge abbia individuato una soluzione per questa eventualità. Per più diffusi riferimenti, v. G. M. CALETTI-M. L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura*, cit., p. 22.

[163] Al riguardo si veda, assai esaustivamente, D. CASTRONUOVO, *La colpa*, cit., pp. 279 ss.

natura è la possibile carenza di determinatezza nell'elaborazione del precetto penale, nonché di legalità, non essendo evidentemente possibile, né tanto meno auspicabile (in punto di completezza di tutela) che sia la legge a tipizzare tutti i precetti possibili che possano fondare un addebito per colpa. Tale *vulnus* di determinatezza, presente indubbiamente anche nei casi di colpa specifica, è particolarmente evidente in relazione alle ipotesi di colpa generica.

In tale quadro dogmatico complessivo, l'intervento del legislatore del 2017 si mostra particolarmente prezioso, in quanto punta a recuperare la determinatezza delle fattispecie di cui agli artt. 589 e 590 c.p. (ove compiute da sanitari) senza però ricorrere allo strumento della colpa specifica, ma bensì rinforzando i parametri normativi esterni (le linee guida), in base ai quali concretizzare ("riempire") le tre *species* di colpa generica. In questo modo, ove le linee guida – se anche inserite in un contesto di forte "codificazione" come quello che si preannuncia – dovessero mostrarsi inadeguate o non sufficientemente al passo con la migliore scienza del momento, *dovranno* necessariamente essere accantonate. Anche in relazione a tale aspetto, le Sezioni Unite recepiscono lo sviluppo dogmatico precedente, e risultano particolarmente chiare. Le linee guida, affermano i giudici della nomofilachia, non perdono la loro «intrinseca essenza», ossia quella di «costituire un condensato delle acquisizioni scientifiche, tecnologiche e metodologiche concernenti i singoli ambiti operativi, reputate tali dopo un'accurata selezione e distillazione dei diversi contributi, senza alcuna pretesa di immobilismo e senza idoneità ad assurgere al livello di regole vincolanti». Di conseguenza, non si tratta di «veri e propri precetti cautelari, capaci di generare allo stato attuale della normativa, in caso di violazione rimproverabile, colpa specifica, data la necessaria elasticità del loro adattamento al caso concreto», che esclude l'operare di qualsivoglia automatismo per cui si vada esenti da responsabilità sol che si siano rispettate le linee guida, ove inadeguate. Ciò, peraltro, risulta indubbiamente ribadito anche dalla lettera della legge, che infatti fa in ogni caso salve le esigenze di adeguatezza alle specificità del caso concreto.

6.2. *Segue*: la metodologia ermeneutica adottata dalle Sezioni Unite. La prospettata questione di legittimità costituzionale ed il suo superamento.

A questo punto, le Sezioni Unite, dopo aver rapidamente ripercorso i punti salienti del contrasto giurisprudenziale *a quo*[164], iniziano ad entrare nel vivo della questione, dando conto dello strumentario ermeneutico di cui hanno deciso di servirsi per pervenire ad una decisione.

In primo luogo, i giudici della nomofilachia si richiamano al canone interpretativo posto dall'art. 12, c. 1, delle preleggi, a norma del quale deve essere valorizzato soprattutto il significato immediato delle parole, nonché quello derivante dalla loro connessione, nonché il canone dell'intenzione del legislatore. Di conseguenza, se al giudice è sicuramente precluso interpretare le disposizioni normative *contra legem*, non gli è altrettanto impedito di pervenire ad interpretazione *praeter legem*, qualora ciò sia necessario per pervenire all'unica soluzione in grado di giungere ad un «risultato costituzionalmente adeguato».

D'altra parte, continuano le Sezioni Unite, «il tentativo di sperimentare una interpretazione costituzionalmente conforme è il passaggio necessario e, se come nella specie concluso con esito positivo, ostativo all'investitura della Corte costituzionale».

Pertanto, la Corte delinea così i due canoni interpretativi utilizzati per la soluzione del quesito: quello dell'intenzione *storica* del legislatore (come si vedrà più ancora di quello della lettera della legge o dell'intenzione obiettiva del legislatore), ritratto dall'art. 12 preleggi, e quello dell'interpretazione costituzionalmente conforme, mediante il quale i giudici riterranno di poter evitare di sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 590-*sexies*.

Come noto, infatti, il Procuratore generale presso la Corte di cassazione, nella propria requisitoria in sede di discussione in pubblica udienza, aveva profilato dettagliatamente la necessità di sollevare questione di legittimità dinanzi alla Corte costituzionale. Il Procuratore, infatti, dopo aver ripercorso le interpretazioni confliggenti offerte dalle due sentenze della IV Sezione, si era soffermato sull'interpretazione letterale (quella della sentenza Cavazza), la quale era indubbiamente in grado di offrire un dato certo, e cioè che «la legge Gelli Bianco abbia abrogato il riferimento alla colpa lieve e che al posto di essa abbia inserito un'equazione chiara,

[164] In particolare, viene rilevata la differenza di visioni fra le due sentenze in contrasto circa la natura giuridica dell'art. 590-*sexies* c.p. e circa il regime intertemporale. Per la sentenza De Luca-Tarabori, infatti, non si tratterebbe di vera e propria causa di esclusione della punibilità, quanto piuttosto di un atecnico e ripetitivo riferimento al giudizio di responsabilità con riguardo alla parametrazione della colpa. Il regime intertemporale, quindi, favorirebbe la precedente legge Balduzzi, avendo decriminalizzato tutte le condotte connotate da colpa lieve, a prescindere dal tipo. Secondo la sentenza Cavazza, al contrario, saremmo in presenza di vera e propria causa di esclusione della punibilità per la sola imperizia, operante nella fase esecutiva delle linee guida. Di conseguenza, quanto a queste ipotesi, essa si porrebbe come più favorevole della Balduzzi.

che suona così: "applicazione corretta del protocollo giusto = nessuna imperizia = nessuna colpa = nessun reato" »[165]. La novella, quindi, opererebbe sia in caso di imperizia lieve, sia in caso di imperizia grave, dal momento che «la graduabilità della colpa per imperizia […] non è scritta nella nuova norma ed è arduo volere leggere a tutti i costi laddove la norma non dice». Tale convincimento sarebbe invero rafforzato dall'interpretazione storica, posto che il *novum* legislativo avrebbe esplicitamente inteso favorire la posizione del medico, riducendo gli spazi della sua responsabilità penale, ferma restando la responsabilità civile. Né potrebbe farsi seguito all'interpretazione offerta dalla sentenza De Luca-Tarabori, la quale, pur in un apprezzabile sforzo intellettuale, per rendere una lettura costituzionalmente conforme finisce per pagare un prezzo troppo alto, «in termini di incertezza delle regole da applicare e, perfino, in termini di neutralizzazione della riforma».

Chiarito, quindi, che l'unica interpretazione *secundum legem* è quella letterale ed aggiunto che, a detta del Procuratore, l'art. 590-*sexies* avrebbe natura di norma completamente in bianco, funzionante a tutti gli effetti come una scriminante speciale, capace di escludere gli elementi tipici del fatto (o dell'antigiuridicità), evidentissimi apparivano i profili di incostituzionalità della novella. In particolare, infatti, la disposizione confliggerebbe con gli artt. 2, 3, 24, 25, 27, 32, 33, 101, 102, 111, Cost.

Il più importante *vulnus* sarebbe quello arrecato all'art. 3 Cost., dal momento che duplice sarebbe la violazione del principio di eguaglianza. Anzitutto, si creerebbe una discriminazione *interna* rispetto alle tre *species* di colpa generica: solamente l'imperizia, anche se grave, sarebbe scriminata, non già la negligenza o l'imprudenza, anche laddove fossero lievi. In secondo luogo, si produrrebbe una discriminazione altresì *esterna*, dal momento che il solo professionista a godere di tale trattamento di particolare favore sarebbe quello sanitario, con irragionevole disparità di trattamento rispetto ad altre categorie professionali. Soprattutto, è il caso di notare, dal momento che il combinarsi delle due discriminazioni avrebbe come conseguenza non soltanto un regime di particolare favore, ma addirittura impernierebbe tale favore proprio sull'esonero da responsabilità

[165] La citazione, così come quelle che seguono, è tratta dal testo scritto della requisitoria pronunciata dal Sostituto Procuratore generale, dott. Fulvio Baldi, all'udienza pubblica dinanzi alle Sezioni Unite del 21 dicembre 2017, rinvenibile sul sito *Giurisprudenzapenale.com*.

penale nel caso in cui il medico – solo fra i professionisti – violasse specificamente le *leges artis* che regolano la sua attività, *id est* nei casi di imperizia.

In secondo luogo, vi sarebbe violazione altresì dell'art. 25 Cost., in punto di tassatività, dal momento che la norma opera non soltanto con riferimento a linee guida "positivizzate" ma anche con riferimento alle buone pratiche, ossia ad indicazioni desumibili *aliunde* senza ulteriore specificazione normativa.

In terzo luogo, violato sarebbe anche l'art. 27 Cost., attesa la rinuncia a ragionare in termini di responsabilità colpevole, tramite il riferimento alla prevedibilità ed evitabilità dell'evento ed alla graduazione della responsabilità caso per caso.

In quarto luogo, risulterebbe la violazione dell'art. 32 Cost., atteso che una migliore tutela della salute, individuale e collettiva, non può che realizzarsi adattando il più possibile la terapia alle esigenze del paziente, piuttosto che rifugiandosi nell'acritica applicazione delle linee guida.

In quinto luogo, violata sarebbe anche la dignità professionale del medico, tutelata dal combinato disposto degli artt. 2 e 33 Cost., proprio perché risulterebbe eccessivamente compressa dal dovere di adeguarsi alle linee guida, dovere che ne mortificherebbe la libertà terapeutica.

In sesto luogo, vi sarebbe infine violazione del combinato disposto degli artt. 24, 101, 102 e 111 Cost., dal momento che il legislatore avrebbe imposto al giudice il mero compito di controllore del rispetto delle linee guida, senza poter compiere ulteriori valutazioni.

Come accennato, le Sezioni Unite ritengono di non seguire la strada della questione di costituzionalità, aggirabile a livello ermeneutico. Secondo i giudici di legittimità, infatti, nulla impedisce di superare i rilievi avanzati dal Procuratore generale mediante l'interpretazione costituzionalmente conforme, la quale, oltre che praticabile, si mostra altresì doverosa come preliminare strumento di "filtro" delle questioni astrattamente prospettabili. Le Sezioni Unite sono molto chiare sul punto, ritenendo loro preciso compito, «nell'esercizio della funzione nomofilattica, individuare il significato più coerente del dato precettivo, anche scegliendo tra più possibili significati e plasmando la regola di diritto la quale deve mantenere il carattere generale ed astratto». Di conseguenza, esse ritengono, e su questo si tornerà più diffusamente *infra*, che l'interpretazione costituzionalmente conforme sia nel caso di specie assolutamente praticabile, in quanto non risulta volta ad esplicare «un'efficacia sanante di *deficit* di tassatività della norma, non condividendosi il sospetto che la scelta sulla portata normativa dell'art. 6 sia sospinta dalla

esistenza di connotati di incertezza e di imprevedibilità delle conseguenze del precetto, le quali, se ravvisate, avrebbero condotto alla sola possibile soluzione di sollevare, nella sede propria, il dubbio di costituzionalità».

Secondariamente, ad avviso dei giudici, la questione di legittimità costituzionale prospettata si rivelava anche irrilevante rispetto al caso sottoposto alla loro attenzione, nel quale veniva chiaramente in rilievo un comportamento negligente e non già imperito.

Ricapitolando, quindi, la Corte ritiene che nella propria funzione nomofilattica rientri doverosamente anche il tentativo di raggiungere un'interpretazione costituzionalmente conforme, capace, nell'impostazione della sentenza in commento, non già di attribuire tassatività ad una disposizione che ne è assolutamente priva (mancanza che avrebbe imposto di sollevare la questione di legittimità), ma bensì di ritrarre da una disposizione dall'interpretazione controversa, la norma che più risulti conforme a Costituzione. Per compiere tale operazione – i cui passaggi rappresentano il vero cuore della motivazione, come subito si vedrà – le Sezioni Unite si dotano di alcuni strumenti ermeneutici, quali in particolare l'interpretazione storica e l'accantonamento di tutte le interpretazioni che, in un modo o nell'altro e sulla base anche dello sviluppo antecedente della materia, risultino incompatibili con il dettato costituzionale.

7. L'interpretazione adottata dalle Sezioni Unite: la soluzione del quesito e l'enunciazione dei principi di diritto.

Per comodità espositiva e logica, sembra opportuno a questo punto riportare i principi di diritto con cui le Sezioni Unite hanno ritenuto di risolvere il quesito loro sottoposto, in modo da poter poi ripercorrere le tappe interpretative che hanno portato a tale conclusione. In particolare, il quesito viene risolto nei termini seguenti:

«*L'esercente la professione sanitaria risponde, a titolo di colpa, per morte o lesioni personali derivanti dall'esercizio di attività medico-chirurgica:*

a) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da negligenza o imprudenza;

b) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da imperizia quando il caso concreto non è regolato dalle raccomandazioni delle linee-guida o dalle buone pratiche clinico-assistenziali;

c) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da imperizia nella individuazione e nella scelta di linee-guida o di buone pratiche clinico- assistenziali non adeguate alla specificità del caso concreto;

d) se l'evento si è verificato per colpa "grave" da imperizia nell'esecuzione di raccomandazioni di linee-guida o buone pratiche clinico-assistenziali adeguate».

Come si nota, evidente è il recupero del parametro della *gravità* della colpa per imperizia, limitatamente alla *sola* fase esecutiva, restando le fasi di selezione delle linee guida e di adeguamento di esse al caso concreto rette dagli ordinari canoni della colpa, e dunque da addebito per imperizia, negligenza ed imprudenza sia lieve sia grave. In caso di negligenza ed imprudenza, poi, anche nella fase esecutiva il sanitario risponderà per colpa lieve.

Occorre ora ripercorrere i passaggi che hanno portato le Sezioni Unite a rendere questa interpretazione ed a considerarla costituzionalmente conforme.

7.1. *Segue*: premessa sulla natura giuridica dell'art. 590-*sexies* c.p.

Il punto di partenza nel ragionamento della Corte è rappresentato dalla scelta circa la natura giuridica da riconoscersi alla novella. Fra le due impostazioni offerte – quella della sentenza De Luca-Tarabori per cui si tratterebbe di parametrazione della colpa in senso derogatorio ai principi generali in materia e quella della sentenza Cavazza per cui si tratterebbe invece di causa di non punibilità – le Sezioni Unite accedono alla seconda, ritenendo che la previsione di essa sia «esplicita, innegabile e dogmaticamente ammissibile, non essendovi ragione per escludere […] che il legislatore, nell'ottica di porre un freno alla medicina difensiva e quindi meglio tutelare il valore costituzionale del diritto del cittadino alla salute, abbia inteso ritagliare un perimetro di comportamenti del sanitario direttamente connessi a specifiche regole di comportamento a loro volta sollecitate dalla necessità di gestione del rischio professionale».

In altre parole, il *novum* normativo, lungi dal porsi quale specificazione derogatoria della disciplina generale della colpa, rappresenta pienamente una causa di non punibilità, ossia una causa all'operare della quale il legislatore ha ritenuto che il fatto, pure in se stesso integrante tutti i requisiti del reato, sia dal punto di vista oggettivo sia da quello soggettivo, debba andare esente da pena, secondo un bilanciamento di interessi concorrenti, risolto in base ad una valutazione di opportunità nel senso della non punibilità. La causa di non punibilità sarebbe quindi lo strumento

tecnico-dogmatico utilizzato dal legislatore per perseguire effettivamente lo scopo di deflazione della medicina difensiva. Il sanitario, infatti, saprebbe che, ove rispettasse scrupolosamente ma non acriticamente le "nuove" linee guida formalizzate e le adattasse ed applicasse al caso concreto, ma ciononostante incorresse in imperizia, allora non andrebbe incontro alla sanzione penale, perché il legislatore – in una scelta discrezionale di politica criminale – ha ritenuto che la serenità del medico nell'esercizio della propria professione (dalla quale deriva, più in generale, la garanzia effettiva del diritto costituzionale alla salute) dovesse prevalere, in un giudizio di bilanciamento, rispetto agli interessi della repressione penale, almeno in questa ipotesi particolare.

Secondo la Corte, la disparità di trattamento dovuta al regime così delineato non potrebbe comunque dirsi irragionevole se, all'esito del processo interpretativo, si possa ricavarne un ambito di operatività non confliggente con i confini tracciati dalla Corte costituzionale (sent. 166/1973 e ord. 295/2013).

Riservando un approfondimento al riguardo, è da notare incidentalmente come la scelta compiuta dalle Sezioni Unite circa la natura giuridica sia da apprezzare, in quanto tenta di ricondurre la novella ad una sorta di "eccezione" del sistema, interpretabile come tale, senza ulteriori conseguenze nell'ordinamento. Come noto, l'interpretazione sviluppatasi sulla legge Balduzzi aveva ritenuto che la disposizione avesse proceduto a parziale *abolitio criminis*, con ciò configurandosi come causa di esclusione di tipicità del fatto. Le critiche a tale impostazione avevano invece rilevato come potesse trattarsi di causa di esclusione della colpevolezza, ovvero della mera punibilità. La legge Gelli-Bianco, al contrario, proprio perché riferentesi a categorie normative eccentriche e di sicuro non sistematiche non può che configurare una causa di non punibilità dovuta a ragioni di opportunità accolte dal legislatore. Sarebbe invero alquanto improbabile che il legislatore avesse deciso di escludere la colpevolezza del reato (con tutte le conseguenze) solamente con riferimento ad una *species* di colpa generica, e peraltro senza alcuna indicazione circa la sua gravità. La causa di non punibilità, al contrario, permette di salvare completamente le statuizioni civili (che pure rimangono legate, in qualche modo, a quelle penali per il tramite dell'art. 7, l. 24/2017), e non va ad incidere sulla colpa, che sarebbe in ogni caso rinvenibile, in quello che sarebbe un vero e proprio reato, "semplicemente" sottratto alla pena per scelta speciale del legislatore.

7.2. *Segue*: l'ambito di operatività della causa di non punibilità: il recupero ermeneutico del parametro della gravità della colpa.

A questo punto, chiariti i canoni ermeneutici di riferimento e la natura giuridica della novella, le Sezioni Unite passano a «sperimentare una interpretazione della norma che consenta di darle concreta applicazione».

Il punto di partenza è rappresentato dall'individuazione, compiuta a suo tempo dalla sentenza Cantore e qui valorizzata, del concetto di errore nel concreto farsi del trattamento terapeutico, e dunque nella conseguente macro-distinzione fra fase della *selezione* delle linee guida e fase di *attuazione* delle stesse. Si è già visto come la legge Gelli-Bianco preveda ora l'operare di tre presupposti per il proprio funzionamento: l'imperizia, il rispetto delle linee guida e l'adeguatezza di esse al caso concreto. Gli ultimi due presupposti si riferiscono evidentemente alla fase di selezione delle linee, nello svolgimento della quale si richiede estrema precisione al sanitario, così come nell'adattamento delle linee guida al caso specifico (che può essere considerata operazione immanente a tale fase). Il primo presupposto, ossia l'imperizia, attiene invece alla fase esecutiva, attuativa delle corrette linee guida al caso concreto. Secondo la Corte, infatti, «l'errore non punibile non può, alla stregua della novella del 2017, riguardare – data la chiarezza dell'articolo al riguardo – la fase della selezione delle linee-guida perché, dipendendo il "rispetto" di esse dalla scelta di quelle "adeguate", qualsiasi errore sul punto, dovuto a una qualsiasi delle tre forme di colpa generica, porta a negare l'integrazione del requisito del "rispetto". Ne consegue che la sola possibilità interpretativa residua non può che indirizzarsi sulla fase attuativa delle linee-guida, sia pure con l'esigenza di individuare opportuni temperamenti che valgano a non esporre la conclusione a dubbi o censure sul piano della legittimità costituzionale». Ebbene, tali temperamenti opportuni vengono rinvenuti dalla Corte nell'intensità dello scostamento dalle linee guida nel momento esecutivo di esse: solamente uno scostamento macroscopico, grave, determinerà l'irrogazione della sanzione penale, mentre un errore lieve risulterà escluso dalla punibilità ad opera dell'art. 590-*sexies*.

Mentre nella fase selettiva il legislatore pretende, senza eccezioni, che il professionista sanitario sia accorto, prudente, preparato sulle *leges artis*, impeccabile nelle diagnosi anche differenziali, aggiornato circa le nuove acquisizioni scientifiche e capace di fare scelte *ex ante* adeguate e personalizzate rispetto al quadro clinico in evoluzione, con la conseguenza che la

punibilità non potrà mai essere esclusa per un errore colpevole intervenuto in tale fase, nella fase esecutiva, in caso di c.d. errore esecutivo, viene invece di nuovo in considerazione «la necessità di circoscrivere un ambito o, se si vuole, un grado della colpa che, per la sua limitata entità, si renda compatibile con la attestazione che il sanitario in tal modo colpevole è tributario della esenzione dalla pena per aver rispettato, nel complesso, le raccomandazioni derivanti da linee-guida adeguate al caso di specie».

L'interpretazione costituzionalmente conforme praticata dalle Sezioni Unite, pertanto, muove da una premessa di fondo inaggirabile, e cioè dalla considerazione che la mera lettera della legge, dalla quale è scomparso il riferimento al grado della colpa, si presti molto di più ad interpretazioni "estensive" assimilabili a quelle della sentenza Cavazza (la quale probabilmente, forte della prescrizione e della conseguente irrilevanza della questione di costituzionalità nel caso sottoposto alla sua attenzione, aveva voluto provocatoriamente aprire alla riflessione su tali chiarissime possibilità interpretative) che non ad interpretazioni dogmaticamente raffinate e costituzionalmente accettabili quale quella della sentenza De Luca-Tarabori, con il rischio che si finisca davvero per sottrarre all'ambito della punibilità penale la colpa del sanitario per imperizia esecutiva *in toto*, con evidente *vulnus* quanto meno al principio costituzionale di eguaglianza e ragionevolezza.

La Corte è infatti perfettamente consapevole del rischio di illegittimità costituzionale sotteso ad un'interpretazione eccessivamente letterale della disposizione. Essa infatti afferma che ragionare nel senso di estendere «l'esenzione da pena anche a comportamenti del sanitario connotati da "colpa grave" per imperizia […] evocherebbe, per un verso, immediati sospetti di illegittimità costituzionale per disparità di trattamento ingiustificata rispetto a situazioni meno gravi eppure rimaste sicuramente punibili, quali quelle connotate da colpa lieve per negligenza o imprudenza; determinerebbe, per altro verso, un evidente sbilanciamento nella tutela degli interessi sottesi, posto che la tutela contro la "medicina difensiva" e, in definitiva, il miglior perseguimento della salute del cittadino ad opera di un corpo sanitario non mortificato né inseguito da azioni giudiziarie spesso inconsistenti non potrebbero essere compatibili con l'indifferenza dell'ordinamento penale rispetto a gravi infedeltà alle *leges artis*, né con l'assenza di deroga ai principi generali in tema di responsabilità per comportamento colposo, riscontrabile per tutte le altre categorie di soggetti a rischio professionale; determinerebbe, infine, rilevanti

quanto ingiuste restrizioni nella determinazione del risarcimento del danno addebitabile all'esercente una professione sanitaria ai sensi dell'art. 7 della legge Gelli-Bianco, poiché è proprio tale articolo, al comma 3, a stabilire una correlazione con i profili di responsabilità ravvisabili ex art. 590-sexies c.p.».

Si impone, pertanto, nelle intenzioni della Corte, il recupero di quel solo parametro che, da sempre presente nello sviluppo normativo e giurisprudenziale della materia, possa permettere di recuperare ragionevolezza alla disposizione, e cioè, appunto, il grado della colpa (*sub specie*, questa volta, di imperizia). Invero, si tratta, come riconosce lo stesso giudice della nomofilachia, di parametro di sicura efficacia in questo senso, avendo in passato ricevuto l'avallo del giudice delle leggi.

Riassumendo, quindi, l'ambito di operatività ricavato dalle Sezioni Unite per la causa di non punibilità di cui all'art. 590-*sexies* c.p. chiama in causa tre distinti piani, intersecantisi fra loro: quello della fase del processo terapeutico (selettiva delle linee guida ovvero esecutiva di esse), quello della specie di colpa generica (negligenza, imprudenza ovvero imperizia) e quello del grado della colpa generica. Nella fase selettiva, *nulla quaestio*: per tutte e tre le forme di colpa generica e quale che ne sia il grado il sanitario risponderà comunque, ove dovesse individuare linee guida inadeguate al caso di specie. Nella fase esecutiva, invece, occorre operare due distinzioni. In primo luogo, in riferimento alle tre *species*: da una parte negligenza ed imprudenza e dall'altra l'imperizia. L'errore esecutivo dovuto alle prime due non escluderà mai la punibilità del sanitario, al di là del grado. In secondo luogo, e con riferimento alla sola imperizia, l'errore esecutivo "scuserà" solo se dovuto ad imperizia lieve, non invece ove sia determinato da imperizia grave, elemento, quest'ultimo, totalmente recuperato in via ermeneutica.

La Corte confuta, peraltro, la più conferente obiezione che può essere mossa rispetto a tale recupero, dal punto di vista dogmatico, ossia quella che «applicando rigorosamente il criterio della valutazione *ex ante* ed in concreto il giudizio di prevedibilità ed evitabilità della colpa» potrebbe giungersi comunque ad escludere, in radice, la configurabilità della colpa, nei casi di imperizia lieve o lievissima, senza necessità di riferirsi al grado della stessa. Ritiene infatti che lo sviluppo della materia (in particolare la legge Balduzzi), facendo invece espresso riferimento al grado della colpa abbia dimostrato come sia percorribile anche una strada alternativa, che valorizzi la dosimetria della colpa anche al di là dei fini previsti dall'art. 133 c.p., strada che ritiene di voler

continuare a percorrere. Né si ritiene giustificabile il timore che la distinzione fra colpa lieve e colpa grave possa essere «fonte di scelte non prevedibili ed ondivaghe, dipendenti dalla ampiezza della valutazione del giudice e quindi in contrasto con la necessaria tassatività del precetto», dal momento che analogo timore è ravvisabile anche con riguardo al parametro dell'esigibilità della condotta.

Tre sono le argomentazioni che, in applicazione dei criteri ermeneutici già individuati, permettono alle Sezioni Unite di operare il recupero del grado della colpa: l'art. 2236 c.c., la tradizione giuridica precedente e l'intenzione del legislatore storico, ricavata dai lavori parlamentari. Occorre ora analizzarle nel dettaglio.

8. *Ratio decidendi* e gravità della colpa: l'art. 2236 c.c. e la tradizione giurisprudenziale e dottrinale antecedente alla novella.

Le Sezioni Unite, recependo su questo punto l'invito contenuto nella chiusa della sentenza De Luca-Tarabori, ritengono di recuperare l'indicazione contenuta nell'art. 2236 c.c., valorizzando «il condivisibile e più recente orientamento delle sezioni penali che hanno comunque riconosciuto all'art. 2236 la valenza di principio di razionalità e regola di esperienza cui attenersi nel valutare l'addebito di imperizia», e ritenendo orami sopito il risalente dibattito su una possibile diretta applicazione del medesimo articolo nel settore penale. In particolare, secondo la Corte, il riferimento a tale regola di giudizio ha permesso in passato e può permettere ancora oggi di individuare un parametro di dosimetria della colpa, da ravvisarsi nel «principio secondo cui la condotta tenuta dal terapeuta non può non essere parametrata alla difficoltà tecnico-scientifica dell'intervento richiesto ed al contesto in cui esso si è svolto». Sarebbe da sempre stato questo principio generale di razionalità a fondare, anche nel settore penale, la distinzione fra diversi gradi della colpa, in particolare in relazione a problemi tecnici di speciale difficoltà ed alle situazioni di emergenza. Aggiunge infatti la Corte che, «quando non si fosse presentata una situazione emergenziale o non fossero da affrontare problemi di particolare difficoltà, non sarebbe venuto in causa il principio dell'art. 2236 c.c. e non avrebbe avuto base normativa la distinzione della colpa lieve. Ne conseguiva che il medico in tali ipotesi, come in quelle nelle quali venivano in considerazione le sole negligenza o imprudenza, versava in colpa, essendo pacifico che in queste si dovesse sempre attenere ai criteri di massima cautela».

Tale interpretazione aveva ricevuto anche l'avallo della Corte costituzionale, la quale, infatti, nella sentenza 166/1973, aveva ammesso che il sistema della responsabilità penale colposa del sanitario potesse essere integrata dall'art. 2236 c.c. «così da ricavarsene il principio, costituzionalmente compatibile, della gradualità della colpa da "imperizia" del sanitario impegnato nella soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà e il riconoscimento della possibilità di esenzione di una parte di essa dal rilievo penalistico».

La regola di giudizio contenuta nell'art. 2236 c.c., poi, aveva di fatto influenzato tutta l'evoluzione successiva della materia, che si era andata delineando sempre di più verso la valorizzazione della dosimetria della colpa in chiave scusante (e non solamente attenuante, a norma dell'art. 133 c.p.), culminando nella disposizione della legge Balduzzi. Di conseguenza, le Sezioni Unite, citando e riprendendo alcuni precedenti[166], ritengono che possa essere proprio tutta questa evoluzione non soltanto ad avvalorare il recupero ermeneutico in discorso, ma anche ad indirizzare validamente l'interprete sui criteri mediante i quali dosare la colpa, che sono poi quelli tradizionalmente elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza. In particolare, le Sezioni Unite richiamano il fatto che nella demarcazione del grado della colpa rientrino sia la misurazione della colpa in senso oggettivo e soggettivo (ossia quale misura del rimprovero personale mosso all'agente concreto), sia, e soprattutto, il classico criterio "quantitativo", del *quantum* di scostamento dal comportamento doveroso omesso. Quanto più «l'approccio terapeutico risulti marcatamente distante dalle necessità di adeguamento alle peculiarità della malattia, al suo sviluppo, alle condizioni del paziente» e tanto più grave sarà la colpa.

8.1. *Segue*: l'intenzione del legislatore storico: i lavori parlamentari.

Particolare rilievo è attribuito dalla Corte alla ricostruzione dell'intenzione c.d. storica del legislatore, ricostruita attraverso l'analisi dei lavori parlamentari preparatori della legge 24/2017. Il testo approvato in prima lettura dalla Camera era il seguente: «*1. 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. 2. Agli effetti di quanto previsto dal primo comma, è esclusa la colpa grave*

[166] In particolare: la sentenza Cantore; Cass., Sez. IV, 11 maggio 2016, n. 23283, Denegri; Cass., Sez. IV, 8 maggio 2015, n. 22405, Rv. 263736, Piccardo; Cass., Sez. IV, 9 ottobre 2014, n. 47289, Rv. 260740, Stefanetti.

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». Tuttavia, la Commissione Giustizia del Senato esprimeva su tale testo un parere fortemente critico, che portava alla modifica nel senso del testo definitivamente licenziato dal Parlamento. In tale parere si riteneva infatti che l'originaria formulazione della novella suscitasse «perplessità, anche a livello costituzionale, sia in quanto appare manifestamente problematico il mancato riferimento alle diverse forme di manifestazione della colpa, e cioè l'imprudenza e la negligenza, sia in quanto la formulazione della disposizione determina l'esclusione incondizionata di qualsiasi rilevanza penale per tutti i fatti causati da imperizia che non integrino un'ipotesi di colpa grave, sia in quanto la predetta formulazione utilizza il rispetto delle linee guida come presupposto per escludere la rilevanza penale dei fatti verificatisi per colpa grave a causa di imperizia, in ciò innovando rispetto al quadro normativo vigente e alla giurisprudenza, che ha sempre ritenuto indiscutibile la rilevanza penale delle ipotesi qualificate da colpa grave»[167]. Di conseguenza, a detta delle Sezioni Unite, i timori espressi dalla Commissione Giustizia del Senato si rivolgevano in particolare alla possibilità che la novella si prestasse, attraverso la condizione del rispetto delle linee guida, ad una interpretazione aperta alla esclusione della responsabilità penale anche per imperizia grave. In altre parole, l'intenzione era proprio quella di escludere che bastasse il rispetto delle linee guida per escludere la rilevanza penale della imperizia grave.

Pertanto, la scomparsa della distinzione per gradi della colpa nel testo definitivo non può leggersi come un rifiuto totale della differenziazione del grado della colpa, non risultando affatto che questa fosse l'intenzione del legislatore storico. Ne consegue che «può dunque ammettersi che la colpa lieve è rimasta intrinseca alla formulazione del nuovo precetto, posto che la costruzione della esenzione da pena per il sanitario complessivamente rispettoso delle raccomandazioni accreditate in tanto si comprende in quanto tale rispetto non sia riuscito ad eliminare la commissione di errore colpevole non grave, eppure causativo dell'evento». Ciò permette alla Corte di ritenere che la propria interpretazione sia espressione di una «*ratio* compatibile con l'esegesi letterale e sistematica del comando espresso», ossia con lo scopo che essa si era prefissa originariamente.

[167] Per la ricostruzione dei lavoratori preparatori si è attinto dalla Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione n. 84/2017, inedita.

9. Questioni di diritto intertemporale.

Quanto alla questione intertemporale, le Sezioni Unite, confrontando il nuovo art. 590-*sexies* c.p. con l'abrogata legge Balduzzi, ritengono di poter enucleare tre casi: «in primo luogo, tale ultimo precetto risulta più favorevole in relazione alle contestazioni per comportamenti del sanitario – commessi prima della entrata in vigore della legge Gelli-Bianco – connotati da negligenza o imprudenza, con configurazione di colpa lieve, che solo per il decreto Balduzzi erano esenti da responsabilità quando risultava provato il rispetto delle linee-guida o delle buone pratiche accreditate». Il primo caso, quindi, riguarda la negligenza e l'imprudenza, le quali, sotto la previgente disciplina, erano penalmente rilevanti solamente se gravi, mentre oggi lo sono in ogni caso. È quindi qui chiaramente configurabile un'ipotesi di ultrattività della legge Balduzzi *ex* art. 2, c. 4, c.p. per i casi commessi sotto la sua vigenza, come già delineato dalla sentenza De Luca-Tarabori.

La Corte prosegue: «in secondo luogo, nell'ambito della colpa da imperizia, l'errore determinato da colpa lieve, che sia caduto sul momento selettivo delle linee-guida e cioè su quello della valutazione della appropriatezza della linea-guida era coperto dalla esenzione di responsabilità del decreto Balduzzi […] mentre non lo è più in base alla novella che risulta anche per tale aspetto meno favorevole». Il secondo caso, pertanto, si riferisce ad errore per lieve imperizia intervenuto nella fase selettiva delle linee guida, che oggi non risulta in nessun caso sottratta alla punibilità. Anche qui, potrà trovare applicazione la legge Balduzzi quale legge più favorevole.

Infine: «in terzo luogo, sempre nell'ambito della colpa da imperizia, l'errore determinato da colpa lieve nella sola fase attuativa andava esente per il decreto Balduzzi ed è oggetto da causa di non punibilità in base all'art. 590-*sexies*, essendo, in tale prospettiva, ininfluente, in relazione alla attività del giudice penale che si trovi a decidere nella vigenza della nuova legge su fatti verificatisi antecedentemente alla sua entrata in vigore, la qualificazione giuridica dello strumento tecnico attraverso il quale giungere al verdetto liberatorio». Il terzo caso, quindi, relativo all'errore dovuto ad imperizia grave nella fase esecutiva delle adeguate linee guida, mostra una sostanziale equivalenza di disciplina: sanzione penale in ogni caso, con esclusione solamente laddove l'imperizia sia lieve. A livello dogmatico – stando all'elaborazione giurisprudenziale offerta dalla

Cassazione sulla legge Balduzzi ed oggi anche sulla novella – vi è in realtà una certa differenza, trattandosi oggi di causa di non punibilità e ieri di parziale *abolitio criminis*, ma a livello "pratico" vi è in effetti una certa omogeneità di soluzioni.

La responsabilità civile resta ferma, anche sotto la nuova disciplina e nonostante le rilevanti novità introdotte al riguardo[168], anche per colpa lieve, di qualsiasi tipo.

10. Conclusioni: una lettura critica.

È adesso infine possibile passare a dare un commento della sentenza Mariotti, che ne evidenzi non solo gli aspetti positivi ma anche le evidenti criticità, una volta conclusa la ricostruzione del suo contenuto essenziale.

Per procedere a tale analisi giova immaginare un esempio concreto. Il primario del reparto di urologia di un ospedale, attenendosi alle adeguate linee guida per il caso specifico che è posto alla sua attenzione, sottopone un paziente ad ureteroscopia con finalità diagnostica, nel corso della quale, tuttavia, determina per imperizia la perforazione dell'uretere (si consideri, peraltro, che il 95% dei traumi ureterali è di tipo iatrogeno e che, nello specifico, danni ureterali sono stati riportati fino al 4% delle ureteroscopie). Egli, essendo in endoscopia, effettua intraoperatoriamente la diagnosi, interrompe la procedura ed applica una endoprotesi a doppio J. A seguito della rimozione della endoprotesi (correttamente effettuata dopo 4-6 settimane) e della valutazione della via escretrice mediante *imaging* con mdc, emergono alcune complicanze, dovute all'originale lesione ureterale e capaci di peggiorare la qualità della vita del paziente, ossia, in particolare, fistole e stenosi (entrambe risolvibili con interventi chirurgici, le seconde, peraltro, caratterizzate da recidiva)[169], ampiamente qualificabili come lesioni personali gravissime *ex* art. 590, c. 2, c.p.

[168] Come noto, la legge Gelli-Bianco ha riformato la responsabilità civile del sanitario riportandola nell'alveo della responsabilità extracontrattuale *ex* art. 2043 c.c., anche ove il sanitario svolga la propria prestazione all'interno di strutture, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente. Ha poi introdotto l'azione diretta da parte del paziente nei confronti della struttura e limitato l'azione di rivalsa verso il sanitario ai soli casi di dolo o colpa grave. Per una più ampia analisi, senza pretesa di esaustività, v. L. BUGIOLACCHI, *Le strutture sanitarie e l'assicurazione per la r.c. verso terzi: natura e funzione dell'assicurazione obbligatoria nella Legge n. 24/2017 (Legge "Gelli/Bianco")*, in *Resp. civ. e prev*., 2017, 3, pp. 1032 ss.; G. ALPA, *"Ars interpretandi" e responsabilità sanitaria nella nuova legge "Bianco-Gelli"*, in *Contratto e impresa*, 2017, 3, pp. 728 ss.; A. D'ADDA, *Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria: una nuova disciplina speciale*, in *Corriere giur*., 2017, 6, pp. 769 ss.; M. FACCIOLI, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (c.d. "Legge Gelli-Bianco"): profili civilistici (Prima parte)*, in *Studium iuris*, 2017, 6, pp. 659 ss.

[169] Per le indispensabili nozioni mediche di base necessarie all'elaborazione di tale esempio, v. F. PORPIGLIA, *Urologia*, Torino, 2015, p. 60 ss.

Ora, occorre chiedersi come sarebbe applicato l'art. 590-*sexies* c.p. secondo l'interpretazione delle Sezioni Unite in un caso del genere. Come si vede, un primo punto dirimente è il seguente: la linea guida che prescriveva di effettuare l'ureteroscopia a scopo diagnostico è stata rispettata, nonostante l'errore di esecuzione (anche tenendo in conto che tutti i successivi adempimenti riparatori sono stati effettuati *lege artis*), ovvero la si deve intendere per non rispettata? Seguendo il ragionamento compiuto dai giudici della nomofilachia, dobbiamo convenire di trovarci in presenza di una selezione corretta di una linea guida adeguata al caso di specie (in parole povere: per effettuare la diagnosi in quel caso particolare la migliore linea guida prescriveva di compiere un'ureteroscopia) e dunque nel campo di operatività dell'art. 590-*sexies*. Ciò posto, bisogna chiedersi se l'errore esecutivo possa essere considerato manifestazione di imperizia. Nonostante il dubbio – invero non eccentrico – che, date le modalità operative con cui l'ureteroscopia deve essere effettuata, si sia in presenza più di un errore di imprudenza che non di vera e propria imperizia, si può ritenere di essere in presenza di imperizia. Ciò posto, ecco emergere il punto dirimente: tale imperizia deve essere considerata grave oppure no? Evidentemente, dal momento che solo nel 4% dei casi si determina un danno ureterale nel corso di un'ureteroscopia e che ad operare è un primario urologo (con la conseguenza che l'agente modello di riferimento non è né quello generico del medico né quello specifico del medico urologo, bensì quello, assai specializzato, del medico urologo primario), si dovrà convenire che il grado dell'imperizia possa essere considerato grave. Tutto ciò considerato, dovremo ritenere che l'art. 590-*sexies*, per come interpretato dalle Sezioni Unite, non escluda la punibilità del primario, in quanto l'errore – posto in essere nella fase esecutiva e dovuto ad imperizia, entrambi requisiti che potrebbero permettere di applicare la novella – è da ritenersi grave.

Ebbene, la domanda cui si cercherà di dare una risposta nel corso di queste brevi riflessioni è la seguente: in questo caso, esemplificativo in astratto di moltissimi altri che si presenteranno sicuramente in concreto, è davvero possibile ritenere che l'errore grave dovuto ad imperizia risulti ancora sottoposto a sanzione penale alla luce di una disposizione normativa che, letteralmente, stabilisce che «*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»?

In primo luogo, occorre partire dall'unico dato pacifico, al quale l'arresto delle Sezioni Unite non ha potuto che portare ulteriore conforto, vale a dire la natura delle linee guida. Esse non devono essere intese, nemmeno nel nuovo regime, quali parametri di colpa specifica fondanti la responsabilità del sanitario, restando invece mere fonti di colpa generica. Negligenza, imprudenza ed imperizia del medico-chirurgo sono oggi parametri meno indeterminati proprio grazie al nuovo sistema formalizzato di linee guida. Il primo innegabile pregio della riforma è da rinvenirsi proprio in questa accentuazione di determinatezza della fattispecie. L'eterointegrazione della fattispecie – indispensabile nel caso di fattispecie colpose, vieppiù se a colpa generica, come in questo caso – può oggi servirsi di uno strumento particolarmente utile, ossia un insieme "codificato" di linee guida, sottoposto a vaglio pubblico. Ciò chiarito, non si deve tuttavia andare oltre. Il diritto alla salute dei cittadini, il principio di libertà terapeutica del medico e gli stessi elementi essenziali della colpa impediscono di configurare le "nuove" linee guida come fonti di colpa specifica. È la stessa lettera della legge a muoversi in questa direzione, nel fare salve le esigenze di adeguamento al caso specifico. Né, d'altra parte, potrebbe postularsi che il mero rispetto delle corrette linee guida valga sempre *sic et simpliciter* ad escludere la punibilità, nemmeno ove le si volesse considerare fonti specifiche, essendo noto che, dogmaticamente e normativamente, la colpa generica svolge sempre un ruolo sussidiario e residuale, laddove la colpa specifica non si dimostri efficace nel fronteggiare i rischi. Ciò è vero in tutti i settori, anche quelli – quale la circolazione stradale – dominati addirittura per lo più da regole specifiche c.d. "rigide". *A fortiori* dovrà essere vero, come sempre lo è stato, anche in riferimento ad un settore molto più complicato ed "elastico", quale quello della responsabilità sanitaria.

Se dunque la ricostruzione operata dalle Sezioni Unite sulle linee guida non può che ritenersi corretta, maggiori dubbi sorgono in riferimento al recuperato parametro della gravità della colpa, scomparso dal testo della disposizione.

Bisogna qui, a parere di chi scrive, tracciare una distinzione preliminare, fra il piano del metodo ed il piano del merito, ed anticipare subito che l'operazione compiuta dalle Sezioni Unite, se pure non possa che considerarsi adeguata, anche se non l'unica possibile, nel merito, ingenera non pochi dubbi di carattere metodologico, in parte superati dall'autorità del Collegio

nomofilattico. Sempre in via preliminare, poi, occorre valorizzare il ruolo svolto dal precedente De Luca-Tarabori, il quale aveva effettivamente compiuto uno sforzo interpretativo ammirevole per cercare di trovare un senso alla nuova disposizione senza travalicarne i confini testuali ma tentando, allo stesso tempo, di non farla manifestamente confliggere con il dettato costituzionale.

Ciò premesso, occorre partire dal piano metodologico. Si deve sul punto osservare che le Sezioni Unite hanno effettivamente travalicato il dato testuale, pur richiamando a sostegno del proprio sforzo ermeneutico l'art. 12 delle preleggi. Invero, gli unici canoni di cui esse si sono largamente avvalse sono stati quello dell'interpretazione costituzionalmente conforme, volta a sterilizzare una possibile questione di legittimità costituzionale, e quello dell'intenzione storica del legislatore. L'operazione che ne è seguita è così schematizzabile. In presenza di un netto ed evidente contrasto fra l'intenzione storica del legislatore (che andava nel senso di voler impedire esoneri di responsabilità in caso di imperizia grave) e la *ratio legis* obiettiva, ritraibile dalla lettera della disposizione (la quale, cristallinamente, menziona la sola «imperizia», senza alcuna graduazione), le Sezioni Unite hanno inteso interpretare nel senso dell'intenzione storica, ritenuto l'unico costituzionalmente conforme. In questo modo, tuttavia, hanno introdotto nella disposizione un elemento che da essa era stato espressamente eliminato. Nonostante la presenza di numerosi argomenti a sostegno di tale recupero, argomenti sviscerati e valorizzati dalla motivazione in commento, e nonostante tale opera ermeneutica provenga pur sempre dalla massima autorità nomofilattica dell'ordinamento, non è possibile non avanzare alcune perplessità al riguardo. Nella scelta fra sollevare la questione di legittimità costituzionale e procedere ad un'interpretazione fortemente creativa quali elementi devono essere valorizzati, e fino a che punto possono spingersi le Sezioni Unite, rispetto ad un testo normativo illogico ma apparentemente chiaro? Il tentativo di esperire l'interpretazione costituzionalmente conforme è necessario anche in un caso apparentemente "scolastico" quale quello attuale? Se l'intervento della Corte costituzionale non è ritenuto invocabile in via preferenziale nemmeno in un caso di palese incostituzionalità letterale per violazione dell'art. 3 Cost. quale quello attuale, in cui il richiamo all'imperizia *tout court* si mostra totalmente irragionevole, non si vede in quali altri casi esso possa esserlo. Soprattutto considerando che la giurisprudenza di merito non ha avuto materialmente modo di formarsi sulla materia *de qua*, e che l'interpretazione delle Sezioni Unite, fortemente creativa, finisce

parzialmente per essere un'interpretazione *in malam partem*, in pieno contrasto, si ripete, con la lettera della legge.

Sotto il profilo letterale, peraltro, non può tacersi un ulteriore elemento, trascurato dai giudici della nomofilachia, e cioè il fatto che la legge Gelli-Bianco menzioni più volte espressamente la locuzione "colpa grave" e precisamente per tre volte all'interno dell'art. 9 (relativo alla responsabilità amministrativa per danno erariale del professionista sanitario), statuendo, in particolare, al c. 1, che «*L'azione di rivalsa nei confronti dell'esercente la professione sanitaria può essere esercitata solo in caso di dolo o colpa grave*». Ora, non v'è chi non veda che risulta difficilmente sostenibile che il legislatore, pur volendo escludere esoneri di responsabilità penale per il sanitario in caso di imperizia grave, e pur essendo perfettamente conscio della possibilità di ricorrere, nonostante l'abrogazione della Balduzzi, al concetto di "colpa grave" (o quanto meno a quello di gravità, anche se con riferimento all'unica *species* dell'imperizia) poiché utilizzato nello stesso testo normativo della legge n. 24/2017 (art. 9), si sia semplicemente "dimenticato" di inserire tale riferimento all'art. 6, imponendo all'interprete di considerarlo implicito e di interpretare di conseguenza. Certamente, si tratta di due tipi di responsabilità differenti e dunque di due diversi "settori" concettuali e normativi della medesima legge, ma ciò non toglie che, stando alla sentenza in commento, in tutti e due debba leggersi un elemento comune – la gravità della colpa – che è tuttavia espressamente menzionato solamente in uno.

Se dal piano del metodo ci si sposta a quello del merito, non si può che convenire che l'interpretazione delle Sezioni Unite pare essere l'unica accettabile. Solamente recuperando il parametro della gravità della colpa si poteva impedire alla norma di essere palesemente incostituzionale, e gli argomenti addotti a sostegno di tale tesi sono tutti corretti e condivisibili. La stessa Corte costituzionale, assai probabilmente, ove investita della questione, sarebbe pervenuta alla medesima soluzione, salvo che non avesse effettivamente dichiarato la questione inammissibile, essendo il ricorso di specie relativo ad un evidente caso di negligenza e non già di imperizia, e non potendo pertanto trovare applicazione l'art. 590-*sexies* c.p.

L'inevitabilità, in un modo o nell'altro, della soluzione nel merito[170] e l'accettabilità del metodo seguito in quanto adottato dall'organo di nomofilachia della Corte di cassazione, il solo cui si possa riconoscere, nella giurisdizione comune, la possibilità di accedere a tale alto livello di creatività ermeneutica, non permettono comunque di aggirare alcuni interrogativi di fondo, legati al rapporto fra i formanti dell'ordinamento. La sentenza in commento è un'ottima testimonianza della tendenziale inversione di importanza dei formanti che negli ultimi decenni ha colpito gli ordinamenti di *civil law*. Sempre di più, infatti, a fronte di un legislatore marcatamente inidoneo allo svolgimento del proprio ruolo ed al conseguente scadimento della qualità della produzione normativa (nel nostro ordinamento particolarmente acuito dall'eccessività quantitativa di tale produzione), la giurisprudenza è chiamata ad un ruolo suppletivo e di "contenimento dei danni", che finisce però per trasformarsi sovente in un'opera di vera e propria creazione del diritto, assimilabile a quella caratteristica dei sistemi di *common law*. Tale meccanismo presenta almeno due punti critici. Il primo è rappresentato dalla sottrazione, o, se si vuole, dall'assorbimento della responsabilità politica gravante sul legislatore da parte della giurisprudenza, la quale, ponendo al riparo dalla scure dell'incostituzionalità anche disposizioni che invece dovrebbero trovare proprio in tale scure il fisiologico epilogo, impedisce che l'incompetenza del legislatore emerga pienamente, e possa trovare nella dialettica politica il prezzo della propria responsabilità. Il secondo è invece dato dal rapporto fra giurisdizione comune e giurisdizione costituzionale. Se vi sono interpretazioni non consentite ai giudici comuni – e dunque nemmeno alle Sezioni Unite – ciò non vuol dire che esse non siano, invece, consentite all'organo specificamente rivolto a valutare la conformità a Costituzione delle leggi, ossia alla Corte costituzionale.

[170] Una strada alternativa, per la verità, avrebbe potuto essere rappresentata dal seguire l'interpretazione data dalla sentenza De Luca-Tarabori almeno per questa delicata fase di prima vigenza della disposizione, lasciando la giurisprudenza di merito libera di interpretare ed elaborare la norma, ed eventualmente di sollevare essa stessa questione di legittimità costituzionale dell'interpretazione suddetta ove ritenuta eccessivamente restrittiva, ovvero di quella letterale (che, per la propria patente incostituzionalità, avrebbe certamente chiamato in causa la Corte costituzionale, ove ritenuta preferibile). D'altra parte, non ci si può nascondere che una situazione di aperto contrasto fra le sole due interpretazioni effettivamente praticabili dai giudici comuni fosse già stata raggiunta in seno alla Cassazione medesima, imponendo la remissione della questione alle Sezioni Unite, anche e soprattutto per risolvere la confusione ingenerata dalla disposizione fra gli operatori del settore.

GIUSEPPE SPADARO

Violenza assistita intrafamiliare

Introduzione

Con la risoluzione numero 54/134 del 17 dicembre 1999, l'Assemblea generale delle Nazioni Unite ha istituito la Giornata internazionale per l'eliminazione della violenza contro le donne e ha designato il 25 novembre come data di tale ricorrenza, invitando i Governi, le organizzazioni internazionali e le organizzazioni non governative a promuovere attività volte a sensibilizzare l'opinione pubblica in quel giorno.

La Giornata internazionale per l'eliminazione della violenza contro le donne nasce dall'assunto per cui la violenza contro le donne sia una violazione dei diritti umani, conseguenza della discriminazione contro le donne dal punto di vista legale e pratico e delle disuguaglianze tra uomo e donna.

Solo da pochi anni la violenza di genere è diventata un tema ricorrente nel dibattito pubblico e per quanto efficace e nobile sia quanto messo in atto in termini di politiche di contrasto, ricerche, progetti di sensibilizzazione e di formazione, ciò che emerge in tutta evidenza è come tali sforzi non siano ancora sufficienti a contrastare la problematica in esame.

Di fronte ad un fenomeno in crescita e sempre meno nascosto, obiettivo del presente elaborato è quello di fornire le coordinate principali del problema, con particolare attenzione alle ricadute che la violenza sulle donne comporta quando vi sono minori coinvolti e che assistono indifesi, aprendo la strada al fondamentale ruolo del Tribunale per i Minorenni all'interno di un complesso sistema di competenze che occupa diversi ambiti giudiziari tra i quali, oltre al Giudice minorile, anche il Tribunale ordinario penale e il Tribunale ordinario civile.

1. Violenza di genere: un fenomeno di estensione globale.

Le ricerche compiute negli ultimi dieci anni testimoniano come la violenza contro le donne sia endemica tanto nei Paesi industrializzati quanto in quelli in via di sviluppo: le vittime e i loro aggressori appartengono a tutte le classi sociali o culturali e a tutti i ceti economici.

Basti osservare che, secondo l'Organizzazione mondiale della sanità, almeno una donna su cinque ha subito abusi fisici o sessuali da parte di un uomo nel corso della sua vita e che il rischio maggiore è rappresentato dai familiari, mariti e padri, seguiti dagli amici, vicini di casa, conoscenti stretti e colleghi di lavoro o di studio.

La violenza maschile sulle donne, che attraversa tutti i luoghi senza distinzione di età, classe sociale, cultura e religione, diventa così paradigma per misurare la condizione delle donne nella realtà e si traduce in una estesa, quanto strutturale, discriminazione del genere femminile che, da un minimo di esclusione a un massimo di soppressione fisica (come nel caso del femminicidio) e con diverse forme, è presente ovunque nel mondo con stereotipi che permeano trasversalmente ogni essere umano; in quest'ottica si può collocare l'attuale fenomeno globale della denuncia di molestie sessuali da parte di donne famose e affermate professionalmente: un'onda destinata a mutare gli attuali disequilibri di genere.

La violenza maschile diventa, pertanto, la cartina di tornasole sulla relazione reale tra uomini e donne, specchio della società in cui viviamo, un panorama così pervasivo da sembrare quasi impossibile ma che in realtà rappresenta un fenomeno planetario di discriminazione profonda che va dalla violenza domestica – presente in tutto il mondo come la forma più comune e diffusa – alle mutilazioni genitali, fino alla schiavitù sessuale, la tratta, i matrimoni precoci e forzati, il *gendercidio* e lo stupro di guerra.

In un simile scenario risulta attuale l'ammonimento con il quale Simone Weil, in un'annotazione del 1941 dei suoi Quaderni, esortava a tenere aperto l'orizzonte del diritto e della giustizia, scrivendo: «*Non credere di avere dei diritti. Cioè, non offuscare o deformare la giustizia, ma non credere che ci si possa legittimamente aspettare che le cose avvengano in maniera conforme alla giustizia; tanto più che noi stessi siamo ben lungi dall'essere giusti* (…)».

L'*incipit* di questa famosa citazione - diventata poi titolo di un testo fondamentale di Luisa Muraro del 1986 - ricorda che in una società che si muove ancora in un orizzonte di potere e poteri maschili non è sufficiente, seppure efficace, parlare di diritti; occorre arrivare a condividere un nuovo orizzonte simbolico, quello che Simone Weil indica come *vera giustizia*.

Tuttavia vi sono ancora approcci e teorie che, negando il dato oggettivo della violenza – che in quanto tale presuppone una vittima e un *offender* per la natura stessa del rapporto di forza e di

ricatto che si viene a creare – e disconoscendo lo *status* di vittima, creano la cosiddetta ri-vittimizzazione.

Simili teorie mancano di una base fondamentale: un rapporto diretto con la realtà, la realtà fatta di carne e ossa di quelle donne che, con molta fatica, hanno il coraggio di denunciare un uomo violento, che vive con loro ed è anche il padre dei loro figli e da cui dipendono economicamente, donne che hanno la forza di reagire a rischio della propria vita, in un contesto che non sempre le sostiene, ad iniziare dagli ambiti istituzionali.

1.1. (*Segue*) La necessaria valorizzazione della problematica in esame e dei processi oggettivi di vittimizzazione.

In materia di violenza maschile contro le donne, siamo spesso di fronte ad un atteggiamento che tende a svalutare la portata oggettiva del fenomeno, riducendolo ad una mera autodifesa personale della donna stessa. Una simile attitudine va ad allearsi con la cattiva coscienza maschile la quale mostra una certa inclinazione nel ritenere che la violenza sia un problema delle donne le quali esasperano determinate situazioni provocando con i loro atteggiamenti la reazione, sì violenta ma comprensibile, del loro aguzzino. Tale linea di pensiero, non mettendo in campo alcuna riflessione sulla reale portata del fenomeno, spesso conduce le istituzioni a minimizzare il problema, rischiando di esporre ancor di più le donne ad una violenza quotidiana: anche quando le donne trovano la forza di reagire e querelare, si registra una sottovalutazione della loro condizione, ad iniziare dalle Forze dell'ordine e dalla Magistratura che non sempre agiscono indirizzando immediatamente la donna ad un centro antiviolenza né valutano la possibilità di adottare misure cautelari efficaci a loro tutela e dei minori coinvolti. Al contrario, in mancanza di specializzazione, spesso si decide di coinvolgere il marito per tentare una riconciliazione e si riconduce la condizione di disagio denunciata ad un conflitto coniugale.

Orbene, deve opportunamente osservarsi come il termine "conflitto", presupponendo concettualmente un livello di parità, non sia adeguatamente riferibile alle storie di violenza domestica in cui si registra invece un vero e proprio stato di soggezione della donna, con violenze e minacce che annientano la sua libertà di autodeterminazione: nulla a che vedere con il conflitto coniugale.

Osservando il fenomeno da tale angolo prospettico, operatrici ed operatori del settore rilevano che definire le donne vittime di violenza "*persone in difficoltà*", richiamando problematiche soggettive, parifichi le donne a qualsiasi altro soggetto in difficoltà; una simile terminologia appartiene infatti ad un contesto culturale paternalistico che ha così indicato le donne bisognose di assistenza. Risulterà pertanto più appropriata la dizione "*vittime di violenza di genere*" la quale, in linea con la terminologia internazionale, richiama i processi oggettivi di vittimizzazione del contesto, compreso *in primis* quello familiare. Il termine "vittima", nella sua etimologia, rinvia ad una condizione di persona privata della libertà, elemento che meglio descrive il significato intrinseco della violenza, soprattutto familiare, che tende a privare le donne della loro libertà e del diritto di scelta.

Nei suoi scritti, a partire da *La violenza di genere su donne e minori*, Patrizia Romito ripropone, argomentandolo con rigore e chiarezza, il radicale e profondo divario che esiste tra la ricostruzione che delle violenze maschili (*in primis* dello stupro) fanno gli uomini e quella che ne fanno le donne, specie se bersaglio in prima persona di quelle violenze. Nel fare tutto ciò sgombra il campo dal luogo comune della psicopatologia e della marginalità sociale come condizioni esplicative delle violenze maschili, anche di quelle contro bambini e bambine. Ci ricorda, infatti, con Hannah Arendt, che la "banalità del male" sottende la trasversalità dei profili degli uomini violenti, anche di quelli incestuosi, che sono infatti uomini "qualsiasi", ben oltre e indipendentemente dalle categorie tradizionali della psichiatria e della criminologia.

La violenza domestica, in particolare, si ripropone, come emerso in numerose indagini nazionali e internazionali, in tutta la sua variegata e distruttiva quotidianità, in cui l'attivazione simultanea e contestuale di diverse forme di violenza da parte dei *partners* (fisica, sessuale, ecc.) non appare più un'eccezione. La violenza psicologica, nella sua imprendibilità definitoria e nella sua invisibilità, si ripropone insieme come la più lacerante per le donne e la meno certificabile sul piano penale, oltre che come la meno rappresentabile sul piano sociale.

2. Gli interventi normativi.

Tra gli interventi posti in essere al fine di arginare il fenomeno, *positio princeps* deve essere riservata al d.l. 14 agosto 2013, n. 93 (c.d. **d.l. anti-femminicidio**), convertito dalla l. 15 ottobre 2013, n. 119 che ha introdotto nel nostro ordinamento, nei settori del diritto penale sostanziale e

processuale, una serie di misure, preventive e repressive, per combattere la violenza contro le donne in tutte le sue forme, espressamente riconosciuta dalla Dichiarazione di Vienna del 1993 come una violazione dei diritti fondamentali della donna e annoverata tra le violazioni dei diritti umani.

L'intervento normativo in parola è stato oggetto di una particolare attenzione mediatica, motivata dall'esigenza di rispondere all'allarme generato da un preoccupante incremento della violenza maschile sulle donne, attraverso alcune disposizioni in grado di aggravare o estendere la risposta sanzionatoria in fattispecie delittuose che, per loro stessa natura, costituiscono un tassello fondamentale del fenomeno (*stalking*, violenza sessuale e maltrattamenti).

L'iniziativa governativa, caratterizzata da straordinaria necessità e urgenza, persegue tre obiettivi principali: prevenire in maniera efficace i reati perpetrati, punire i colpevoli e rafforzare la protezione delle vittime.

L'*iter* legislativo che ha portato all'emanazione della citata legge su "*Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere*", prende le mosse da quelle spinte che già nel 2009 avevano portato il nostro Legislatore a cercare una risposta sanzionatoria autonoma ad un fenomeno in costante crescita nella realtà sociale italiana, quello dello *stalking.*

Il reato di *stalking* è entrato a far parte dell'ordinamento penale italiano mediante il d.l. n. 11/2009 (convertito dalla l. n. 38/2009) che ha introdotto all'art. 612-*bis* c.p., il reato di "atti persecutori", che si configurano in ogni atteggiamento violento e persecutorio e che costringono la vittima a cambiare la propria condotta di vita.

Antecedentemente alla novella del 2009, le ipotesi di *stalking* erano punite attraverso differenti fattispecie tipizzate all'interno del codice penale, quali la molestia, l'ingiuria, la violenza privata e le lesioni, purché presentassero gli elementi tipici di tali reati. Tuttavia, a fronte delle oggettive difficoltà riscontrate nel fronteggiare il fenomeno con tali norme, nonché dell'obbiettiva consistenza del fenomeno (le cui vittime erano, si badi bene, per la maggior parte donne), si optò per l'introduzione della nuova fattispecie delittuosa di "atti persecutori".

Partendo dall'introduzione del reato di atti persecutori (*stalking*) fino ad arrivare alla citata L. n. 119/2013, il Legislatore ha posto particolare attenzione al potenziamento della tutela giudiziaria da un lato e del sostegno alle vittime dall'altro, con la previsione, inoltre, di una serie

di aggravanti e della possibilità di permessi di soggiorno per motivi umanitari per le vittime straniere di violenza.

La normativa in parola rientra interamente nel quadro delineato dalla "Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica", la c.d. *Convenzione di Istanbul* del 2011, primo strumento internazionale giuridicamente vincolante sulla prevenzione e la lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica in cui elemento di principale novità è costituito dal riconoscimento della violenza sulle donne come forma di violazione dei diritti umani e di discriminazione.

La Convenzione prevede altresì la protezione dei bambini testimoni di violenza domestica e richiede, inoltre, la penalizzazione delle mutilazioni genitali femminili; è stata inasprita inoltre la disciplina penale attraverso la previsione di misure cautelari personali, un ampliamento di casi per le associazioni a delinquere, la tratta e riduzione in schiavitù, il sequestro di persone, i reati di terrorismo, prostituzione e pornografia minorile e contro il turismo sessuale.

2.1. (*Segue*) L'Osservatorio per la sicurezza contro gli atti discriminatori e gli interventi territoriali a favore delle donne vittime di violenza.

Un doveroso richiamo nella lotta contro la violenza di genere, merita il prezioso lavoro di raccolta e monitoraggio dei dati di cui si occupa l'Osservatorio per la sicurezza contro gli atti discriminatori (Oscad), organismo interforze Polizia-Carabinieri che fornisce un valido supporto alle vittime di reati a sfondo discriminatorio. L'Osservatorio può essere contattato da chiunque sia vittima di un reato in relazione alla propria etnia, credo religioso, orientamento sessuale/identità di genere e disabilità, innescando una serie di interventi mirati sul territorio da parte della Polizia di Stato e dell'Arma dei Carabinieri. In particolare, l'Oscad oltre ad agevolare la presentazione delle denunce di atti discriminatori che costituiscono reato, promuove molteplici interventi di tutela delle vittime di maltrattamenti e violenza domestica.

Nei diversi ambiti territoriali vengono inoltre organizzati piani d'azione antiviolenza e progetti a tutela delle vittime di maltrattamenti e violenza domestica. Particolare menzione meritano le case-rifugio, strumento concepito al fine di offrire alle donne strutture di accoglienza e di riprogettazione della propria vita, luoghi in cui aiutare le vittime di violenza ad intraprendere un

percorso di allontanamento emotivo e materiale dalla relazione violenta con il supporto di personale qualificato, facendo inoltre leva sulla responsabilità pubblica assunta dalla rete locale.

Risposta territoriale alla violenza di genere è fornita anche dall'organizzazione di diversi corsi volti alla formazione degli operatori del settore sulle tecniche di ascolto e approccio alle vittime, di valutazione del rischio e individuazione delle misure di protezione, nonché corsi sulla violenza domestica e lo *stalking*.

Ulteriore strumento di lotta al crescente fenomeno della violenza di genere, è rappresentato, infine, dalle iniziative di informazione e sensibilizzazione promosse sui territori di riferimento dalle Prefetture: formazione nelle scuole, corsi di formazione per gli operatori delle strutture sociosanitarie, corsi per migliorare la prima accoglienza, forme di collaborazione con gli enti locali e le associazioni per potenziare l'accoglienza e il sostegno alle vittime.

3. La violenza assistita intrafamiliare.

L'imponenza del fenomeno della violenza di genere contro le donne assume particolare rilevanza quando vi sono minori coinvolti e che assistono indifesi, aprendo la strada al fondamentale ruolo del Tribunale per i Minorenni all'interno di un complesso sistema di competenze che occupa diversi ambiti giudiziari tra i quali, oltre al Giudice minorile, anche il Tribunale ordinario penale e il Tribunale ordinario civile. Un simile ruolo è rintracciabile, inoltre, lungo un *continuum* di ambiti specialistici di tipo pedagogico educativo – psicologico – psichiatrico – sociale.

A tal proposito risulta emblematica la assai nota definizione fornita dal **CISMAI** (Coordinamento Italiano dei Servizi contro il Maltrattamento e l'Abuso all'Infanzia) nel 2001, secondo la quale per violenza assistita da minori in ambito familiare si intende il fare esperienza da parte del bambino di qualsiasi forma di maltrattamento, compiuto attraverso atti di violenza fisica, verbale, psicologica, sessuale ed economica, su figure di riferimento o su altre figure affettivamente significative adulte e minori. Il bambino può fare esperienza di tali atti direttamente, quando questi avvengono nel suo campo percettivo, oppure indirettamente quando il minore ne è a conoscenza.

Una simile definizione enuclea perfettamente quanto già rilevato dall'art. 61 n. 11 *quinquies* c.p. e dalla già citata Convenzione di Istanbul: può opportunamente parlarsi di violenza assistita

non solo quando il minore vede e vive direttamente le percosse, gli insulti, le minacce e le sofferenze cui il genitore è esposto, ma anche se queste violenze, *pur non avvenendo direttamente innanzi ai suoi occhi* sono da lui conosciute attraverso la percezione dei suoi effetti.

Le ripercussioni sui minori della violenza assistita sono perciò il frutto di una deliberata e consapevole insofferenza e trascuratezza verso gli elementari ed insopprimibili bisogni affettivi ed esistenziali dei figli stessi, realizzati in violazione dell'art. 147 c.c. in relazione ad educazione e istruzione al rispetto delle regole minimali del vivere civile, cui non si sottrae la comunità familiare regolata dall'art. 30 della Carta costituzionale e che sono puntualmente violati nei casi di cui ci si occupa in questa sede.

La violenza assistita intrafamiliare, così come definita dal CISMAI, è dunque un fenomeno dolorosamente complesso e richiede risposte adeguate e articolate, differenziandosi da altri fenomeni per la sua dimensione di cronicità e per la sua elevata ripetitività; sappiamo infatti che, generalmente, si verifica in nuclei familiari la cui problematicità dura da tempo e nei quali gli episodi di violenza tendono a ripetersi.

3.1. (*Segue*) Violenza assistita intrafamiliare: portata del fenomeno e risposta giuridica.

Sotto il profilo strettamente giuridico, nel nostro Paese non esiste una normativa specifica e pertinente al problema della violenza assistita da minori, nonostante la dimensione e la diffusione della problematica a livello nazionale e internazionale.

In occasione dell'inaugurazione di un polo sperimentale di accoglienza per bambini e madri vittime di violenza domestica promossa da *Save the Children*, sono stati diffusi dati impressionanti: in Italia due bambini su tre hanno assistito, impotenti, a episodi di violenza tra le mura domestiche mentre in un caso su quattro ne sono stati coinvolti direttamente. Nel 2014 sono stati 50 mila i casi di bambini che hanno subito gravi minacce dai *partner* violenti e aggressivi delle loro madri, come forma di ritorsione nei confronti di queste ultime. Siamo di fronte ad un aumento preoccupante del numero di violenze domestiche a cui i figli sono esposti: dal 60,3 per cento del 2006, la quota è salita al 65,2 per cento nel 2014.

Nonostante i dati raccolti e la consapevolezza di un fenomeno in continua crescita, deve osservarsi come, in realtà, si tratti di un tipo di violenza difficile da provare in sede giudiziaria, in

quanto essa provoca un "danno invisibile" come lo definisce Sara Mazzaglia (S. Mazzaglia, 2010), di difficile rilevazione, spesso occultato, negato e sottovalutato.

A tal proposito, opportunamente l'*Autorità nazionale garante per l'infanzia e l'adolescenza* ha istituito nel 2015 una Commissione consultiva che, oltre ad auspicare la distribuzione sul territorio di un numero adeguato di servizi specialistici in tema di rilevazione, protezione e trattamento del maltrattamento infantile, in un documento di proposta presentato sollecita che sia definito il reato di violenza assistita nei confronti di un minore (Commissione consultiva. Autorità Garante per l'infanzia e l'adolescenza, 15 maggio 2015).

Tuttavia, al momento il reato di violenza assistita è previsto nel nostro codice penale solo quale circostanza aggravante del reato di maltrattamenti in famiglia (*ex* art. 572) introdotto sulla scia della *Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti della donna e la violenza domestica* – Istanbul 11 maggio 2011 – che all'art. 46 prevede quale circostanza del reato, quando non ne sia elemento costitutivo, l'aver commesso l'evento delittuoso ai danni di un bambino o in sua presenza.

A seguire, nel nostro ordinamento, il d. l. 14 agosto 2013, n. 93, poi convertito nella Legge 15 ottobre 2013 n. 119, ha introdotto il già citato n. 11 *quinquies* all'art. 61 c.p. il quale afferma che sia circostanza aggravante nei delitti non colposi contro la vita e l'incolumità individuale, contro la libertà personale nonché nel delitto di cui all'art. 572, l'aver commesso il fatto in presenza o in danno di un minore di anni 18 ovvero in danno di una persona in stato di gravidanza.

In definitiva, il nostro codice penale considera la violenza assistita un'aggravante del reato di maltrattamenti in famiglia se l'abusante maltratta continuamente il coniuge o il convivente davanti ai figli, procurando loro grave pregiudizio, e non quando le vessazioni siano solo occasionali. Tale circostanza aggravante si concreta quando le continue violenze fisiche, verbali, psicologiche, economiche e della dignità personale perpetrate nei confronti della parte offesa sono avvenute spesso e anche in danno del minore il quale, assistendo alle violenze in oggetto, ha subito ricadute di tipo comportamentale, psicologico, fisico, sociale e cognitivo per tutto il tempo in cui è minorenne.

In virtù di tale normativa, il giudice può obbligare il maltrattante a lasciare immediatamente la casa familiare e, in ambito civile, può disporre la decadenza della potestà e ugualmente provvedere all'allontanamento del genitore. Il giudice, inoltre, può disporre anche l'intervento dei

servizi sociali o di un centro di mediazione familiare, o dei centri antiviolenza che sostengono e accolgono donne e minori vittime di abusi e maltrattamenti.

Orbene, alla luce di tale quadro normativo deve osservarsi che, nonostante gli sforzi, la strada da percorrere in ambito giuridico è appena all'inizio per la sua concreta attuazione, soprattutto per quanto riguarda la sensibilità e le modalità di riconoscimento e fronteggiamento di tale forma di violenza a danno dei minori. Tale difficoltà emerge chiaramente sia nella cultura comune, sia tra le figure che a diverso titolo si occupano di famiglie in conflitto quali magistrati, avvocati, insegnanti e operatori sociali e sanitari.

4. Il ruolo del Tribunale per i Minorenni: a) L'indagine sulla violenza assistita svolta dal Tribunale per i Minorenni di Bologna.

In un simile scenario il ruolo del Tribunale per i Minorenni risulta fondamentale, attesa l'imponenza del fenomeno della violenza di genere contro le donne, soprattutto quando vi sono minori coinvolti che assistono indifesi. Lo specifico compito dei TM e delle Procure minorili sarà quello di mantenere una precisa e costante attenzione al quadro d'insieme e, prioritariamente, dal punto di vista dei minori.

Il Tribunale per i Minorenni, infatti, ha funzioni di tutela del minore in tutte le situazioni di pregiudizio ascrivibili a comportamenti dei genitori o di familiari, anche se occorre tenere presente che la valutazione dell'esistenza di una situazione di pregiudizio per il minore e i conseguenti provvedimenti a tutela, sono indipendenti dalla natura dolosa o colposa del comportamento dei genitori e/o degli adulti presenti.

Risulta pertanto doveroso chiarire che il Tribunale per i Minorenni, in esito all'apertura del caso, può intervenire disponendo un'indagine ulteriore per approfondire i contenuti della segnalazione (ricevuta dal PMM o attraverso ricorso di parte) posti alla base del ricorso che determina l'apertura di un procedimento *de potestate*, e assumere provvedimenti limitativi o ablativi della responsabilità genitoriale (ex artt. 330, 333, 336 cc) dettando prescrizioni ai genitori, con possibilità, nei casi più gravi, di decidere per la misura dell'allontanamento del minore dal nucleo o l'allontanamento del padre o convivente dalla casa familiare.

L'interesse e l'attenzione profonda per una problematica così delicata, ha portato il Tribunale per i Minorenni di Bologna ad interrogarsi e a misurarsi, attraverso una specifica analisi

documentale sui propri fascicoli concernenti i procedimenti di Volontaria Giurisdizione, con un esame analitico dei procedimenti aperti in conformità ai ricorsi presentati ed aventi per oggetto casi di "violenza assistita intrafamiliare". Tale indagine è stata effettuata su procedimenti pendenti (per i quali è stato pronunciato provvedimento provvisorio) aventi ad oggetto ricorsi del P.M. *ex* art. 330 - 333 c.c.

L'obiettivo perseguito, in termini meta-giurisdizionali, è stato proprio quello di individuare prassi e modalità operative efficaci avuto riguardo agli esiti raggiunti, attraverso il riconoscimento degli interventi di protezione più adeguati destinati ai minori coinvolti in simili situazioni.

Sulla scorta dei dispositivi adottati in via provvisoria e urgente dai Collegi civili in materia di violenza assistita, la ricerca ha consentito la definizione di quattro ambiti principali di decisioni:

allontanamento del padre/convivente che abbia abusato/maltrattato (psicologicamente, mediante violenza intrafamiliare assistita, percepita direttamente o indirettamente) il minore;

affido del minore ai servizi sociali con collocamento della madre e/o del minore in comunità;

affido del minore al servizio sociale con interventi a domicilio e prescrizioni al padre di non ripetere azioni violente;

predisposizione del progetto sociale, educativo e di cura.

Sulla scorta di tali indicatori è possibile fornire alcune anticipazioni delle elaborazioni dei risultati in via di ultimazione. Per quanto concerne il quadro anagrafico, due percentuali colpiscono in particolare:

1) il 46,6% dei minori sono in età prescolare e si tratta di una quota elevata di bambini e bambine che rischiano forse di passare più facilmente come "invisibili" per la loro età – anche in termini prognostici – alla rete dei servizi educativi, sociali e sanitari;

2) il 64,4% dei minori interessati hanno genitori di nazionalità straniera e una tale stragrande maggioranza ci pare possa consentire di incardinare il fenomeno delle violenze assiste in termini eminentemente socio culturali, anche se questa annotazione non può essere materia affrontata in questa sede, per quanto di grande interesse.

Per quanto riguarda la fase, delicatissima, delle segnalazioni che pervengono presso la Procura Minorile si registrano, tra le macrotipologie, che ben il 68,0% arrivano dalle FF.OO. o su propria iniziativa o su sollecitazione delle madri. È di certo significativo il ruolo di recettori dei

Servizi Sociali, con il 18,0% delle segnalazioni inviate, e della Scuola, con il 10,0% delle segnalazioni; mentre risulta del tutto residuale il ruolo dei sanitari di base, come i pediatri, che pure hanno in carico i minori.

Parlando dei servizi intervenuti in fase di diagnosi, valutazione e trattamento per il trauma ricevuto dai minori, colpisce, in particolare, che i minori vittime di violenza assistita che risultano presi in carico dagli psicologi dei servizi territoriali sono il 7,5% e solo il 5,8% sono quelli seguiti dai neuropsichiatri infantili dal punto di vista diagnostico. Questo dato costituisce un monito, tra gli altri, rispetto alla necessità di una definizione ed una costruzione di un sistema di intervento professionale qualificato in grado di focalizzare la fenomenologia specifica della violenza assistita intrafamiliare, ma anche il suo trattamento in termini preventivi per tutti i soggetti in età evolutiva.

Osservando, infine, i dispositivi contenuti nei Decreti e gli interventi principali attivati dai Servizi sociali territorialmente competenti, emerge che nei casi in cui il minore è allontanato e collocato in un luogo protetto (con la madre o da solo) – casi che riguardano quasi il 42% del totale – il ruolo del Servizio sociale è per così dire di supporto e accompagnamento e circoscritto al carattere d'urgenza dell'intervento; mentre nei casi in cui sono stati adottati provvedimenti ablativi e di compressione della responsabilità genitoriale, il mandato ai Servizi è più articolato attraverso interventi che comprendono da un lato la valutazione delle competenze genitoriali e la regolamentazione dei rapporti, dall'altro la progettazione socio-educativa e psicologica con azioni di sostegno ed invio per interventi specialistici a favore dei genitori e dei minori, anche se quest'ultimi, come abbiamo già sottolineato, sono attuati solo in termini del tutto residuali.

4.1 (*Segue*) b) Il ruolo del Tribunale per i Minorenni all'interno del procedimento penale.

Tuttavia, all'interno del composito quadro della violenza di genere vi è un dato di osservazione e di attenzione costante e, soprattutto, specifico del Tribunale per i Minorenni nella sua insopprimibile *funzione rieducativa* che riguarda i comportamenti violenti dei giovani maschi (che, si badi bene, rappresentano la stragrande maggioranza dei minori coinvolti in procedimenti penali), nell'ambito delle competenze penali minorili e delle competenze amministrative relative alle cosiddette irregolarità della condotta.

Purtroppo, quanto emerge dalle nostre aule è un meccanismo di riproduzione nonché un adattamento negativo, all'interno della sfera adolescenziale, della violenza di genere che abbiamo visto declinata per gli adulti.

È noto come l'adolescenza si caratterizzi spesso con la volontà di trasgredire, di distruggere per poi ricostruire, di entrare in conflitto con il mondo intero. Molti ragazzi di fronte a difficoltà familiari, scolastiche, sociali o psicologiche, percepiscono la società come ostile e si difendono con l'aggressività. Il fenomeno della violenza tra giovani si inserisce in questa realtà e sembra essere in preoccupante crescita in Italia, come dimostrano le cronache recenti. Esso comprende una serie di comportamenti e azioni aggressive quali la violenza psichica, fisica, verbale e sessuale, fino ad arrivare nei casi più gravi all'omicidio passionale e all'omicidio.

Oggi per descrivere la violenza all'interno delle relazioni di coppia tra gli adolescenti si parla anche di un fenomeno relativamente nuovo, la *Teen Dating Violence*. Questo tipo di violenza si manifesta, oltre che con aggressioni fisiche, attraverso le nuove tecnologie, ormai *medium* principale di comunicazione tra i giovani.

Secondo un'indagine di Telefono Azzurro e Doxa Kids effettuata nel 2014 con più di 1500 adolescenti, il 10% degli intervistati ha dichiarato di conoscere qualcuno/a che ha ricevuto minacce dal *partner* di postare in rete foto o video privati se non avesse fatto ciò che gli/le veniva chiesto. E non stupisce che, secondo il sondaggio ISTAT 2014 sulla portata del fenomeno violenza di genere, 5 ragazzi maschi su 10 hanno abbiano affermato di non trovare strano in alcune occasioni (ad esempio, il tradimento) alzare le mani sulle fidanzate; oppure che per 2 ragazze su 5 la sberla sia vista come una delle modalità dell'amore.

Un simile atteggiamento risulta difficile da sradicare, soprattutto se i giovani entrano in contatto con tale realtà in casa, in tv, al cinema o nei loro libri preferiti: in Twilight, la popolarissima saga amata dai nostri figli, una ragazza perdona il ragazzo che l'ha picchiata in occasione del loro primo rapporto sessuale.

Desta impressione, nell'indagine citata, l'adesione, soprattutto da parte dei ragazzi, a pregiudizi sulla violenza sessuale: il 27% dei ragazzi e il 16% delle ragazze sono d'accordo con espressioni come "*A molte donne piace essere forzate fisicamente a fare sesso*"; più di un ragazzo su due e una ragazza su tre d'accordo con affermazioni come: "*La violenza accade quando l'impulso sessuale sfugge al controllo dell'uomo*". Risulta inquietante che tutto ciò sia considerato

accettabile, anche se implica il possesso, mentre il tradimento è ritenuto inaccettabile e può diventare causa scatenante di violenza.

Da questo punto di vista il processo penale minorile diviene occasione per raggiungere consapevolezza di come, molto spesso, i giovani cerchino, anche se con fatica, di ispirarsi a modelli tradizionali maschili ove risulta indispensabile mostrarsi sempre forti, virili, decisi e mai fragili, soprattutto all'interno di un gruppo; le ragazze, al contrario vivono un doppio controllo sociale dovendo da un lato mostrare ai ragazzi il loro lato perfetto e, dall'altro, dovendo spiccare rispetto alle altre ragazze nella competizione per i ragazzi, anche a costo di guadagnarsi la reputazione di ragazza "facile"; inoltre troppo spesso, la sessualità è vissuta in funzione dei desideri dei ragazzi.

Si potrebbe correttamente affermare che i giovani ricevono messaggi su come comportarsi dagli adulti presenti nelle loro vite, dai compagni e dai media e che spesso questi messaggi sembrano suggerire che la violenza all'interno della coppia sia una cosa normale; tuttavia la violenza è sempre inaccettabile. Una delle cause dell'aggressività e della violenza di genere tra gli adolescenti, secondo gli studiosi, sembra quindi essere l'assenza di modelli o meglio, la presenza di modelli negativi nella società e in famiglia.

Alla luce di tali affermazioni risulterà opportuno fornire ai giovani punti di riferimento credibili in cui identificarsi. L'identificazione, infatti, è un elemento essenziale per la formazione della personalità soprattutto se consideriamo che i fattori di rischio che predispongono alla violenza di coppia aumentano se i ragazzi fanno uso di droghe o sostanze illegali, se hanno una sessualità precoce e più *partner* e, soprattutto, se sono stati testimoni di violenza in famiglia.

Le conseguenze sullo sviluppo emotivo degli adolescenti di tali esperienze e sulla loro futura vita di relazione risultano evidenti: in particolare, le esperienze abusanti o violente potranno causare conseguenze molto serie nell'immediato e in futuro; i sintomi vanno dall'ansia alla depressione, a comportamenti devianti come uso di alcool e droghe e/o comportamenti antisociali fino ad arrivare al suicidio.

5. Conclusioni

Quanto relazionato, pur non avendo la presunzione di risultare esaustivo nella descrizione dell'imponenza del fenomeno della violenza di genere, è tristemente confermato dai dati che

emergono dalla seconda indagine Istat sulla violenza contro le donne che non solo testimoniano la preoccupante diffusione del fenomeno, ma attestano come nel 90% dei casi la violenza sia "sommersa" ovvero non denunciata.

Nonostante ciò, la statistica Linda Laura Sabbadini scrive in proposito (Lavoce.info del 7.10.2016) che la situazione sta migliorando: in otto anni sono raddoppiate le donne che considerano la violenza subita un reato, ma sono ancora una minoranza, il 36%.

La coscienza femminile sta crescendo ma la strada da percorrere è ancora lunga, essendo necessario che le donne comprendano quanto possa essere dannoso per i loro figli assistere alla violenza da loro subita da parte del *partner*. Anche in questo caso le ricerche criminologiche internazionali convergono con quella italiana: il figlio maschio che assiste alla violenza ha maggiore probabilità di diventare da adulto lui stesso autore di violenza e la figlia femmina di diventarne vittima. In Italia per chi ha assistito a violenza sulla propria madre si riscontra una probabilità di diventarne autore contro la propria compagna quattro volte più alta rispetto a chi non vi ha assistito.

Escalation della violenza sulle donne e problematiche relative all'avervi assistito dovrebbero essere due temi fondamentali da affrontare in campagne di sensibilizzazione permanenti alle quali tutte le istituzioni dovrebbero contribuire e questo perché, purtroppo, le vittime della violenza non sono solo le donne, ma anche e soprattutto i bambini. Basti pensare agli orfani dei femminicidi in tutti quei casi in cui il padre è arrivato ad uccidere la madre. Secondo le stime di una ricerca condotta da Anna Baldry dell'Università di Napoli nell'ambito del progetto europeo "Switch off" sarebbero 1.600 gli orfani di femminicidi dal 2000. Per questi bambini e per i parenti che spesso diventano affidatari, si apre un percorso di vita molto complicato, con grandi sofferenze, ma soprattutto con scarsissimo sostegno da parte delle istituzioni. I bambini non possono essere dimenticati e i parenti affidatari devono essere sostenuti, cosa che, purtroppo, non sempre accade.

Da questo punto di vista, dunque, agli uomini degni di questo nome spetterà la gestione e soprattutto la sanzione (prima di tutto pubblica e sociale) dei propri simili violenti, uscendo dal silenzio che li rende complici e capire che anche non prendere posizione è una scelta che ha delle conseguenze e mantiene intatto il problema. Il modello violento patriarcale è un sistema prevaricante che schiaccia anche gli uomini: solo quando gli uomini accetteranno di ammetterlo

pubblicamente sarà possibile fare le dovute distinzioni fra complici e vittime, uomini o donne che siano.

Per il momento esiste una maschilità "buona" fatta di padri affettuosi, compagni corretti, amici e fratelli capaci di rispetto e di instaurare rapporti autentici, che però viene considerata l'eccezione, una rarità seminascosta e imbarazzata che tiene un basso profilo per evitare problemi. Gli stessi problemi che noi, invece, non possiamo evitare.

Il dovere di tutti coloro che non stanno dalla parte dei violenti è dunque quello di alzare la testa uscendo dalla paura e nominarsi con forza come uomini migliori per prendere le distanze e mandare un segnale forte e chiaro al fine di dimostrare che un altro modo di essere uomini è possibile.

Il giudice, sia egli minorile od ordinario, requirente o giudicante, può, anzi deve, appartenere a questa categoria di magistrati-uomini, compiendo ogni sforzo per meglio tutelare le vittime dei reati nel settore penale ma anche, e principalmente, "intercettare" il disagio delle persone offese e dei figli di tali vittime del reato, nel settore civile. Da qui l'importanza del ruolo del PMM e del giudice minorile istituzionalmente preposto alla tutela, specie in sede civilistica, dei soggetti deboli.

La violenza di genere, invisibile per molto tempo, è ora sotto l'attenzione dei *media*, se ne discute non più e non solo nelle trasmissioni di intrattenimento ed è cresciuta la condanna sociale contro la violenza: le donne sono finalmente meno sole e meno invisibili. Allo stesso modo, anche i bambini non devono rimanere invisibili, i loro sguardi, profondi, che attraversano i tanti procedimenti che tratta il Tribunale per i Minorenni, sono lì, inesorabili, ad interpellarci e a ricordarcelo.

LORENZO DELLI PRISCOLI

Diritti fondamentali e mercato nelle diverse prospettive delle Corti di Lussemburgo e di Strasburgo

SOMMARIO: 1. I diritti fondamentali dell'individuo dalla Rivoluzione francese alla Carta di Nizza. - 2. I non coincidenti valori alla base delle Corti Europee. – 3. Il discutibile bilanciamento fra valori del mercato e diritti fondamentali in tema di professioni intellettuali. – 4. Il dialogo e il contrasto tra Corti europee e nazionali. – 5. Le nostre Corti Supreme e la tutela dei diritti fondamentali della collettività.

1. I diritti fondamentali dell'individuo: dalla Rivoluzione francese alla Carta di Nizza.

Sono oramai innumerevoli i testi normativi sia internazionali sia di singoli Paesi che riconoscono e tutelano i diritti fondamentali della persona umana.

Il testo che è considerato aver dato l'avvio all'età moderna della storia giuridica dell'uomo e rappresenta la fine definitiva del medioevo è la Dichiarazione dei Diritti dell'uomo e del cittadino del 26 agosto 1789 (Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen) – tuttora espressamente richiamato dall'attuale Costituzione francese del 1958 - elaborato nel corso della rivoluzione francese e contenente una solenne elencazione di diritti fondamentali dell'individuo ispirata alla Dichiarazione d'indipendenza americana del 4 settembre 1776.

Tale documento ha ispirato a sua volta pressoché tutte le carte costituzionali del mondo occidentale; gran parte del contenuto della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino è confluito infatti a sua volta nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo adottata all'indomani della seconda guerra mondiale dalle Nazioni Unite a New York il 10 dicembre 1948, stesso anno in cui è entrata in vigore la nostra Costituzione.

Sempre sull'onda del moto di ripulsione per la sistematica negazione dei diritti umani che caratterizzò i regimi autoritari durante l'ultima guerra mondiale, fu stipulata la *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (cd. CEDU, del cui rispetto si occupa la Corte europea dei diritti dell'uomo, cd. Corte di Strasburgo), firmata a Roma il 4 novembre 1950 e ratificata in Italia con legge 4 agosto 1955, n. 858. A partire dalle sentenze

della Corte costituzionale nn. 348 349 del 2007 la CEDU è stata "promossa" nella gerarchia delle fonti, e ora non è più considerata un semplice atto avente forza di legge (come leggi, decreti legge e decreti legislativi) ma si colloca in posizione intermedia tra quest'ultimi e le norme costituzionali.

Degli anni sessanta è la Convenzione Internazionale sui Diritti Civili e Politici (meglio nota come Patto internazionale sui diritti civili e politici), trattato delle Nazioni Unite nato dall'esperienza della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e di cui è considerato un'evoluzione e una specificazione, adottato nel 1966, sottoscritto da tutti i più importanti Paesi del mondo ed entrato in vigore il 23 marzo del 1976.

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 da essa riconosciuta sono entrati a pieno titolo a far parte dei valori dell'Unione europea che la Corte di Giustizia di Lussemburgo è tenuta a far rispettare e che la nostra Corte costituzionale, a partire dalla sentenza n. 170 del 1984, colloca nella gerarchia delle fonti addirittura sopra le norme costituzionale e sotto soltanto i diritti fondamentali e i principi fondamentali della Costituzione (cd. teoria dei contro limiti). I diritti fondamentali della persona riconosciuti dalla Carta di Nizza dunque si affiancano a quelli tutelati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e difesi della Corte di Strasburgo nonché a quelli della nostra Costituzione, di cui si fanno interpreti e protettori la Corte costituzionale e la Corte di Cassazione.

2. I non coincidenti valori alla base delle Corti Europee.

La Corte di Giustizia dell'Unione europea da un lato, tradizionalmente deputata alla tutela del mercato, e Corte di Cassazione, Corte costituzionale e Corte Europea dei diritti dell'uomo dall'altro, più propense a prestare particolare attenzione al rispetto dei diritti fondamentali, hanno avuto negli ultimi anni un forte processo di "avvicinamento".

Tuttavia, non può non rilevarsi la significativa differenza che tuttora persiste tra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Carta di Nizza, in quanto mentre la prima carta dei valori attribuisce rilievo solo ai diritti fondamentali dell'individuo, la seconda contempla anche

valori tipici del mercato (si pensi al riconoscimento della libertà d'impresa all'art. 16 e alla tutela dei consumatori all'art. 38) (171), e ammette esplicitamente, all'art. 52, eventuali limitazioni all'esercizio delle libertà e dei diritti dell'uomo riconosciuti dalla Carta.

on può altresì dimenticarsi che i diritti fondamentali erano stati in precedenza trascurati dall'Unione europea, che, quando era ancora semplicemente "Comunità economica europea" ha rivolto i suoi sforzi quasi esclusivamente nella direzione di una integrazione economica (172), tralasciando altri aspetti, quali da un lato un tentativo concreto di creare un'effettiva unione politica e dall'altro un 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 reale unione dell'Europa si può realizzare esclusivamente attraverso un'integrazione e una cooperazione in tutti i campi, ivi compresi i diritti fondamentali, anche proprio al fine di realizzare una più soddisfacente integrazione economica. Solo da pochi anni infatti si è quasi del tutto 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 (173).

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

(171) 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.

(172) 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". Il primo segno di una sensibilità su temi diversi da quelli economici si è avuta a partire dagli anni settanta: cfr. ad esempio Corte di giustizia, sentenza 8 aprile 1976, in causa C-43-75, secondo cui il principio di parità retributiva tra uomini e donne, incardinato nel Trattato di Roma fin dall'istituzione della Comunità economica europea come principio fondante del mercato comune nonché come uno degli «scopi sociali della Comunità, […] che […] non si limita all'unione economica»; non può non notarsi tuttavia che la stessa sentenza osserva che tale principio è funzionale alla tutela della concorrenza perché impedisce che l'impresa che assuma più donne si avvantaggi rispetto alle altre.

(173) Cfr., fra le tante, Corte di giustizia UE 8 aprile 2014, 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".

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 (174); alla sentenza della Cassazione a sezioni unite del 2005 che ha per la prima volta riconosciuto al consumatore il diritto al risarcimento del danno da condotta anticoncorrenziale (175); alle numerose sentenze della Corte costituzionale che hanno ricondotto le misure legislative di liberalizzazione delle attività economiche - dalle professioni intellettuali alle concessioni demaniali agli stabilimenti balneari (176) - alla materia «tutela della concorrenza»; alle sempre più frequenti sentenze della Cassazione che sanzionano comportamenti illeciti della pubblica amministrazione per violazione della legge *antitrust* nell'assegnazione degli appalti (177) o nell'applicazione del principio di non discriminazione fra imprese (178).

(174) Cfr. A. GAMBINO, *Imprenditore e mercato: iniziativa privata e regole giuridiche*, in AA.VV., *Concorrenza e mercato*, Torino 1998, 164 ss., il quale rileva come nella Costituzione vi sia una traccia solo "indiretta" del mercato, in quanto nell'art. 41 Cost. manca la "prospettiva orizzontale", dello svolgersi dell'iniziativa nei confronti di altri soggetti privati. Concorrenza e mercato infatti, cioè i rapporti vicendevoli tra imprenditori ed i rapporti tra imprenditori e consumatori, rimangono estranei alla Carta repubblicana, che conosce soltanto il profilo protettivo della libertà di iniziativa economica dell'imprenditore di cui al comma 1, salvi i limiti di ordine generale previsti dai commi 2 e 3.

(175) Cass., S.U., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Danno resp.*, 2005, 949, con nota adesiva di L. DELLI PRISCOLI, *Consumatori e danno derivante da condotte anticoncorrenziali*.

(176) Cfr. ad esempio Corte cost. n. 178 del 2014, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una norma della regione Umbria (l'art. 73 della legge reg. n. 13 del 2013) – per contrasto con l'art. 3 della legge n. 97 del 2013 secondo cui l'abilitazione alla professione di guida turistica è valida su tutto il territorio nazionale – che subordina la possibilità di svolgere la suddetta attività, per le guide turistiche che hanno conseguito l'abilitazione all'esercizio della professione presso altre Regioni e che intendono svolgere la propria attività nella Regione Umbria, all'accertamento, da parte della Provincia, della conoscenza del territorio, con le modalità stabilite dalla Giunta regionale: la norma impugnata infatti, secondo la Consulta, introduce una barriera all'ingresso nel mercato, in contrasto con il principio di liberalizzazione introdotto dal legislatore statale; analogamente Corte cost. n. 40 del 2017 invece ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14 della legge della regione Puglia n. 17 del 2015 (Disciplina della tutela e dell'uso della costa), che aveva prorogato le concessioni demaniali agli stabilimenti balneari, in quanto la disciplina dei termini di scadenza delle concessioni demaniali marittime incide sull'ingresso di altri potenziali operatori economici nel mercato e rientra quindi nella materia «tutela della concorrenza».

(177) Cfr. Cass. 11 maggio 2017, n. 11456, secondo cui la circostanza che un'impresa eserciti la gestione di servizi di interesse generale (nella specie, servizi cimiteriali) non le consente di ottenere in via esclusiva anche l'affidamento di altri servizi (nella specie, onoranze funebri, nonché fornitura e posa di arredi funerari), in quanto l'esenzione dall'applicazione della normativa *antitrust*, prevista dall'art. 8, comma 2, della l. n. 287 del 1990, per le imprese che gestiscono servizi di interesse economico generale, opera solo per le attività strettamente connesse all'adempimento degli specifici compiti loro affidati, non estendendosi a quelle che possono essere esercitate in regime di concorrenza; Cass. 10 maggio 2017, n. 11446, secondo cui negli appalti di opere pubbliche costituisce violazione delle norme imperative in tema di evidenza pubblica l'assegnazione attraverso trattativa privata di un appalto, con conseguente nullità del contratto stesso.

(178) Cass., 7 febbraio 2017, n. 3200, secondo cui poiché, a parità di contenuto delle prestazioni che le imprese rendono in favore di una stessa P.A., quest'ultima è tenuta nei loro confronti al medesimo corrispettivo economico, pena la discriminazione di alcune di esse rispetto ad altre, l'impresa che decida di non impugnare un atto generale

Tuttavia, le nostre Corti nazionali, come del resto anche la Corte di Strasburgo, hanno fin dall'inizio saldamente avuto - e tuttora hanno - come obiettivo primario la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, e tale tutela ha anzi 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 diritti dell'uomo a norme intermedie tra gli atti aventi forze di legge e la Costituzione - a partire dal 2007 (179) - e dall'altro della già ricordata entrata in vigore della Carta di Nizza nel 2009 (180). Infatti, la tutela dei diritti fondamentali è fermamente radicata nella nostra Costituzione del 1948 e nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950, perché si tratta di testi normativi che sono stati concepiti *in primis* non certo a tutela della concorrenza e del mercato ma proprio a tutela dei diritti inviolabili dell'uomo (art. 2 Cost.), in un contesto storico-culturale fortemente scosso e influenzato dagli orrori della seconda guerra mondiale, dalle leggi razziali, dai campi di sterminio, e dunque nascono 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 (181). È 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 (182). Tale principio è stato ribadito dalla sentenza n. 238 del

della P.A. che modifichi il corrispettivo dovuto per le prestazioni svolte non può essere pregiudicata, ove tale atto venga annullato su ricorso di terzi, in ragione di una pretesa validità del provvedimento nei suoi confronti.

(179) Cfr. Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007.

(180) Cfr., per portare un esempio, fra i tanti possibili, della sancita prevalenza dei diritti fondamentali sui valori del mercato, Corte cost. n. 98 del 2017, che ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata per violazione del parametro riguardante la tutela concorrenza, di una norma regionale che dispone il possesso di dati requisiti professionali per esercitare attività commerciali che prevedano la somministrazione di alimenti e bevande, anche ove l'attività commerciale sia svolta «nei confronti di una cerchia limitata di persone», in locali non aperti al pubblico. Infatti, secondo la Consulta, sebbene la normativa statale stabilisca che le attività commerciali possono essere svolte senza limiti e prescrizioni, tra cui il possesso di requisiti professionali soggettivi, tuttavia, poi, fa espressamente salvi quelli riguardanti il settore alimentare e della somministrazione degli alimenti e delle bevande, ponendosi quali misure volte a salvaguardare la salute dei consumatori.

(181) Cfr., per tutti, P. LEVI, *Se questo è un uomo*, editore De Silva, Torino, 1947.

(182) 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 incostituzionali norme dell'Unione europea, ha tuttavia sancito la prevalenza del diritto fondamentale al lavoro sulle norme in tema di concorrenza non solo nazionali

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 (183).

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*" (184).

Mentre in Italia i diritti fondamentali dell'uomo 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. 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

---

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 *antitrust* dell'Unione.

(183) 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 contesto istituzionale contraddistinto dalla centralità dei diritti dell'uomo, 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.

(184) Cfr. Cass. 30 dicembre 2016, n. 27557 e 15 gennaio 2016, n. 593, che riconoscono anche al disabile straniero privo della carta di soggiorno l'indennità – rispettivamente - di frequenza e di accompagnamento e Cass. 22 luglio 2015, n. 15362, che riconosce a determinate condizioni allo straniero il diritto al ricongiungimento familiare.

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 (185). Già la sentenza della Corte di 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") di tali diritti; nelle nostre Corti nazionali e nella Corte EDU (186) è dunque 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, 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. (187).

(185) Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 15 novembre 2016, causa C-268/15, secondo cui il diritto dell'Unione deve essere interpretato nel senso che il regime 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 sussistano legami fra l'oggetto o le circostanze in discussione nel procedimento principale e i menzionati articoli.

(186) Cfr. ad esempio Corte EDU 17 marzo 2016, Rasul Jafarov v. Azerbaijan, 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).

(187) 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 Corte di Giustizia 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 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 (Cass. 22 giugno 2007, n. 14602) 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,

3. Il discutibile bilanciamento fra valori del mercato e diritti fondamentali in tema di professioni intellettuali.

Pur se sempre affermata e confermata, la teoria dei controlimiti, che racchiude in sé il concetto di sovraordinazione gerarchica dei diritti fondamentali rispetto ai valori del mercato rappresentati dalle norme dell'Unione europea, non è stata mai in concreto utilizzata dalla Corte costituzionale per dichiarare l'incostituzionalità di qualche norma europea. Sempre meno spesso i conflitti tra norme europee e quelle dei singoli Stati membri sono infatti affrontati e risolti dalle Supreme Corti nazionali impostando il problema in termini di rigidi rapporti di gerarchia tra le fonti o di individuazione delle rispettive sfere di competenza: in presenza di una pluralità di interessi potenzialmente in contrasto tra loro si tende infatti a ragionare in termini di necessario bilanciamento tra gli interessi stessi ([188]), dovendosi altresì tenere presente che nel caso concreto può accadere che la limitazione in minima parte di un diritto può consentire la salvaguardia di un altro interesse che altrimenti sarebbe interamente sacrificato.

Un campo ove si è assistito non ad un contrasto tra Corti europee e nazionali ma a decisioni contraddittorie con i valori affermati dalle rispettive Corti è quello concernente la "liberalizzazione" delle professioni intellettuali, ove il rapporto tra tutela della concorrenza e dei diritti fondamentali alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia e delle Corti nazionali è stato infatti affrontato e risolto in maniera poco coerente.

In effetti, già l'atteggiamento della disciplina legislativa italiana è profondamente diverso rispetto a quello dell'Unione europea. In Italia il professionista intellettuale gode di una disciplina *ad hoc* (artt. 2229 c.c. ss.) - ben distinta da quella dell'imprenditore (artt. 2082 c.c. ss.) - basata sul principio della personalità della prestazione, sulla sua non fallibilità, sull'assenza di un obbligo di iscrizione del registro delle imprese e di tenuta delle scritture contabili, su di una giurisprudenza che attribuisce al cliente l'onere della prova della non diligenza del professionista. Eppure non vi è una differenza "ontologica" fra l'attività dell'imprenditore in senso stretto e quella del professionista intellettuale: si pensi infatti all'ipotesi in cui la prestazione intellettuale sia fornita

dell'illecito rispondono tanto l'impresa per conto della quale l'incaricato agisce quanto quest'ultimo: la vendita porta a porta mostra dunque 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.

([188]) Cfr. ad esempio Corte cost. n. 111 del 2017.

mediante un soggetto (ad esempio il proprietario di una clinica privata) che stipendia e organizza l'attività di professionisti intellettuali (ad esempio i medici che lavorano nella clinica): questi rimane pur sempre un imprenditore; ancora, il farmacista titolare di una farmacia riveste allo stesso tempo il ruolo del professionista intellettuale e dell'imprenditore. La ragione di una disciplina nettamente differenziata nel codice civile del 1942 italiano del professionista intellettuale rispetto all'imprenditore deve invece ricercarsi in una condizione di privilegio che la nostra legge concede - sulla base di un'antica tradizione che risale al Medio Evo e alla nascita delle corporazioni – a coloro che esercitano le cosiddette professioni intellettuali ([189]).

Nell'Unione europea invece il professionista intellettuale è assimilato all'imprenditore, tanto che l'art. 3 del codice del consumo, che recepisce una direttiva comunitaria, unifica le due figure nell'unica definizione di professionista, che è colui agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale o professionale. Nella concezione più pragmatica, di origine anglosassone, dell'unione europea, professionista intellettuale e imprenditore vanno assimilati perché sono entrambi due soggetti che vendono beni o servizi sul mercato a fini di lucro e come tali vanno assoggettati in condizioni di parità, alle stesse regole di concorrenza (di cui il codice del consumo costituisce una espressione).

Fatta questa premessa, la parola "liberalizzazione" nel nostro ordinamento va intesa, secondo l'insegnamento della Corte costituzionale (sentenza n. 200 del 2012), non come una semplice e brutale abolizione di norme (c.d. "*deregulation*") - che significherebbe disconoscere il limite dell'utilità sociale di cui all'art. 41, comma 2, Cost. – ma come una più ragionevole organizzazione della disciplina. Le liberalizzazioni nel campo delle professioni intellettuali consentono altresì di permettere l'esercizio di una diritto, quello dell'individuo di esplicare la propria personalità mediante l'esercizio di un'attività lavorativa (cfr. artt. 1, 2, 4 e 35 Cost.), che, a differenza di quello alla libertà del diritto di iniziativa economica – che presuppone l'interferenza dell'attività economica con altri valori costituzionali e che quindi è suscettibile di limitazioni anche significative – non può che essere considerato fondamentale.

Tale diritto, nel quadro della nostra Costituzione, non può però che essere bilanciato con quello della collettività ad avere a che fare con professionisti preparati, principio a sua volta il più

([189]) Sul punto cfr. ad esempio F. GALGANO, *Diritto commerciale*, *L'imprenditore*, Bologna, 2013, 100.

delle volte posto a protezione di diritti fondamentali (così, ad esempio, nel caso dell'avvocato a tutela del diritto di difesa, e nel caso del farmacista a tutela del diritto alla salute).

Qui di seguito però si propongono due esempi – riguardanti il primo l'avvocato e il secondo il farmacista - in cui questo bilanciamento non sembra essere stato effettuato con il dovuto equilibrio.

Per quanto riguarda l'avvocato, secondo la Cassazione a sezioni unite (190), in base alla normativa comunitaria concernente il reciproco riconoscimento dei titoli abilitanti all'esercizio di una professione, il soggetto munito di un titolo equivalente a quello di avvocato conseguito in un Paese membro dell'Unione europea (nella specie, la Spagna), qualora voglia esercitare la professione in Italia, ha diritto ad essere iscritto nell'albo ordinario con il titolo di avvocato, senza necessità di sostenere alcuna prova attitudinale, e ciò in ragione del richiamo al principio della libertà di stabilimento e alle relative sentenze che hanno fatto applicazione di tale principio (191). Pertanto, il soggetto munito di equivalente titolo professionale di altro Paese membro può chiedere l'iscrizione nella Sezione speciale dell'Albo italiano del foro nel quale intende eleggere domicilio professionale in Italia, utilizzando il proprio titolo d'origine (ad es., quello, spagnolo, di «*abogado*») e, al termine di un periodo triennale di effettiva attività in Italia, può chiedere di essere "integrato" con il titolo di avvocato italiano e l'iscrizione all'Albo ordinario. Attraverso tale procedimento l'interessato è dispensato dal sostenere la "prova attitudinale", richiesta a coloro che chiedono l'immediato riconoscimento del titolo di origine e l'immediato conseguimento della qualifica di avvocato. In base a tali principi la sentenza da ultimo citata della Cassazione ha riconosciuto l'illegittimità del rifiuto opposto dal Consiglio dell'ordine degli avvocati di Palermo alla domanda di da parte di un italiano *abogado* in Spagna di iscrizione nella Sezione speciale del locale Albo riservata agli avvocati comunitari stabiliti.

Ancora più recentemente le sezioni unite (192) hanno confermato questo orientamento di favore per l'avvocato stabilito affermando che, in base alla normativa comunitaria volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno stato membro diverso da quello in cui è stata acquisita la qualifica professionale, i nostri consigli dell'ordine non possono

(190) Cass., S.U., 22 novembre 2011, n. 28340.
(191) Corte di Giustizia UE 22 dicembre 2010, C-118/09, e 29 gennaio 2009, C-311/06
(192) Cass. 4 marzo 2016, n. 4252.

chiedere all'avvocato stabilito il possesso del requisito, che pure è previsto dalla legislazione nazionale forense per i "nostri" avvocati, della condotta irreprensibile.

È evidente dunque che con questa decisione, la Cassazione, adeguandosi a quanto deciso dalla Corte di Giustizia, non ha ritenuto (o ha dimenticato) che il principio costituzionale, espresso dal comma 5 dell'art. 33 Cost., secondo cui "è prescritto un esame di Stato… per l'abilitazione all'esercizio *professionale"* è posto a tutela del diritto di difesa del cittadino ex art. 24 Cost., e quindi, assumendo dignità di principio fondamentale, dovrebbe prevalere rispetto ai principi di libera concorrenza e libertà di stabilimento dei lavoratori.

Venendo all'esempio del farmacista, una pronuncia del 2013 della Corte di Giustizia (193) per certi versi di segno opposto rispetto a quella riguardante l'avvocato (perché nel caso del farmacista il diritto fondamentale alla salute è prevalso sulla concorrenza mentre nel caso dell'avvocato la concorrenza ha avuto la meglio sul diritto di difesa) ma che lascia ugualmente delle perplessità (perché entrambe le fattispecie avrebbero probabilmente essere dovute decidere in maniera opposta alla luce di un più equilibrato e meno frettoloso bilanciamento di interessi) ha riconosciuto la legittimità della disciplina normativa italiana che impone un numero chiuso alle farmacie.

La Corte costituzionale (194), riprendendo e citando in gran parte le motivazioni della sentenza della Corte di Giustizia da ultimo citata, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 5, co. 1, del d.l. n. 223 del 2006 nella parte in cui non consente alle parafarmacie la vendita di medicinali di fascia C (farmaci utilizzati per patologie di lieve entità) soggetti a prescrizione medica. La Corte di Giustizia e la Corte costituzionale non tengono però conto che la legge italiana già impone il prezzo dei farmaci soggetti a prescrizione e detta una severa disciplina riguardante l'apertura delle c.d. farmacie rurali, in modo da garantire una capillare distribuzione delle farmacie su tutto il territorio. È evidente che il diritto di iniziativa economica, ma prima di tutto il diritto al lavoro del farmacista iscritto all'albo ma non titolare di farmacia, è irragionevolmente sacrificato dall'esistenza di un numero chiuso (la c.d. pianta organica).

(193) Corte di Giustizia UE 5 dicembre 2013, cause riunite da C-159/12 a C-161/12.
(194) Corte cost., n. 216 del 2014.

In effetti il paradosso è che mentre l'avvocato che non abbia sostenuto l'esame di abilitazione può esercitare liberamente la propria professione, il farmacista che non possieda la relativa licenza non può svolgere l'attività - imprenditoriale e professionale allo stesso tempo - di farmacista, pur se iscritto all'albo e quand'anche, per ipotesi, fosse pacificamente riconosciuto di particolare bravura, ma dovrà limitarsi a compiere l'attività di c.d. "farmacista dipendente", con prospettive di guadagno assai modeste e con l'assoggettamento al potere gerarchico, disciplinare e organizzativo di un suo collega, con evidente disincentivazione dallo svolgimento di tale attività, e con conseguente perdita di una possibile preziosa risorsa per il diritto alla salute della collettività. È così dunque che l'acquisto della piena consapevolezza dell'esistenza di un diritto fondamentale in capo agli operatori economici a poter svolgere liberamente l'attività che più si desidera non può che contribuire ad innescare un processo circolare virtuoso per cui l'affermazione di tale diritto stimola le liberalizzazioni e queste ultime, contribuendo a creare ricchezza, consentono di destinare maggiori risorse a tutela dei diritti fondamentali. Ecco dunque che il perseguimento delle liberalizzazioni delle professioni intellettuali (ossia la possibilità di far esplicare a tutti la propria libertà di iniziativa economica e quindi il garantire una politica di concorrenza rigorosa) non va necessariamente a scapito dell'utilità sociale (ossia dei diritti fondamentali della collettività) ma al contrario, come era nell'idea del Costituente, la rafforza; e il perseguimento dell'utilità sociale, a sua volta, fornisce nuovo vigore ad una politica di liberalizzazioni, da intendersi, come detto, non come mera *deregulation* ma come *razionalizzazione della regolazione* (ossia come eliminazione di tutte e solo quelle norme che impediscano un pieno sviluppo della concorrenza e che non siano poste a presidio di diritti fondamentali).

4. Il dialogo e il contrasto tra Corti europee e nazionali.

Alla luce di quanto detto nei paragrafi precedenti, deve dunque ritenersi che il legame tra Corte di Giustizia dell'Unione europea e Corte di Strasburgo da un lato e Corte di cassazione e Corte costituzionale dall'altro debba sempre svolgersi nella piena consapevolezza e nel rispetto della diversità del patrimonio culturale e giuridico acquisito faticosamente negli anni, evitando un acritico recepimento delle decisioni altrui ma mirando piuttosto ad un rapporto non a senso unico ma di continua collaborazione, che richiede la necessità di un dialogo sempre più stretto tra le varie Corti.

Un esempio di proficuo dialogo tra una Corte europea ed una nazionale si è avuto a seguito dell'ordinanza con la quale la Cassazione ([195]) ha proposto alla Corte di giustizia due questioni riguardanti il trattamento dei dati personali contenuti nel registro delle imprese che, secondo quanto previsto dall'art. 6, lett. e), della direttiva 46/95/CE, attuata in Italia con il d.lgs. n. 196 del 2003, cd. codice della *privacy*, possono essere custoditi, elaborati e pubblicizzati solo per il tempo strettamente necessario al conseguimento delle finalità per le quali sono stati acquisiti. La Cassazione si chiede se tale disciplina di derivazione comunitaria, posta a protezione della riservatezza e del conseguente diritto all'oblio, debba prevalere sul sistema di pubblicità commerciale istituito con il registro delle imprese, pure di derivazione comunitaria, che prevede anche per le persone fisiche la conservazione dei dati rilevanti senza limiti di tempo e se, dunque, anche tali dati non debbano invece essere disponibili per un periodo di tempo limitato e in favore di destinatari determinati. Premesso che scopo della pubblicità commerciale è quello di rendere noto oppure opponibile un certo fatto giuridico, al fine della sicurezza dei traffici giuridici e del mercato, che solo il nucleo essenziale di ogni diritto fondamentale è insopprimibile e che anche gli interessi del mercato hanno una rilevanza tale da poter determinare una limitazione dei diritti fondamentali, il problema prospettato dalla Cassazione alla Corte di Giustizia è dunque quello di come operare il corretto bilanciamento tra trasparenza dei traffici commerciali e il diritto fondamentale alla riservatezza e alla protezione dei dati personali. La Corte di Giustizia ([196]), dopo aver sottolineato la centralità e l'importanza della pubblicità commerciale, nel rispondere alla Cassazione ha però affermato che spetta ai singoli Stati membri determinare se le persone fisiche possano chiedere all'autorità incaricata della tenuta del registro delle imprese di verificare, in base ad una valutazione da compiersi caso per caso, se sia eccezionalmente giustificato, per ragioni preminenti e legittime connesse alla loro situazione particolare, decorso un periodo di tempo sufficientemente lungo dopo lo scioglimento della società interessata, di limitare l'accesso ai dati personali ai soli terzi che dimostrino un interesse specifico alla loro consultazione. Tale interpretazione del diritto europeo costituisce, secondo la Corte di Lussemburgo, un ragionevole bilanciamento degli interessi in gioco perché, pur salvando nella sostanza l'attuale sistema di pubblicità commerciale, non sfocia in un'ingerenza sproporzionata nei diritti fondamentali delle

([195]) Cass. ordinanza interlocutoria 17 luglio 2015, n. 15096.
([196]) Corte di Giustizia, seconda sezione, 9 marzo 2017, C-398/15.

persone interessate, ed in particolare nel loro diritto al rispetto della vita privata nonché nel loro diritto alla tutela dei dati personali, garantiti dagli articoli 7 e 8 della Carta di Nizza, in ragione del limitato numero di dati personali pubblicizzati dal registro.

In questa prospettiva, vanno accolte con favore le prassi virtuose che si stanno sviluppando in Italia, nel senso di un sempre maggior uso del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea ex art. 267 del Trattato sul funzionamento sull'Unione europea di Roma, non solo per chiarire dubbi interpretativi riguardanti il diritto dell'Unione europea, ma anche per prevenire possibili motivi di conflitto tra tale diritto e i principi fondamentali della Costituzione, ossia con una volontà costruttiva di risolvere tali problemi, in un'ottica di "leale collaborazione" (197) tra Corti. Tale espressione – finora utilizzata dalla Consulta solo con riferimento al rapporto tra organi nazionali tra loro, come ad esempio quello tra Stato e Regioni - è utilizzata dalla sentenza della Corte costituzionale nel 2017 (198) per motivare la necessità di una cooperazione tra l'Italia e l'Unione europea: con tale sentenza si è investita la Corte di Giustizia della questione relativa alla compatibilità del contenuto della sentenza Taricco del 2015 della Corte di giustizia (199), ispirata dal fine di dare prevalenza agli interessi economici dell'Unione europea sui principi fondamentali della nostra Costituzione in tema di principio di legalità nel diritto penale. Tale sentenza della Corte di Lussemburgo infatti ha "allungato" i termini di prescrizione dei reati di frode fiscale - commessi in Italia ma di rilevanza comunitaria perché riguardanti l'IVA, che contribuisce a finanziare l'Unione europea - così dettando – mediante una sentenza della Corte di Giustizia oltretutto caratterizzata da una certa indeterminatezza delle situazioni cui si riferisce - una disciplina penalistica più sfavorevole al reo, nonostante in Italia la prescrizione sia un istituto avente carattere di diritto sostanziale, come tale riservato alla competenza del legislatore statale e soggetto al principio di legalità nelle sue esplicazioni della sufficiente determinatezza della norma e dell'irretroattività della legge penale più sfavorevole (200). La Corte costituzionale, con la

(197) L'espressione è utilizzata dall'art. 4 del Trattato dell'Unione europea; si pensi anche al già ricordato principio espresso dall'art. 52 della Carta di Nizza, secondo cui limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti da tale Carta possono essere previste dalla legge in ragione dell'esigenza di bilanciare i diversi interessi in gioco.

(198) Corte cost. n. 24 del 2017.

(199) Corte di giustizia UE, Grande sezione, 8 settembre 2015, in causa C-105/14, Taricco.

(200) La Corte di giustizia ha affermato che l'art. 325 del TFUE impone al giudice nazionale di non applicare il combinato disposto degli artt. 160, ultimo comma, e 161, comma 2, c.p. in tema di prescrizione dei reati quando ciò gli impedirebbe di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frodi fiscali gravi

poc'anzi citata sentenza del 2017, afferma dunque con forza l'importanza dei diritti fondamentali dell'uomo, che possono essere compressi ma non esclusi quando entrano in bilanciamento con altri valori, quali quelli economici dell'Unione.

La Corte di Giustizia, con sentenza della grande sezione del 5 dicembre 2017, C-42/17, ha riconosciuto nel caso specifico le ragioni della Corte costituzionale, affermando che l'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE dev'essere interpretato nel senso che esso impone al giudice nazionale di disapplicare, nell'ambito di un procedimento penale riguardante reati in materia di imposta sul valore aggiunto, disposizioni interne sulla prescrizione, rientranti nel diritto sostanziale nazionale, che ostino all'inflizione di sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea o che prevedano, per i casi di frode grave che ledono tali interessi, termini di prescrizione più brevi di quelli previsti per i casi che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato.

Deve tuttavia rilevarsi che la Corte di Giustizia è giunta a queste conclusioni non sulla base di una ammissione della validità delle teoria dei contro limiti, ma ritenendo che i diritti fondamentali invocati dall'Italia fossero in realtà patrimonio comune anche dell'Unione Europea, sottolineando anzi il primato del diritto dell'Unione: infatti la sentenza della Corte di Giustizia conclude affermando che resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità o l'effettività del diritto dell'Unione (sentenza del 26 febbraio 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105). La Corte di Lussemburgo dunque non riconosce la teoria dei contro limiti, ossia l'affermazione che possa esistere, nella gerarchia delle fonti, un qualcosa (i diritti fondamentali, perlomeno nel loro nucleo essenziale) che possa "stare sopra", essere sovraordinato rispetto al

che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, ovvero quando frodi che offendono gli interessi finanziari dello Stato membro sono soggette a termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per le frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione.

diritto dell'Unione europea. Non può dunque non evidenziarsi il sordo contrasto che tuttora esiste tra Corte di Lussemburgo e le nostre Corti nazionali e al contempo il tentativo delle Corti di arrivare a soluzioni di compromesso nei casi specifici (si pensi al caso della liberalizzazione della professione di avvocato in cui è evidente l'aver "chiuso un occhio" da parte delle nostre Corti in nome del mantenimento di buoni rapporti con la UE e al caso Taricco appena descritto in cui è la UE con la sentenza del dicembre 2017 che invece accetta le nostre tesi, pur ribadendo il principio della supremazia del diritto dell'Unione).

La nostra Corte costituzionale è dunque molto attenta a esigere il rispetto dei diritti fondamentali da parte delle Autorità estere, anche se magari tale prevalenza ([201]) non viene completamente esplicitata nelle motivazioni, come nel caso della c.d. sentenza Alitalia n. 270 del 2010 ([202]), che, senza una affermazione esplicita in tal senso, nel ritenere legittima la fusione tra Alitalia e Air One che impedì la messa in liquidazione della prima, ha però in concreto sancito la prevalenza del diritto fondamentale al lavoro sulle rigide norme in tema di concorrenza non solo nazionali ma anche dell'Unione europea, che avrebbero impedito - con conseguente perdita di posti di lavoro - la fusione tra le due maggiori compagnie aeree italiane, in quanto tale fusione integrava a tutti gli effetti una concentrazione anticoncorrenziale. Tale prevalenza dei diritti fondamentali è stata ulteriormente ribadita dalla sentenza n. 238 del 2014, secondo la quale i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona costituiscono un limite anche all'ingresso delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l'ordinamento giuridico italiano si conforma secondo l'art. 10, comma 1, Cost. (nella specie si trattava del principio secondo cui gli Stati sovrani non rispondono dei crimini di guerra: la Consulta ha invece condannato la Germania a risarcire i danni cagionati a seguito dei crimini

([201]) Normalmente per ragioni di "galateo internazionale": cfr. la sentenza n. 238 del 2014, secondo cui occorre tenere conto della 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 in ragion dell'art. 11 Cost.

([202]) La (possibile) prevalenza (o perlomeno il necessario bilanciamento) dei diritti fondamentali sulla disciplina dell'Unione europea è così affermata in tale sentenza con la quale la Corte costituzionale dichiara infondata la questione di costituzionalità della norma che, consentendo la fusione tra Alitalia e Air One, deroga alla disciplina antitrust delle concentrazioni tra imprese): la dovuta coerenza con l'ordinamento comunitario, in particolare con il principio che «il mercato interno ai sensi dell'art. 3 del Trattato sull'Unione europea comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata» (Protocollo n. 27 sul mercato interno e la concorrenza, allegato al Trattato di Lisbona entrato in vigore il 1° dicembre 2009, che conferma l'art. 3, lett. g, del Trattato sull'Unione europea), comporta il carattere derogatorio e per ciò stesso eccezionale di questa regolazione. In altri termini, occorre che siffatto intervento del legislatore costituisca la sola misura in grado di garantire la tutela di quegli interessi.

perpetrati durante la seconda guerra mondiale) ed operano quali "controlimiti" all'ingresso delle norme (o delle sentenze che di esse sono espressione, come nel caso di specie, ove si trattava di una sentenza della Corte internazionale di Giustizia dell'Aia) in contrato con l'Unione europea.

Quand'anche ci si ponga nella prospettiva dell'Unione europea, 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, lo "zoccolo duro" dei diritti fondamentali ([203]).

Le leggi del mercato, impersonate dalle motivazioni della sentenza Taricco della Corte di Giustizia e i diritti fondamentali della persona, difesi nella citata sentenza del 2017 della Consulta, sono probabilmente conciliabili a patto che il dialogo fra le Corti sia costituito da una effettiva volontà reciproca di trovare una soluzione al problema – che passa inevitabilmente dalla necessità di reciproche concessioni - e non si riduca soltanto ad una affermazione delle proprie ragioni che non tenga conto delle altrui esigenze. L'Italia effettivamente afferma dei principi di diritto nobili e indiscutibili, ma si scontra con la sua atavica incapacità di metterli in pratica e con le sue proverbiali inefficienze. La Corte di Giustizia sanziona l'Italia facendole rimarcare che i diritti fondamentali vanno conquistati e sudati e non solo affermati, in quanto un sistema giustizia lento e

([203]) Seguendo questa impostazione, può ad esempio comprendersi quanto affermato dalla Corte costituzionale e dalla Corte di Cassazione in tema di diritto alla salute: esso, nel suo aspetto di pretesa all'erogazione di prestazioni, "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": pertanto 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 (Cassazione, S.U., 1° agosto 2006, n. 17461). Cfr. altresì Corte cost., sentenze nn. 432 del 2005, 252 del 2001, 509 del 2000; Cass., S.U., 8 novembre 2006, n. 23735, secondo cui, in tema di costruzione e messa in esercizio di una linea di trasmissione di energia elettrica, la domanda proposta dal privato nei confronti della P.A., tesa ad ottenere - previo accertamento del pericolo per la salute derivante dall'esposizione al campo elettromagnetico, data la breve distanza tra la linea elettrica e l'abitazione dell'istante - un'inibitoria, con la richiesta, in particolare, di emanazione da parte del giudice di un ordine di interramento della linea elettrica a ridosso della abitazione del privato, è devoluta alla cognizione del giudice ordinario, atteso che la P.A. è priva di qualunque potere, ancorché agisca per motivi di interesse pubblico, di affievolire o di pregiudicare indirettamente il diritto alla salute, il quale, garantito come fondamentale dall'art. 32 della Costituzione, appartiene a quella categoria di diritti che non tollerano interferenze esterne che ne mettano in discussione l'integrità; Cass., S.U. 6 novembre 2013, n. 20577, secondo cui la controversia relativa al diniego dell'autorizzazione ad effettuare cure specialistiche presso centri di altissima specializzazione all'estero appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario giacché la domanda è diretta a tutelare una posizione di diritto soggettivo - il diritto alla salute - non suscettibile di affievolimento per effetto della discrezionalità meramente tecnica attribuita in materia alla P.A.

farraginoso come quello italiano non può permettersi una quantità di garanzie per l'imputato eccessive (si è già ricordato del resto che l'art. 52 della Carta di Nizza, che eventuali limitazioni all'esercizio delle libertà e dei diritti riconosciuti dalla Carta possono essere previste dalla legge), e le ricorda che nell'aderire all'Unione europea ha preso dei precisi impegni nel combattere le frodi, ma la stessa Corte non tiene conto che i principi presenti nella Costituzione italiana, così come elaborati dalla giurisprudenza delle sue Corti supreme, costituiscono il più alto livello di garanzia dell'imputato e contribuiscono a costituire le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri cui l'Unione europea deve conformarsi (204).

Un conflitto per certi versi opposto si è verificato con una sentenza della Corte di Strasburgo del 2017 (c.d. sentenza De Tommaso) (205): qui la Corte di Strasburgo ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 2 del IV Protocollo della Convenzione - che garantisce la libertà di circolazione - da parte del d.lgs. n. 159 del 2011 in tema di misure di prevenzione nei confronti di soggetti "pericolosi" (206), in quanto tale norma italiana non garantisce adeguatamente la prevedibilità della misura e la sua applicazione è rimessa alla discrezionalità del giudice in contrasto con il principio di determinatezza e tassatività. In particolare, la Corte EDU ha ravvisato una violazione della libertà di circolazione per difetto di *prevedibilità* e *precisione* delle norme relative ai soggetti idonei e alle condizioni necessarie per l'applicazione della misura di prevenzione, nonché alle prescrizioni che il giudice può imporre per dar corpo alla misura. La Corte EDU non si addentra più di tanto nella questione giuridica circa la natura giuridica delle misure di prevenzione, a lei interessando soltanto che, aldilà della qualificazione formale di tali misure come sanzioni penale (circostanza negata dalla Cassazione), esse, in quanto rappresentano

(204) Si pensi all'art. 4, par. 2, del TUE del 7 febbraio 1992, secondo cui l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale

(205) Corte Europea dei diritti dell'uomo, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia.

(206) Si tratta in particolare degli artt. 1, 3 e 5, legge n. 1423 del 56 (oggi parzialmente trasposti negli artt. 1, 6 e 8 del d.lgs. 159 del 2011), che a giudizio della Corte EDU conferiscono un potere discrezionale assai ampio al giudice, ed hanno un coefficiente di prevedibilità troppo basso, con la conseguenza che al cittadino non è dato conformare con certezza ed *a priori* le proprie condotte al precetto normativo, in contrato con i principi espressi dagli artt. 6 (che afferma il principio *nulla poena sine lege*) e 7 della Carta EDU (che afferma il principio del diritto dell'imputato a un giusto processo) nonché – potrebbe aggiungersi - degli artt. 47-50 della carta di Nizza, che affermano analoghi principi. Si pensi ad es. all'indeterminatezza dell'art. 1 del d.lgs. 159 del 2011, secondo cui le misure di prevenzione si applicano a: «a) coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi; b) coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose…».

sostanzialmente una pena, godano delle garanzie proprie della Carta EDU. La sentenza De Tommaso è dunque un caso in cui la Corte EDU chiede all'Italia, non di limitare – come invece accaduto con la Corte di Giustizia nel caso Taricco ricordato in precedenza - ma di allargare lo spazio del diritto penale (207).

Un discorso per certi versi del tutto analogo può farsi per quanto riguarda il lungo e complesso contenzioso che ha visto l'intervento della Corte EDU, della Corte costituzionale e della Cassazione in tema di confisca dei beni connessi alla commissione di un reato: la Corte di Strasburgo infatti (208) ritiene che la "materia penale" debba essere destinataria di tutte le garanzie previste dalla Convenzione, a prescindere dalla qualificazione formale della confisca come amministrativa o penale effettuata dal singolo Stato membro (amministrativa nel caso dell'Italia, penale da parte della Corte di Strasburgo). La Corte EDU in varie sentenze ha dunque elaborato una nozione di "materia penale" senza considerare la qualificazione data dai singoli Stati, sottolineando che ai fini della sua individuazione occorre verificare non cosa è formalmente

(207) Per quanto riguarda le misure imposte dai giudici di Strasburgo al Sig. De Tommaso, la Corte ha osservato che alcune di esse erano formulate in termini molto generici e che le prescrizioni erano estremamente vaghe e indeterminate; in particolare con riferimento all'obbligo di "condurre una vita onesta e rispettosa della legge " e di "non dare motivo di sospetto". E 'stato quindi impossibile per il Sig. De Tommaso verificare l'effettiva portata delle prescrizioni imposte con la sorveglianza speciale. La Corte ha ritenuto che la legge italiana aveva lasciato al giudice nazionale un potere discrezionale eccessivo e senza indicare con sufficiente chiarezza la portata di tale discrezionalità e le modalità del suo esercizio. La Cassazione a sezioni unite sembra aver recepito questa impostazione: cfr. Cass. pen., S.U., 27 aprile 2017, Paternò, che al quesito «se la norma incriminatrice di cui all'art. 75 d.lgs. n. 159 del 2011, che punisce la condotta di chi violi gli obblighi e le prescrizioni imposti con la misura di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza ai sensi dell'art. 8 del d.lgs. cit., abbia ad oggetto anche la violazione delle prescrizioni di "vivere onestamente" e "rispettare le leggi"» ha dato risposta negativa, «in quanto trattasi di prescrizioni generiche e indeterminate, la cui violazione può tuttavia rilevare in sede di esecuzione del provvedimento ai fini dell'eventuale aggravamento della misura». In precedenza aveva invece affermato Cass. pen, 10 giugno 2015 n. 30398, D'Ippolito, che è "convenzionalmente" legittima l'applicazione retroattiva delle misure di prevenzione patrimoniale, con riferimento a fatti anteriori all'entrata in vigore delle norme che le disciplinano, poiché le stesse, in quanto connotate da natura preventiva e non sanzionatoria, non sono riconducibili alla nozione di "pena" di cui all'art. 7 CEDU.

(208) Cfr., fra le tante, la celebre sentenza Grande Stevens c. Italia del 4 marzo 2014. Secondo tale sentenza, dopo che, nei confronti di una società, sono state comminate sanzioni amministrative dalla Consob ed esse siano divenute definitive, l'avvio di un processo penale sugli stessi fatti viola il principio giuridico del *ne bis in idem*. Infatti, anche se il procedimento innanzi alla Consob è amministrativo, le sanzioni inflitte possono essere considerate a tutti gli effetti come penali, anziché amministrative, considerata la loro natura repressiva e la particolare severità delle stesse (sia per l'importo che per le sanzioni accessorie), oltre che per le loro ripercussioni sugli interessi del condannato. Pertanto, il sistema del "doppio binario" - configurabilità di una forma cumulativa del reato e dell'illecito amministrativo per i medesimi fatti - previsto dagli articoli 184 e ss del d.lgs. n. 58 del 1998 (c.d. T.U.F.) viola il principio del *ne bis in idem*. La Corte EDU ha altresì affermato che la piena sovrapponibilità sul piano della tipicità, del bene giuridico protetto (la trasparenza del mercato) e dell'obiettivo perseguito (repressione degli abusi di mercato) tra la disciplina di carattere amministrativo e quella dell'illecito penale viola il principio del ne bis in idem previsto dall'art. 4 del Protocollo 7 allegato alla Convenzione EDU.

oggetto di sanzione penale quanto la natura punitiva o meno della sanzione ([209]). A tale visione sostanzialistica della Corte di Strasburgo ([210]) l'Italia sembra essersi adeguata affermandosi, sia da parte della Consulta ([211]) che da parte della Cassazione a sezioni unite ([212]), che la confisca può essere effettuata, pur quando il reato sia prescritto, se sia comunque stata accertata la responsabilità dell'imputato, e quando quindi tale sanzione – che per la Corte EDU ha natura penale – non venga riferita all'imputato a titolo di responsabilità oggettiva.

Il problema della natura amministrativa o penale di una disciplina riguarda anche il d.lgs. n. 231 del 2001 in tema di responsabilità da reato degli enti, responsabilità che ha una natura "mista" penale/amministrativa: peraltro, secondo la Corte di Giustizia UE, la mancata previsione della possibilità di costituirsi parte civile contro l'ente imputato ex d.lgs. n. 231 del 2001 non è in

([209]) In particolare, si osserva che la nozione di pena debba ruotare non tanto intorno al concetto di afflittività, quanto, piuttosto, sulla distinzione tra caratteri afflittivi: punitivi tipici della pena (e in particolare un carattere volutamente, direttamente afflittivo) e caratteri preventivi (e in particolare un carattere solo incidentalmente, indirettamente afflittivo, puntando la norma in prima battuta a prevenire i reati). Infatti, se sul versante della punizione i canoni di colpevolezza e di prevedibilità-irretroattività della norma penale si presentano come naturali requisiti costitutivi rispetto alle finalità della sanzione, l'esigenza di arginare manifestazioni della pericolosità sembra invece consentire l'affrancamento da tali presupposti, ad esempio per quanto riguarda le misure volte al trattamento di soggetti socialmente pericolosi e alle strategie di lotta alla criminalità organizzata autenticamente preventive, nel cui contesto si collocano alcune forme di confisca. In tale contesto, il punto di maggiore complessità è costituito dalla verifica in concreto della natura punitiva o preventiva di una misura, essendo rari i casi in cui le due "nature" si presentino in forma "pura", cosicché la Corte EDU spesso ricorre ad un criterio di prevalenza. Nel caso del 5 febbraio 1995, Welch c. Regno Unito, la Corte EDU affermò che il principio di legalità impone che qualunque provvedimento normativo, da cui derivi la possibile inflizione di una sanzione penale, rispetti alcune caratteristiche imprescindibili, ossia che la legge possieda i caratteri della accessibilità – ossia della conoscibilità e intelligibilità - della prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie cui si espone colui che la viola e della rimproverabilità a titolo di colpa o dolo.

([210]) Cfr. Corte EDU 29 settembre 2013, Varvara c. Italia, la quale ha affermato che, nel caso di una sentenza di proscioglimento dell'imputato per intervenuta prescrizione, la confisca urbanistica – che secondo la Corte EDU ha natura penale – non può essere concepito un sistema in cui una persona dichiarata innocente o comunque senza alcun grado di responsabilità penale constatata in una sentenza di colpevolezza subisca una pena

([211]) La sentenza n. 49 del 2015 della Corte costituzionale, ampiamente richiamata dalla sentenza Lucci della Cassazione a sezioni unite di cui alla nota seguente, ha ribadito la necessità, ai fini della confisca urbanistica di un pieno accertamento della responsabilità dell'imputato e della malafede del terzo eventualmente colpito dalla confisca, affermando come tale "pieno accertamento" non sia affatto precluso nel caso di proscioglimento per prescrizione, atteso che tale pronuncia ben potrebbe accompagnarsi ad una più ampia motivazione sulla responsabilità, ai soli fini della confisca del bene oggetto di una costruzione abusiva; secondo la Corte quindi occorre avere riguardo non alla forma della sentenza di proscioglimento per prescrizione ma ad un'accezione di condanna in senso sostanziale, soddisfatta dall'accertamento incidentale della responsabilità del soggetto, in quanto la sentenza che accerta la prescrizione di un reato non denuncia alcuna incompatibilità logica o giuridica con un pieno accertamento della responsabilità, che anzi è doveroso qualora si tratti di disporre una confisca urbanistica.

([212]) Cfr. Cass. pen., S.U., 21 luglio 2015, n. 31617, Lucci, secondo cui "*il giudice, nel dichiarare l'estinzione del reato per intervenuta prescrizione, può applicare, a norma dell'art. 240, comma 2, n. 1, c.p., la confisca del prezzo del reato e, a norma dell'art. 322-ter c.p., la confisca del prezzo o del profitto del reato sempre che si tratti di confisca diretta e vi sia stata una precedente pronuncia di condanna, rispetto alla quale il giudizio di merito permanga inalterato quanto alla sussistenza del reato, alla responsabilità dell'imputato ed alla qualificazione del bene da confiscare come profitto o prezzo del reato*".

contrasto col diritto dell'Unione ([213]). La Corte di Lussemburgo sottolinea espressamente che il diritto dell'Unione europea **non contiene alcuna indicazione in base alla quale il legislatore dell'Unione avrebbe inteso obbligare gli Stati membri a prevedere la responsabilità penale delle persone giuridiche**. La questione della *sostanza* della responsabilità "amministrativa" degli enti nel diritto italiano resta, con tutto ciò, quanto mai aperta, perché ad essere in gioco non è tanto il problema della tutela risarcitoria della vittima, quanto **lo** *statuto garantistico* **di tale responsabilità nei riguardi dello stesso ente**, al quale è a tutt'oggi dubbio se debbano o meno applicarsi le garanzie che la nostra Costituzione e le carte internazionali dei diritti umani (prime fra tutte, la Corte EDU e la Carta dei diritti fondamentali dell'UE) stabiliscono in materia di diritto e processo penale: legalità dei reati e delle pene in tutti i suoi corollari, personalità e colpevolezza, funzione rieducativa e proporzione della pena, presunzione di innocenza, giusto processo, doppio grado di giurisdizione, *ne bis in idem*, obbligatorietà dell'azione penale, etc. Ed è verosimile che una parola più netta, sul punto, possa presto venire dall'altra Corte europea, quella di Strasburgo, la quale è peraltro da tempo stabilmente orientata in favore di quell'approccio "sostanzialista" oggi prudentemente rifiutato dalla cugina Corte di Lussemburgo.

Sembra dunque che le ragioni di conflitto fra gli ordinamenti europei di Lussemburgo e Strasburgo e quello italiano si stia spostando nella direzione di quale sia lo spazio riservato al diritto penale sostanziale, ossia cosa possa essere in esso sussunto (con le conseguenti maggiori garanzie che tale sussunzione comporta), e quindi quali materie possano ad esso ricondursi. All'Europa non sembra infatti tanto premere cosa l'Italia consideri far parte del diritto penale sostanziale e cosa no; interessa piuttosto che, a prescindere dalle etichette formali e dall'approfondimento del problema giuridico della natura penale o meno di un certo istituto, una certa area giuridica di interesse per le Corti europee venga o meno interessata dalle relative garanzie. I valori portati europei avanti dalle Corti europee entrano dunque prepotentemente nel nostro ordinamento e vengono tenuti nella dovuta considerazione dalle nostre Corti nazionali.

5. Le nostre Corti Supreme e la tutela dei diritti fondamentali della collettività.

([213]) Corte di Giustizia UE, 12 luglio 2012, C-79/11.

Accanto ai valori del mercato e ai diritti fondamentali dell'individuo, le nostre Corti nazionali si sforzano però di prendere in considerazione e tutelare anche diritti - altrettanto fondamentali come quelli dell'individuo - riferibili alla collettività, fra i quali non possono non citarsi il diritto alla salute (si pensi al caso dei farmacisti citato nel secondo paragrafo), all'ambiente, al lavoro, alla sicurezza (e quindi alla repressione dei reati) (214).

Questi valori, probabilmente in parte trascurati dalle Corti di Lussemburgo e di Strasburgo, costituiscono invece oggetto di bilanciamento con altri valori nelle decisioni delle nostre Corti nazionali con i diritti fondamentali dell'individuo, e sempre più spesso tendono a prevalere su quest'ultimi (215). In effetti, quelli che potremmo definire "i diritti fondamentali della collettività"

(214) Cfr. sentenza della Corte costituzionale n. 76 del 2017, secondo cui *il bilanciamento dell'interesse del minore con le esigenze di difesa sociale sottese alla necessaria esecuzione della pena inflitta al genitore in seguito alla commissione di un reato, in via di principio, è rimesso alle scelte discrezionali del legislatore (sentenza n. 17 del 2017) e può realizzarsi attraverso regole legali che determinano, in astratto, i limiti rispettivi entro i quali i diversi principi possono trovare contemperata tutela. In tal senso, varie disposizioni dell'ordinamento penitenziario e del codice di procedura penale assicurano tutela all'interesse dei minori, figli di soggetti sottoposti a misure cautelari o condannati in via definitiva a pene detentive, a mantenere un rapporto costante, fuori dal carcere, con le figure genitoriali, ma stabiliscono che tale esigenza di tutela si arresta al compimento, da parte del minore, di una determinata età. La Corte costituzionale ha chiarito che, affinché l'interesse del minore può soccombere di fronte alle esigenze di protezione della società dal crimine, la legge deve consentire che sussistenza e consistenza di queste ultime siano verificate in concreto, e non già sulla base di automatismi che impediscono al giudice ogni margine di apprezzamento delle singole situazioni.*

(215) Cfr. ad esempio da ultimo Cass. pen., 31 marzo 2017, n. 24084, Jatinder, secondo cui in tema di porto d'armi, il giustificato motivo di cui alla legge n. 110 del 1975, art. 4, comma 2, ricorre quando le esigenze dell'agente siano corrispondenti a regole relazionali lecite rapportate alla natura dell'oggetto, alle modalità di verificazione del fatto, alle condizioni soggettive del portatore, ai luoghi dell'accadimento e alla normale funzione dell'oggetto (esclusa, nella specie, l'applicazione della scriminante de quo per l'imputato, un indiano Sikh trovato con il tradizionale pugnale Kirpan; irrilevante il richiamo alla tradizione religiosa). Il tribunale di Mantova aveva condannato una persona alla pena di 2000 euro per il reato di cui all'art. 4 della legge n. 110 del 1975, per aver porto fuori dalla propria abitazione, senza un giustificato motivo, un coltello della lunghezza di 18 centimetri e mezzo (denominato "Kirpan") idoneo all'offesa per le sue caratteristiche. L'imputato si è giustificato affermando che il proto del coltello era giustificato dal suo credo religioso, per essere il Kirpan uno dei simboli della religione monoteista "Sikh", e ha invocato la garanzia della libertà religiosa di cui all'art. 19 della Costituzione. Tuttavia, secondo la Cassazione, *in una società multietnica, la convivenza tra soggetti di etnia diversa richiede necessariamente l'identificazione di un nucleo comune in cui immigrati e società d'accoglienza si debbono riconoscere. Se l'integrazione non impone l'abbandono della cultura d'origine, in consonanza con la previsione dell'art. 2 Cost. che valorizza il pluralismo sociale, il limite invalicabile è costituito dal rispetto dei diritti umani e della civiltà giuridica della società ospitante. E' quindi essenziale l'obbligo per l'immigrato di conformare i propri valori a quelli del mondo occidentale, in cui ha liberamente scelto di inserirsi, e di verificare preventivamente la compatibilità dei propri comportamenti con i principi che la regolano e quindi della liceità di essi in relazione all'ordinamento giuridico che la disciplina. La decisione di stabilirsi in una società in cui è noto, e si ha consapevolezza, che i valori di riferimento sono diversi da quelli di provenienza, ne impone il rispetto e non è tollerabile che l'attaccamento ai propri valori, seppure leciti secondo le leggi vigenti nel paese di provenienza, porti alla violazione cosciente di quelli della società ospitante. La società multietnica è una necessità, ma non può portare alla formazione di arcipelaghi culturali confliggenti, a seconda delle etnie che la compongono, ostandovi l'unicità del tessuto culturale e giuridico del nostro paese che individua la sicurezza pubblica come un bene da tutelare e, a tal fine, pone il divieto del porto d'armi e di oggetti atti ad offendere*. Nessun ostacolo viene in tal

erano stati nel dopo guerra - con il superamento dell'ideologia fascista e nazista (216) che aveva portato alla seconda guerra mondiale - per così dire "accantonati" a favore dei diritti fondamentali dell'individuo. Anche in Italia, durante il periodo fascista, avevano preso piede istituti quali le corporazioni o il riferimento all'interesse della nazione; si pensi altresì alla concezione della causa come funzione economico-sociale, solo successivamente superata da quella della causa come funzione economico-individuale.

Con il tempo si è superato il timore che la tutela dei diritti fondamentali della collettività potesse essere accostata a quelle ideologie e, soprattutto a partire dal XXI secolo, sono stati "riscoperti" dei valori che, pur presenti nella Costituzione, sono stati per decenni accantonati: l'espressione costituzionale più significativa dei diritti fondamentali della collettività è rappresentata dalla formula dell'"utilità sociale" di cui al comma 2 dell'art. 41 Cost., per molto tempo infatti trascurata.

Ad esempio secondo la sentenza n. 98 del 2017 della Corte costituzionale le liberalizzazioni, comprese quelle delle professioni intellettuali, incontrano il limite dell'interesse generale così da «garantire che le dinamiche economiche non si svolgano in contrasto con l'utilità sociale e con gli altri principi costituzionali». La Costituzione non definisce l'utilità sociale; anche la Corte costituzionale evita di farlo, si limita volta per volta a spiegare 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 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" (217), un gruppo più o meno grande di persone portatore di un interesse omogeneo (218): sono ad

modo posto alla libertà di religione, al libero esercizio del culto e all'osservanza dei riti che non si rivelino contrari al buon costume. Proprio la libertà religiosa, garantita dall'art. 19 Cost. invocato, incontra dei limiti, stabiliti dalla legislazione in vista della tutela di altre esigenze, tra cui quelle della pacifica convivenza e della sicurezza, compendiate nella formula dell'"ordine pubblico", come sottolineato dalla sentenza n. 63 della Corte costituzionale.

(216) Si cita soltanto, fra gli innumerevoli esempi che si potrebbero portare, quanto affermato da Hitler dopo la morte di alcuni nazisti avvenuta nel Putsch di Monaco del 1923, riferendosi ai caduti: "L'individuo era un nulla, ma la collettività della razza sarebbe durata millenni" (frase riportata da M. BURLEIGH, *Il terzo Reich*, 2013, Rizzoli).

(217) Cfr. A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, XXI, Milano, 1971, 603, che parla di "irriducibile poliedricità dell'utilità sociale, riferibile a due distinti campi applicativi costituiti ora dai rapporti interni dell'unità produttiva, ora ora dalla sua attività rivolta all'esterno, e quindi riferibile ora ai bisogni dei lavoratori dipendenti, ora a quelli dell'intera società ovvero di quei soggetti che nella singola fattispecie si presentino investiti dell'interesse sociale.

esempio 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 facendo tale espressione perde probabilmente un reale contenuto precettivo. Ma forse questo rischio vale la pena di essere corso, perché 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 trova ad interagire con colui che esercita un'attività economica.

Fatto sta che nel ventunesimo secolo la Corte costituzionale parla di utilità sociale a proposito di salute, ambiente, lavoro, autonomia contrattuale, proprietà; più in particolare a proposito di: diritto individuale e della collettività alla salute ([219]); farmacie, libertà d'iniziativa economica del farmacista nel fissare i prezzi e salute pubblica ([220]); condono edilizio, esigenze di finanza pubblica e tutela dell'ambiente ([221]); limiti all'iniziativa economica in nome della tutela

([218]) L'utilità sociale è infatti 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. 4 settembre 2012 n. 14822, che parla di "interesse pubblico" alla diffusione della notizia). Si possono citare ancora: Cass. 17 luglio 2007 n. 15887, secondo cui l'esercizio del diritto di cronaca e di critica, che è lecito anche se in conflitto con diritti e interessi della persona ove sussistano i parametri dell'utilità sociale alla diffusione della notizia, della verità oggettiva o putativa, della continenza del fatto narrato o rappresentato, costituisce estrinsecazione della libertà di manifestazione del pensiero prevista dall'art. 21 Cost. e dall'art. 10 della Convenzione EDU; Cass. 5 settembre 2006 n. 19069, secondo cui il diritto alla riservatezza del minore deve essere, nel bilanciamento degli opposti valori costituzionali (diritto di cronaca e diritto alla "*privacy*") considerato assolutamente preminente, laddove si riscontri che non ricorra l'utilità sociale della notizia e, quindi, con l'unico limite del pubblico interesse; Cass., 18 dicembre 2003 n. 19445 e 17 dicembre 2003 n. 19365, secondo cui in tema di agevolazioni tributarie, il beneficio della riduzione alla metà dell'aliquota IRPEG riservata ai soggetti elencati nell'art. 6 del d.P.R. n. 601 del 1973, spetta anche alle Fondazioni bancarie in ragione delle finalità di interesse pubblico e di utilità sociale perseguite.

([219]) Si citano solo alcune sentenze tra le tante: ammalati a seguito di vaccinazioni obbligatorie (n. 107 del 2012); commercio di rifiuti (244 del 2011); riduzione dei posti letto e diritto alla salute (289 del 2010); divieto di vendita di alcolici dopo le 2 di notte (152 del 2010); organismi geneticamente modificati (116 del 2006).

([220]) Cfr. ad esempio le sentenze in tema di concorsi per sedi farmaceutiche e diritto alla salute (n. 231 del 2012); contrattazione sui prezzi dei farmaci, diritto di iniziativa economica e diritto alla salute (n. 295 del 2009; n. 279 del 2006); regolamentazione degli orari delle farmacie e diritto di iniziativa economica (n. 27 del 2003).

([221]) Cfr. le sentenze n. 9 del 2008 e 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

dell'ambiente (222); limiti al commercio itinerante e tutela dei centri storici delle città d'arte (art. 9, co. 2, Cost.: "*la Repubblica tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione*") (223); indennità di disoccupazione e diritti sociali (224); limiti alla concorrenza in nome della tutela del lavoro (225); limiti alle liberalizzazioni per la necessità di mantenere una regolazione pubblica

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.

(222) 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.

(223) Sentenza n. 247 del 2010.

(224) Sentenze n. 234 del 2011 e n. 219 del 2005, secondo cui l'indennità in questione mira a dare attuazione al precetto dell'art. 38, co. 2, della Costituzione che riconosce ai lavoratori il diritto sociale a che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di disoccupazione involontaria. Osserva T. GROPPI, *«Fondata sul lavoro». Origini, significato, attualità della scelta dei costituenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl*. 2012, 665, che senza dubbio esiste un legame stretto tra la formula dell'art. 1 e le altre disposizioni in materia di lavoro e più in generale di diritti sociali, nel senso che la Costituzione italiana, distaccandosi dal costituzionalismo ottocentesco (come è stato rilevato da M. MAZZIOTTI, *Lavoro, diritto costituzionale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1973, 338, lo Statuto albertino non conteneva alcun riferimento al lavoro), prende atto pienamente della necessità di riequilibrare i rapporti sociali in favore dei soggetti più deboli, i lavoratori appunto, esclusi dalla partecipazione al potere nell'ambito dello Stato liberale e collocati in una posizione subalterna e marginale. Come ha sottolineato Aldo Moro nel corso dei lavori preparatori, il senso della disposizione è «un impegno del nuovo Stato italiano di proporsi e di risolvere nel migliore dei modi possibile questo grande problema, di immettere sempre più pienamente nell'organizzazione sociale, economica e politica del paese le classi lavoratrici, le quali, per un complesso di ragioni, furono a lungo estromesse dalla vita dello Stato e dall'organizzazione economica e sociale» (AC, seduta del 13 marzo 1947, I, 371).

(225) La concorrenza viene normalmente ricondotta al co. 1 dell'art. 41, ma si trovano anche affermazioni di tipo diverso: cfr. sentenze n. 379 del 2000 e 110 del 1995, secondo cui l'utilità sociale è correlata alla esigenza di un sano e corretto funzionamento del mercato; sentenza n. 241 del 2000, secondo cui la libertà di iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, e deve soggiacere ai controlli necessari perché possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali (art. 41, co. 2 e 3): e tali vincoli sono fatalmente scavalcati o elusi in un ordinamento che consente l'acquisizione di posizioni di supremazia senza nel contempo prevedere strumenti atti ad evitare un loro esercizio abusivo. L'utilità ed i fini sociali sono in tal modo pretermessi, giacché non solo può essere vanificata o distorta la libertà di concorrenza - che pure è valore basilare della libertà di iniziativa economica, ed è funzionale alla protezione degli interessi della collettività dei consumatori - ma rischiano di essere pregiudicate le esigenze di costoro e dei contraenti più deboli, che di quei fini sono parte essenziale. In tema di concorrenza e utilità sociale la sentenza più significativa è la n. 270 del 2010 (c.d. caso Alitalia), in cui si afferma che la «libertà di concorrenza» costituisce manifestazione della libertà d'iniziativa economica privata, che, ai sensi del secondo e del terzo comma di tale disposizione, è suscettibili di limitazioni giustificate da ragioni di «utilità sociale» e da «fini sociali» (sentenze n. 46 del 1963 e n. 97 del 1969): cfr. la sostanzialmente adesiva nota di M. LIBERTINI, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del* «*Decreto Alitalia*», (nt. 7), 3296, il quale sottolinea che la tutela della concorrenza "è certamente un principio costituzionale ma non è un principio fondamentale, destinato a prevalere in ogni caso possibile di contrasto con altri valori costituzionalmente garantiti". Le decisioni della Corte dopo la modifica dell'art. 117 Cost. e la previsione della «tutela della concorrenza» come materia attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, hanno posto in luce che la nozione interna di concorrenza riflette «quella posta dall'ordinamento comunitario» (sentenze n. 45 del 2010, n. 430 del 2007 e n. 12 del 2004). In particolare, si è rilevato che detta locuzione «comprende, tra l'altro, interventi regolatori che a titolo principale incidono sulla concorrenza, quali: le misure legislative di tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto gli atti ed i

di alcuni settori ([226]); limitabilità dell'autonomia contrattuale ([227]); indennità di espropriazione e ragionevole legame con il valore di mercato del bene espropriato ([228]); limitazioni al diritto di proprietà in nome di esigenze di rilievo pubblico ([229]); incentivi ai produttori di energie rinnovabili ([230]), protezione degli animali ([231]).

L'utilità sociale appare dunque lo strumento che consente 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

comportamenti delle imprese che influiscono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati e ne disciplinano le modalità di controllo, eventualmente anche di sanzione; 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, in generale i vincoli alle modalità di esercizio delle attività economiche. In tale maniera, vengono perseguite finalità di ampliamento dell'area di libera scelta sia dei cittadini, sia delle imprese, queste ultime anche quali fruitrici, a loro volta, di beni e di servizi; si tratta, in altri termini, dell'aspetto più precisamente di promozione della concorrenza, che è una delle leve della politica economica del Paese». A detta materia sono state, quindi, ricondotte, ad esempio, le misure volte a evitare che un operatore estenda la propria posizione dominante in altri mercati (sentenza n. 326 del 2008), ovvero a scongiurare «pratiche abusive a danno dei consumatori» (sentenza n. 51 del 2008), oppure a garantire la piena apertura del mercato (sentenza n. 320 del 2008), non quelle che «lo riducono o lo eliminano» (sentenza n. 430 del 2007; analogamente, sentenze n. 63 del 2008 e n. 431 del 2007).

([226]) Sentenza n. 200 del 2012.

([227]) Sentenza n. 162 del 2009, secondo cui l'art. 41 Cost. tutela l'autonomia contrattuale in quanto strumento della libertà di iniziativa economica, il cui esercizio può tuttavia essere limitato per ragioni di utilità economico-sociale, che assumono anch'esse rilievo a livello costituzionale; sentenza n. 70 del 2000, secondo cui l'art. 41 della Costituzione tutela l'autonomia contrattuale in quanto strumento della libertà di iniziativa economica, il cui esercizio può tuttavia essere limitato per ragioni di utilità economico-sociale; n. 241 del 1990 secondo cui il principio dell'autonomia contrattuale se ha rilievo assolutamente preminente nel sistema del codice civile del 1942, non lo ha negli stessi termini nel sistema delineato dalla Costituzione, che non solo lo tutela in via meramente indiretta, come strumento della libertà di iniziativa economica (sentenza n. 159 del 1988), ma pone limiti rilevanti a tale libertà. Questa, invero, non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, e deve soggiacere ai controlli necessari perché possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali (art. 41, co. 2 e 3).

([228]) Sentenze n. 338 e 181 del 2011, 348 del 2007, secondo cui sia la giurisprudenza della Corte costituzionale che quella della Corte EDU hanno individuato in materia di indennità di espropriazione un nucleo minimo di tutela del diritto di proprietà, garantito dall'art. 42, co. 3, Cost., e dall'art. 1 del primo protocollo addizionale della Convenzione EDU, in virtù del quale l'indennità di espropriazione non può ignorare «ogni dato valutativo inerente ai requisiti specifici del bene», né può eludere un «ragionevole legame» con il valore di mercato (da ultimo sentenza n. 181 del 2011 e prima ancora, sentenza n. 348 del 2007). Cfr. anche l'art. 17 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789, secondo cui "la proprietà essendo un diritto inviolabile e sacro, nessuno può esserne privato, salvo quando la necessità pubblica, legalmente constatata, lo esiga in maniera evidente, e previa una giusta indennità" e l'art. 29 dello Statuto albertino "Tutte le proprietà, senza alcuna eccezione, sono inviolabili. Tuttavia, quando l'interesse pubblico legalmente accertato lo esiga, si può essere tenuti a cederle in tutto od in parte mediante una giusta indennità conformemente alle leggi".

([229]) 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).

([230]) Sentenza n. 16 del 2017.

([231]) Sentenza n. 285 del 2016.

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 ([232]).

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") ([233]), il diritto allo studio ([234]). 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 ([235]). Ecco dunque che l'utilità sociale ritorna 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 certo passare in secondo piano.

([232]) 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, 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»).Cfr. anche la 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.

([233]) 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.

([234]) Cfr. sentenza n. 219 del 2002.

([235]) 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).

ANNA FERRARI

Osservazioni sulla raccomandazione CM/Rec(2017) 3 adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sulle sanzioni e misure di comunità

1. Premessa.

La raccomandazione è lo strumento attraverso il quale il Comitato dei Ministri, vale a dire l'organo competente ad agire in nome del Consiglio d'Europa[i], invita i Governi degli Stati aderenti ad adottare una politica comune in determinate materie[ii]. La raccomandazione, seppur priva di efficacia giuridica vincolante, ha un alto valore esortativo in ragione dell'autorità morale e politica dell'organo da cui promana.

La Raccomandazione CM/Rec (2017) 3, adottata il 22 marzo 2017[iii], origina dalla costatazione del significativo sviluppo, nei sistemi giuridici dei Paesi membri, del ricorso a forme di esecuzione penale che si svolgono nella comunità piuttosto che all'interno dell'istituto penitenziario. Il Consiglio d'Europa, nel condividere tale evoluzione quale strumento di lotta alla criminalità che evita gli effetti deleteri del carcere, ha così ritenuto di stabilire delle norme internazionali che diano impulso a tali misure, la cui esecuzione deve avvenire nel pieno rispetto dei diritti fondamentali stabiliti dalla Convezione Europea del Diritti dell'Uomo ed, in specie, dall'art. 5 sul diritto alla libertà e alla sicurezza.

Per tale ragione, si prevede espressamente che il diritto interno persegua la riduzione del ricorso alle pene detentive in carcere, attraverso la disciplina di sanzioni e misure che non privino il soggetto della libertà personale[iv]; ed in quest'ottica, si onerano i legislatori degli Stati membri alla rimozione degli ostacoli, anche giuridici, che impediscono il ricorso agli istituti di comunità per i recidivi e per gli autori di gravi delitti[v]. Tuttavia, il rischio di recidiva (soprattutto nei casi di commissione di gravi delitti) deve costituire un parametro per la definizione delle condizioni e obblighi propri di una sanzione o misura di comunità[vi].

Si tratta, come è agevole rilevare, di trovare un equilibrio fra interessi apparentemente configgenti: da un lato, la necessità di mantenere l'ordine giuridico e la sicurezza sociale, dall'altro lato, favorire la risocializzazione consentendo a chi ha violato la legge penale di riparare

al danno cagionato. Sotto tale ultimo profilo, è posto l'accento sulla necessità che l'esecuzione penale non sia rigida e formale, bensì elastica nel senso di individualizzata in modo che la sanzione di comunità si modelli al tipo di infrazione commessa ed alle caratteristiche del suo autore. Il reinserimento nella società è, in ogni caso, lo scopo cui deve tendere ogni misura e sanzione di comunità[vii].

2. Il significato di «sanzioni e misure applicate nella comunità».

Molto ampio è il significato che la raccomandazione in esame attribuisce all'espressione sanzioni e misure di comunità[viii]; infatti, si indicano tutti quegli istituti giuridici che se, da una parte, incidono sulla libertà personale dell'interessato attraverso restrizioni quali l'imposizione di obblighi o la sottoposizione a condizioni, tuttavia, mantengono la persona sul territorio e fuori dal circuito carcerario.

È importante notare che la raccomandazione si rivolge anche all'indagato e all'imputato e, quindi, non soltanto all'esecuzione penale in senso stretto che, nel nostro ordinamento, è di competenza della magistratura di sorveglianza. Ed infatti, la raccomandazione afferma espressamente che detta regole per qualunque misura assunta prima della definitività della decisione oltre che per ogni sanzione irrogata da un'autorità giudiziaria o amministrativa consistente in restrizioni alla libertà personale da eseguire fuori dal carcere: la raccomandazione si rivolge, pertanto, anche i giudici di cognizione.

Può, quindi, concludersi che l'ambito di applicazione della raccomandazione, quanto al nostro sistema processuale penale, comprende sia le misure cautelari personali diverse dalla custodia in carcere e le misure di sicurezza applicate provvisoriamente; sia l'istituto della messa alla prova di cui all'art. 168*bis* cod. pen. Ed ancora, si rivolge alle misure alternative alla detenzione disciplinate nella legge di ordinamento penitenziario (ma anche nel testo unico sugli stupefacenti quanto all'affidamento cd terapeutico), ad alle misure di sicurezza non custodiali come la libertà vigilata; così come alle sanzioni sostitutive quali la libertà controllata.

Sono, tuttavia, escluse dall'ambito di operatività della raccomandazione in esame le specifiche misure relative ai minori di età per i quali resta in vigore la raccomandazione (2008)11.

3. I principi fondamentali.

Principio ispiratore delle sanzioni e misure di comunità è l'esclusione del ricorso alla privazione della libertà personale per rispondere alle esigenze di controllo sociale: il rimedio contro la recidiva è individuato nella ricerca di strumenti efficaci alle prospettive di risocializzazione dell'interessato[ix]. A tal fine, gli Stati membri vengono esortati a prevedere un ventaglio ampio e variegato di istituti giuridici di comunità cui deve corrispondere una effettiva accessibilità nella pratica[x], anche da parte dei cittadini stranieri[xi] : il principio di proporzionalità guida il legislatore interno nel disegnare tale sistema sanzionatorio extra carcerario. Ed infatti, è previsto che le sanzioni e misure di comunità siano modulate in proporzione alla gravità dell'infrazione per la quale il soggetto è stato condannato o è accusato e devono, altresì, considerare la situazione individuale e personale del medesimo[xii]. Principio ribadito laddove si specifica che l'esecuzione concreta degli istituti di comunità deve tener conto delle differenze di situazioni personali in modo tale che l'esecuzione risulti con modalità tali da non aggravarne la natura afflittiva[xiii].

A ciò si ricollega la previsione di un principio di non automatismo della conversione in carcere della sanzione o misura di comunità in caso di violazione degli obblighi o delle condizioni ad esse connessi[xiv]: la revoca è certamente possibile ma deve essere, dunque, il risultato di una valutazione individualizzata in ordine alla gravità della violazione ed alla sua rilevanza rispetto ad un'effettiva non adesione alla prospettiva risocializzante[xv].

Il principio di individualizzazione del trattamento, inoltre, deve tener conto delle diversità e dei bisogni individuali. Fra i parametri di individualizzazione espressamente menzionati dalla raccomandazione[xvi], emerge quello della condizione fisica o mentale dell'interessato, che deve essere presa in considerazione per un trattamento differenziato che rispetti la peculiarità della situazione.

Così come un'attenzione specifica è dettata per la tutela della famiglia dell'autore del reato o dell'accusato sottoposto a sanzione o misura di comunità[xvii] ; in specie, si prende in considerazione la necessità di tutela della famiglia dell'interessato durante gli inevitabili controlli che il personale competente deve svolgere al domicilio di esecuzione della misura di comunità.

Precise disposizioni, inoltre, sono dettate in materia di giustizia riparativa[xviii]; nel rispetto dei diritti e delle esigenze delle vittime dei reati, è previsto che condannati e indagati debbano attivarsi

per riparare al pregiudizio arrecato alle parti offese e alla comunità. In specie, è precipuo compito dei servizi di probation[xix] incentivare l'accesso alla giustizia riparativa.

Quanto alle fonti del diritto, viene sancito il principio della riserva di legge in ordine alla tipologia, modalità esecutive e durata delle sanzioni e misure di comunità: trattasi di principio generale applicabile a tutti i tipi di sanzione penale[xx]. Con riferimento a tale ultimo profilo, quello della durata, vige il principio della transitorietà: così, laddove sia possibile prolungare nel tempo l'applicazione della misura o sanzione di comunità, la raccomandazione richiede un riesame periodico regolare che rivaluti se, nell'attualità, sia ancora necessario il mantenimento della misura comunitaria[xxi].

Inoltre, gli istituti della giustizia di comunità devono essere descritti attraverso disposizioni chiare ed esplicite[xxii], soprattutto con riguardo alla conseguenze che possono derivare dalla loro violazione in ossequio al principio di tassatività. In ogni caso, il diritto dei Paesi membri deve assicurare la possibilità di impugnativa avverso il provvedimento che applica una misura o sanzione di comunità[xxiii].

4. Conclusioni.

Le regole sinteticamente esaminate hanno, dunque, lo scopo dichiarato di evitare la detenzione carceraria, in ragione di vantaggi sociali in termini di risocializzazione dell'autore di una violazione penalmente rilevante. Per i Paesi che vivono costantemente problemi di sovraffollamento carcerario[xxiv] si tratta sicuramente di linee guida che meritano di essere percorse, anche per l'approccio non rigido e informale, quanto alla fase concretamente esecutiva, che offrono.

Tuttavia, un'attenta lettura delle regole europee sinteticamente descritte evidenzia come la circostanza di perseguire forme sanzionatorie diverse dal carcere non giustifichi l'applicazione di un qualunque tipo di sanzione o misura di comunità: individualizzazione del trattamento, specificità delle modalità esecutive, rispetto per la vittima e ricorso a forme di giustizia riparativa sono caratteri che, nell'ottica della raccomandazione, vanno a riempire di contenuto, attraverso obblighi e condizioni modellati sulla peculiarità del caso, ciascuna singola sanzione e misura di comunità.

[i] Per un approfondimento sul Consiglio d'Europa, ALINE ROYER, *Il consiglio d'Europa*, Publishing Editions, 2010; ELEONORA BERTI, *Itinerari culturali del Consiglio d'Europa tra ricerca di identità e progetto di paesaggio*, Firenze University Press, 2012.

[ii] Cfr. art. 15 dello Statuto del Consiglio d'Europa, Londra, 5 maggio 1949 e succ. mod. Il Comitato dei Ministri è l'organo decisionale del Consiglio d'Europa; è composto dai Ministri degli Affari esteri degli Stati membri e, in tale composizione, si riunisce una volta all'anno a livello mentre, quanto alle delegazioni (Rappresentanti permanenti presso il Consiglio d'Europa, una volta a settimana. Le delegazioni sono coadiuvate da un Bureau, da Gruppi di Referenti, da Coordinatori tematici e da Gruppi di Lavoro *ad hoc*. Fra questi ultimi, si colloca il Gruppo di Lavoro del Consiglio di Cooperazione Penalogica (PC-CP) composto da nove membri eletti dal Consiglio di Cooperazione nelle materie Criminali (CD-PC); compito del Gruppo di Lavoro del Consiglio di Cooperazione Penalogica è la predisposizione dei progetti di raccomandazione da sottoporre, previo vaglio del CD-PC, al Comitato dei Ministri sulle materie, in senso lato, inerenti le tematiche del carcere e del sistema di probation. Tale è l'*iter* che è stato seguito per l'adozione della Raccomandazione sulle misure e sanzioni di comunità che si va ad esaminare.

[iii] Tale raccomandazione sostituisce integralmente la Raccomandazione Rec (2000) 22 relativa alle regole europee sulle sanzioni e misure di comunità nonché la Raccomandazione n° R (92) 16 avente medesimo oggetto.

[iv] Cfr. regola 18.

[v] Cfr. regola 19.

[vi] Cfr. regola 60.

[vii] Cfr. regola 50 che richiede, a tal fine, una speciale collaborazione fra organismi pubblici e privati nella risocializzazione del soggetto.

[viii] Un'espressione che non compare nella dogmatica del nostro ordinamento dove si parla esclusivamente di misure alternative alla detenzione.

[ix] Cfr. regola 1.

[x] Tale effettività è oggetto, come previsto dalla regola 13, di sistemi ispettivi regolari e indipendenti rispetto agli organi preposti all'esecuzione delle sanzioni e misure di comunità, da parte di soggetti qualificati. La raccomandazione auspica che le legislazioni degli Stati membri disciplinino un sistema di controllo ispettivo con queste caratteristiche. Anche a tal fine, la regola 26 disciplina uno scambio informativo stringente fra gli organi preposti alle misure e sanzioni di comunità anche per facilitare lo scambio reciproco di prassi virtuose.

[xi] Cfr. regola 7.

[xii] Cfr. regola 3 e 22.

[xiii] Cfr. regola 11.

[xiv] Crf. Regola 12.

[xv] V. quanto ala violazione degli obblighi e condizioni e alla possibilità di revoca della sanzione o misura di comunità, le regole 62 ss.; in specie, la regola 68 stabilisce che la decisione di revocare non deve necessariamente sfociare nella carcerazione.

[xvi] Cfr. regola 6, ivi: razza, colore, etnia, nazionalità, sesso, età, orientamento sessuale, lingua, religione, handicap, opinione politica, condizione economica o sociale. Elenco che, in ogni caso, non deve considerarsi esaustivo ma meramente esemplificativo.

[xvii] Cfr. regola 8, ivi.

[xviii] Cfr. regole 9 e 10.

[xix] Le regole 77 ss. stabiliscono i principi che regolano il reclutamento del personale mentre le regole 85 ss. si occupano dell'apporto del volontariato.

[xx] Cfr. regola 14.

[xxi] Cfr. regola 23. Lo schema procedimentale proposto si modella su quello conosciuto nel nostro ordinamento per le misure di sicurezza personali, ivi compresa l'applicazione della misura della REMS (la cui caratteristica è proprio la transitorietà).

[xxii] Cfr. regola 15.

[xxiii] Cfr. regola 25.

[xxiv] Come per l'Italia, basti ricordare la "sentenza pilota" sul caso Torreggiani, Corte EDU, Sez. II, 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia. La *sentenza pilota* è una particolare forma di pronuncia della Corte EDU utilizzata quando ci si trova di fronte ad un problema strutturale della legislazione di un determinato Stato; in questi casi, la Corte non si limita ad individuare il problema che il caso presenta e a condannare lo Stato convenuto ma si spinge ad indicare, nel dispositivo, le misure più idonee che il Paese interessato deve adottare per porre rimedio alla problematica.